Décembre
December
2000
Volume 82
N° 840

Revue internationale de la Croix-Rouge

Débat humanitaire : droit, politiques, action

Revue fondée en 1869
et publiée par le
Comité international
de la Croix-Rouge
Genève

Review founded in 1869
and published by the
International Committee
of the Red Cross
Geneva

International Review of the Red Cross

Humanitarian Debate: Law, Policy, Action

Mission de la Revue internationale de la Croix-Rouge

La *Revue internationale de la Croix-Rouge* est un périodique publié par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) qui entend favoriser la réflexion sur la politique, l'action et le droit international humanitaires et, en même temps, renforcer le dialogue entre le CICR et les autres institutions ou personnes intéressées par l'humanitaire.

● La *Revue* est au service de l'analyse, de la réflexion et du dialogue sur l'humanitaire en temps de conflit armé et d'autres situations de violence collective. Elle porte une attention particulière à l'action humanitaire elle-même, mais elle entend également contribuer à la connaissance de son histoire, à l'analyse des causes et des caractéristiques des conflits – pour mieux saisir les problèmes humanitaires qui en découlent – et à la prévention de violations du droit international humanitaire. La *Revue* entend stimuler un débat d'idées.

● La *Revue* sert de publication spécialisée sur le droit international humanitaire, rédigée à la fois pour un public académique et pour un public général. Elle cherche à promouvoir la connaissance, l'examen critique et le développement de ce droit. Elle stimule le débat entre, notamment, le droit international humanitaire, le droit des droits de l'homme et le droit des réfugiés.

● La *Revue* est un vecteur de l'information, de la réflexion et du dialogue relatifs aux questions intéressant le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et, en particulier, à la doctrine et aux activités du Comité international de la Croix-Rouge. Ainsi la *Revue* entend-elle contribuer à promouvoir la cohésion au sein du Mouvement.

La *Revue* s'adresse à plusieurs publics à la fois, notamment aux gouvernements, aux organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales, aux Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, aux milieux académiques, aux médias et à toute personne spécifiquement intéressée par les questions humanitaires.

Mission of the International Review of the Red Cross

The *International Review of the Red Cross* is a periodical published by the International Committee of the Red Cross (ICRC). Its aim is to promote reflection on humanitarian policy and action and on international humanitarian law, while at the same time strengthening the dialogue between the ICRC and other organizations and individuals concerned with humanitarian issues.

● The *Review* is a forum for thought, analysis and dialogue on humanitarian issues in armed conflict and other situations of collective violence. While focusing particular attention on humanitarian action per se, it also strives to spread knowledge of the history of such activity, to analyse the causes and characteristics of conflicts – so as to give a clearer insight into the humanitarian problems they generate – and to contribute to the prevention of violations of international humanitarian law. The Review wishes to encourage the exchange of ideas.

● The *Review* is a specialized journal on international humanitarian law, intended for both an academic and a more general readership. It endeavours to promote knowledge, critical analysis and development of the law. Its also fosters the debate on such matters as the relationship between international humanitarian law, human rights law and refugee law.

● The *Review* is a vector for information, reflection and dialogue on questions pertaining to the International Red Cross and Red Crescent Movement and, in particular, on the policy and activities of the International Committee of the Red Cross. The *Review* thus seeks to promote cohesion within the Movement.

The *Review* is intended for a wide readership, including governments, international governmental and non-governmental organizations, National Red Cross and Red Crescent Societies, academics, the media and all those interested by humanitarian issues.

Décembre
December
2000
Volume 82
N° 840

Revue internationale de la Croix-Rouge
Débat humanitaire : droit, politiques, action

International Review of the Red Cross
Humanitarian Debate: Law, Policy, Action

Revue fondée en 1869
et publiée par le
Comité international
de la Croix-Rouge
Genève

Review founded in 1869
and published by the
International Committee
of the Red Cross
Geneva

Contents Table des matières

Décembre
December
2000
Volume 82
N° 840

853 *Éditorial*

855 *A note from the Editor*

857 **La protection des personnes civiles au pouvoir de l'ennemi et l'établissement d'une juridiction pénale internationale**
Julio Jorge Urbina

887 **Le statut de l'eau en droit international humanitaire**
Théo Boutruche

917 **Standards fondamentaux d'humanité : quel avenir ?**
Jean-Daniel Vigny et Cecilia Thompson

941 **International humanitarian law and irregular warfare Lessons learned in Latin America**
Joaquín Cuadra Lacayo

953 **International humanitarian law training for multinational peace support operations**
Ray Murphy

969 **La défense d'ordres supérieurs existe-t-elle vraiment ?**
GENEVIÈVE DUFOUR

993 **Testimony of ICRC delegates before the International Criminal Court**
STÉPHANE JEANNET

1001 **Reporting system under the 1954 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict**
JAN HLADIK

1017 **Is the *non liquet* of the Final Report by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia acceptable?**
NATALINO RONZITTI

1029 **Environmental damage in times of armed conflict – not "really" a matter of criminal responsibility?**
THILO MARAUHN

1037 **The shelling of Knin by the Croatian Army in August 1995: A police operation or a non-international armed conflict?**
PHENYO KEISENG RAKATE

Croix-Rouge et Croissant-Rouge / Red Cross and Red Crescent

1053 **The legal status of National Red Cross and Red Crescent Societies**
CHRISTOPHE LANORD

Faits et documents — Reports and documents

1079 1084 Le CICR et différentes questions en rapport avec l'utilisation de certaines armes — The ICRC and various issues related to the use of certain weapons

1088 Résolution 10 de l'Union internationale des télécommunications (UIT)
Résolution 10 (Rév. CMR-2000) — Resolution 10 (Rev. WR-2000)

1091 International Institute of Humanitarian Law
Congress on the occasion of the Institute's 30th anniversary

1094 Un nouveau *Manuel de droit des conflits armés* pour les forces armées françaises

Livres et revues — Books and reviews

1095 Adam Roberts and Richard Guelff (eds), *Documents on the Laws of War*, 3rd ed., Oxford University Press, 2000, 765 pages

1097 Publications récentes — Recent publications

Divers — Miscellaneous

1098 Revista Internacional de la Cruz Roja
Selección de articulos 1999 — Primera parte

1099 Université de Genève : formation continue en droits de l'homme

1100 Table des matières 2000 — Contents 2000

Un texte paraissant dans la *Revue* n'engage que son auteur. En publiant un article dans la *Revue*, ni la rédaction ni le CICR ne prennent position au sujet des opinions exprimées par son auteur. Seuls les textes signés par le CICR peuvent lui être attribués.

Texts published by the *Review* reflect the views of the author alone and not necessarily those of the ICRC or of the *Review*. Only texts bearing an ICRC signature may be ascribed to the institution.

Editorial

Le numéro de décembre de la Revue *propose à l'attention du lecteur des thèmes aussi divers que la protection de l'eau accordée par le droit international humanitaire, ou les rapports ambigus entre la guérilla et «l'humanitaire». C'est voulu ainsi, car notre périodique a l'ambition de couvrir un nombre aussi grand que possible de sujets liés à l'action et au droit humanitaires.*

Plusieurs contributions publiées dans ce numéro ont trait à des questions de grande actualité. Mentionnons les deux textes qui examinent les conclusions auxquelles est arrivé le procureur du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, concernant d'éventuelles suites pénales à donner aux bombardements effectués par les forces de l'OTAN lors du conflit au Kosovo. Ce rapport est important pour la pratique, car il influencera l'interprétation de quelques règles centrales du droit régissant la conduite des opérations militaires; il est donc urgent de soumettre ses conclusions à la critique académique. Rappelons, cependant, que la rédaction de la Revue *ne prend pas position sur les questions soulevées dans ce contexte.*

D'autres articles portent sur des questions plus générales, ou qui se trouvent déjà à l'ordre du jour des réflexions et des débats actuels. Mentionnons les analyses consacrées au droit international pénal et au Statut de la Cour pénale internationale. Dans le même sens, l'article sur les actions multinationales de maintien de la paix met en exergue l'importance de la formation des casques bleus en matière de droit international humanitaire. La contribution sur les standards fondamentaux d'humanité rappelle un projet qui, décidément, mérite de ne pas être oublié. Quant aux recherches sur le statut juridique des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, elles seront utiles à tous ceux qui s'intéressent à l'organisation et à la structure du Mouvement.

Le changement du mode de publication, intervenu au début de l'année 1999, a contraint la rédaction à abandonner l'édition de la Revue *dans des langues autres que le français et l'anglais. Décision a toutefois été prise de publier une sélection annuelle de ses articles en langues arabe, espagnole et russe. C'est chose faite pour la version espagnole: une brochure avec un choix d'articles traduits est disponible (voir l'annonce en fin de ce numéro). Les sélections en langues arabe et russe suivront.*

Par ailleurs, la rédaction saisit cette occasion pour rappeler au lecteur qu'il peut également consulter la Revue *sur le web. Tous les articles et autres contributions publiés dans un numéro sont reproduits dans leur intégralité. L'adresse du site est la suivante: <www.cicr.org/fre/revue>. Nous souhaitons ainsi donner à la* Revue *une audience aussi large que possible.*

LA REVUE

A note from the Editor

The December issue of the Review *includes articles on matters as disparate as the protection of water supplies under international humanitarian law and the ambiguous relationship between guerrilla forces and humanitarian activity. This diversity is deliberate: our journal aims to cover the widest possible range of subjects related to humanitarian law and action.*

Several articles deal with highly topical issues. Two of them discuss the conclusions reached by the Prosecutor of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia regarding the possibility of prosecutions in connection with the NATO bombing campaign during the Kosovo conflict. The report is of great practical significance; it will influence the interpretation of some of the key rules governing the conduct of military operations and should therefore be subjected to academic review as a matter of urgency. The Review *does not, however, express any opinion on the issues raised.*

Other contributions look at more general questions and matters that have been under discussion for some time, such as international criminal law and the Statute of the International Criminal Court. The article on multinational peace-support operations highlights the importance of training United Nations forces in international humanitarian law. The contribution on fundamental standards of humanity reminds us of a project that should certainly not be forgotten, while anyone interested in the organization and structure of the Movement will want to read the report on the legal status of National Red Cross and Red Crescent Societies.

Back in 1999 there was a change in the form of the Review, *and as a result we had to limit the languages used to English and French. However, it was decided that we would publish an annual selection of articles in Arabic, Russian and Spanish. A selection in Spanish is now available (see the advertisement at the end of this issue). Extracts in Arabic and Russian will follow.*

The full texts of all articles and other contributions are also available on the Web, at <www.icrc.org/eng/review>. We hope this will make the Review *accessible to as wide a readership as possible.*

THE REVIEW

La protection des personnes civiles au pouvoir de l'ennemi et l'établissement d'une juridiction pénale internationale

par
JULIO JORGE URBINA

Les changements politiques et stratégiques qui se sont produits dans la société internationale au début des années quatre-vingt-dix n'ont pas supposé, malgré les perspectives initiales, l'amorce d'une nouvelle ère de paix et de respect des droits de l'homme au cours de laquelle les conflits armés auraient progressivement disparu. C'est, tout au contraire, pendant cette dernière décennie du XXe siècle, une période pleine d'incertitudes, dénommée *l'après-guerre froide*, que nous avons assisté à l'explosion de nouvelles situations de violence pour des raisons de nature religieuse ou ethnique. Face à l'indifférence délibérée des belligérants à l'égard des normes humanitaires, elles ont occasionné d'énormes souffrances parmi les populations civiles touchées[1].

L'ampleur des crises humanitaires dont nous avons été témoins – surtout dans l'ex-Yougoslavie et au Rwanda –, ainsi que la gravité des violations des droits humains fondamentaux perpétrées à l'encontre des civils, ont amené les Nations Unies, et spécialement le Conseil de sécurité, à considérer que le comportement de ces

JULIO JORGE URBINA, docteur en droit, est professeur intérimaire de droit international public à l'Université de Saint-Jacques de Compostelle (Espagne). Il collabore également au Centre d'études de droit international humanitaire de la Croix-Rouge espagnole.

belligérants, transgressant les principes les plus essentiels du droit international humanitaire, constituait une menace contre la paix et la sécurité internationales[2]. Sur la base de cette qualification, le Conseil a adopté de nombreuses mesures[3], certaines d'entre elles sans précédent. Parmi elles, nous distinguons, de par leur importance, la création des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et pour le Rwanda (TPIR), dont la fonction était de réprimer ces conduites et de punir les responsables des atrocités commises, principalement à l'encontre des personnes civiles. On cherchait par là à mettre fin à l'impunité qui avait permis aux belligérants de perpétrer les plus exécrables violations des droits humains pour atteindre leurs objectifs politiques, l'existence d'un organe de ce genre visant donc à les dissuader de se livrer à de nouvelles infractions[4].

Or, la tâche de ces tribunaux était loin d'être simple ; en effet, ils se sont heurtés, entre autres difficultés, à celle, ardue, de devoir adapter les normes humanitaires se trouvant dans les Conventions de Genève de 1949 pour la protection des victimes de la guerre et dans leurs Protocoles additionnels de 1977, ainsi que dans le vieux Règlement annexe de la IVe Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre, au nouveau contexte de guerre où elles devaient être appliquées. Or celui-ci n'avait presque rien à voir avec les typologies de conflits armés les plus habituelles au moment de

1 C'est dans ce sens que le Conseil de sécurité des Nations Unies l'a constaté, à travers ses résolutions, notamment les rés. 1265 (1999), du 17 septembre 1999, et 1295 (2000), du 19 avril 2000.

2 En marge du fait qu'il est possible de déduire cette constatation des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité par rapport aux différentes situations de violence dont il s'est occupé, de l'ex-Yougoslavie au Timor Oriental, en passant par la Sierra Leone, il a reconnu, d'une manière générale, dans la rés. 1296 (2000) que « des violations systématiques, flagrantes et généralisées du droit international humanitaire et du droit relatif aux droits de l'homme dans des situations de conflit armé peuvent constituer une menace contre la paix et la sécurité internationales ».

3 Par rapport aux mesures adoptées par les Nations Unies pour mettre fin aux violations du droit international humanitaire, voir Julio Jorge Urbina, *Protección de las víctimas de los conflictos armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario*, Cruz Roja Española/Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 301-365.

4 Voir Marco Sassòli, « Le rôle des tribunaux pénaux internationaux dans la répression des crimes de guerre », dans F. Lattanzi/E. Sciso, *Dai Tribunali Penali Internazionali ad hoc a una Corte Permanente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1996, p. 118.

leur rédaction. Il s'agissait par conséquent d'assurer une plus grande protection aux personnes civiles, surtout lorsqu'elles se trouvaient au pouvoir de l'ennemi, en partant du principe *nullum crime sine lege*. Les juges ont adopté à cet égard une attitude progressive, ce qui a rapidement permis au TPIY, ainsi qu'au TPIR, de commencer à adopter des décisions d'une importance capitale pour le développement du droit international humanitaire. Elles ont ainsi configuré, peu à peu, une jurisprudence permettant la consolidation de certains progrès dans ce *corpus* de normes si longtemps attendu, notamment en ce qui concerne la protection des civils.

Par rapport à ce contexte de violations massives et réitérées des droits essentiels de l'homme, au cours des conflits armés les plus récents, nous estimons que ce sont les personnes civiles au pouvoir de l'ennemi, principalement les femmes et les enfants, qui en subissent les conséquences les plus graves. Nous avons ainsi assisté à des exécutions sommaires, à des disparitions forcées, à des tortures et autres traitements cruels, inhumains et dégradants; à des détentions et emprisonnements arbitraires; à des prises d'otages; à l'absence de garanties pertinentes de procédure; à des restrictions à la liberté de pensée, d'expression et d'association; à des attaques délibérées contre des non-combattants, des hôpitaux et des ambulances; à des restrictions à l'accès aux aliments et aux services sanitaires; à des dévastations et destructions sans discrimination et à des violations graves des droits de l'homme dans les lieux de détention. Tout cela, réalisé dans le cadre d'un plan systématique de « nettoyage ethnique », a entraîné, de surcroît, des déportations et des déplacements contraints et massifs de personnes de leurs domiciles – actions qui violaient, d'une façon flagrante, les dispositions de la IVe Convention de Genève –, ainsi que la destruction ou la saisie de leurs biens[5].

5 Nous pouvons trouver une liste détaillée des violations des droits de l'homme commises dans l'ex-Yougoslavie dans les successifs rapports élaborés par le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme pour l'ex-Yougoslavie, Tadeusz Mazowiecki. Quant aux conséquences du « nettoyage ethnique », voir notamment le *Rapport sur les droits de l'homme sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, préparé par Monsieur Tadeusz Mazowiecki, Rapporteur Spécial de la Commission des Droits de l'Homme, conformément au par. 15 de la Résolution 1992/S-1/1 de la Commission et à la Décision 1992/305 du Conseil Économique et Social*, Doc. A/47/666-S/24809, 17 novembre 1992, pp. 3-9.

C'est pourquoi, en ce qui concerne la multiplicité des questions suscitées par la jurisprudence des deux Tribunaux pénaux internationaux, nous nous pencherons sur l'interprétation qui a été faite des dispositions visant à sauvegarder la dignité des civils qui se trouvent au pouvoir de l'ennemi, et figurant dans la IVe Convention de Genève de 1949 et dans le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, du 8 juin 1977 (Protocole I). Nous nous intéresserons également aux problèmes que suscite l'application de ces normes dans un environnement caractérisé par la violence ethnique. C'est pour cette raison que nous analyserons essentiellement le travail effectué par le TPIY, puisque cet organe est le seul qui se soit trouvé dans la situation de pouvoir appliquer les susdits instruments juridiques dans un conflit armé international. Nous ne prétendons toutefois pas négliger l'importance de la jurisprudence du TPIR, qui a été précurseur dans nombre d'aspects – tel celui du viol de femmes –, dans la mesure où, bien que les instruments conventionnels précités ne soient pas appliqués, les civils jouissent d'un ensemble de droits reconnus dans l'article 3 commun aux Conventions de Genève et dans leur Protocole additionnel II, relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, qui peuvent être appliqués à toute situation de violence, indépendamment de sa nature ou intensité.

L'important travail réalisé par les deux Tribunaux pénaux internationaux a donc contribué d'une manière absolument décisive à la mise en place d'une juridiction pénale internationale de nature permanente, qui s'est finalement concrétisé par l'élaboration, en 1998, du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, actuellement en cours de ratification. C'est aussi pour cela que nous essaierons d'analyser la manière dont a été introduite la protection des civils au pouvoir de l'ennemi dans la liste des crimes de sa compétence, surtout à la lumière de la jurisprudence des deux tribunaux internationaux.

La protection des personnes civiles au pouvoir de l'ennemi et son reflet dans la jurisprudence des tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda

Face aux souffrances endurées par les civils dans les conflits armés actuels, le droit international humanitaire a constitué, dès ses

origines, un *corpus* normatif, inspiré du principe d'humanité, cherchant à protéger les victimes dans toute situation de violence, c'est-à-dire à assurer le respect d'un ensemble de droits essentiels des personnes – notamment celles qui ne participent pas aux hostilités –, de sorte que la dignité humaine ne soit pas balayée par les passions que déchaîne la guerre.

À cet égard, les terribles conséquences de la Seconde Guerre mondiale ont montré, d'une façon dramatique, qu'il était absolument nécessaire d'établir une réglementation spécifique visant à protéger les populations civiles et à punir les responsables des conduites qui avaient gravement porté atteinte, au cours du conflit, à la dignité de l'homme. La réponse à cette situation fut l'élaboration de la IVe Convention de Genève de 1949, dont le but est de préserver les civils des souffrances auxquelles ils sont soumis lors des conflits armés.

C'est ainsi que dans l'article 13 de la IVe Convention est énoncé le principe général, en vertu duquel on considère que la population civile est digne de protection au même titre que les autres victimes des conflits armés, tels que les combattants blessés, malades ou naufragés, ou encore les prisonniers de guerre. Il s'agit là du principe d'immunité de la population civile face aux conséquences des conflits armés, principe découlant de celui de la distinction. Cependant, la majeure partie des normes apparaissant dans la IVe Convention de Genève s'occupent plutôt de la protection des civils par rapport aux procédés arbitraires de l'État ennemi dans deux situations : lorsqu'ils se trouvent sur son territoire au début du conflit ou dans un territoire occupé ; et non par rapport aux effets des hostilités. Un nouvel aspect y est en outre introduit : la transgression de ses principales dispositions entraînera la responsabilité internationale de l'individu sous la qualification d'infraction grave.

Cinquante ans après la rédaction des Conventions de 1949, la protection des personnes civiles qui se trouvent au pouvoir de l'ennemi, que nous nous proposons d'analyser à la lumière de la jurisprudence du TPIY, est loin d'être une question du XIXe siècle ; elle revêt malheureusement un caractère actuel, au regard des événements qui se sont succédé dans l'ex-Yougoslavie, ainsi que d'autres

situations exigeant plus que jamais une protection des droits des civils au pouvoir de l'ennemi, comme dans le cas de l'occupation du Koweït par l'Irak[6].

La protection des personnes civiles au pouvoir de l'ennemi dans le Statut des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda

L'importance accordée à la protection des civils au pouvoir de l'ennemi s'est traduite par la compétence *ratione materiae* des deux Tribunaux, qui englobait tous les crimes commis dans l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. Ainsi, dans les Statuts du TPIY et du TPIR – approuvés par le Conseil de sécurité au travers des résolutions 827 (1993) et 955 (1994), respectivement – figurent le génocide et les crimes contre l'humanité. Quant aux crimes de guerre, le Statut du TPIY en envisage deux catégories: les infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 (article 2) et les violations des lois et coutumes de la guerre (article 3). En revanche, le Statut du TPIR se rapporte aux violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et au Protocole II de 1977, ce qui a supposé la reconnaissance de la responsabilité internationale de l'individu pour des crimes de guerre perpétrés lors de conflits armés internes.

En ce qui concerne la perpétration de ces crimes, le TPIY exige cependant que coïncident certaines conditions, parmi lesquelles nous distinguons la nature du conflit armé. Cette question sera posée en rapport avec les crimes de guerre dans le but de déterminer la portée des articles 2 et 3 du Statut, tout spécialement lorsqu'il s'agira de

6 Voir Araceli Mangas Martín, « Derecho Humanitario y crisis del Golfo », dans R. M. Moura Ramos (coord.), *A crise do Golfo e o Direito Internacional*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1993, pp. 156-170; Hilaire McCoubrey, « Civilians in occupied territory », dans P. Rowe (éd.), *The Gulf War 1990-91 in International and English Law*, Routledge, Londres, 1993, pp. 205-223. Nous ne pouvons pas non plus manquer de mentionner la situation des territoires occupés de Cisjordanie, de Gaza, de Jérusalem Nord et du plateau du Golan, pour laquelle le Conseil de sécurité a condamné Israël à diverses reprises, comme dans sa rés. 681 (1990), du fait de la violation des dispositions de la IVe Convention de Genève de 1949.

conflits armés internes. À cet égard, le TPIY, lors de sa première décision dans l'affaire *Tadic*, a éclairci cet aspect en considérant que la notion d'« infractions graves », figurant dans l'article 2 du Satut, coïncidait avec celle qui était définie dans les articles 50, 51, 130 et 147, communs aux quatre Conventions de Genève ; son champ d'application serait, par voie de conséquence, celui de ces instruments conventionnels, c'est-à-dire les conflits armés internationaux, d'après l'article 2 commun[7]. Face à cette attitude conservatrice, le Tribunal adoptera une position innovatrice et courageuse en définissant l'article 3 du Statut comme une clause résiduaire dans laquelle pourraient être incluses toutes les violations graves du droit international humanitaire ne constituant pas des infractions graves aux Conventions de Genève, qu'elles soient commises au cours de conflits armés internationaux ou internes[8].

La conséquence de la position maintenue par le TPIY, à l'heure d'interpréter la portée des articles 2 et 3 du Statut, est qu'il faudrait déterminer, au cas par cas, la nature du conflit, étant donné que le Conseil de sécurité n'a voulu faire aucune déclaration à propos des difficultés que cela pouvait entraîner. Les juges se sont donc vus dans l'obligation de se prononcer sur cette question dans leurs jugements, surtout aux fins de pouvoir condamner les inculpés pour des infractions graves, ce qui ne s'est d'ailleurs pas fait d'une manière coïncidente, preuve des difficultés rencontrées pour qualifier les conflits dans

7 Par conséquent, le TPIY ne croit pas que la notion d'infractions graves puisse être appliquée à des situations de conflits armés internes. ICTY, The Appeals Chamber, *The Prosecutor* v. *Dusko Tadic a/k/a « Dule »*, Case IT-94-1-AR72, *Decision on the defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2 octobre 1995, par. 81. Le juge Abi-Saab a néanmoins adopté la position contraire : Opinion séparée du juge Abi-Saab dans *H.R.L.J.*, vol. 16, 1995, n° 10-12, p. 470. En ce qui concerne cette question, voir Luigi Condorelli, « Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie et sa jurisprudence », *C.E.B.D.I.*, vol. I, 1997, pp. 255-256.

8 *Prosecutor* v. *Dusko Tadic*, *supra* (note 7), par. 91. En se prononçant dans ce sens, le TPIY réitère que l'individu est responsable internationalement pour la perpétration de crimes de guerre dans des conflits armés internes ; il reconnaît en même temps l'existence d'un ensemble de normes humanitaires qui sont à même d'être appliquées dans toute situation de conflit armé, indépendamment de sa nature ou de son intensité. Condorelli, *ibid.*, p. 256.

l'ex-Yougoslavie. La jurisprudence tend néanmoins à considérer comme conflit armé international l'implication de la Croatie et de la Serbie dans le conflit en Bosnie-Herzégovine[9].

Il faut aussi préciser que la longue liste d'actes qui enfreignent les droits humains les plus fondamentaux des civils au pouvoir de l'ennemi figure dans la compétence *ratione materiae* du TPIY. En effet, la rédaction de l'article 2 du Statut coïncide avec celle de l'article 147 de la IVe Convention de Genève. De plus, en vertu de l'interprétation que le Tribunal a faite lui-même de l'article 3 de son Statut, toute violation de l'obligation d'épargner les civils ne constituant pas une infraction grave fera également l'objet de poursuites judiciaires. Cela s'avère particulièrement important dans le cas des violences sexuelles exercées contre les femmes, et cela sans préjudice du fait que, le cas échéant, ces infractions pourraient arriver à constituer des crimes contre l'humanité ou un génocide. Cette considération a d'ailleurs été confirmée par les divers actes d'accusation prononcés par le procureur, où apparaissent, avec de multiples qualifications juridiques, une gamme variée d'actes qui portent atteinte à la vie des civils.

La protection des personnes civiles dans la jurisprudence des Tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda

Ce souci de vouloir assurer le respect des droits fondamentaux des civils lorsqu'ils sont au pouvoir de l'ennemi se traduit par les divers jugements que les deux Tribunaux ont rendus. Toutefois, nous allons surtout nous pencher sur l'interprétation que le TPIY a faite de différents aspects de la réglementation figurant dans la IVe Convention de Genève, dans le but d'assurer que les responsables

9 Dans ce sens, nous devons nous rapporter aux jugements de la Chambre d'Appel du TPIY dans les affaires *Tadic*: *Procureur c. Dusko Tadic*, Affaire n° IT-94-1-A, Jugement, 15 juillet 1999, par. 162, ou *Aleksovski*: *Procureur c. Zlatko Aleksovski*, Affaire n° IT-95-14 /1-A, Jugement, 24 mars 2000, par. 145-146. Nous devons également mentionner les jugements des Chambres de Première Instance dans les affaires *Celebici*: *Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic alias «Pavo», Hazim Delic, Esad Landzo alias «Zenga»*, Affaire n° IT-96-21-T, Jugement, 16 novembre 1998, par. 234, ou *Blaskic*: *Procureur c. Tihomir Blaskic*, Affaire n°, IT-95-14-T, Jugement, 3 mars 2000, par. 123.

d'infractions commises à l'encontre des civils soient bel et bien condamnés pour ces actes, sans oublier que les civils sont aussi protégés dans des situations de conflits armés internes.

a) Statut de personne protégée

Concernant la protection des personnes civiles, il convient de définir quelles sont celles qui méritent d'être protégées. La IVe Convention de Genève se réfère exclusivement à des personnes protégées et non pas aux civils. C'est peut-être parce que, bien qu'elle reconnaisse, dans l'article 13, que l'ensemble des populations civiles doivent être protégées des conséquences découlant des conflits armés, la plupart de ses dispositions sont centrées sur la situation des civils au pouvoir de l'ennemi[10]. Nous pouvons en déduire que cette dernière catégorie est plus large que la première ; en d'autres termes, cette Convention ne protège pas toute personne civile, quelle qu'elle soit.

L'article 4, lui, considère concrètement comme personne protégée « les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont

10 Une définition de personne civile ayant une portée générale se trouve dans l'article 50 du Protocole I de 1977. La définition y est négative, puisque les individus n'entrant pas dans la catégorie des combattants sont ceux qui sont considérés comme des civils. Cette forme de définition a été choisie parce qu'elle permettait d'inclure le plus grand nombre de personnes dans cette notion et qu'elle évitait que certaines catégories de personnes risquent de rester dans une situation indéterminée et, par là, d'être privées de protection. En tout cas, ce qui caractérise les civils, c'est leur non-participation directe aux hostilités. Il convient ici de mettre l'accent sur le fait que cette définition de personne civile, selon le TPIR, est également applicable à un conflit armé interne, même si la notion de combattant n'est pas définie dans ce contexte : TPIR, Chambre de Premiere Instance II, *Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, Affaire n° ICTR-95-1-T, Jugement, 21 mai 1999, par. 179-180. Le TPIR établit toutefois lui-même des limites pour les personnes qui ne pourraient pas être considérées comme civiles dans un conflit tel que celui du Rwanda et qui seraient à même d'être comparables, d'une certaine façon, aux combattants : « À titre d'exemple, ne sont pas considérés comme des civils les éléments des FAR, du FPR, de la police et de la gendarmerie nationale » (*ibidem*, par. 127). L'intérêt des victimes exigeait sans aucun doute que la notion de personne civile soit identique dans n'importe quelle situation de violence.

elles ne sont pas ressortissantes». L'élément déterminant dans la définition des personnes protégées est, à première vue, celui de la nationalité des victimes. Par conséquent, les bénéficiaires sont les personnes ayant la nationalité de l'État ennemi et se trouvant sur le territoire d'un belligérant, ainsi que les habitants d'un territoire occupé ne possédant pas la nationalité de la Puissance occupante[11].

Néanmoins, ce critère ne s'accommode pas très bien des nouveaux modèles de conflits armés qui surgissent actuellement. C'est la raison pour laquelle le TPIY s'est vu dans l'obligation d'adapter cette notion aux conditions dans lesquelles s'est déroulé le conflit armé en Bosnie-Herzégovine, afin de considérer comme protégées par la IVe Convention les personnes civiles qui avaient été victimes d'infractions graves, perpétrées par des individus de différentes ethnies mais qui possédaient la même nationalité.

C'est dans ce sens que le TPIY a largement interprété l'article 4, en considérant que la nationalité n'est pas le critère exclusif pour déterminer le statut de personne protégée. La condition des réfugiés est à ce titre tout à fait significative : la situation réelle d'absence totale de protection qui les caractérise l'emporte sur leur nationalité, de sorte qu'ils seront considérés comme protégés, où qu'ils soient. C'est bien ce qui peut être déduit de l'article 44 de la IVe Convention et de l'article 73 du Protocole I de 1977.

Cette interprétation, qui privilégie davantage les liens réels ou ceux de fidélité entre la Puissance occupante et la victime que l'allégeance, permet de considérer comme personnes protégées les victimes des actuels conflits armés, lesquels revêtent, dans leur majorité, un caractère interethnique, à l'instar de celui de l'ex-Yougoslavie. Dans son jugement du 15 juillet 1999 concernant l'affaire *Tadic*, le TPIY a d'ailleurs précisé que :

11 C'est pour cela que les citoyens d'un État non partie à la IVe Convention ne sont pas protégés, de même que ceux d'États neutres et d'un État cobelligérant, tant que l'État dont les citoyens sont ressortissants maintiendra une représentation diplomatique normale dans l'État entre les mains duquel ils se trouvent. Jean PICTET (éd.), *Commentaire de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, CICR, Genève, 1956, pp. 54-55.

> « [ces conflits] se caractérisent par l'émergence de nouveaux États pendant le conflit et de ce fait, les allégeances peuvent tenir plus à l'appartenance ethnique qu'à la nationalité. Autrement dit, l'appartenance ethnique peut déterminer l'allégeance à une nation. Dans ces circonstances, la condition de nationalité s'avère encore moins adaptée à la détermination du statut de personne protégée. S'agissant de pareils conflits, non seulement le texte de la Convention et les travaux qui ont abouti à sa rédaction, mais également, et plus significativement, l'objet et le but de la Convention, suggèrent que le critère déterminant est celui de l'allégeance à une Partie au conflit et partant du contrôle exercé par ladite Partie sur les personnes qui se trouvent sur un territoire donné »[12].

Après avoir estimé que le conflit armé en Bosnie-Herzégovine possédait un caractère international, du fait de l'implication de la République fédérale de Yougoslavie et de la Croatie, le TPIY a reconnu, lors des affaires *Tadic*, *Blaskic* et *Aleksovski*, que les victimes civiles musulmanes devaient être considérées comme des personnes protégées dans le sens de l'article 4 de la IVe Convention, même si elles avaient la même nationalité (celle de la Bosnie-Herzégovine) que les personnes entre les mains desquelles elles étaient, étant donné que celles-ci – serbes ou croates – agissaient de fait comme des agents d'un autre État (la République fédérale de Yougoslavie ou la Croatie) ; les victimes se retrouvaient, par conséquent, sous le contrôle de forces armées d'un État dont elles n'étaient pas ressortissantes[13]. Le Tribunal n'a pas non plus considéré, dans

12 *Procureur c. Dusko Tadic, loc. cit.* (note 9), par. 166. Cette interprétation a été confirmée par les jugements relatifs aux affaires *Blaskic* : *Procureur c. Tihomir Blaskic, loc. cit.* (note 9), par. 126-127, et *Aleksovski* : *Procureur c. Zlatko Aleksovski, loc. cit.* (note 9), par. 151-152).

13 À cet égard, il convient de souligner le fait que le TPIY a très largement interprété l'expression « au pouvoir de », en affirmant qu'« elle ne doit pas être comprise uniquement au sens physique d'être détenu, mais [qu'] elle indique que le civil se trouve sur un territoire placé sous le contrôle de la partie adverse ». *Procureur c. Delalic et consorts, loc. cit.* (note 9), par. 246.

l'affaire *Blaskic*, que les victimes civiles musulmanes étaient dépourvues de protection, vu que la Croatie et la Bosnie-Herzégovine étaient des États cobelligérants, invoquant les réels rapports entre les deux États et non les possibles accords signés[14].

En ce qui concerne l'affaire *Celebici*, il a été considéré que les victimes civiles serbes ne pouvaient pas être des personnes protégées, étant donné qu'elles avaient la même nationalité que les autorités bosniaques les ayant détenues, celle de la Bosnie-Herzégovine. Cependant, le TPIY a, une nouvelle fois, fait prévaloir les liens de nature ethnique sur la nationalité, à l'heure d'interpréter l'article 4 de la IVe Convention de Genève. C'est ainsi qu'il a affirmé :

> « À supposer que la Bosnie-Herzégovine ait octroyé sa nationalité aux Serbes, aux Croates et aux Musulmans de Bosnie en 1992, il se peut que le lien entre les Serbes de Bosnie et cet État soit insuffisant pour que la Chambre de Première Instance puisse dans cette affaire considérer ces derniers comme des ressortissants bosniaques (...) De plus, les Serbes de Bosnie avaient clairement fait connaître leur souhait de ne pas être des ressortissants bosniaques en adoptant une Constitution en vertu de laquelle ils faisaient partie de la Yougoslavie et en s'engageant dans un conflit armé destiné à atteindre ce but. »[15]

De cette façon, le TPIY a facilité l'application du rigide critère de la nationalité dans des situations de conflit armé international où ce facteur n'était pas approprié, du fait de son caractère interethnique. Il aurait en outre privé de protection la majeure partie des personnes civiles en Bosnie-Herzégovine, dans la mesure où victimes et bourreaux possédaient la même nationalité, ce qui était contraire aux fins de la IVe Convention de Genève. De manière à éviter cet éventuel résultat, le TPIY a davantage tenu compte de l'appartenance à divers groupes ethniques des victimes et des autorités au pouvoir

14 À ce sujet, voir *Procureur c. Tihomir Blaskic, loc. cit.* (note 9), par. 137-139.

15 *Procureur c. Delalic et consorts, loc. cit.* (note 9), par. 259.

desquelles elles étaient que de leur nationalité[16]. Ceci a permis de condamner pour infractions graves les responsables d'actes, qualifiés comme tels par la IVe Convention, affectant des civils qui se trouvaient entre leurs mains[17]. Le Tribunal a par là contribué à l'adaptation de cet instrument juridique au nouveau contexte de guerre où il devait être appliqué, afin de garantir la protection la plus large possible des victimes civiles.

b) Protection fondamentale octroyée aux personnes civiles au pouvoir de l'ennemi : le principe de traitement humain

Une fois que le droit international humanitaire a défini la notion de personne protégée, celui-ci tâche de sauvegarder les droits essentiels de tous les civils au pouvoir de l'ennemi. Les articles 27 de la IVe Convention et 75 du Protocole I de 1977 jouent, à cet égard, un rôle primordial ; en effet, ils en énoncent la protection fondamentale, à la tête de laquelle se trouve le principe général en vertu duquel tout civil a le droit d'être traité, en toutes circonstances, avec humanité. Le TPIY a reconnu que ce principe revêtait un caractère fondamental pour la protection des victimes des conflits armés, en tant qu'expression de la volonté de respect de la dignité de l'homme dans ces situations, en affirmant qu'il constituait la base sur laquelle reposent les Conventions de Genève de 1949[18]. Il a également reconnu que ce principe était applicable à toute situation de conflit armé, vu qu'il constitue le fondement de l'article 3 commun, lequel établit la protection fondamentale octroyée aux victimes dans une situation de conflit armé non international, et qu'il figure dans les articles 4 et 7 du Protocole II de 1977[19].

16 Dans ce sens, F. Javier Quel López, « La competencia material de los Tribunales Penales Internacionales : consideraciones sobre los crímenes tipificados », F. J. Quel López, (éd.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Escuela Diplomática/AEPDIRI/BOE, Madrid, 2000, p. 97 ; Theodor Meron, « The humanization of humanitarian law », *AJIL*, Vol. 94, April 2000, pp. 258-259.

17 Voir notamment ICTY, The Trial Chamber, *The Prosecutor v. Ivica Rajic a/k/a Viktor Andric*, Case IT-95-12-R61, *Review of the indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, 13 septembre 1996, par. 37.

18 *Procureur c. Delalic et consorts, loc. cit.* (note 9), par. 523-524.

19 *Ibid*, par. 531-532.

Ce principe implique la nécessité de respecter la dignité humaine au cours des conflits armés et, par voie de conséquence, la reconnaissance du fait que les civils disposent d'un ensemble de droits qui s'avèrent inaliénables. De cette façon, tout acte incompatible avec ce principe est interdit, à partir du moment où son objectif est de « protéger l'être humain de toute atteinte à sa dignité personnelle, que celle-ci découle de violences corporelles, d'humiliations ou de coups portés à l'honneur, au respect de soi ou au bien-être mental d'une personne »[20].

C'est ainsi que s'établit le droit des personnes civiles d'être protégées contre tout acte de violence ou d'intimidation, contre les insultes et la curiosité publique (article 27), comprenant l'interdiction de l'homicide, la torture, les peines corporelles, les mutilations et les expérimentations médicales ou scientifiques qui ne seraient pas justifiées par des raisons médicales, ainsi que tout autre acte de cruauté ; l'interdiction d'exercer un type quelconque de contrainte à l'encontre des civils, notamment pour obtenir des informations ; l'interdiction du pillage, des représailles contre les civils ou leurs biens et des peines collectives (article 33), de la prise d'otages (article 34), ou encore de leur utilisation comme « bouclier humain », c'est-à-dire l'emploi de leur présence pour éviter l'attaque d'objectifs militaires (article 28), ainsi que les Croates l'ont fait avec les civils musulmans pendant le conflit de Bosnie-Herzégovine[21].

En définitive, la reconnaissance de cet ensemble de droits met en évidence, comme l'a répété le TPIY, le fait que le propos fondamental des normes n'est autre que la défense de la dignité humaine dans les exceptionnelles circonstances d'un conflit armé, afin que les personnes civiles au pouvoir de l'ennemi ne soient pas à sa merci, mais

20 TPIY, Chambre de Première Instance II, *Procureur c. Anto Furundzija,* Affaire n° IT-95-17/1-T, Jugement, 10 décembre 1998, par. 183.

21 Le TPIY a reconnu, lors de l'affaire *Blaskic*, que cette conduite constituait un traitement cruel et inhumain et, en conséquence, une infraction grave aux Conventions de Genève. *Procureur c. Tihomir Blaskic, loc. cit.* (note 9), par. 716.

qu'elles disposent plutôt d'un ensemble de droits que l'État doit sauvegarder. Leur transgression est donc qualifiée d'infraction grave aux Conventions de Genève, comme l'établit l'article 147 de la IVe Convention, c'est-à-dire de crime de guerre ; c'est d'ailleurs dans ce sens que cette considération a été confirmée par l'article 2 du Statut du TPIY, ainsi que par sa jurisprudence.

Dès lors, il s'agit, pour le TPIY, d'établir quels sont les éléments constitutifs de ces infractions, ce qui suppose, pour les juges, un important travail d'éclaircissement ; en effet, ils doivent préciser la portée exacte des dispositions de la IVe Convention, et donc contribuer, d'une façon décisive, au renforcement de la protection des civils dans le nouveau contexte de guerre[22]. Pour ce faire, ils vont se servir des instruments conventionnels en matière de droits de l'homme, ainsi que des décisions d'organismes internationaux, judiciaires ou non, dont la tâche est de veiller à leur application et à leur respect ; ceci signifie la reconnaissance de l'existence d'un point de convergence entre deux secteurs normatifs, le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme, point qui réside dans la défense de la dignité humaine en toutes circonstances[23].

Par rapport à l'homicide, le TPIY précise, lors de l'affaire *Celebici*, que « l'intention, l'élément moral nécessaire pour qu'un meurtre ou un homicide intentionnel soit constitué, ainsi que l'ont reconnu les Conventions de Genève, est présent dès lors qu'il est démontré que l'accusé avait l'intention de tuer ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique d'autrui par l'effet de son imprudence et du peu de cas qu'il faisait de la vie humaine »[24].

22 G. Abi-Saab met l'accent, d'une manière générale, sur l'importance de ce travail d'éclaircissement et de systématisation des divers crimes étant de sa compétence. Georges Abi-Saab, « International criminal tribunals and the development of international humanitarian law and human rights law », dans E. Yakpo, T. Boumedra (éd.), *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 651.

23 Voir *Procureur c. Anto Furundzija, loc. cit.* (note 20), par. 183. En ce qui concerne la doctrine, voir Manuel Pérez Gonzilez, « Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario », *C.E.B.D.I.*, vol. I, 1997, p. 340; Meron, *op. cit.* (note 16), p. 266.

24 *Procureur c. Delalic et consorts, loc. cit.* (note 9), par. 439.

Le TPIY mène également à bien un travail de délimitation de trois figures se trouvant très proches les unes des autres : les tortures, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique et à la santé, et enfin les traitements inhumains. Pour ce faire, il commence par préciser que la torture représente la figure la plus restrictive, puisqu'elle implique des actes ou des omissions dont le but est de parvenir à une fin concrète interdite et qui occasionnent de graves souffrances physiques et morales. L'infraction, telle qu'elle est définie (infliger de graves souffrances ou porter atteinte à l'intégrité physique ou à la santé de la victime), s'avère plus large que la précédente, étant donné que, contrairement à la torture, les actes ou omissions ne doivent pas être nécessairement commis pour atteindre un but illicite. Finalement, les deux catégories sont comprises dans les traitements inhumains, lesquels impliquent des actes ou omissions provoquant de graves souffrances physiques ou morales, ou portant gravement atteinte à l'intégrité physique ou mentale ou à la dignité humaine, outre tous les actes violant le principe fondamental du traitement humain et attentant spécialement à la dignité humaine[25].

En ce qui concerne la torture, le TPIY, comme le TPIR, affirment qu'elle est aussi bien interdite dans des conflits armés internationaux qu'internes, reconnaissant son caractère coutumier, et admettant qu'elle constitue même une norme *ius cogens*[26]. De ce fait, la transgression de cette norme donnerait non seulement lieu à la responsabilité internationale de l'individu, mais constituerait aussi un crime international susceptible d'entraîner une responsabilité de l'État[27].

25 *Ibid.*, par. 442.

26 *Ibid.*, par. 454; *Procureur c. Anto Furundzija, loc. cit.* (note 20), par. 153.

27 « En l'état actuel du droit international humanitaire en vigueur, peut être engagée non seulement la responsabilité pénale individuelle mais également celle de l'État, si ses agents se livrent à des actes de torture ou s'il n'empêche pas la perpétration de ces actes ou n'en punit pas les auteurs. Si la torture prend la forme d'une pratique courante d'agents de l'État, elle constitue une violation grave et à une large échelle d'une obligation internationale d'une importance essentielle pour la sauvegarde de l'être humain et, par conséquent, un acte illicite particulièrement grave qui engage la responsabilité de l'État ». *Procureur c. Anto Furundzija, loc. cit.* (note 20), par. 142.

De même, les deux Tribunaux prêtent particulièrement attention à la définition de cette notion dans le droit international humanitaire, en ayant recours à celle qui apparaît dans la Convention des Nations Unies contre la torture de 1984. En effet, ils considèrent qu'elle a acquis un caractère coutumier et qu'elle est donc applicable en toutes circonstances, et non seulement dans les situations prévues par la Convention en question[28]. À cela, il faut ajouter, comme nous le verrons plus loin, la considération que le viol est une forme de torture dans certains cas.

c) La protection des biens appartenant aux personnes civiles

Outre la préservation des droits essentiels liés à la défense de la dignité humaine, le TPIY a reconnu que le droit international humanitaire établit des limites strictes quant aux mesures qu'une partie au conflit peut légalement adopter en ce qui concerne les biens publics ou privés sur un territoire se trouvant sous son contrôle[29]. À cet égard, tant le Règlement de La Haye de 1907 que la IVe Convention de Genève contiennent des dispositions qui visent à protéger les biens appartenant aux civils, tâchant par là d'éviter que l'ennemi les détruise ou les saisisse de façon arbitraire. L'interdiction de détruire ou de s'approprier des biens sans que des besoins militaires ne le justifient (article 53 de la IVe Convention)[30] est l'une de ces dispositions revêtant un caractère essentiel. Cependant, d'après l'article 147,

28 Dans ce sens, TPIR, Chambre de Première Instance I, *Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Affaire n° ICTR-96-4-T, 2 septembre 1998, par. 681 ; *Procureur c. Delalic et consorts, loc. cit.* (note 9), par. 459 ; et *Procureur c. Anto Furundzija, op. cit.* (note 20), par. 160. À propos de cette définition, il convient de souligner le fait que le TPIY adopte une position large, selon laquelle la torture se commet, non seulement dans le but d'obtenir des informations de la victime ou d'une tierce personne, mais aussi pour les punir, les intimider, les humilier, les contraindre ou les discriminer pour n'importe quelle raison. *Procureur c. Delalic et consorts, loc. cit.* (note 9), par. 494.

29 Dans ce sens, *Procureur c. Delalic et consorts, loc. cit.* (note 9), par. 587.

30 Cette disposition est uniquement appliquée à des situations d'occupation militaire. C'est pourquoi le TPIY a dû considérer que la Croatie était une puissance occupante de fait. *Procureur c. Tihomir Blaskic, loc. cit.* (note 9), par. 149 ; *Prosecutor v. Ivica Rajic, loc. cit.* (note 17), par. 39.

pour qu'elle soit considérée comme une infraction grave, elle doit être commise à une grande échelle. Nous devons, en plus, mentionner l'interdiction du pillage, qui, contrairement à l'interdiction antérieure, possède une portée générale, s'appliquant en effet à la totalité des territoires des parties au conflit et non seulement dans des cas d'occupation militaire.

À ce sujet, le TPIY a dû affronter le fait que, parmi les méthodes utilisées par les belligérants pour procéder au « nettoyage ethnique », se trouvaient la rapine et la destruction de biens, techniques utilisées pour expulser les civils d'un territoire passé sous leur contrôle. Il a répondu à cette situation en réaffirmant que la violation des dispositions qui protègent les droits patrimoniaux constituait des crimes de guerre[31]. Mais, ne s'arrêtant pas là, il est allé jusqu'à effectuer une interprétation extensive de cette interdiction ; il reconnaît ainsi que « l'interdiction de l'appropriation arbitraire de biens ennemis, publics ou privés, est de portée générale et s'étend à la fois aux actes de pillage commis par des soldats isolés dans leur propre intérêt et à la saisie organisée de biens, opérée dans le cadre d'une exploitation économique systématique du territoire occupé »[32].

De cette manière, le TPIY interprète que les actes isolés de pillage entraînent une responsabilité internationale de l'individu, de même que ceux perpétrés à une grande échelle, ce qui met en évidence le fait que la gravité de tels actes ne découle pas de leur caractère massif. En suivant cette même ligne, le Tribunal estime que la référence au fait que la destruction ou l'appropriation de biens non justifiée par des besoins militaires soient exécutée à une grande échelle, doit être évaluée dans les circonstances du cas, si bien qu'une seule action, la destruction d'un hôpital par exemple, pourrait suffire pour qu'elle soit considérée comme la perpétration d'une infraction grave[33].

31 *Procureur c. Delalic et consorts, loc. cit.* (note 9), par. 589.

32 *Ibid.*, par. 590.

33 *Procureur c. Tihomir Blaskic, loc. cit.* (note 9), par. 157.

Tout cela prouve l'importance que le TPIY a également voulu donner à la protection des biens. En effet, dans nombre de cas, la politique de « nettoyage ethnique » s'est effectuée par le biais du pillage ou de la destruction des biens appartenant aux personnes que l'on voulait expulser du territoire, ce qui constituait en réalité un acte de contrainte ou d'intimidation, également interdit par les normes fondamentales de protection des civils au pouvoir de l'ennemi.

d) Internement de personnes civiles

Un autre aspect de la protection des personnes civiles sur lequel se penche tout spécialement le TPIY est celui des conditions dans lesquelles se produit l'internement ou la détention de civils, dans la mesure où une grande partie des crimes perpétrés dans l'ex-Yougoslavie ont été réalisés dans des camps de détention ou d'internement[34]. Il a ainsi reconnu, lors de l'affaire *Celebici*, où les accusés avaient incarcéré de nombreux civils dans un camp de détention, le caractère exceptionnel de cette mesure, laquelle doit en conséquence se fonder sur des raisons justifiées :

> « Le fait qu'une personne est un ressortissant ou s'est rangée aux côtés d'une partie ennemie ne peut pas être considéré comme une menace pour la sécurité de l'autre partie, sur le territoire de laquelle elle réside, et ne constitue dès lors pas un critère valable pour justifier son internement ou sa mise en résidence forcée. Pour légitimer le recours à ces mesures, il faut que la partie ait des raisons sérieuses de penser que la personne représente, par ses activités, connaissances ou qualifications, une menace *véritable* pour sa sécurité présente et future. Le fait d'être un homme et en âge de porter les armes ne devrait pas nécessairement être considéré comme justifiant l'application de telles mesures. »[35]

34 L'article 27 de la IVe Convention admet que les belligérants pourront adopter les mesures de contrôle qu'ils estimeront nécessaires pour leur sécurité, comme la mise en résidence forcée, la détention ou l'internement des personnes protégées dans les cas expressément prévus à cet effet. Ces mesures peuvent être adoptées à l'encontre d'étrangers se trouvant sur le territoire d'une partie au conflit au début des hostilités ou à l'encontre de civils étant sur un territoire occupé, mais uniquement pour des raisons impérieuses de sécurité.

35 *Procureur c. Delalic et consorts, loc. cit.* (note 9), par. 577.

En outre, il est obligatoire de respecter les conditions établies dans la IVe Convention si l'on veut adopter une décision dans ce sens. Cela signifie que les civils doivent pouvoir disposer d'une série de garanties de procédure, afin que la décision puisse être contrôlée par un tribunal ou un organe administratif compétent[36]. Si tel n'était pas le cas, l'internement ou la détention pourraient être déclarés illicites, circonstance confirmée par le fait que le confinement illégitime de personnes protégées est considéré comme une infraction grave[37]. La jurisprudence du TPIY a, sur ce point, confirmé les dispositions de la IVe Convention[38].

Une fois que l'internement est décidé, il faut protéger les civils des abus de la puissance au pouvoir de laquelle ils se trouvent, en leur garantissant qu'ils seront traités avec humanité, ce qui implique la reconnaissance d'un ensemble de droits liés au respect de la dignité humaine. Le TPIY a ainsi affirmé dans l'affaire *Celebici* :

> « Ce qui est essentiel, c'est que les mesures de contraintes adoptées ne portent pas atteinte au droit fondamental des personnes concernées à être traitées avec humanité. Le droit au respect de la personne humaine couvre l'ensemble des droits individuels, c'est-à-dire les droits et qualités qui sont, comme tels, indissociables de la personne, du fait même de son existence, en particulier, le droit à l'intégrité corporelle, morale et intellectuelle. »[39]

Une réglementation très détaillée des conditions d'internement a été établie à partir de cet objectif. Elle vise, notamment, à garantir que l'internement soit réalisé dans des conditions de sécurité, d'hygiène et de salubrité suffisantes (article 85). C'est pourquoi les lieux d'internement ne pourront, en aucun cas, être situés dans des zones particulièrement exposées aux dangers des hostilités (article 83). La puissance détentrice devra aussi assurer l'alimentation et l'assistance sanitaire qu'exigera la santé des internés (article 81).

36 *Ibid.*, par. 580-582.

37 Pictet, *Commentaire...*, *op. cit.* (note 11), p. 642.

38 *Procureur c. Delalic et consorts*, *loc. cit.* (note 9), par. 583.

39 *Ibid.*, par. 570.

À cet égard, le TPIY s'est référé, lors de l'affaire *Aleksovski*, aux conditions de détention des civils, admettant que celles-ci devaient être évaluées selon les circonstances du cas concret, comme la situation de conflit armé ou l'emplacement des camps de détention ; en l'occurence, ce dernier était situé de telle manière que l'approvisionnement en eau, aliments ou médicaments, ainsi que les soins concernant les détenus, étaient difficiles à organiser et à garantir[40]. Néanmoins, même si la transgression de ces obligations ne constituait pas, en elle-même, un crime de guerre, à moins qu'elle n'eût donné lieu à des traitements inhumains ou discriminatoires, le TPIY aurait dû prendre en considération les dispositions susmentionnées, étant donné que la situation du camp était essentielle. La IVe Convention cherche justement à assurer que celui-là se trouve dans une zone où il n'y a pas d'opérations militaires et dont l'accès est facile pour toutes sortes d'approvisionnements essentiels. Dans le cas où la Puissance détentrice ne serait pas à même de les faire parvenir aux détenus, elle serait obligée de permettre qu'un organisme humanitaire impartial tel que le CICR le fasse. C'est la raison pour laquelle cette appréciation du TPIY nous semble très risquée, car elle assouplit, excessivement à notre avis, les obligations établies par la IVe Convention, ce qui pourrait finalement tourner au désavantage des détenus ou des internés.

e) Protection des femmes contre la violence sexuelle

L'une des conséquences du principe de traitement humain réside dans la nécessité de fournir une protection renforcée aux catégories de personnes civiles qui subissent, d'une façon particulièrement grave, les conséquences des conflits armés et qui se retrouvent, de ce fait, dans une situation de grande détresse ; tel est le cas des femmes, surtout par rapport à la violence sexuelle.

À cet égard, la multiplication des actes de cette nature perpétrés à l'encontre des femmes, lors de conflits comme ceux de l'ex-Yougoslavie ou du Rwanda, a entraîné une prise de conscience

40 TPIY, Chambre de Première Instance, *Procureur c. Zlatko Aleksovski*, Affaire n° IT-95-14/1-T, Jugement, 25 juin 1999, par. 212-214.

évidente de ce problème. Elle a supposé une évolution significative du droit international humanitaire, qui attribue désormais une importance de plus en plus grande à la protection des droits humains de la femme[41].

Les actes de violence sexuelle sont ainsi qualifiés, dans les Statuts du TPIR et du TPIY, de crimes contre l'humanité (articles 3 et 5 respectivement), et même, dans celui du TPIR (article 4), de violations de l'article 3 commun aux Conventions de 1949 et du Protocole additionnel II. L'inclusion de ces références prouve la volonté des rédacteurs de ces textes de punir les attentats à la dignité des femmes. Quoique ces derniers n'aient pas été inclus dans le Statut du TPIY, en tant qu'infractions graves ou violations des lois et des coutumes de la guerre, cela ne l'a pas empêché le Tribunal de suivre la position du TPIR, en considérant le viol comme « un acte abject, qui porte atteinte au plus profond de la dignité humaine et de l'intégrité physique »[42].

En ce qui concerne la répression des actes de violence sexuelle, le jugement du TPIR, dans l'affaire *Akayesu*, est d'une importance primordiale pour le développement du droit international humanitaire. En effet, pour la première fois, il a été reconnu que le viol systématique de femmes constituait un crime contre l'humanité, et même une forme de génocide[43]. Par ailleurs, le même Tribunal a

41 La IVe Convention de Genève de 1949 (art. 27, par. 2) et ses Protocoles additionnels de 1977 (art. 76 du Protocole I et 4, par. 2 e) du Protocole II) interdisent expressément le viol et tout autre forme de violence sexuelle. Ces conduites n'ont toutefois pas été considérées, en tant que telles, comme des infractions graves, ce qui empêchait qu'elles puissent être sanctionnées.

42 *Procureur c. Delalic et consorts, loc. cit.* (note 9), par. 495. Quant à l'affaire *Furundzija*, le TPIY a admis que la violence sexuelle pouvait constituer une infraction grave aux Conventions de Genève ou une violation des lois et coutumes de la guerre: *Procureur c. Anto Furundzija, loc. cit.* (note 20), par. 172.

43 Voir Kelly D. Askin, « Sexual violence in decisions and indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Currents status », *AJIL*, Vol. 93, January 1999, p. 98; Christine Strumpen-Darrie, « Rape: A survey of current international jurisprudence », *Human Rights Brief (on line)*, Vol. 7, 2000, n° 3, ‹http://www.wcl.american.edu/pub/humright/brief/v7i3/rape.htm› (4 août 2000). N'oublions pas, en outre, que le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient a déjà prononcé une condamnation pour des viols commis par les troupes japonaises à Nankin: B. V. A. Röling/C. F. Rüter (éd.), *The Tokyo Judgement*, Vol. I, APA/University Press Amsterdam BV, Amsterdam, 1977, pp. 453-454.

affirmé, au cours de l'affaire en question, que la « violence sexuelle était une étape dans le processus de destruction du groupe tutsi, destruction de son moral, de la volonté de vivre de ses membres, et de leurs vies elles-mêmes »[44].

De surcroît, il a estimé que le viol pourrait être considéré comme une forme de torture[45], ce qui a été confirmé et développé par le TPIY dans l'affaire *Celebici*, ce dernier ayant déclaré que, du moment que les actes de violence sexuelle réuniront les éléments constitutifs de la torture, ils pourront être qualifiés de tels[46]. Cette reconnaissance revêt une importance capitale, puisqu'elle permet de condamner les responsables de viols ou d'autres actes de violence sexuelle pour la perpétration d'infractions graves aux Conventions de Genève de 1949.

L'importance du jugement dans l'affaire *Akayesu* réside également dans le fait que le TPIR s'est vu dans l'obligation d'élaborer une notion de viol en application du droit international[47], qui a servi de référence à des jugements ultérieurs du TPIY[48]. En empruntant ce chemin, il a opté pour une définition large, étant donné que « si le viol s'entend traditionnellement en droit interne de rapports sexuels non consensuels, il peut en ses diverses formes comporter des actes consistant dans l'introduction d'objets et/ou l'utilisation d'orifices du corps non considérés comme sexuels par nature »[49]. De cette façon, il a

44 *Procureur c. Jean-Paul Akayesu, loc. cit.* (note 28), par. 732.

45 « À l'exemple de la torture, le viol est perpétré par exemple pour intimider, avilir, humilier, punir, détruire une personne, exercer une discrimination à son encontre ou un contrôle sur elle. À l'exemple de la torture, le viol est une atteinte à la dignité de la personne et constitue en fait la torture lorsqu'il est pratiqué par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite ». *Ibid.*, par. 687.

46 *Procureur c. Delalic et consorts, loc. cit.* (note 9), par. 495-496.

47 « Pour la Chambre, constitue le viol tout acte de pénétration physique de nature sexuelle commis sur la personne d'autrui sous l'empire de la coercition. La Chambre considère la violence sexuelle, qui comprend le viol, comme tout acte sexuel commis sur la personne d'autrui sous l'empire de la coercition. L'acte de violence sexuelle, loin de se limiter à la pénétration physique du corps humain peut comporter des actes qui ne consistent pas dans la pénétration ni même dans des contacts physiques », *Procureur c. Jean-Paul Akaseyu, loc. cit.* (note 28), par. 688.

48 Il l'a reconnu de la sorte lors de l'affaire *Celebici, loc. cit.* (note 9), par. 478, ou *Furundzija, loc. cit.* (note 23), par. 176).

49 *Procureur c. Jean-Paul Akayesu, loc. cit.* (note 28), par. 686.

identifié le viol à d'autres actes de violence sexuelle, ce qui a également été confirmé par des jugements postérieurs du TPIY[50].

La jurisprudence des deux Tribunaux a donc joué un rôle essentiel dans la sanction des viols commis au cours de conflits armés, vu qu'à partir de ce moment-là, il a été estimé que ces conduites donnaient lieu à une responsabilité internationale de l'individu impliqué, les considérant comme crimes de guerre contre l'humanité ou génocide[51]. On a ainsi mis fin à une situation où la répression de ces conduites s'avérait trop incertaine.

La protection des personnes civiles au pouvoir de l'ennemi dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale

Comme nous venons de le voir, la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda constitue un considérable apport pour développement du droit international humanitaire. En effet, en interprétant progressivement ses normes, en les adaptant au nouveau contexte de guerre pour lequel elles devaient être appliquées, afin de parvenir à punir les responsables des graves et massives violations des droits humains sur les deux territoires, ils ont contribué à la concrétisation de progrès juridiques décisifs depuis longtemps attendus; la preuve est que la transgression des normes humanitaires dans le contexte d'un conflit armé interne entraînent dorénavant la responsabilité internationale de l'individu[52]. Cela a sans aucun doute abouti à une protection plus efficace des civils, notamment lorsqu'ils se retrouvent au pouvoir de l'ennemi.

50 Voir *Procureur c. Anto Furundzija, loc. cit.* (note 23), par. 186.

51 Voir Askin, *op. cit.* (note 43), pp. 122-123.

52 Ainsi que reconnu par la Commission du droit international, cette dernière ayant dû modifier son projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité pour l'adapter aux changements qui s'étaient produits suite au travail réalisé par les deux Tribunaux. Voir *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarantehuitième session (6 mai-26 juillet 1996)*, Doc. ONU A/51/10, 1996, p. 165.

Mais l'importance de cette jurisprudence ne se limite pas à cet aspect, elle va en effet beaucoup plus loin, en contribuant de manière décisive à la création d'une cour pénale internationale (CPI) de nature permanente. Ainsi, nombre des apports de ses jugements ont été incorporés au Statut de Rome, adopté le 17 juillet 1998 par une conférence diplomatique spécialement convoquée à cet effet. C'est précisément en se rapportant à la compétence matérielle de la CPI que l'on observe plus clairement cette influence, surtout lorsqu'il s'agit de la protection des civils au pouvoir de l'ennemi, aussi bien pendant des conflits armés internationaux qu'internes.

En ce qui concerne les conflits armés internationaux, apparaît, dans le Statut de Rome de 1998, la notion d'infractions graves aux Conventions de Genève (article 8, par. 2 a), reprenant ainsi celle qui figurait dans l'article 147 de la IVe Convention[53]. De ce fait, les conduites qui transgresseront la norme susmentionnée seront du ressort de la CPI, son application disposant de l'innovatrice interprétation que le TPIY a faite du concept de personne protégée.

Dans le même ordre d'idées, dans la catégorie des autres violations des lois et usages applicables dans les conflits armés internationaux (article 8, par. 2 b), une attention toute spéciale est prêtée à la protection des personnes civiles au pouvoir de l'ennemi, laquelle se traduit par la présence de quelques-uns des aspects les plus innovateurs du Statut. De nombreuses conduites portant atteinte aux droits humains fondamentaux des civils ou de leurs biens y sont en effet définies comme crimes de guerre[54], à l'instar du déplacement direct ou

53 À cet égard, dans le projet de texte définitif des *Éléments des Crimes*, à propos des crimes figurant dans l'art. 8, par. 2 a), il est précisé que les références à un conflit armé international comprennent l'occupation militaire.

54 C'est concrètement dans l'art. 8, par. 2 b) du Statut de Rome que sont répertoriées ces conduites attentatoires : la soumission à des mutilations physiques ou à des expérimentations ou traitements n'étant pas justifiés par des raisons médicales et pouvant causer la mort ou mettre en danger la santé de la victime (par. x) ; tuer ou blesser par traîtrise (xi) ; la destruction ou la confiscation de biens de l'ennemi n'étant pas justifiées par des nécessités militaires (xiii) ; déclarer abolis, suspendus ou inadmissibles, devant un tribunal, les droits et actions des ressortissants de la partie ennemie (xiv) ; la participation forcée de ressortissants de la partie ennemie à des hostilités contre leur pays (xv) ;

indirect d'une partie de la population civile par la puissance occupante vers le territoire qu'elle contrôle[55]. Cette figure, déjà considérée comme infraction grave dans le Protocole I de 1977, est d'une grande importance, comme le démontrent les déportations massives réalisées dans l'ex-Yougoslavie au nom de la politique de « nettoyage ethnique »[56].

Quant aux conflits armés internes, le Statut de Rome inclut les violations graves des lois et coutumes applicables dans ce type d'affrontements armés, notamment celles qui se rapportent à l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève (article 8, par. 2 c) et e), en suivant la ligne de ce qu'avait établi le Statut du TPIR. Par conséquent, la protection des droits humains fondamentaux des civils au pouvoir de l'ennemi se trouve garantie, l'obligation de respecter ces dispositions étant non seulement du ressort des autorités de l'État, mais aussi des groupes armés entrés en lutte dans un conflit de cette nature. À ce sujet, la jurisprudence des deux Tribunaux a joué un rôle essentiel dans l'incorporation de ce point de vue au Statut de Rome.

Cependant, la sanction des actes de violence sexuelle à l'encontre de la femme demeure l'un des aspects de la compétence matérielle du TPI sur lequel la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda a peut-être eu la

piller une ville ou une place (xvi) ; outrager la dignité de la personne, notamment à travers des traitements humiliants et dégradants (xxi) ; employer les civils comme boucliers humains (xxiii) ; priver les civils des objets indispensables à leur survie et faire obstacle à l'arrivée de l'aide humanitaire (xxv) ; recruter des enfants de moins de 15 ans ou les utiliser activement lors des hostilités (xxvi). En fin de compte, nous nous trouvons face à une longue liste de crimes de guerre qui complètent ceux envisagés sous la qualification d'infractions graves aux Conventions de Genève de 1949, renforçant, par là, la protection des civils sous le contrôle de l'ennemi.

55 Pour sa part, la déportation des personnes civiles à l'intérieur ou en dehors du territoire occupé était déjà reconnue comme infraction grave aux Conventions de Genève, et même comme crime contre l'humanité. Il convient cependant de souligner le fait que le Statut de Rome tient compte d'une définition de cette figure.

56 Andreas Zimmermann, « The creation of a Permanent International Criminal Court », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 2, 1998, p. 195. À cet égard, le procureur du TPIY s'est référé à cette figure lors de divers actes d'accusation.

plus grande influence. Ainsi, dans la continuité de la doctrine établie par le TPIR pendant l'affaire *Akayesu*, et par le TPIY à l'occasion des jugements *Celebici* et *Furundzija*, le Statut de Rome définit comme crimes contre l'humanité et crimes de guerre, aussi bien lors de conflits armés internes qu'internationaux, « le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée ou toute autre sorte de violence sexuelle comparable »[57]. Il convient aussi de mentionner le fait qu'une rédaction large a été préférée, laquelle suit la ligne de ce qu'avaient établi les deux Tribunaux, c'est-à-dire une longue liste d'actes de violence sexuelle identifiés au viol[58].

Après l'approbation du Statut de Rome de 1998, le travail développé par les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda a sans doute été un apport considérable pour la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale, tout au moins en ce qui concerne la protection des civils au pouvoir de l'ennemi. En effet, à l'heure d'établir les éléments des crimes pouvant figurer dans le Statut de Rome, c'est l'interprétation effectuée par les deux Tribunaux dans leurs jugements qui a été suivie. À cet égard, la définition du crime de torture coïncide en substance avec celle que le TPIY avait émise à l'occasion des jugements *Celebici* et *Furundzija*[59]. En ce qui concerne la violence sexuelle, la notion de viol apparaissant dans les jugements *Akayesu* du TPIR et *Furundzija* du TPIY est également reprise dans le projet de texte définitif des *Éléments des Crimes*[60].

57 Les actes de violence sexuelle ne sont pas expressément mentionnés dans le Statut de Rome comme une forme de génocide, contrairement à ce qu'avait stipulé le TPIR à l'occasion de l'affaire *Akayesu*. En revanche, le projet de texte définitif des *Éléments des Crimes* indique que le génocide, au moyen de graves blessures touchant l'intégrité physique ou mentale de la victime, comprend, entre autres, les viols ou la violence sexuelle en général. *Rapport de la Commission préparatoire de la Cour Pénale Internationale*, Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.2, p. 7.

58 *Op. cit.* (note 56), p. 194.

59 *Procureur c. Delalic et consorts, loc. cit.* (note 9), par. 494; *Procureur c. Anto Furundzija, loc. cit.* (note 20), par. 162.

60 *Procureur c. Jean-Paul Akayesu, op. cit.* (note 28), par. 688; *Procureur c. Anto Furundzija, loc. cit.* (note 20), par. 185.

Considérations finales

Comme nous venons de l'analyser, les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda ont contribué d'une manière décisive, à travers leur jurisprudence, au développement des normes humanitaires relatives à la sauvegarde des droits des personnes civiles lorsqu'elles se trouvent au pouvoir de l'ennemi, qu'il s'agisse d'un conflit armé international ou interne. Ils ont voulu, par là, offrir une réponse appropriée aux violations, massives et graves, du droit international humanitaire, perpétrées tout au long de cette dernière décennie sur deux territoires qui ont particulièrement souffert d'une barbarie et d'une violence aveugles.

Les deux Tribunaux – surtout le TPIY – ont spécialement prêté attention à la protection des civils au pouvoir de l'ennemi, du fait qu'ils étaient les principales victimes des crimes commis, mettant l'accent sur l'obligation à laquelle sont tenus les autorités de l'État, comme les groupes armés, de protéger les droits des personnes qui ne prennent pas part aux hostilités lors du conflit armé, que ce dernier soit international ou interne.

Quant à l'ex-Yougoslavie, le TPIY a contribué à l'adaptation des dispositions de la IVe Convention de Genève de 1949 aux nouvelles caractéristiques des conflits armés actuels, ainsi qu'à la précision de la portée et du contenu de beaucoup de ses dispositions. À cet égard, il convient de souligner la valeur essentielle attribuée au principe du traitement humain, pierre angulaire du système de protection des civils. En même temps, le TPIY, à travers sa jurisprudence, a été à même de montrer les rapports unissant le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme, en n'hésitant pas à employer comme éléments d'interprétation les conventions sur les droits de l'homme, ainsi que la jurisprudence des tribunaux existant déjà dans ce domaine, lorsqu'il s'agissait de préciser le contenu des différents crimes. Ceci signifie la reconnaissance du fait que la défense de la dignité humaine doit se produire aussi bien en temps de paix qu'en période de conflit armé, et que les violations des droits essentiels de l'homme sont identiques, indépendamment du contexte où elles seront perpétrées. C'est donc de cette manière que le TPIY et le TPIR ont contribué à l'élaboration d'un standard humanitaire minimal.

Finalement, il faut mentionner que l'important travail des deux Tribunaux a certainement été un apport considérable à la mise en place d'une juridiction pénale de nature permanente. En témoigne, notamment, l'existence de la compétence matérielle de la Cour pénale internationale.

●

Résumé

Protection of civilian persons in the power of the enemy and the establishment of an international criminal jurisdiction

by JULIO JORGE URBINA

This paper analyses major recent cases decided by the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda and dealing with crimes committed against civilians in the power of the opposing side which constitute serious violations of the Fourth Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war. The jurisdiction of the International Criminal Court to try crimes of such a nature is also examined. In the author's view, the two International Tribunals, and in particular the ICTY, have made a significant contribution to the legal protection of civilians by giving the provisions on breaches of the humanitarian law treaties a more precise meaning. Furthermore, the ICTY's decision to apply the legal provisions on grave breaches to non-international armed conflicts (Tadic case) *has established a firm basis for improved protection of civilians against crimes in civil wars. The new International Criminal Court will have a sound practice to build upon as regards protection by international criminal law of civilians in enemy power.*

Le statut de l'eau en droit international humanitaire

par
THÉO BOUTRUCHE

« L'eau peut modeler l'Histoire. Faire ou défaire un roi, être instrument d'oppression ou même arme de guerre »[1]. En 1503, Léonard de Vinci conspira avec Machiavel pour détourner le cours de l'Arno et l'éloigner de Pise, avec laquelle sa ville natale, Florence, était en guerre. Quelque cinq siècles plus tard, Boutros Boutros Ghali constate, avec amertume et résignation: « The waters of the Nile will be the cause of the next war in our region, not politics »[2]. S'il est vrai que l'eau joue un rôle-clef dans cette région, l'affirmation de l'ancien secrétaire général des Nations Unies ne doit-elle pas être nuancée? L'eau peut-elle être la cause majeure des guerres du XXIe siècle?

Dans la mesure où la quantité disponible de l'eau est limitée, la conjonction de deux paramètres permet de mieux comprendre l'enjeu qu'elle représente: il y a, d'une part, l'immense inégalité de répartition des ressources en eau à la surface du globe; il y a, d'autre part, le sacro-saint principe de souveraineté étatique, qui trouve une expression extrême dans la doctrine Harmon de 1895 (selon laquelle un État peut proclamer une souveraineté absolue sur les portions du fleuve qui traversent son territoire)[3]. À cet antagonisme presque

THÉO BOUTRUCHE est candidat au DES en droit international à l'Institut universitaire de hautes études internationales (IUHEI), à Genève. L'auteur tient à remercier Laurence Boisson de Chazournes, professeur à la faculté de droit de l'Université de Genève, et professeur invitée à l'IUHEI, pour ses précieux conseils.

irréductible vient s'ajouter une possible contradiction entre les priorités accordées par les États aux différentes utilisations possibles de l'eau.

Cependant, certains spécialistes ont cherché à minimiser ces déclarations alarmistes. À cet égard, Homer-Dixon, directeur du *Peace and Conflict Studies Program* à l'Université de Toronto, dénonce «the myth of global waters war»[4]. L'approche qui a prévalu, à l'occasion du second Forum mondial de l'eau, organisé à La Haye en mars 2000, va dans ce sens. Peter Gleick, intervenant au groupe de discussion «War and Conflict Prevention», refuse de voir le XXIe siècle comme celui des guerres de l'eau, «because wars never are about one issue»[5]. C'est davantage comme un vecteur de coopération s'inscrivant dans une stratégie de prévention des conflits que cette ressource naturelle a été appréhendée lors de cette réunion d'experts.

En temps de paix, un régime juridique très précis a été mis en place afin d'empêcher un différend portant sur l'eau de dégénérer. Comme le remarque Ameur Zemmali, «ses multiples fonctions, aussi nécessaires les unes que les autres, font d'elle une ressource vitale dont l'homme a toujours essayé de réglementer l'usage et la gestion»[6]. Par définition, ces règles n'ont pas vocation à être suspendues en temps de guerre. Djamchid Momtaz fait remarquer, à ce propos, qu' «il est

1 *Le Monde*, 28 janvier 2000, p. 27.

2 Cité par W. Remans, «Water and War», *Humanitäres Völkerrecht: Informationsschriften*, no 1, 1995, p. 6.

3 Toutefois, l'idée qu'un État a entière discrétion pour faire ce que lui seul désire sur le tronçon d'un cours d'eau international traversant son territoire a été rejetée vigoureusement par la communauté internationale dans son ensemble, ainsi que par l'État même qui l'avait inventée. Elle n'a jamais été appliquée en pratique, n'étant, tout au plus, qu'une simple prise de position politique. Voir à ce sujet, S. McCaffrey, «La Convention des Nations Unies sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation: Perspectives et embûches», *Cours d'eau internationaux – Renforcer la coopération et gérer les différends*, Rapport technique de la Banque mondiale n° 414, Actes du séminaire de la Banque mondiale établis par M. A. Salman et L. Boisson de Chazournes, Washington, 1999, pp. 19-30. Du même auteur: «The Harmon Doctrine one hundred years later: buried, not praised», *National Ressources Journal*, 1996, p. 725.

4 T. Homer-Dixon, «The myth of global waters war», *Forum: War and Water*, ICRC, Genève, 1998, p. 11.

5 Rapport final à consulter sur Internet, ‹www.worldwaterforum.org›.

6 A. Zemmali, «La protection de l'eau en période de conflit armé», *RICR*, n° 815, septembre-octobre 1995, p. 601.

généralement admis que le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités relatifs à la protection de l'environnement... »[7].

Cette protection devrait, par conséquent et légitimement, être renforcée en période de conflit armé quand les menaces qui pèsent sur les intérêts humains s'intensifient. Ressource indispensable, l'eau peut devenir un moyen de combat redoutable ou subir des dommages irréparables du fait de l'utilisation inconsidérée d'armes chaque jour plus perfectionnées et plus destructrices. Il convient, dès lors, de s'interroger sur la protection que prévoit le *jus in bello*. Si le droit international humanitaire a vocation à s'appliquer lors de conflits armés, en vue de rendre la guerre moins inhumaine et de faire respecter certaines règles par les belligérants, il devrait, par définition, contenir un régime juridique précis afin de protéger cet élément vital[8]. Or, contrairement au droit en temps de paix, qui consacre de nombreuses règles à l'eau, le droit international humanitaire ne contient pas de régime juridique précis en vue de protéger « l'or bleu ». Est-ce à dire qu'en l'absence d'un ensemble de dispositions juridiques véritablement spécifiques, l'eau ne bénéficie d'aucun statut protecteur ? Une réponse négative s'impose. Certes, si l'on entend par statut un régime juridique autonome, particulier, se suffisant à lui même, force est de constater qu'il fait défaut en droit international humanitaire.

7 D. Momtaz, « Le recours à l'arme nucléaire et la protection de l'environnement : l'apport de la Cour internationale de Justice », *International law, the international Court of Justice and nuclear weapons*, L. Boisson de Chazournes et P. Sands (éds), Cambridge University Press, 1999, p. 360. Selon cet auteur, « bien que la Cour ait été « d'avis que la question n'est pas de savoir si les traités relatifs à la protection de l'environnement sont ou non applicables en période de conflit armé » (para. 30 de l'avis), il se dégage de l'analyse des motifs de l'Arrêt une nette tendance de cet organe en faveur de la persistance de l'obligation du respect de l'environnement en temps de guerre ». Sur cette idée de continuité, dans le domaine de droit des cours d'eau internationaux, voir le *Rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 46e session*, Annuaire de la CDI, 1994, vol. II, partie 2, p. 139.

8 La XXVIe Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Genève, 1996) a, en effet, insisté sur le caractère vital de l'eau pour les victimes des conflits et demandé aux États de prendre « toutes les précautions possibles » pour ne pas endommager les sources et les systèmes d'approvisionnement utilisés par les civils. Rés. 2, chap. F, *RICR*, n° 817, janvier-février 1996, p. 68.

Il n'en reste pas moins qu'une protection existe dans ce droit, même si elle est constituée de dispositions éparses. Il convient de souligner, à ce sujet, la quasi-absence d'articles relatifs à l'eau dans les quatre Conventions de Genève de 1949. Il faudra attendre les travaux de l'Association de droit international[9] et sa résolution relative à cette question[10] pour voir véritablement l'ébauche d'une codification (d'origine privée) en la matière. Ce n'est qu'avec l'adoption en 1977 des deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève, comportant des dispositions essentielles relatives à l'eau, que l'on assiste à un progrès sensible par rapport au vide juridique antérieur.

Les raisons essentielles de cette relative imprécision juridique résident principalement dans les caractéristiques mêmes de l'eau. Cette ressource naturelle, susceptible d'être tour à tour arme, victime ou cible dans un conflit[11], revêt un caractère variable qui rend difficile une appréhension globale et la mise en place d'un régime juridique précis. Mais l'absence de système protecteur autonome résulte avant tout de la manière dont l'eau est appréhendée en droit international. Le droit international humanitaire, visant impérativement à protéger les victimes des guerres et à régir la conduite des hostilités, ne va considérer l'eau que de manière incidente, au travers de ces objectifs fondamentaux. Par conséquent, cette ressource n'est jamais, en tant que telle, l'objet de la protection. C'est donc seulement en tant que besoin essentiel pour l'être humain, ou pour le danger qu'elle représente pour les personnes protégées, que le droit humanitaire va appréhender l'eau.

Par conséquent, à la lumière de ces problématiques, il convient d'étudier les différentes dispositions du droit des conflits armés relatives à l'eau (I), ainsi que celles qui participent à la protection de cette ressource de manière incidente (II), afin de mener une évaluation du système en vigueur et réfléchir sur les éventuelles perspectives d'évolution (III).

9 Voir notamment le « Rapport intermédiaire sur la protection des ressources en eau et des installations hydrauliques en période de conflit armé », par F. J. Berber (rapporteur), *International Law Association (ILA), Report of the Fifty-sixth Conference, New Delhi, 1974-1975*, Londres, 1976, pp. 129-145.

10 *ILA, Report of the Fifty-seventh Conference, Madrid, 1976*, Londres, 1978, pp. 237-239.

11 Remans, *op. cit.* (note 2), p. 4.

Les dispositions du droit international humanitaire relatives à l'eau

Les dispositions spécifiques sont très peu nombreuses et s'inscrivent toujours dans une perspective ne visant pas l'eau en tant que telle, mais prenant en compte le rapport particulier qu'elle peut entretenir avec les objectifs du droit international humanitaire[12]. Parallèlement à cette logique, la problématique de l'objet de l'eau dans le conflit – cible ou arme – apporte un éclairage nouveau à l'architecture du système.

L'interdiction d'utiliser le poison constitue, dans cette perspective, une règle essentielle du dispositif protecteur de l'eau. Déjà énoncé dans le Règlement de La Haye annexé à la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre adoptée en 1907, ce principe, repris par de nombreux instruments[13], revêt incontestablement une valeur coutumière. L'eau, ici, n'est plus source de vie, elle ôte la vie. Toutefois, la question du statut de cette ressource dans le conflit garde tout son intérêt par rapport à d'autres règles essentielles du droit international humanitaire.

L'interdiction d'attaquer[14] les biens indispensables à la survie de la population civile

Le droit international humanitaire a pour objet principal d'assurer la protection de certaines catégories de personnes victimes des hostilités, en faisant obligation aux combattants d'identifier des objectifs militaires et de n'attaquer que ceux-ci. C'est dans le cadre de la protection de la population civile que s'inscrit la règle de

12 Titre IV du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) et Titre IV du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), les deux du 8 juin 1977. Ces titres visent la protection de la population civile.

13 Le Protocole I, art. 54 et le Protocole II, art. 14 interdisent l'empoisonnement même si le terme n'est pas employé. Notons que l'art. 8, par. 2 b) (xvii) du Statut de la Cour pénale internationale, adopté à Rome le 17 juillet 1998, considère « le fait d'utiliser du poison ou des armes empoisonnées » comme constitutif d'un crime de guerre.

14 Les articles consacrant cette règle visent aussi le fait de détruire, d'enlever ou de mettre hors d'usage.

l'interdiction de détruire les biens indispensables à la survie de cette catégorie de personnes. Ce principe est consacré par les articles 54[15] du Protocole I et 14[16] du Protocole II, régissant respectivement les conflits armés internationaux et les conflits armés non internationaux. Il s'agit d'une innovation importante du droit international humanitaire. L'eau est ici appréhendée en tant que cible et non plus en tant qu'arme. On cherche à détruire des systèmes d'approvisionnement en eau pour créer délibérément une situation de famine. C'est donc le lien particulier entre l'eau et l'être humain qui représente le fondement de la protection, et non la volonté d'appréhender cette ressource en tant que telle.

La structure même de l'article 54 répond à une volonté d'efficacité de la protection : le paragraphe 1 entend poser le principe de l'interdiction « d'utiliser contre les civils la famine comme méthode de guerre » ; et les paragraphes 2 et suivants définissent les modalités d'application et le régime de la règle posée.

a) Le principe de l'interdiction de la famine comme méthode de guerre

La règle introduite dans les Protocoles de 1977, applicable quel que soit le type de conflit armé, répond à une volonté des négociateurs de la Conférence diplomatique (tenue de 1974 à 1977) de s'attaquer à la guerre totale. En prohibant de façon générale cette arme, ils ont accordé une protection non négligeable à l'eau, élément indispensable à la vie. En effet, tant dans l'article 54 du Protocole I que dans l'article 14 du Protocole II, la famine est désormais prohibée comme méthode de guerre, c'est-à-dire comme arme utilisée pour anéantir ou affaiblir la population.

Il convient de souligner le fait qu'une violation de l'article 54 du Protocole I constitue non seulement une infraction à celui-ci, mais peut aussi être constitutive d'un crime de génocide, si la famine est menée avec l'intention de détruire tout ou partie d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, aux termes de la

15 Voir en général Y. Sandoz, Ch. Swinarski et B. Zimmermann, *Commentaire des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1949*, CICR et Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986, pp. 669-677.

16 *Ibid.*, pp. 1477-1482.

Convention sur le génocide[17]. La Cour internationale de Justice, dans son avis de 1996 sur la licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire, en faisant référence à la définition donnée par ce traité, souligne l'importance de l'intention parmi les éléments constitutifs du crime de génocide[18]. Par ailleurs, le Statut de la Cour pénale internationale, adopté à Rome le 17 juillet 1998, déclare crime de guerre le fait de recourir intentionnellement à la famine contre des civils[19].

Reste que tout principe, une fois proclamé, nécessite des modalités d'application qui conditionnent sa portée.

b) Les modalités d'application du principe et son régime juridique

Prévues à l'article 54, paragraphe 2, du Protocole I, ces modalités visent spécifiquement l'eau en précisant qu' « il est interdit d'attaquer, de détruire, d'enlever ou de mettre hors d'usage des biens indispensables à la survie de la population civile, tels que (...) les installations et réserves d'eau potable et les ouvrages d'irrigation (...) »[20]. L'eau est aussi spécifiquement protégée dans le cadre du Protocole II, puisque l'on retrouve les mêmes termes dans l'article 14, (qui est la version simplifiée de l'article 54).

Tout d'abord, on peut souligner le fait que les rédacteurs de cette disposition ont cherché à étendre la prohibition au plus grand nombre de situations possibles. Par ailleurs, la liste énumérant les biens indispensables à la survie de la population civile et qui, par conséquent, bénéficient d'une protection spéciale, n'est pas limitative.

17 Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, du 9 décembre 1948, notamment art. II c).

18 Licéité de la menace et de l'emploi de l'arme nucléaire, avis consultatif du 8 juillet 1996, C.I.J. 1996, par. 26. Sur cette question et la rapidité avec laquelle la Cour a examiné cet argument, voir V. Gowlland-Debbas, « The right to life and genocide, the Court and an international policy », *International law, the International Court of Justice and nuclear weapons*, L. Boisson de Chazournes et P. Sands (éds), Cambridge University Press, 1999, pp. 330-333.

19 Statut, art. 8, par. 2 b) (xxv).

20 Notons que l'art. 2 des « Règles d'Helsinki », adoptées en 1966 par l'ILA, vise déjà ces installations. Voir J. Sironneau, « Is there an international law on water ? Progress and prospects for the resolution of conflicts over water use », *Water and War, Symposium on water in armed conflicts (Montreux, 1994)*, rapport final, CICR, Genève, 1995, p. 62.

Cependant, elle vise, à titre d'exemples, les principaux biens, au premier rang desquels on trouve certains de ceux relatifs à l'eau. Reste que cette immunité n'est ni absolue, ni générale. En effet, le paragraphe 3 de l'article 54 envisage les cas dans lesquels la protection pourrait être levée. Ces limitations obéissent toutes à la même logique, celle de la prise en compte des nécessités militaires. Cette exception réduit considérablement la portée de la protection. Néanmoins, le critère de l'« appui direct » ne paraît pas si restrictif, car « on ne voit pas bien comment les denrées alimentaires, les récoltes, le bétail et les réserves d'eau potable pourraient être utilisés comme appui direct d'une action militaire »[21]. La condition absolue énoncée à la fin de l'alinéa b) – la nécessité militaire ne prévalant pas dans les cas où l'on peut penser qu'une action aboutirait à réduire la population civile à la famine ou à la forcer à se déplacer[22] – permet, aussi, de renforcer la protection de l'eau. Enfin, le paragraphe 5 met en avant les situations dans lesquelles « des dérogations aux interdictions prévues au paragraphe 2 sont permises ».

Il apparaît, en définitive, que le principe de l'interdiction d'attaquer les biens indispensables à la survie de la population civile et son corollaire, la prohibition de la famine comme arme, constituent des instruments juridiques essentiels pour la protection de l'eau.

Dans le cadre des développements précédents, les articles étudiés traitent particulièrement – mais pas exclusivement – de l'eau. Il existe une autre règle du droit international humanitaire qui, par définition, ne vise pas spécifiquement cette ressource et revêt plutôt un caractère générique. Il s'agit du principe de l'interdiction d'attaquer des ouvrages et installations contenant des forces dangereuses énoncé par l'article 56 du Protocole I. Cependant, à la lecture de cette disposition, l'eau paraît être largement prise en compte dans le cadre de l'énumération des biens susceptibles de bénéficier d'une protection.

21 *Op. cit.* (note 15), p. 674.

22 L'eau est ici encore formellement visée en tant qu'élément indispensable.

Interdiction d'attaquer des ouvrages et installations contenant des forces dangereuses

Si les travaux de l'Association du droit international font état de quelques dispositions concernant cet aspect de l'eau[23], les articles 56 du Protocole I et 15 du Protocole II constituent une innovation essentielle qui contraste avec l'ancienneté du procédé dans l'art de la guerre. Après le poison, l'eau en tant qu'arme peut revêtir ainsi un aspect encore plus dévastateur. Mesure de défense – à l'instar des digues construites par les chinois, au Ve siècle après J.-C., faciles à détruire afin de repousser l'envahisseur[24] –, ou arme offensive – comme, par exemple, les bombardements américains de plus de 661 digues pendant la guerre du Viet Nam[25] –, l'eau est la vie, mais peut aussi être une méthode de combat terrifiante[26]. Par conséquent, il a paru indispensable de protéger certains ouvrages contenant des forces dangereuses par de nouvelles dispositions dans les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève. Les articles 56 et 15 respectivement visent, à première vue, tous les biens dont la destruction est susceptible de libérer des forces dangereuses pour la population civile. Cependant, la réalité des négociations diplomatiques a marqué de son empreinte la portée de ces dispositions. La définition des ouvrages et des installations que l'on entend protéger a donné lieu à de nombreuses discussions. L'énumération qui est faite, « à savoir les barrages, les digues et les centrales nucléaires de production d'énergie électrique »[27], est limitative. Les autres installations, comme celles destinées à l'extraction et au

23 L'article 5 des « Règles d'Helsinki » de 1966 traite de cette question, *op. cit.* (note 20), p. 62. – L'ILA a, de manière plus complète, consacré une disposition de sa résolution de 1976 à ce problème. L'art. IV stipule : « La destruction d'installations hydrauliques comme les barrages et digues, qui contiennent des forces dangereuses, devrait être interdite lorsqu'une telle destruction pourrait comporter de graves dangers pour la population civile ou des dommages substantiels à l'équilibre écologique de la région concernée ». *Op. cit.* (note 10).

24 J. Sironneau, « L'eau ressource stratégique », *Géopolitique*, n° 43, automne 1993, p. 47.

25 Chiffre avancé par le représentant vietnamien, en 1977, à la Conférence diplomatique qui allait adopter les deux Protocoles additionnels. *Op. cit.* (note 15), p. 685.

26 Pour un aperçu historique de l'eau comme arme, voir A. Zemmali, Symposium 1994, *op. cit.* (note 20), p. 73.

27 Protocole I, art. 56. L'art. 15 du Protocole II est identique sur ce point.

stockage des produits pétroliers ou les usines qui produisent des produits toxiques, pourront bénéficier d'une protection dans le cadre d'autres dispositions du droit des conflits armés relatives à l'environnement[28].

Les articles 56 du Protocole I et 15 du Protocole II placent les installations relatives à l'eau au cœur du dispositif, de par le caractère dangereux qu'elles peuvent revêtir. Avant d'en étudier les principaux traits, il convient de souligner que ce régime protecteur des installations contenant des forces dangereuses est animé par un principe-clef du droit humanitaire, celui de la distinction entre objectif militaire et objectif civil, mais dont la portée est largement relativisée, compte tenu de l'impératif de protection. La destruction de ces ouvrages entraînerait des effets qui dépassent de loin les objectifs militaires légitimes pour que l'attaque soit licite. On pressent, dès lors, l'autre principe qui gouverne aussi cette question, à savoir le principe de proportionnalité.

Ces biens sont protégés contre l'« attaque » au sens de l'article 49 du Protocole I. Notons que les ouvrages mentionnés dans l'article 56 sont à priori des biens de caractère civil. Dès lors, quelle qu'elle soit, l'installation bénéficie de la protection générale assurée par l'article 52. Par conséquent, l'article 56 institue une protection spéciale qui aboutit à faire bénéficier ces ouvrages contenant des forces dangereuses d'une immunité « même s'ils constituent des objectifs militaires »[29]. La protection s'étend « aux autres objectifs militaires situés sur ces ouvrages ou installations ou à proximité »[30]. La condition fondamentale pour que cette immunité soit accordée est que l'attaque soit susceptible de provoquer la libération de ces forces dangereuses « et, en conséquence, causer des pertes sévères dans la population civile ». L'article 15 du Protocole II contient les mêmes dispositions, mais s'en tient là, sans envisager les aspects analysés ci-après.

28 Protocole I, art. 55 et 35, par. 3. Voir *infra*.

29 Protocole I, art. 56, par. 1. On voit ici l'atténuation du principe de la licéité des attaques contre les objectifs militaires posée à l'art. 48 du Protocole I.

Dans une logique similaire à celle qui gouverne l'article 54, l'article 56, paragraphe 2 prévoit des cas où la protection peut cesser. Les nécessités militaires obligent à lever l'immunité spéciale dont bénéficient ces biens quand ils sont utilisés pour « appui régulier, important et direct d'opérations militaires et si [les] attaques sont le seul moyen pratique de faire cesser cet appui ». Les critères paraissent plus sévères que ceux de l'article 54. Notons que certains barrages ou digues ont un caractère mixte, servant partiellement à l'irrigation et partiellement à la production de courant électrique. Dans ce cas, ils bénéficieront à la fois de la protection de l'article 54 (étant des ouvrages d'irrigation au sens de cet article) et de la protection de l'article 56. Cette situation témoigne de la possible utilisation cumulative des dispositions relatives à l'eau, permettant d'aboutir à une qualité de protection satisfaisante.

Le paragraphe 3 de l'article 56 insiste sur le fait que « dans tous les cas, la population civile et les personnes civiles continuent de bénéficier de toutes les protections qui leur sont conférées par le droit international (...) ». Le paragraphe 4 vient renforcer ce statut protecteur en interdisant les représailles contre ces installations ou contre les objectifs militaires mentionnés au premier paragraphe. Enfin, sur le plan répressif, est considéré comme infraction grave, c'est-à-dire comme crime de guerre, le fait de « lancer une attaque contre des ouvrages ou installations contenant des forces dangereuses (...) »[31].

Pour conclure, il convient d'insister sur la logique fondamentale qui est à l'œuvre au sein de l'article 56 du Protocole I et de l'article 15 du Protocole II : l'eau n'est pas appréhendée en tant que telle, mais sous l'angle du caractère dangereux qu'elle peut représenter pour les personnes dont le droit humanitaire cherche à préserver la vie.

Il reste à étudier brièvement, et donc de façon non exhaustive, certaines dispositions très particulières du droit

30 *Ibid.*

31 Protocole I, art. 85, par. 3 c). Notons que le droit pénal international a étendu la liste des crimes de guerre et les a appliqués aussi aux conflits armés non internationaux. Voir Zemmali, Symposium 1994, *op. cit.* (note 20), p. 35. Voir également l'interdiction d'utiliser la famine comme méthode de guerre, qui n'est pas une infraction grave au sens de l'art. 85 du Protocole I, mais qui est un crime de guerre selon le Statut de la Cour pénale internationale: Statut, Art. 8, par. 2 b) (xxv).

international humanitaire qui intéressent des domaines spécifiques. Celles-ci peuvent être considérées comme faisant une application des principes étudiés à des cas d'espèce. Bien que très éparses, elles participent aussi à la protection de l'eau en période de conflit armé.

L'application des principes à certains cas d'espèce

L'eau peut être considérée comme une voie de transport – dans certains cas, indispensable pour les personnes protégées. Le régime des navires-hôpitaux et des autres embarcations sanitaires témoigne de cette fonction non négligeable. Le Protocole I, pour sa part, mentionne l'eau dans plusieurs articles qui accordent aux moyens sanitaires et aux personnes une protection étendue « que ce soit en mer ou en d'autres eaux »[32]. Sur un autre plan, il est tenu compte de l'eau comme moyen permettant l'évasion réussie d'un prisonnier de guerre[33].

D'autres dispositions font référence à l'eau en tant qu'élément indispensable à la vie des personnes protégées[34] dans certains contextes. Aucun article de portée générale ne prévoit une obligation au bénéfice de toutes les personnes protégées. Comme le note Zemmali, « cela est tellement évident qu'il n'a pas été jugé nécessaire d'énoncer des règles spécifiques »[35]. En revanche, dans des domaines particuliers, les textes prennent en compte ce lien intrinsèque qui existe entre l'eau et la vie.

Enfin, on peut mentionner le rôle des organismes de protection civile dont l'une des tâches humanitaires vise au rétablissement d'urgence des services d'utilité publique indispensables. Ce personnel assure aussi les approvisionnements d'urgence et participe à la sauvegarde des biens essentiels à la survie. Cette responsabilité des organismes de protection civile dans les domaines relatifs à l'eau doit être soulignée et respectée[36].

32 Protocole I, art. 8 b), art. 23, par. 1 et art. 44, par. 8.

33 Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, art. 91, par. 1, ch. 3.

34 Zemmali, *op. cit.* (note 6), pp. 607-608

35 *Ibid.*, p. 607.

36 Protocole I, art. 61 a) (vii), (x), (xii) et (xiv), notamment.

Reste à mettre en exergue le rôle du CICR et des autres composantes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge dans cette protection de l'eau. Que l'action soit « curative »[37], par la distribution d'eau et la réparation des systèmes de traitement et de distribution d'eau potable, ou « préventive »[38], les opérations menées contribuent sensiblement à la sauvegarde de l'eau comme élément vital, en tant de crise, comme en temps de paix.

Ces développements montrent qu'en définitive, même en l'absence de dispositions spécifiques établissant un régime autonome propre à l'eau, le droit international humanitaire ne se désintéresse pas de cette ressource et édicte certaines règles qui peuvent être regardées comme assurant une protection. La Convention des Nations Unies sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 21 mars 1997, contient un article qui va dans ce sens[39]. Cependant un constat s'impose immanquablement : l'ensemble de ces dispositions n'appréhende jamais l'eau en tant que telle. Dans cette optique, Glent Plant, intervenant au symposium de Montreux, considère que « these key provisions are largely aimed at stopping deliberate attempts to kill the civilian population, rather than extending to acts not necessarily so aimed but having the same effect, including so-called collateral damage »[40]. Enfin, les dispositions étudiées apparaissent comme trop insuffisantes pour assurer une protection de qualité.

37 Zemmali, *op. cit.* (note 6), pp. 609-614. Voir également *Forum : War and Water*, ICRC, Genève, 1998, *passim*.

38 Zemmali, *ibid.*, vise les « démarches auprès des parties au conflit » ou « les actions de mobilisation et de sensibilisation » menées par la Croix-Rouge.

39 Dans son projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, la Commission du droit international de l'ONU a adopté un article (29), intitulé « cours d'eau internationaux et installations en période de conflit armé », qui dispose que « les cours d'eaux internationaux et les installations, aménagements et autres ouvrages connexes bénéficient de la protection accordée par les principes et règles du droit international humanitaire applicables aux conflits armés internationaux et internes et ne sont pas utilisés en violation de ces principes et règles ». Cette référence implique qu'il existe bien, en droit des conflits armés, des dispositions protégeant l'eau. Voir *Rapport de la CDI sur les travaux de sa 46e session (1994)*, doc. ONU A/49/10 (1994), suppl. n° 10, p. 197.

40 G. Plant, « Water as a weapon in war », *Symposium, op. cit.* (note 20), p. 82.

Ceci conduit à recourir à d'autres principes plus généraux du droit international humanitaire ou à des dispositions ne visant pas l'eau, afin de pallier ces lacunes.

Recours à des dispositions plus générales du droit international humanitaire pour une meilleure protection de l'eau

Les dispositions précédentes, même si elles ne protégent pas l'eau en tant que telle, visent expressément cette ressource. Ici, en revanche, l'attention va se porter sur des règles qui assurent une protection de l'eau de manière incidente.

Parmi les principes fondamentaux du droit humanitaire susceptibles de protéger l'eau, de manière incidente, en période de conflit armé, on peut citer tout d'abord, la règle de la nécessaire distinction entre objectif militaire et population et biens civils, prévue à l'article 48 du Protocole I. Le fait que « *dans tout conflit armé*, le droit des Parties au conflit de choisir des méthodes ou moyens de guerre ne [soit] pas illimité »[41] renforce cette protection de l'eau. Par ailleurs, l'article 51, paragraphe 5 b) de ce même instrument rappelle un autre principe-clef du droit humanitaire, celui de la proportionnalité entre « l'avantage militaire concret et direct » et les pertes dans la population civile. Cette énumération n'est pas exhaustive, mais permet de souligner l'importance de certaines règles de portée générale pour l'eau.

Deux principes, qui participent à la protection de cette ressource, méritent, cependant, une attention particulière. D'une part, le principe de l'interdiction de détruire les propriétés ennemies, d'autre part, celui de la protection de l'environnement, l'eau en étant une composante essentielle.

a) L'interdiction de détruire les propriétés ennemies

La formulation très générale de cette règle laisserait penser à première vue, qu'en ce qui concerne l'eau, son utilité est limitée. Or, on est confronté, ici encore, à un dilemme qui sous-tend l'ensemble des dispositions intéressant, de près ou de loin, l'eau dans la perspective

41 Protocole I, art. 35, par. 1 (souligné par l'auteur).

d'une protection de qualité : celui du type de rédaction à adopter, du choix entre des formulations très générales, qui permettraient de protéger l'eau grâce à un champ d'application vaste mais incertain; et celui de la rédaction de dispositions précises, visant l'eau spécifiquement, mais pouvant aboutir à réduire de manière sensible la portée du régime – et par là même l'efficacité de la protection. Ceci dans la mesure où l'on ne peut pas, par définition, prévoir toutes les hypothèses de son application. Quant au principe concernant les propriétés ennemies, il permet, sans viser cette ressource naturelle, de participer à sa protection. En effet, si ces propriétés s'avèrent être des installations hydrauliques, par exemple, cette règle de l'interdiction de la destruction pourra être invoquée.

De nombreuses dispositions – certaines assez anciennes – énoncent un tel principe. Tout d'abord, il convient de mettre en avant le fait que la règle s'applique, que les propriétés soient publiques ou privées[42]. Déjà, le Règlement de La Haye de 1907 interdit, dans son article 23 g), « de détruire ou de saisir des propriétés ennemies, sauf les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre »[43]. Notons que la portée de cette disposition se trouve largement réduite par l'exception prévue, relative à la nécessité militaire. Par la suite, d'autres textes ont repris cette règle, notamment l'article 6 b) de la Charte du Tribunal de Nuremberg, ou encore l'article 53 de la quatrième Convention de Genève de 1949[44]. Ce dernier instrument qualifie, par ailleurs, ces actes d'« infractions graves »[45]. Enfin, d'autres dispositions corroborent cette règle, comme par exemple, l'interdiction de confisquer la propriété et

42 Remans, *op. cit.* (note 2), p. 12.

43 Convention (IV) de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, avec le Règlement en annexe.

44 Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949. L'article 53 interdit « à la Puissance occupante de détruire des biens mobiliers ou immobiliers, appartenant individuellement ou collectivement à des personnes privées, à l'État ou à des collectivités publiques, à des organisations sociales ou coopératives, sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires ».

45 L'art. 147 de la IVe Convention vise « la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire ».

l'interdiction du pillage[46]. Toutefois le principe de la prohibition des destructions des propriétés ennemies est fortement affaibli par l'exception relative à la nécessité militaire.

En outre, il existe à côté de cette règle un ensemble essentiel de dispositions qui participent à la protection de l'eau: ce sont celles relatives au statut de l'environnement en droit des conflits armés. Les quatre Conventions de Genève de 1949 n'abordaient pas cette question, les préoccupations environnementales étant très peu reconnues à l'époque. Ce n'est qu'au début des années 70 que l'on a véritablement assisté à une prise de conscience de ces problèmes[47]. C'est donc dans ce contexte que les travaux de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international applicable dans les conflits armés (Genève, 1974-1977) vont aboutir à l'adoption, au sein du Protocole I relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, de dispositions sur cette question. Le Protocole II concernant les conflits armés non internationaux ne fait, en revanche, aucune référence à l'environnement.

Il convient donc d'examiner les règles du droit des conflits armés à ce sujet, dans la perspective d'une protection de l'eau, cette ressource constituant une composante essentielle de l'environnement.

La protection de l'eau par l'intermédiaire des règles relatives à l'environnement en droit international humanitaire

La déclaration adoptée par les Nations Unies à Stockholm, en 1972, témoigne de l'émergence d'un droit international de l'environnement. Annoncé par certains précédents, encore embryonnaire, il s'est véritablement affirmé par l'adoption progressive d'une série d'instruments internationaux. Cette reconnaissance croissante de l'environnement comme valeur protégée vise avant tout l'environnement en

46 Zemmali, *op. cit.* (note 6), p. 604.

47 D'aucuns considèrent que « la Conférence sur l'environnement humain, première conférence internationale consacrée à la protection de l'environnement à l'échelle universelle, tenue en juin 1972 à Stockholm, constitue une étape décisive » dans cette reconnaissance. Voir L. Boisson de Chazournes, C. Romano et R. Desgagne, *Protection internationale de l'environnement: recueil d'instruments juridiques*, Éditons A. Pedone, Paris, 1998, p. 13.

temps de paix. La guerre augmentant les probabilités d'atteinte à l'écosystème[48], il serait légitime de penser qu'il en soit de même en période de conflit. Il convient, en outre, de souligner que la Cour internationale de Justice, dans son avis consultatif de 1996, a rappelé l'importance qui devait être accordée à la protection de l'environnement en période de conflit[49].

L'eau bénéficierait donc d'une certaine protection par l'intermédiaire du statut reconnu à l'environnement, en tant qu'élément indispensable de l'écosystème. Il apparaît important ici d'insister sur le fait que la logique qui gouverne la question de la protection de l'environnement en période de conflit armé se rapproche de celle du régime de l'eau. Des problématiques, notamment concernant le caractère plus ou moins précis des dispositions pertinentes ou le caractère complet ou non du régime, sous-tendent constamment les développements en la matière. En outre, certaines dispositions, malgré le fait que ce ne soit pas leur finalité première, permettent une protection contre les atteintes à l'environnement[50].

Cependant, force est de souligner la pauvreté des dispositions protectrices de l'environnement en droit des conflits armés. Malgré ce constat, deux instruments restent fondamentaux, dans la mesure où ils participent, de manière incidente, à la protection de cette ressource. Il s'agit du Protocole I, particulièrement les articles 35, paragraphe 3, et 55, qui constituent les éléments essentiels du régime relatif à l'environnement, ainsi que de la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles (10 décembre 1976). Cette dernière, cependant, revêt une importance moindre pour notre étude.

a) Les dispositions du Protocole I

S'il est incontestable que les deux articles du Protocole I représentent un progrès considérable, une question importante s'est

48 Voir, à titre d'exemple, A. Roberts, « La destruction de l'environnement pendant la guerre du Golfe de 1991 », *RICR*, n° 798, novembre-décembre 1992, p. 559.

49 *Op. cit.* (note 18), par. 29 et suiv. et Momtaz, *op. cit.* (note 7), pp. 354-374.

50 P. Antoine, « Droit international humanitaire et protection de l'environnement en cas de conflit armé », *RICR*, n° 798, novembre-décembre 1992, p. 547. Cet auteur parle de « protection indirecte de l'environnement ».

posée lors de leur adoption : l'article 55 aboutissait-il à une répétition de l'article 35, paragraphe 3 ? Concernant le principe, il s'agit des mêmes préoccupations visant à protéger l'environnement. Cependant, la logique inhérente à ces deux textes est différente. L'article 35, paragraphe 3 vise la protection de l'environnement en tant que tel, sous l'angle des méthodes et moyens de guerre, alors que l'article 55 – qui a pour but de protéger la population civile – s'insère dans un contexte plus large : celui de la protection des biens de caractère civil, qui fait l'objet du Chapitre III du Titre IV du Protocole I. Cette dernière disposition appréhende l'environnement en relation avec les êtres humains qui en dépendent étroitement. Un tel lien ressort de la rédaction même du texte, lequel met en avant l'idée que des atteintes portées à l'environnement compromettraient, « de ce fait, la santé ou la survie de la population »[51].

Avec l'article 35, paragraphe 3 « il ne s'agit donc pas seulement de protéger l'environnement naturel contre l'utilisation d'armes ou de techniques dirigées expressément à son encontre, ni de protéger uniquement la population et les combattants des pays en guerre contre tout effet de cette nature, mais bien, compte tenu des inévitables débordements qui sont liés à ces phénomènes et de l'aspect en quelque sorte « transnational » du problème, de protéger l'environnement naturel comme tel »[52]. En outre, c'est l'« environnement naturel », par opposition à l'environnement humain[53], qui fait l'objet d'une protection.

L'article 55 du Protocole I, intitulé « protection de l'environnement naturel », a pour objectif d'assurer la survie ou la santé de la population civile qui vit dans un environnement en temps de guerre. On peut voir, dès lors, la portée de cette logique au regard de la protection de l'eau. C'est la conception même de cette ressource naturelle qui est, là encore, au cœur de la problématique.

Dans la mesure où toute guerre est susceptible, par définition, de porter atteinte à l'environnement, la question du seuil critique de gravité, au-delà duquel les dommages causés constituent une infraction au Protocole, revêt une importance essentielle. Les rédacteurs du

51 Protocole I, art. 55, par. 1.
52 *Op. cit.* (note 15), p. 412.
53 *Ibid.*, p. 413.

Protocole I ont opté pour celui des dommages « étendus, durables et graves » qui est le même pour les deux articles, assurant ainsi une cohérence entre ces dispositions. Ce critère a aussi été utilisé dans un autre instrument international, la Convention de 1976 sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, qui joue un rôle non négligeable dans la protection de l'environnement en période de conflit armé. Reste à s'interroger sur les rapports qu'entretient ce traité avec le Protocole I.

b) Les rapports entre la Convention de 1976 et le Protocole I

L'article premier, paragraphe 1, de cet instrument dispose que « chaque État partie à la présente Convention s'engage à ne pas utiliser à des fins militaires ou toutes fins hostiles des techniques de modification de l'environnement ayant des effets étendus, durables ou graves, en tant que moyens de causer des destructions, des dommages ou des préjudices à un autre État partie »[54]. Dès lors, se pose la question de la duplication entre ces deux textes[55]. Un tel double emploi n'est cependant qu'apparent au regard des nombreuses différences qui existent entre le Protocole I et la Convention de 1976.

Cette distinction résulte tout d'abord du fait que ces instruments ont des champs d'application radicalement différents. Le Protocole I n'est applicable que dans le cadre de conflits armés internationaux[56]. La Convention de 1976 s'applique aussi bien en temps de paix qu'en temps de guerre. Par ailleurs, l'objet de l'interdiction diffère. Le texte de 1976 interdit seulement les techniques de modification de l'environnement[57], alors que le Protocole additionnel I prohibe le recours à tous les moyens – compris les manipulations de processus

54 G. Fischer, « La Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins hostiles », *A.F.D.I.*, tome XXIII, 1977, pp. 825-826.

55 *Op. cit.* (note 15), p. 416.

56 Voir Protocole I, art. 1, par. 3.

57 Art. 2 de la Convention de 1976 : « L'expression « techniques de modification de l'environnement » désigne toute technique ayant pour objet de modifier – grâce à une manipulation délibérée de processus naturels – la dynamique, la composition ou la structure de la Terre, y compris ses biotes, sa lithosphère, son hydrosphère et son atmosphère, ou l'espace extra-atmosphérique. »

naturels – qui peuvent porter gravement atteinte à l'environnement naturel. Enfin, le seuil de gravité nécessaire pour que les atteintes soient réputées illicites au regard des deux instruments varie, même si des termes identiques ont été choisis. D'une part, d'un point de vue strictement formel, on peut déjà faire état d'une différence qui tient à la conjonction employée dans la détermination des caractéristiques requises pour les dommages : le Protocole I parle de « dommages étendus, durables *et* graves », tandis que la Convention de 1976 fait référence à des « effets étendus, durables *ou* graves ». Par conséquent, pour que cette dernière soit violée, il suffira qu'une seule de ces catégories d'effets se produise, alors que le Protocole I exige la réunion des trois[58]. Ces deux instruments ne font donc pas double emploi et peuvent se compléter, en temps de guerre, afin de protéger de manière plus efficace l'environnement, et par là même, l'eau.

Cette analyse de quelques dispositions du droit international humanitaire relatives à la protection de l'environnement permet de montrer que le but de ces règles « ne consiste pas à exclure totalement ces atteintes à l'environnement, mais bien plutôt à les limiter à un niveau jugé tolérable »[59]. Ce corpus de règles participe indéniablement à la protection de l'eau.

Au travers de ce panorama des dispositions du droit international humanitaire qui seraient susceptibles d'assurer une protection de l'eau, on a pu dégager plusieurs problématiques qui interagissent, aboutissant parfois à renforcer, parfois à réduire la portée du statut protecteur de cette ressource naturelle. Il ressort de ces développements qu'on ne saurait parler de régime autonome, spécifique et autosuffisant, visant l'eau en tant que telle. Cependant ce constat, aussi radical soit-il, ne peut conduire à éclipser un corpus de règles, plus ou moins précises, contenues dans des instruments juridiques obligatoires, qui participent à la protection de l'eau.

Il convient, à présent, à la lumière de cet examen des dispositions pertinentes, d'évaluer le statut protecteur de l'eau en droit international humanitaire.

58 *Op. cit.* (note 20), p. 420.

59 A. Bouvier, « La protection de l'environnement naturel en période de conflit armé », *RICR*, n° 792, novembre-décembre 1991, p. 602.

Évaluation du statut protecteur de l'eau en droit international humanitaire

S'il est admis que la protection de l'eau fait incontestablement partie du droit international humanitaire, la question de son efficacité reste entière. Un bilan du régime en vigueur constitue une condition préalable à toute réflexion sur la notion même de protection et les perspectives d'évolution.

Bilan du régime en vigueur : des faiblesses majeures

Tout au long des développements précédents, dans notre tentative de cerner la logique propre au régime protecteur de l'eau, il a été fait référence à certaines faiblesses, sans véritablement en définir la portée. Ces insuffisances découlent des problématiques essentielles qui sont à l'œuvre au sein même du droit international humanitaire. Deux questions principales ont des répercussions sur la protection de l'eau : celle de la distinction entre conflit armé international et conflit armé non international, et celle du compromis entre l'impératif humanitaire et le critère de la nécessité militaire.

a) La protection de l'eau en période de conflit armé international et en période de conflit interne

Au-delà du problème de la qualification juridique des guerres et des critères en jeu, la tendance à la multiplication croissante des conflits de caractère interne a nécessairement des répercussions sur la protection de l'eau, du fait de la différence de régime juridique applicable. Il existe, en effet, un déséquilibre considérable entre les principes et normes régissant les conflits armés internationaux et ceux applicables aux conflits internes.

Certes, les conflits internes ne constituent pas des phénomènes extérieurs au droit international. Cependant, le souci de simplification, qui a animé la rédaction du Protocole II, le place bien en deçà du corpus de règles applicables dans les conflits armés internationaux. Dans cette perspective, la protection de l'eau ne peut que se trouver affaiblie en période de conflit interne. Or, il n'existe aucune raison pour que cette ressource naturelle se trouve moins menacée dans de telles guerres. Les seules dispositions visant l'eau sont les articles 14 et 15 du Protocole II, relatifs respectivement à la protection des biens

indispensables à la survie de la population civile et à celle des ouvrages et installations contenant des forces dangereuses. Ces dispositions sont des versions simplifiées des articles correspondants du Protocole I. Elles ne contiennent, par exemple, aucune référence à la question des représailles. Par ailleurs, les tentatives d'insérer dans le Protocole II des règles relatives à la protection de l'environnement naturel ont toutes échoué[60]. Par sa qualité de ressource indispensable à la vie, l'eau pourrait bénéficier de la protection par les principes généraux énoncés à l'article 3 commun aux Conventions de Genève. Ceci reste, malgré tout, très peu opératoire. Tous les auteurs s'accordent ainsi à souligner l'insuffisance des dispositions protectrices de l'eau en période de conflit interne[61].

Une autre problématique, que Bretton va jusqu'à qualifier de « contradiction essentielle » du droit des conflits armés[62], vient affaiblir la portée de la protection, y compris dans le cadre du régime applicable aux conflits internationaux. Il s'agit de la conciliation entre les impératifs humanitaires et la nécessité militaire.

b) L'arbitrage entre objectif humanitaire et nécessité militaire

Le droit des conflits armés cherche à humaniser la guerre. Il « s'efforce d'atténuer les effets de la guerre, d'abord en imposant des limites à la manière de faire la guerre (...), et ensuite en imposant aux belligérants d'épargner et de protéger les personnes qui ne participent pas, ou plus, aux hostilités »[63]. Cependant, cet objectif, aussi impératif soit-il, ne peut complètement se détacher des réalités du phénomène dont il est censé circonscrire les maux, c'est à dire la guerre. Le droit humanitaire doit tenir compte des « besoins militaires légitimes »[64]. C'est ce que l'on appelle le critère de la nécessité militaire. Il faut donc imposer des limites effectives à la puissance guerrière, sans toutefois la rendre impossible là où elle peut s'exercer de manière légitime.

60 *Ibid.*, p. 581.

61 Voir notamment Remans, *op. cit.* (note 2).

62 P. Bretton, « Le problème des « méthodes et moyens de guerre ou de combat » dans les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 », *R.G.D.I.P.*, tome LXXXII, 1978, p. 37.

63 H.-P. Gasser, *Le droit international humanitaire : introduction*, CICR, Genève, 1993, p. 3.

64 *Ibid.*, p. 17.

Cette logique, qui exclut, par définition, une protection absolue, est particulièrement présente dans le cadre des dispositions protectrices de l'eau, sous la forme d'exceptions aux différents principes posés[65]. Par exemple, l'article 54 du Protocole I, qui concerne les biens indispensables à la survie de la population civile, prévoit que la protection est levée dans deux hypothèses. La prise en compte de la nécessité militaire se retrouve aussi dans l'article 56 du Protocole I relatif à la protection des ouvrages et installations contenant des forces dangereuses.

Ces faiblesses, autant que la reconnaissance de l'absence de régime juridique autonome et spécifique, obligent à dépasser l'approche simplement descriptive pour se pencher sur la problématique de la protection même de l'eau. Cette réflexion permettra d'expliquer et de mieux comprendre pourquoi le statut de cette ressource en droit des conflits armés présente de telles caractéristiques.

Réflexion sur la protection d'une ressource complexe

L'idée de départ essentielle est que, par définition, toute protection va dépendre de la manière dont on va appréhender son objet. Cette logique est particulièrement vraie en ce qui concerne l'eau, qui n'est jamais l'objet proprement dit de la protection. Quelle est, en définitive, la conception que l'on a de cette ressource au travers des différentes dispositions du droit international humanitaire qui participent à sa protection ? La réponse à cette question est intrinsèquement liée à la nature même de l'eau. Elle peut être considérée en tant que telle, comme ressource naturelle. Mais, étant indispensable à la vie, on ne peut la concevoir sans se référer au rapport étroit qu'elle entretient avec l'être humain, condition de l'existence de l'homme et besoin essentiel. Or, cette relation particulière influence incontestablement la façon dont le droit humanitaire appréhende l'eau. L'un des objectifs essentiels de ce droit est de protéger les personnes qui ne participent pas (la population civile) ou plus (les blessés ou les prisonniers

65 À l'issue du Symposium de Montreux, les experts ont conclu que cette réunion « would be the gateway to further thinking and action on matters such as the question of the balance between military necessity and humanitarian needs ». *Op. cit.* (note 20), p. 164.

de guerre, par exemple) aux hostilités. Ce n'est, par conséquent, qu'au travers de cet impératif que le droit humanitaire va considérer l'eau, soit en tant qu'élément indispensable à la survie de la population[66], soit parce qu'elle peut être une arme destructrice[67]. Quoi qu'il en soit, c'est toujours sous l'angle de la protection de certaines personnes, en termes de conséquences sur cette population, que l'eau sera prise en compte. Le droit humanitaire ne cherche pas à protéger l'eau en tant que telle, mais il la régit, incidemment, par le biais de l'importance que cette ressource va revêtir au regard de la finalité de ce droit. Cette problématique rejaillit aussi quand on considère l'eau comme composante essentielle de l'écosystème, dans le cadre des dispositions du droit humanitaire protégeant l'environnement. Si l'article 35, paragraphe 3, du Protocole I protège l'environnement en tant que tel, l'article 55 du même instrument appréhende cette question sous l'angle du lien qui existe avec les êtres humains, dans le cadre de la protection de la population civile.

Dès lors que l'eau n'est pas prise en compte pour elle même, la portée de sa protection est moindre. En effet, les dispositions pertinentes, poursuivant un objectif différent de celui visant à lui assurer un statut protecteur, ne peuvent être pleinement opératoires et couvrir toutes les hypothèses dans lesquelles cette ressource est en jeu. Il résulte de cette logique que l'on va parfois chercher à étendre artificiellement le champ d'application de certaines dispositions. Le recours à l'article 54 du Protocole I, qui interdit l'utilisation de la famine comme méthode de guerre pour régir des situations où l'eau est menacée dans un contexte différent, peut se révéler inefficace. On ne peut faire dire à cette disposition ce qu'elle ne dit pas. Dans le cadre de cette même problématique, l'argumentation développée par la République démocratique du Congo dans sa requête introductive

66 Voir, p. ex., l'art. 54 du Protocole I. Notons que cette manière d'appréhender l'eau domine toujours le débat actuel sur la protection de cette ressource. Cette caractéristique apparaît notamment dans les conclusions du Symposium de Montreux, *op. cit.* (note 20). Dans le cadre d'un « appel pour une protection juridique absolue des réserves d'eau et des ingénieurs sanitaires pendants les conflits armés », les experts ont souligné que l'« objectif essentiel de cette initiative est de contribuer à obtenir une protection plus efficace des victimes des conflits armés, notamment dans les endroits où les installations de traitement et de distribution de l'eau et les réserves sont affectées par les hostilités ». On remarque l'objectif privilégié au sein de la réflexion.

67 Protocole I, art. 56.

d'instance du 23 juin 1999, saisissant la Cour internationale de Justice d'un différend l'opposant à l'Ouganda (*Affaire des Activités armées sur le territoire du Congo*), témoigne de la difficulté dans certains cas à invoquer l'article 56 du Protocole I. Le demandeur, parmi les griefs faits à l'encontre de l'Ouganda, mettait en avant la violation par cet État des règles du droit international humanitaire, particulièrement le non-respect de cette disposition, du fait que ses forces armées «s'étaient emparées durant quelques semaines, à partir du 17 août 1998, du barrage d'Inga, provoquant des coupures de courant mortelles pour bon nombre de citoyens congolais et menaçant de dynamiter le barrage»[68]. L'article 56 prohibe les attaques contre de telles installations «lorsque de telles attaques peuvent provoquer la libération de ces forces...». Par conséquent, il n'interdit ni la menace de destruction ni les autres actes commis par les troupes ougandaises. Certes, d'autres dispositions plus générales du droit international humanitaire (protection de la population civile) pourraient être invoquées pour établir une violation par cet État de ses obligations, mais on voit ici les limites de l'article 56, unique disposition consacrée aux barrages, qui permet de ne couvrir que certaines situations extrêmes.

On remarque ainsi dans quelle mesure la manière dont on appréhende l'eau peut expliquer l'architecture du système de protection. Cette question recouvre également le problème de la place de l'eau dans le conflit – tantôt arme, victime ou cible – ce qui apporte un éclairage particulier au statut actuel de cette ressource.

On pressent, dès lors, l'importance d'une telle approche au regard de la question des méthodes à privilégier et des réformes envisageables pour parvenir à une protection efficace de l'eau en période de conflit armé.

Perspectives de réforme

Si la protection de l'eau fait donc incontestablement partie du droit international humanitaire, la question est de savoir si le corpus de règles correspondant est complet. De nombreux spécialistes

68 *Affaire des Activités armées sur le territoire du Congo*, requête introductive d'instance de la République démocratique du Congo du 23 juin 1999, C.I.J., ‹www.icj-cij.org›.

considèrent que les normes actuelles sont suffisantes, mais que la faiblesse se situe au stade de l'exécution et du respect de ces dispositions[69]. Cette appréciation n'empêche cependant pas de s'interroger sur les éventuelles pistes à suivre en vue de renforcer le droit positif ou de réfléchir sur des façons différentes de concevoir l'eau qui pourraient servir de base à un autre type de protection.

Il apparaît intéressant, dans le cadre de cette démarche, de dépasser la simple question du statut de l'eau en droit des conflits armés pour appréhender cette problématique à la lumière des développements récents relatifs à l'eau en temps de paix et de l'attention grandissante portée par les acteurs de la société internationale à cette ressource vitale. À ce titre, les conclusions des différents groupes de travail mis en place à l'occasion du second Forum mondial de l'eau, qui s'est tenu à La Haye en mars 2000, apportent des éléments importants à l'analyse. Enjeu crucial du XXIe siècle, l'eau est susceptible d'être à l'origine de conflits de types différents. Le schéma classique vise le cas de guerres entre États riverains, avec des zones sensibles comme le bassin du Nil ou le Moyen-Orient, qui sont des conflits asymétriques ou des « Rambo situations (...) in which one or more states control a river's source or upper flow thereby placing the downstream riparian states at a disavantage »[70]. Mais l'eau peut également être source de conflits à l'intérieur d'un État, soit entre différentes régions ne bénéficiant pas de la même quantité d'eau, soit du fait des conséquences sur la population, laquelle est le plus souvent exclue du processus de prise de décision. Or, si de nombreux spécialistes ont souligné l'idée selon laquelle l'eau ne peut être l'unique enjeu d'une guerre, d'aucuns ont mis en avant la nécessité de développer un cadre juridique cohérent et des institutions servant de vecteur de coopération, afin de permettre une prévention efficace et d'éviter que des différends portant sur l'eau ne dégénèrent en conflits armés interétatiques[71].

69 Remans, *op. cit.* (note 2), p. 13.

70 « Water and Conflict », The Second World Water Forum, Workshop : Water and Conflict Prevention, organised by the European Platform for Conflict Prevention and Transformation, 17-22 mars 2000, La Haye, ‹www.worldwaterforum.org›.

71 L. Boisson de Chazournes, B. Charrier et F. Curtin, *National Sovereignty and International Watercourses*, Green Cross International, 2000, présenté lors du Forum de La Haye (*supra*, note 70).

Par ailleurs, l'accent a aussi été mis sur l'importance de l'eau en tant que telle, composante essentielle de l'environnement, qui doit être protégée en temps de paix contre les différentes formes de pollution. Enfin, on ne peut séparer l'eau, élément indispensable à la vie, de l'être humain lorsque l'on aborde la question de la protection de la personne. Or, sur ce point, si l'accès à l'eau constitue un besoin essentiel pour l'homme, son analyse en termes de droit est loin d'être évidente. Certes, les experts du groupe de discussion « Water and International Law » ont conclu à la nécessité de reconnaître un droit à l'eau et d'intégrer ce droit au sein du système des droits de l'homme[72], mais la « Ministerial Declaration of The Hague on Water Security in the 21st Century » ne parle que de besoins essentiels. Ces différentes réflexions menées sur les problèmes de l'eau en temps de paix témoignent de l'aspect extrêment complexe de cette ressource et de la nécessité de développer une vision globale intégrant les différentes problématiques. Dès lors, ne faudrait-il pas, au travers de ces analyses portant sur les règles applicables en temps de paix se livrer à une relecture du dispositif protecteur de l'eau en temps de guerre, afin de prendre en compte les facettes multiples de cet « or bleu » ? Appréhendée seulement au travers du prisme des biens indispensables à la survie de la population (article 54 du Protocole I), il pourrait être souhaitable de repenser le système en vue de garantir l'accès des personnes protégées à l'eau. Une éventuelle proposition viserait aussi à élargir la vision que l'on a de l'eau, afin de la préserver en tant que ressource naturelle.

Mais c'est aussi une réflexion sur la méthode la plus appropriée à adopter en termes de protection optimale que l'on cherche à mener ici. À l'heure actuelle, l'eau n'est essentiellement appréhendée qu'au travers du prisme de l'objectif humanitaire de protection de la population. Par ailleurs, le fait que l'eau puisse être tour à tour arme, cible ou victime dans la guerre complique l'établissement d'une logique directrice dans l'étude d'une évolution du système. L'eau conçue comme une arme nécessite-t-elle l'adoption d'une méthode

72 P. van Krieken, *Rapport final, Workshop : Water and International Law*, *supra*, note 70.

différente pour la régir? L'article 56 du Protocole I constitue un exemple de ce que peut être une disposition précise prenant l'eau en compte. La question est donc de savoir si la méthode privilégiée doit varier selon la place qu'occupe l'eau dans la guerre. Si cette ressource constitue une arme, la précision dans la formulation de la règle peut empêcher d'appréhender les différentes hypothèses.

Ces problématiques relatives à la conception de l'eau se croisent et interagissent, démontrant qu'il est extrêmement complexe d'édicter un régime protecteur qui réalise une synthèse des multiples facettes de l'eau. Dès lors se pose la question, plus vaste, de la démarche à privilégier, de la méthode à choisir pour atteindre le maximum d'objectifs. Faut-il chercher à édicter des dispositions précises, en vue de mettre sur pied un régime autonome, spécifique à l'eau, ou plutôt rester dans le domaine des principes généraux?

La première démarche, dont on pourrait voir une ébauche dans la résolution de l'Association de droit international (ILA), adoptée en 1976 à Madrid, permet une protection certaine et solide. En effet, le Comité de l'ILA sur le droit international relatif aux ressources en eau avait inclus la question des installations hydrauliques et de la sécurité dans un rapport intermédaire très complet soumis à l'examen de l'Association, lors de sa conférence de New Delhi tenue en 1974[73]. Le Comité a proposé une série de huit articles sur «la protection des ressources en eau ou des installations hydrauliques en période de conflit armé» que la Conférence de l'ILA a approuvés en 1976[74]. Dans le préambule de la résolution, l'ILA souligne «la nécessité d'établir des règles précises en vue de protéger l'eau et les installations hydrauliques contre les dommages et la destruction et ainsi de contribuer au développement du droit international humanitaire applicable aux conflits armés». Ces articles constituent un corpus de règles cohérentes assez complet, bien qu'il ne s'agisse encore que de «principes directeurs». Cependant, la méthode visant la précision pour une meilleure protection risque d'en réduire considérablement la portée dans la mesure où il serait presque impossible de prévoir toutes les situations susceptibles d'impliquer l'eau. En dehors des hypothèses prévues, quel serait alors

73 *Op. cit.* (note 9).

74 *Op. cit.* (note 10).

le statut de cette ressource ? Certes, on pourrait faire application des principes généraux du droit humanitaire pour combler les lacunes, mais on retomberait alors dans les travers que l'on cherchait justement à éviter.

La réunion d'une conférence en vue d'élaborer une convention relative à l'eau serait-elle opportune, à l'instar de celle organisée par *Greenpeace*, à Londres, concernant la protection de l'environnement ? La seconde démarche correspond plus à l'esprit même du droit humanitaire, qui vise à poser des principes fondamentaux applicables en temps de guerre. Elle semble plus réaliste en termes de faisabilité et, par ailleurs, offre l'avantage de permettre une couverture assez large des différentes situations. Néanmoins, cette caractéristique peut très vite se révéler être un obstacle important à la gestion de certains cas de figure, notamment dans l'hypothèse où les dérogations aux principes ne sont pas clairement établies.

L'efficacité de la protection dépendrait plus, en définitive, de la capacité à concilier ces deux approches et à établir un équilibre. Or, il apparaît que les disposition actuelles du droit international humanitaire applicables à l'eau tendent vers cette finalité, même si certaines lacunes existent. Il s'agirait donc plutôt de repenser le régime actuel à l'aune d'une conception nouvelle de l'eau, plus large et non exclusivement liée à certaines caractéristiques ; démarche qui pourrait se fonder sur les travaux récents relatifs au statut de cette ressource en temps de paix. Cependant, le point de départ d'une réflexion sur cette question demeure la reconnaissance du lien naturel qui unit l'eau à l'homme.

●

Abstract

The status of water in the law of armed conflict

by THÉO BOUTRUCHE

After reviewing the provisions of international humanitarian law relating to water, the author offers some thoughts on the nature of the legal protection accorded this resource in time of war. The lack of a proper and autonomous legal framework for protecting water would appear to be explained, on the one hand, by the many roles that water can play – for example, as a weapon, target or victim – and, on the other, by the very manner in which it is treated in international humanitarian law. Water is taken into account only in connection with that body of law's basic objectives of protecting victims of war and regulating the conduct of hostilities – and even then only in its capacity as one of man's basic needs, or as a danger, or as part of the natural environment. Water as such is not given legal protection. This arrangement may be inadequate, but it is enough to serve as a firm basis for improvement. In view of research carried out recently on international rules on the use of water in peacetime, a fresh look should be taken at the status of water in the law of armed conflict. A better understanding of the issue's complexities will mean better protection for "blue gold".

Standards fondamentaux d'humanité : quel avenir ?

par
JEAN-DANIEL VIGNY et CECILIA THOMPSON

La nature des conflits a considérablement changé ces cinquante dernières années, passant du conflit international au conflit interne et, surtout, à ces situations de violence interne, si caractéristiques de notre époque : tensions et troubles intérieurs, situations telles que celles où un danger public exceptionnel menace l'existence même de la nation, guerre civile ou conflit interne déstructuré, larvé ou de faible intensité. Dans ces situations, les civils – à titre individuel (enfants, femmes, vieillards, etc.) ou collectif (minorités, peuples autochtones, etc.) – ne sont plus seulement les victimes, mais les cibles et les instruments politiques privilégiés des diverses forces en présence. Celles-ci peuvent être des autorités étatiques – telles la police ou l'armée – ou des acteurs non étatiques (milice, groupe armé ou mouvement de libération nationale, par exemple). Sont alors perpétrés des prises d'otages, des viols de femmes et de fillettes, la purification ethnique et les discriminations en tout genre, l'appel à la haine ethnique par certains médias ; des déplacements forcés de populations – sans accès à une nourriture suffisante, à un logement décent, à des soins minimaux de santé ou à l'éducation primaire –; l'esclavage, les enfants-soldats victimes ou auteurs de

JEAN-DANIEL VIGNY, licencié en droit, est diplomate suisse. Affecté actuellement à la Mission permanente de la Suisse près les organisations internationales à Genève, il est en charge des questions « droits de l'homme ». CECILIA THOMPSON, licenciée en sciences politiques, travaille au Haut Commissariat pour les droits de l'homme des Nations Unies, à Genève. – Cet article est une contribution personnelle des deux auteurs.

violations, les exécutions sommaires, les disparitions forcées, tortures ou autres atteintes massives et graves aux droits de l'homme, qu'ils soient civils, culturels, économiques, politiques ou sociaux.

Dans ces situations de violence interne caractérisées par des violations des droits les plus essentiels de la personne, on constate un manque apparent de règles de droit international clairement applicables. En effet, dans ces circonstances exceptionnelles, dites de « zone grise » ou de « zone d'ombre »[1], les droits de l'homme peuvent faire l'objet de dérogations (hormis les droits intangibles auxquels il ne peut jamais être dérogé)[2]. De plus, l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève sur la protection des victimes de la guerre, ainsi que le Protocole additionnel II, applicables aux conflits armés non internationaux, risquent de ne pas (encore) être applicables, ou ne sont pas respectés, de fait. Vu le flou juridico-politique régnant en de telles circonstances, à la jonction du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, la protection de l'être humain est particulièrement faible face aux nombreuses et graves violations commises tant par des autorités étatiques que par des entités non étatiques (groupes armés, notamment).

Pour combler la faiblesse de la protection internationale de la personne dans de telles situations, il est urgent d'identifier et de regrouper des standards fondamentaux d'humanité, accessibles à tous, en un énoncé de principes reflétant le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire (ainsi que le droit international des réfugiés), applicables en tout temps, en toutes circonstances et à tout acteur étatique, interétatique et non étatique, ainsi qu'à tout individu.

1 A. Eide, A. Rosas, T. Meron, «Combating lawlessness in gray zone conflicts through minimum humanitarian standards», *AJIL*, Vol. 89, 1995, pp. 215-223.

2 Les instruments internationaux de protection des droits de l'homme (en premier lieu les deux Pactes internationaux de 1966 sur les droits civils et politiques ainsi que sur les droits économiques, sociaux et culturels) s'appliquent en principe en tout temps, donc aussi dans les situations de violence interne, bien qu'avec des dérogations possibles, tout en étant complétés, en cas de conflit armé, par les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre et leurs deux Protocoles additionnels.

Ces standards fondamentaux d'humanité serviraient en priorité d'instrument pédagogique destiné à assurer un meilleur respect des règles de droit international humanitaire et des droits de l'homme, à condition d'être effectivement mis en œuvre dans la pratique grâce à des mesures conséquentes de sensibilisation, de diffusion, d'éducation et de formation de tous les acteurs concernés.

Points faibles dans la protection des droits fondamentaux

La discussion qui s'est engagée dans les années 80 sur la question des standards fondamentaux d'humanité s'est concentrée autour de quatre situations principales où la protection de l'individu est particulièrement faible. En effet, il existe des ambiguïtés, des incertitudes, voire des insuffisances dans ces situations problématiques se trouvant à la jonction du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

Non-ratification des instruments pertinents de droit international

Si un État n'est pas partie aux instruments conventionnels relatifs au droit humanitaire et aux droits de l'homme, sont alors seules applicables les règles relevant du droit international coutumier (*jus cogens*), d'où une faible protection de la personne dans cette situation.

Possibilité de déroger aux droits de l'homme garantis par les traités internationaux pertinents

Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, un État peut faire usage de la possibilité de déroger à certaines garanties accordées par les traités internationaux de protection des droits de l'homme. Il arrive même souvent qu'un État suspende ces droits dans une telle situation sans que ne soient remplies les conditions rappelées ci-dessus. Seuls sont alors applicables les droits intangibles découlant d'instruments conventionnels ou du droit international coutumier (*jus cogens*), qui ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation – par exemple la liste

des droits non dérogeables dans l'article 4, chiffre 2 du Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques. La protection de la personne par le droit en sort affaiblie.

Seuil d'applicabilité du droit international humanitaire

Les troubles intérieurs qui affectent un État n'atteignent pas le seuil de gravité pour déclencher l'applicabilité de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève, applicable en cas de conflit armé interne, ou, encore moins, de leur Protocole additionnel II relatif aux conflits armés non internationaux. En effet, le Protocole II, article premier, chiffre 2, ne « s'applique pas aux situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues, qui ne sont pas considérés comme des conflits armés ». Un problème se pose également quand un État conteste l'applicabilité de l'article 3 commun aux Conventions de Genève ou du Protocole II, même si les conditions sont remplies.

Dans de pareils cas, seuls sont alors applicables les droits intangibles découlant d'instruments conventionnels ou du droit international coutumier (*jus cogens*), qui ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation. La protection de la personne par le droit en sort affaiblie.

Le problème des acteurs non étatiques

Dans une situation de troubles internes, un acteur non étatique (par exemple, un groupe armé) peut estimer ne pas être lié par des obligations de droit international, parce qu'elles auraient été contractées par l'État qu'il combat. Dans cette situation également, la protection de la personne est faible.

Les acteurs non étatiques ne sont en principe pas tenus responsables des violations des droits de l'homme qu'ils commettent en temps de paix ou de violence interne. En effet, dans le domaine des droits de l'homme, seul l'État est tenu de respecter les obligations internationales protégeant ces droits ; en outre, il a la responsabilité, sur le plan international, de prendre toutes les mesures nécessaires (par exemple l'adoption d'un code pénal) pour faire respecter les droits de

l'homme sur tout territoire sous sa juridiction, y compris dans des situations de violence interne, et même si les auteurs des violations sont des acteurs non étatiques.

En revanche, en temps de conflit armé, qu'il soit interne ou international, toutes les parties sont tenues de respecter les obligations sur la conduite à tenir prescrites par le droit international humanitaire. Ceci signifie que les acteurs non étatiques sont, eux aussi, responsables des violations du droit international humanitaire qu'ils commettent.

Comment la communauté internationale a répondu à la problématique des standards fondamentaux d'humanité

Les violations graves et répétées des droits les plus essentiels de la personne perpétrées dans des situations de violence interne et le manque apparent de règles de droit international clairement applicables en de telles circonstances ont amené la communauté internationale à se pencher sur la question des standards fondamentaux d'humanité[3]. De la discussion menée depuis plus d'une dizaine

3 Déjà utilisé depuis 1990 dans les documents sur la dimension humaine de l'OSCE, le mot « standards » est l'équivalent en français du même terme en anglais et souligne qu'il ne s'agit pas de créer de nouvelles règles de droit international, mais simplement d'identifier et de rassembler des standards ou principes reflétant le droit international existant en la matière. À noter que les textes de l'ONU (résolutions de la Commission des droits de l'homme et rapports du secrétaire général) traduisent de manière erronée le mot anglais « standards » par « règles » en français (en anglais « rules »).

Par rapport à l'expression « standards minima », celle de « standards fondamentaux » entend favoriser la protection de la personne dans ses valeurs les plus vitales, sans risquer d'atteindre un seuil minimal de protection et d'affaiblir par là les règles existantes du droit international.

Proposée par la Suisse en 1996, l'expression « standards d'humanité » est préférable à « standards humanitaires », car le terme « d'humanité » couvre à la fois les droits de l'homme et le droit humanitaire. Ce terme s'inspire de la clause de Martens incorporée (dans une forme adaptée) dans les deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève (Protocole I, art. premier, ch. 2, et Protocole II, para. 4 du préambule), qui déclare que « pour les cas non prévus par le droit en vigueur, la personne humaine reste sous la sauvegarde des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique ». Voir également l'Affaire du détroit de Corfou, où la CIJ fait référence à des « considérations élémentaires d'humanité », CIJ Rec. 1949, p. 22.

d'années dans les milieux internationaux concernés sur le concept ou la notion de standards fondamentaux d'humanité s'est dégagée, en décembre 1990, la « Déclaration sur les standards humanitaires minima », plus connue sous le nom de « Déclaration de Turku ». Elle a été élaborée par un groupe d'experts internationaux réunis à l'Institut des droits de l'homme de la Abo Akademi University à Turku, en Finlande[4]. Révisée en 1994 pour tenir compte de certaines critiques et de développements nouveaux, cette Déclaration faisait suite à d'autres exercices précédents sur la même problématique[5].

La Déclaration de Turku contient 18 articles :

Dispositions générales (articles 1, 2, 17 et 18)

- standards applicables en toutes situations, sans dérogation possible, à toute personne, autorité ou groupe, quel que soit son statut légal, qui n'est pas affecté par l'application des standards ;
- clause de sauvegarde des instruments de droit international des droits de l'homme et humanitaire.

Dispositions inspirées du droit international humanitaire (articles 5, 6, 12, 13, 14 et 15)

- interdiction des attaques contre les non-combattants ;
- proportionnalité dans l'usage de la force ;
- interdiction de l'usage d'armes et méthodes de guerre illégales ;
- interdiction de terroriser la population ;
- protection spéciale des blessés et des malades, respect des morts ;
- protection du personnel médical et religieux ;
- libre accès des organisations humanitaires.

4 E/CN.4/Sub.2/1991/55, révisée en 1994, doc E/CN.4/1995/116. Voir également « Un nouveau projet de Déclaration sur les normes humanitaires minimales », *RICR*, no 789, mai-juin 1991, p. 348, et *AJIL*, *loc. cit.* (note 1).

5 Voir T. Meron, « Towards a humanitarian declaration on internal strife », *AJIL*, Vol. 78, 1984, p. 859 et suiv. ; « Oslo Statement on Norms and Procedures in Times of Public Emergency or Internal Violence », 1987 (UN doc. E/CN.4/Sub.2/1987/31) ; et H. P. Gasser « Un minimum d'humanité dans les situations de troubles et tensions internes : proposition d'un Code de conduite », *RICR*, no 769, janvier-février 1988, p. 39 et suiv.

Dispositions inspirées du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire (articles 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11 et 16)

- reconnaissance de la personne devant la loi;
- respect de la personne, de l'honneur et des convictions de tout individu, liberté de pensée, de conscience et de religion;
- droit à un traitement humain;
- interdiction d'actes prohibés en droit international, soit meurtre, torture, viol, punition collective, prise d'otages, pillage, disparition forcée, privation délibérée d'alimentation et de soins de santé;
- droits fondamentaux des détenus;
- normes applicables en cas de déplacement forcé de population; droit de ne pas devoir quitter son propre pays (mais aucune disposition sur le principe du non-refoulement);
- droit à la vie;
- droit à un procès équitable;
- protection des enfants, y compris interdiction, en dessous d'un certain âge, de les recruter et de les engager dans les forces armées ou des groupes armés, ainsi que de les faire participer à des actes de violence;
- garanties judiciaires en cas d'assignation à résidence, d'internement et de détention administrative;
- protection spéciale des minorités.

Par sa résolution 1994/26, la Sous-Commission sur la prévention de la discrimination et la protection des minorités a transmis la Déclaration de Turku à la Commission des droits de l'homme, en vue de son adoption éventuelle.

L'année suivante, tout en reconnaissant le besoin de disposer de principes applicables à des situations de violence interne, d'une manière conforme au droit international, la Commission s'est néanmoins abstenue d'entrer en matière sur la Déclaration de Turku et donc, de se lancer dans la négociation d'un nouvel instrument international[6]. À l'initiative des cinq États membres du Groupe nordique, en

6 Rés. 1995/29, Règles humanitaires minimales.

coopération avec le Comité international de la Croix Rouge (CICR) et l'Afrique du Sud, un séminaire d'experts internationaux s'est tenu, en septembre 1996, au Cap, sur la question des standards fondamentaux d'humanité. Les résultats en ont été présentés à la Commission en 1997. Celle-ci a décidé de demander au secrétaire général de l'ONU d'élaborer, en consultation avec le CICR, un rapport analytique sur les standards fondamentaux d'humanité[7]. Tenant compte des observations faites à ce sujet par les acteurs concernés de la communauté internationale (États, organes de supervision des traités de protection des droits de l'homme, organisations internationales, organisations régionales et organisations non gouvernementales), ce rapport devait identifier des règles communes du droit international des droits de l'homme et du droit humanitaire applicables en toutes circonstances.

À ce jour, à la demande de la Commission des droits de l'homme[8], trois rapports analytiques du secrétaire général de l'ONU préparés par le Haut Commissariat pour les droits de l'homme ont été présentés à la Commission en 1998, en 1999 et en 2000[9]. Ces rapports ont fait progresser la cause des standards fondamentaux d'humanité au sein de la Commission des droits de l'homme par l'examen du problème sous tous ses aspects, par la clarification de plusieurs questions encore ouvertes en la matière et par l'identification d'un certain nombre de principes issus du droit international humanitaire et des droits de l'homme.

Enfin, un nouveau séminaire d'experts internationaux a été convoqué à Stockholm, en Suède, en février 2000, à l'invitation des cinq États membres du Groupe nordique, dont les résultats ont été présentés la même année à la Commission des droits de l'homme[10]. Dans sa dernière résolution, celle-ci a pris acte du rapport et a reconnu l'utilité d'un processus permettant de définir et de respecter des

7 Doc. E/CN.4/1997/77/Add. 1 et rés. 1997/21, Règles humanitaires minimales.

8 Rés. 1998/29, Règles humanitaires minimales, et 1999/65, Règles fondamentales d'humanité.

9 Doc. E/CN.4/1998/87 et Add. 1, E/CN. 4/ 1999/92, et E/CN.4/2000/94.

10 Doc. E/CN.4/2000/145 et rés. 2000/69, Règles fondamentales d'humanité.

standards fondamentaux d'humanité applicables dans toutes les situations, d'une manière conforme au droit international. La Commission a prié également le secrétaire général, de lui présenter, en consultation avec le CICR, un rapport traitant des éléments nouveaux relatifs aux problèmes définis dans ces domaines. Enfin, elle a invité les acteurs de la communauté internationale à engager, dans les enceintes compétentes, un débat sur le renforcement de la protection de l'individu dans toutes les situations, en vue de promouvoir le processus en cours concernant les standards fondamentaux d'humanité.

Quel avenir pour les standards fondamentaux d'humanité ? Propositions d'action

État des lieux à la fin de l'an 2000

En dépit du fait que la dernière résolution de la Commission des droits de l'homme relative aux standards fondamentaux d'humanité comporte 24 États coauteurs[11], il faut bien reconnaître que cette question piétine depuis 1995 au sein de la Commission. Aux difficultés inhérentes à la problématique exposée ci-dessus s'ajoutent, d'une part, le fait que rares sont les ONG qui se mobilisent en faveur de cette question et, d'autre part, que de nombreux États confrontés à des situations graves de violence interne s'opposent à l'idée même de standards fondamentaux d'humanité.

En effet, même si la Commission des droits de l'homme n'entend pas élaborer de nouvelles règles de droit international applicables en tout temps – négociation qui aurait comporté le risque d'aboutir, en fait, à des normes situées en-dessous du niveau de protection existant à l'heure actuelle –, ces États veulent continuer à profiter du flou juridico-politique régnant dans de telles circonstances. Ils ne souhaitent pas que la communauté internationale dispose de références

11 Les États les plus activement engagés à ce titre sont les cinq pays nordiques, la Suisse, l'Afrique du Sud, le Canada et la Pologne. Seuls onze États membres de la Commission (sur 53 !) figurent parmi les 24 coauteurs qui comptent: deux États d'Afrique, quatre du groupe Amérique latine et Caraïbes, six de l'Europe centrale et orientale, ainsi que douze États occidentaux, mais aucun de l'Asie. Aucun des cinq membres permanents du Conseil de sécurité de l'ONU n'est coauteur de la résolution.

universelles consistant en un ensemble de principes fondamentaux d'humanité clairement applicables dans ces situations délicates, ce qui entraverait davantage les opérations de leurs forces de sécurité dans le terrain et les exposerait davantage à la critique. En outre, si les acteurs non étatiques – tout particulièrement les mouvements de libération nationale – sont rendus responsables des violations qu'ils commettent également dans des situations de violence interne, les États craignent que cela équivaudrait à leur conférer en fait une forme de reconnaissance politique sur le plan national et international, en dehors de toute situation de conflit armé proprement dit. Or, ce n'est que conformément aux dispositions du droit international humanitaire que les États sont prêts à reconnaître la qualité de partie à une entité non étatique, comme le prévoient l'article 3 des Conventions de Genève, le Protocole additionnel II et l'article premier, chiffre 4 du Protocole additionnel I.

Le besoin de standards fondamentaux d'humanité qu'éprouvent les acteurs du terrain

Nonobstant les difficultés que rencontre la notion de standards fondamentaux d'humanité au sein de la Commission des droits de l'homme de l'ONU, de nombreux acteurs internationaux du terrain – institutionnels et autres – reconnaissent la nécessité de disposer de principes de ce genre dans la pratique.

Et lorsqu'ils sont confrontés à des conflits armés internationaux ou internes, nombre de ces acteurs réagissent de manière pratique. Par exemple, le Bureau de la coordination des affaires humanitaires des Nations Unies (OCHA) a publié en 1999 un manuel intitulé *An easy reference to International Humanitarian Law and Human Rights Law for humanitarian coordinators operating in situations of internal armed conflict*. Quant au CICR, il a publié les *Règles fondamentales du droit international humanitaire applicables dans les conflits armés*, qui donne, en quelque sorte, la quintessence des Conventions de Genève et de leurs deux Protocoles additionnels[12].

12 *RICR*, no 713, septembre-octobre 1978, p. 247 ; également sur le site Internet du CICR, ‹www.icrc.org›.

Face à des conflits armés internes ou à des situations de violence interne, de nombreux autres protagonistes internationaux du terrain réagissent également de manière pratique, en élaborant eux-mêmes des principes essentiels de bonne conduite tirés du droit humanitaire et des droits de l'homme, valant pour tous et applicables aux situations qui les concernent. Ces documents, dont la liste n'est pas exhaustive, portent le nom de *Ground rules*, *Agreements*, *Memorandum of understanding*, *Principles* ou *Codes of conduct*. Ils montrent que leurs auteurs ont reconnu la nécessité de disposer de tels principes pour leurs activités sur le terrain, témoignant par là que les efforts menés au sein de la Commission des droits de l'homme dans le même domaine répondent à un besoin effectif et actuel dans la pratique.

La liste de ces documents est présentée ci-après, à titre d'exemple :

- *Burundi (1994)* : Déclaration pour des normes de comportement humanitaire – un minimum d'humanité en situation de violence interne
- *Liberia (1996)* : *Principles and Protocols for humanitarian operation*
- *Somalie (1998)* : *Agreement destined to outline the responsibilities and basic principles governing the activities and relationships between UN operational agencies, its partners and* de facto *local authorities*
- *Sierra Leone (1998)* : *Code of Conduct for humanitarian assistance*
- *Afghanistan (1998)* : *Memorandum of understanding between the Islamic State of Afghanistan and the United Nations*
- *Soudan (1999)* : *Agreement on ground rules*, conclu entre le MPLA (Mouvement populaire de Libération du Soudan) et Opération Lifeline Sudan (OLS) ; *Agreement on the implementation of principles governing the protection and provision of humanitarian assistance to war affected civilian populations*, conclu entre les autorités gouvernementales, le MPLA et OLS ; *Minimum operational standards for rail corridors and cross-line road corridors* et *OLS Security Protocol* entre les trois mêmes parties
- *République démocratique du Congo (RDC) (1999)* : *Principles of engagement for emergency humanitarian assistance*, conclu entre le gouvernement de la RDC, le Rassemblement Congolais pour la Démocratie et les agences de l'ONU

- *Angola (1999)*: *Operational criteria for the implementation of humanitarian assistance programmes*
- *Timor oriental et occidental (1999)*: *Humanitarian framework*
- *République démocratique populaire de Corée (1999)*: *Principles for humanitarian action*
- *Fédération de Russie (1999-2000)*: *Memorandum of understanding between the UN and the Government of the Russian Federation on humanitarian action in the Northern Caucasus* et *Operational agreement between the World Food Programme and the Ministry of Russian Federation for civil defence, emergencies and the elimination of consequences of natural disasters*

Un bref examen, ci-dessous, des dix exemples venus du terrain doit permettre de déterminer si ces textes hétérogènes constituent une alternative véritable à un énoncé de principes identifiés et rassemblés suite à un processus lancé par la Commission des droits de l'homme. Dans le cadre d'une appréciation générale de ces quelques exemples, ces textes sont analysés selon trois critères, à savoir les situations concernées, les partenaires/acteurs impliqués (étatiques, interétatiques, non étatiques) et les standards applicables.

Situations concernées: conclus de manière *ad hoc*, ces dix textes couvrent de manière générale des situations d'urgence, et donc d'assistance humanitaire, en temps de conflits armés, internationaux ou non, de violence interne ou de désastres naturels; la plupart d'entre eux ont cependant pour objet spécifique des situations de conflit armé interne ou de violence interne.

Partenaires/acteurs impliqués: ces textes sont passés entre des acteurs interétatiques, à savoir des agences de l'ONU sur le terrain – en partenariat ou non avec d'autres organisations humanitaires – avec des autorités étatiques, des autorités *de facto* ou des acteurs non étatiques; parfois, on trouve des entités étatiques et non étatiques dans le même accord.

Standards applicables: les textes sont destinés à couvrir des besoins d'assistance humanitaire. Ils mettent l'accent sur le droit de la population civile à recevoir de l'aide humanitaire et sur celui des organisations humanitaires à avoir accès aux bénéficiaires de cette aide,

étant entendu que ces organisations sont elles-mêmes tenues d'observer des principes directeurs, tels ceux d'humanité, de neutralité, d'impartialité, d'indépendance, de proportionnalité, de transparence, de responsabilité, de coordination et de solidarité entre elles. Ces accords visent à impliquer les bénéficiaires et les autres acteurs impliqués dans la mise en œuvre des programmes d'assistance, en mettant l'accent sur le fait que la protection des droits de l'homme est un aspect important, voire une condition fondamentale, de la réussite de l'aide humanitaire. Les actions entreprises dans ce but peuvent aller d'un simple contrôle passif du respect des droits de l'homme sur place jusqu'à une défense proactive des droits de l'homme.

Ces documents visent à imposer aux autorités étatiques et aux entités non étatiques les mêmes responsabilités en matière humanitaire, au niveau de la protection et de la satisfaction des besoins essentiels (santé, alimentation, éducation, etc.) des populations civiles. Ces entités doivent également assurer la sécurité et le soutien des agences humanitaires dans l'appréciation, la distribution et le contrôle des activités d'assistance.

Les autorités étatiques ont la responsabilité première de garantir, pour ces populations, le respect des droits de l'homme, avec un accent particulier mis sur les droits des groupes vulnérables (femmes, enfants, minorités, personnes déplacées, prisonniers, etc.). Pour les acteurs non étatiques, les accords font référence au droit international coutumier des droits de l'homme. Ces droits fondamentaux de la population civile sont tirés des instruments universels de protection des droits de l'homme[13], de droit international humanitaire[14] et de

13 Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948; Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels, ainsi qu'aux droits civils et politiques; Convention de 1948 sur la prévention et la répression du crime de génocide; Convention de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes; Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant.

14 Conventions de Genève de 1949 sur la protection des victimes de la guerre et ses deux Protocoles additionnels de 1977; Résolution 46/182 de 1991 de l'Assemblée

droit international des réfugiés[15], ainsi que d'autres traités ou des textes non contraignants dans ces trois domaines. Mentionnés spécifiquement dans tous ces accords en tant que droits des destinataires de l'aide humanitaire, ils sont les suivants : le droit de vivre en sécurité et en dignité, le droit à la pleine satisfaction des besoins essentiels, le droit de recevoir l'assistance humanitaire sans discrimination et en fonction des besoins essentiels, le droit d'être impliqués dans les activités humanitaires qui les concernent, le droit à une protection juridique et effective des droits de l'homme, et le droit à la protection contre le transfert forcé hors du lieu habituel de résidence.

Appréciation générale : ces dix documents ont pour principal mérite de montrer le besoin évident qu'éprouvent les acteurs du terrain de disposer de standards fondamentaux d'humanité, tout en les renforcant dans la conviction qu'il faut poursuivre l'identification de tels principes par le processus multilatéral lancé au sein de la Commission des droits de l'homme de l'ONU. En effet, ces dix accords ne satisfont pas tous les critères à remplir au titre des standards fondamentaux d'humanité, car ils ne s'appliquent pas dans toutes les situations ni à tous les partenaires/acteurs impliqués. De plus, la liste des standards contenue dans ces dix accords est loin d'être complète au regard de ceux figurant déjà dans la Déclaration de Turku de 1990 et de ceux issus de plusieurs sources émanant de récents développements internationaux.

Sources à partir desquelles identifier des standards fondamentaux d'humanité

Le processus en cours visant à identifier et à rassembler, en un seul énoncé, des standards fondamentaux d'humanité peut s'appuyer sur les sources suivantes :

générale sur les principes directeurs relatifs à l'aide humanitaire d'urgence ; Déclaration de Turku sur les standards humanitaires minima de 1990 ; Code de conduite pour le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et pour les ONG lors des opérations de secours en cas de catastrophe, 1995.

15 Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et Protocole relatif au statut des réfugiés de 1967 ; The Asian-African Legal Consultative Committee's Principles on the Treatment of Refugees of 1966 ; Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays de 1998.

Première source: de l'avis général, l'établissement des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, mais surtout l'adoption du Statut de la Cour pénale internationale (CPI) de 1998 sont des événements déterminants en vue du renforcement du respect des droits de l'homme et des règles et principes humanitaires à l'échelle mondiale. Les crimes couverts par le Statut de la CPI (pas encore entré en vigueur) constituant des actes illégaux en droit international, ils permettent, en fait, d'identifier les droits protégés par les droits de l'homme et le droit humanitaire à respecter en toutes circonstances[16]. Tel est le cas du crime de génocide[17] et des crimes contre l'humanité[18]. D'où l'importance du Statut de la CPI pour la question des standards fondamentaux d'humanité. L'article 7 du Statut pourrait particulièrement constituer une source importante de tels principes, étant entendu que cette disposition ne fournit pas un catalogue de droits, mais plutôt des principes de conduite prohibée.

En outre, le Statut de la Cour pénale internationale reconnaît, pour la première fois au niveau universel, la responsabilité pénale individuelle d'acteurs non étatiques, en criminalisant les actes perpétrés par les individus ou membres d'un groupe jusqu'alors considérés, par leur nature même, relever de la responsabilité de représentants de l'État ou de tiers agissant avec leur accord ou connivence[19]. Ainsi, la

16 En matière de crimes de guerre, le Statut de Rome limite le champ de compétence de la CPI aux conflits armés ne présentant pas un caractère international et ne s'applique pas aux situations de troubles ou de tensions internes telles que les émeutes, les actes de violence sporadiques ou isolés et les actes de nature similaire. Statut, art. 8, par. 2 d) et f) (libellé du texte repris du Protocole II, art. 1er, par. 2).

17 Voir le Statut de la CPI, art. 6 : actes commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, tels le meurtre, l'atteinte grave à l'intégrité, la soumission intentionelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique, des mesures visant à entraver les naissances et le transfert forcé d'enfants du groupe vers un autre groupe.

18 Voir le Statut de la CPI, art. 7 : meurtre, extermination, réduction à l'esclavage, déportation ou transfert forcé de populations, emprisonnement (...), torture, viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée et tout autre forme de violence sexuelle de gravité comparable, persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable, etc.

19 Voir le Statut de la CPI, art. 1er, art. 7, par. 2 a), art. 8, par. 2 f), art. 25 et art. 27, par. 1.

CPI tient responsables de leurs actes également les acteurs non étatiques qui ont commis, en temps de paix ou de guerre, le crime de génocide et des crimes contre l'humanité, ainsi que des crimes de guerre en temps de conflits armés international ou interne.

Deuxième source : une autre source importante permettant d'identifier des standards fondamentaux d'humanité est donnée par l'article 4 du Pacte international sur les droits civils et politiques, qui énumère des droits auxquels on ne peut déroger en aucune circonstance ni temps[20].

Le Comité des droits de l'homme est en train d'élaborer une deuxième *Observation générale* relative à l'article 4 du Pacte – dont l'adoption est prévue en 2001 –, qui pourrait compléter le cas échéant la liste des droits intangibles. Ainsi, le Comité pourrait étendre – par interprétation de l'article 4, chiffre 1 en relation avec l'article 4, chiffre 2, du Pacte – la liste des droits auxquels on ne peut en aucun cas déroger à l'interdiction de la « discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale ». Cette liste pourrait, par exemple, couvrir également la garantie, pour toute personne alléguant une violation d'un droit reconnu par le Pacte, de disposer en tout temps d'un recours utile sur le plan national, tel que contenu à l'article 2, chiffre 3, lettre a, du Pacte. Dans le même contexte, il sera également intéressant de constater si le Comité des droits de l'homme estime que le droit à un procès équitable (ou, tout au moins, certains de ses éléments les plus essentiels) est intangible dans la mesure où il garantirait le contrôle du respect de tous les autres droits non dérogeables. En outre, ce droit devrait être également garanti dans des situations de violence interne, puisqu'il l'est, en temps de paix par l'article 14 du Pacte et, en temps de conflits armés, par les Conventions de Genève ; (dans ce cas, par exemple, par les articles 71

20 Droit à la vie (art. 6), interdiction de la torture (art. 7), interdiction de l'esclavage (art. 8, par. 1 et 2), interdiction de l'emprisonnement pour dettes (art. 11), non-rétroactivité des lois (art. 15), reconnaissance de la personnalité juridique de chacun (art. 16), droit à la liberté de conscience et de religion (art. 18).

de la IVe Convention et 75, chiffre 4, du Protocole I, et par l'article 6 du Protocole II, ainsi que par l'article 8, chiffre 2 c) iv), du Statut de la CPI.

De plus, comme le prévoit l'article 4, chiffre 1, du Pacte, les mesures y dérogeant ne doivent pas non plus être incompatibles avec les autres obligations qu'impose aux États le droit international. Or, le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la Convention relative aux droits de l'enfant, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et la Convention relative à l'esclavage n'autorisent pas de dérogations, quelles que soient les circonstances, y compris les situations de violence interne. Du point de vue des droits intangibles, il sera intéressant de voir quelles conclusions le Comité tirera de cette situation juridique dans sa nouvelle *Observation générale*.

De notre point de vue, on peut inférer de la situation légale apparemment claire décrite ci-dessus qu'on est ici en présence d'une source potentiellement importante de standards fondamentaux d'humanité. Prenons pour exemple celui de la Convention relative aux droits de l'enfant. Selon le Comité des droits de l'enfant[21], cette Convention s'applique en tout temps[22], à l'exception des articles qui prévoient eux-mêmes la possibilité de faire l'objet de restrictions[23], ainsi que de l'article 38, qui concerne la participation d'enfants aux conflits armés. Le Protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés semble bien être aussi applicable en tout temps, à l'exception des dispositions spécifiques relatives à la participation d'enfants aux hostilités[24]. A cela s'ajoute que l'article 4, chiffre 1, du Protocole s'applique sans équivoque aucune aux groupes armés.

En outre, on peut se demander ce que le Comité inférera – du point de vue des droits intangibles – du fait que certaines dis-

21 Rapport sur sa deuxième session du 19.10.92, par. 67, Doc. CRC/C/10.

22 Voir art. 2 et l'absence de clause générale de dérogation.

23 Art. 10, ch. 2, art. 13, ch. 2, art. 14, ch. 3, art. 15, ch. 2.

24 Texte reproduit dans *RICR*, n° 839, septembre 2000, p. 807.

positions matérielles du Pacte ne peuvent pas faire l'objet de réserves, comme le précise le paragraphe 8 de *l'Observation générale* 24 (52) de ce même Comité.

Troisième source: une autre source non moins importante permettant d'identifier des standards fondamentaux d'humanité réside dans les normes conventionnelles – en particulier l'article 3 commun aux Conventions de Genève et leur Protocole II, applicables en temps de conflit interne –, ainsi que dans les normes coutumières du droit international humanitaire. Vu que de nombreuses dispositions des traités du droit international humanitaire codifient du droit coutumier, l'étude que le CICR devrait publier en 2001 sur les règles coutumières du droit humanitaire – en vertu du mandat donné par la XXVIe Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge en 1995 – permettra peut-être d'y voir plus clair quant aux règles applicables aux conflits armés internes et quant au champ d'application, dans la pratique, de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II.

Quatrième source : une autre source valable d'identification des standards fondamentaux d'humanité est constituée par les Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays, soumis à la Commission des droits de l'homme en 1998 par le représentant spécial du secrétaire général sur les personnes déplacées[25]. Ces principes directeurs regroupent les normes du droit international des droits de l'homme, du droit humanitaire et du droit des réfugiés applicables à ces personnes en toute situation, y compris celles de violence interne

Cinquième source : une autre source possible d'identification de standards fondamentaux d'humanité pourrait être la Déclaration adoptée le 14 octobre 1998 à Istanbul, par l'Organisation internationale du Travail, relative aux principes et droits fondamentaux au travail.

25 Doc. E/CN.4/1998/53/Add. 2 et A/54/409. Voir aussi le projet de « Déclaration sur les transferts de population et l'implantation de colons », *Rapport final du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme et les transferts de population*, doc. E/CN.4/Sub. 2/1997/23.

La partie centrale de la Déclaration est un énoncé clair et simple de quatre principes les plus essentiels tirés des huit Conventions les plus fondamentales de l'OIT, à savoir les Conventions 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138 et 182. Il s'agit de la liberté syndicale et reconnaissance effective du droit à la négociation collective; de l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession; de l'élimination de toutes les formes de travail forcé ou obligatoire; de l'abolition effective du travail des enfants (seuls ces deux derniers principes semblent pertinents au regard des standards fondamentaux d'humanité).

Propositions d'actions

Comme le précise la résolution 2000/69 de la Commission des droits de l'homme, le processus d'identification de standards fondamentaux d'humanité se poursuit sur la base des sources indiquées ci-dessus. Pour donner à ce processus une impulsion peut-être définitive, un petit groupe d'experts en droit international humanitaire et en droit international des droits de l'homme (composé de représentants d'États favorables aux standards fondamentaux d'humanité, du Haut Commissariat aux droits de l'homme, du CICR, ainsi que des universitaires et des ONG), pourrait se réunir, par exemple à Genève et si possible avant la prochaine session de la Commission des droits de l'homme, en mars/avril 2001. Le but de la réunion serait d'identifier et de rassembler, à partir du droit international pertinent, des standards fondamentaux d'humanité applicables en tout temps et en toutes situations, et à tout acteur étatique, interétatique et non étatique, ainsi qu'à tout individu; ceci, de manière à combler les insuffisances de la protection de la personne dans les situations de violence interne, en levant toute ambiguïté et incertitude dues au manque apparent de règles de droit international clairement applicables en de telles circonstances.

La méthode d'identification des standards fondamentaux d'humanité pourrait consister en une compilation et une analyse des normes juridiques en vigueur du droit international humanitaire et des droits de l'homme (et des réfugiés), de manière à mettre ainsi en place un cadre global de standards fondamentaux d'humanité protégeant la personne en tout temps et toutes circonstances. Sur le plan de

la technique juridique à adopter pour compiler et analyser ces standards, on pourrait procéder, en particulier, par déduction : on comparerait ainsi les droits conférés en temps de paix à ceux conférés dans les situations couvertes par l'article 4 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, et à ceux contenus dans l'article 3 commun aux Conventions de Genève et dans son Protocole additionnel II, qui imposent des obligations minimales de protection de la personne en temps de conflit armé non international.

Une fois ces principes identifiés et rassemblés, les États favorables aux standards fondamentaux d'humanité – provenant de préférence de plusieurs régions du monde – pourraient, dans un communiqué à caractère politique, se référer à l'énoncé de principes préparé par ces experts internationaux et les porter, de la manière la plus appropriée possible, à la connaissance de la Commission des droits de l'homme. Ceci, à titre de contribution au débat mené dans les enceintes compétentes sur le renforcement de la protection de l'être humain dans toutes les situations, en vue de promouvoir le processus en cours concernant les standards fondamentaux d'humanité, comme le précise la résolution 2000/69.

Un cadre approprié pour ce faire pourrait être le réseau informel d'États rassemblés dans le Groupe de Lysoen sur la sécurité humaine (constitué en mai 1998 à l'initiative de la Norvège et du Canada). Ce Groupe compte actuellement 13 membres (y compris les deux précédents), soit : Autriche, Chili, Grèce, Irlande, Jordanie, Mali, Pays-Bas, Sénégal, Slovénie, Suisse et Thaïlande, avec l'Afrique du Sud comme observateur). Son but est de faire progresser, sur le plan international, des thèmes importants relatifs à la sécurité humaine (par exemple, acteurs non étatiques, enfants-soldats, droit international humanitaire, Cour pénale internationale, armes légères, mines anti personnel).

Conclusion

La protection de la personne par le droit international est plus faible dans les situations de violence interne qu'en cas de conflit armé interne ou international et qu'en temps de paix. Les standards fondamentaux d'humanité pourraient y remédier.

À la croisée du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, dont ils entendent reprendre les principes les plus essentiels, les standards fondamentaux d'humanité visent à mieux protéger l'être humain en répondant à toute incertitude légale dans les situations de violence interne. Dans ces situations, ils illustrent la complémentarité, la convergence et l'interaction de ces deux branches connexes du droit international, dont l'objectif commun est la sauvegarde de la dignité humaine, même si leurs racines, leur nature et leur teneur sont différentes[26] : d'une part, les droits inhérents à la personne, que l'État doit respecter et protéger contre toute atteinte, d'autre part, les règles de bonne conduite imposées à toutes les parties à un conflit armé.

En dépit de cette différence d'approche, des ponts existent entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme. C'est notamment le cas en temps de conflit armé interne, avec tout particulièrement l'article 3 commun aux Conventions de Genève et les articles de fond du Protocole additionnel II, qui sont des dispositions relevant des droits de l'homme. C'est aussi le cas de dispositions applicables en tout temps, tels les droits intangibles – et peut-être de dispositions de fond des conventions spéciales de protection des droits de l'homme, telle la Convention relative aux droits de l'enfant et son Protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés –, ainsi que des articles 6 (crime de génocide) et 7 (crimes contre l'humanité) du Statut de la Cour pénale internationale.

Comme ces exemples le montrent bien, il est donc possible de trouver un langage commun aux droits de l'homme et au droit humanitaire, sous forme de principes tirés de ces deux droits, applicables en tout temps et à tout acteur, qu'il soit étatique, interétatique,

26 Sur le plan pratique, des ONG de protection des droits de la personne et des rapporteurs spéciaux (ou experts indépendants ou représentants spéciaux du secrétaire général) de la Commission des droits de l'homme appliquent de plus en plus les principes du droit international humanitaire et/ou des droits de l'homme dans des situations à mi-chemin entre la guerre et la paix impliquant également des acteurs non étatiques, tout en tenant compte de leurs spécificités et de leur statut respectifs. Voir R. Brett, « Non-governmental human rights organizations and international humanitarian law », *RICR*, n° 831, décembre 1998, p. 531 et suiv.

non étatique ou qu'il s'agisse d'un individu. Ce pourrait être la tâche du petit groupe d'experts internationaux mentionné plus haut dans nos propositions d'actions.

Une fois identifiés et rassemblés en un seul énoncé, après avoir été portés à la connaissance de la Commission des droits de l'homme de l'ONU par des États favorables à cet exercice, les standards fondamentaux d'humanité devraient être diffusés très largement (États, acteurs non étatiques, acteurs institutionnels du terrain, organisations et institutions internationales[27], ONG, presse, etc.) et faire l'objet de mesures conséquentes de sensibilisation, d'éducation et de formation de tous les protagonistes potentiellement concernés. Ces standards fondamentaux d'humanité serviraient donc, avant tout, d'instrument pédagogique destiné à assurer un meilleur respect et une meilleure promotion des règles de droit international humanitaire, des droits de l'homme et des réfugiés[28].

●

27 Tout particulièrement à l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), qui a fait référence à plusieurs reprises ces dernières années à la question des standards fondamentaux d'humanité dans ses *Documents sur la dimension humaine* et qui, à l'initiative de la présidence suisse de l'OSCE de 1996, a tenu un séminaire d'un jour consacré à ce thème (Vienne, 1996).

28 Ce serait également une manière efficace de répondre à la rés. S/1999/1265 du Conseil de sécurité, qui demande à titre urgent à toutes les parties à des conflits armés de respecter strictement leurs obligations souscrites au titre du droit international humanitaire, des droits de l'homme et du droit international des réfugiés. Cette résolution faisait suite au rapport du secrétaire général de l'ONU au Conseil de sécurité sur la protection des civils en temps de conflits armés (S/1999/957), qui porte sur la mise en úuvre et le respect des droits de l'homme et du droit international humanitaire, le rôle des acteurs non étatiques, les développements récents en matière de législation pénale internationale et la question des droits auxquels on ne peut déroger dans le Pacte sur les droits civils et politiques.

Abstract

What future for fundamental standards of humanity?

by JEAN-DANIEL VIGNY AND CECILIA THOMPSON

This article focusses on the issue of fundamental standards of humanity, a set of principles to reflect both international human rights and humanitarian law, as a means to address the insufficient protection of persons in situations of internal violence. Such fundamental standards of humanity, applicable at all times, in all circumstances and to all parties, are necessary to address four areas: 1) States are not party to international instruments; 2) human rights obligations are derogated from; 3) international humanitarian law is not applicable or is so but is not applied; and 4) non-state actors may not be bound by obligations under international law. The article provides an overview of the steps taken by the international community to address the issue, discusses the sources of international human rights law, humanitarian law and refugee law from which fundamental standards of humanity could be drawn, and suggests further steps to be taken. The authors are convinced that fundamental standards of humanity would serve as an educational tool to enhance effective implementation of relevant international law.

International humanitarian law and irregular warfare

Lessons learned in Latin America

by
JOAQUÍN CUADRA LACAYO

The political and military strategies of the parties in conflict form the baseline for discussion of international humanitarian law in relation to wars involving irregular forces. Depending on developments in the conflict and the context, such a discussion can shift from the political to the legal sphere. Any irregular force is initially a political and social reaction to the existence of a political system that contains within itself the fundamental cause of the conflict. Insurgent movements should therefore be viewed more as a consequence than as a cause or a solution. This implies that there is an inevitable dose of fanaticism in their thinking, and their development to a more mature stage will depend on a wide variety of factors, from the nature of the conflict and the characteristics of the guerrilla group to the level of development and recognition reached by both the insurgent movement and the conflict.

An examination of events in Latin America from the late 1960s to the 1990s reveals a broad range of conduct on the part of insurgent forces. On the one extreme are Uruguay's Tupamaro

General JOAQUÍN CUADRA LACAYO is a former Chief of Staff of the Nicaraguan National Army. Text prepared for a round table organized by the International Committee of the Red Cross in Geneva, June 2000.

guerrilla fighters of the 1970s, who were closest to the "Robin Hood" type of behaviour. On the other are the guerrilla fighters of Peru's Shining Path in the 1980s and 1990s; they could clearly be considered a terrorist group, governed by no rules but their fanaticism.

The degree of social polarization and the socio-educational characteristics of the insurgency in each country gave rise in Latin America to a variety of political and military strategies, which were reflected in different types of conduct as regards humanitarian rules. A mix of religions and the predominance of indigenous and peasant peoples spawned more radical movements, longer conflicts and greater disregard for humanitarian law. This was not as common in forces with urban social components, a higher level of education and greater political emphasis and interest.

Guerrilla movements in fact invent their own rules of humanitarian conduct and do not act, as States do, on the basis of their knowledge of the law, but rather as a matter of political expediency. The result can be positive when the priority is political and the aim is to win supporters from a broad range of social and political backgrounds, or negative when ideology plays a more prominent role and the aim is to maintain support within a narrower social spectrum. It can thus be said that every insurgent movement has a political code of conduct that in practice becomes its rules of humanitarian law with regard to the population, prisoners, the wounded, etc.

Guerrilla in Latin America

In only two Latin American countries have insurgent movements succeeded in gaining power: in Cuba in 1959 and in Nicaragua in 1979. Both movements were characterized by relatively low levels of fanaticism and a more advanced humanitarian approach than other guerrilla movements in the region. In victory, Nicaragua's insurgents preferred to have government soldiers surrender rather than to annihilate them, treated their prisoners well, did not stage large-scale executions of spies, and upheld a policy of respect for and protection of the civilian population. Neither in Cuba nor in Nicaragua did guerrillas systematically resort to the practice of abductions.

By refraining from using abductions as a source of funds, the Nicaraguan guerrillas were able to isolate the government, avoid extreme social polarization and keep the sympathies of even the broadest social classes. The political implications of this type of conduct played a decisive role in their overthrow of the government. Their strategy was based on winning over a majority of the country's inhabitants. The chief aim of both the Sandinistas and Cuba's 26th July Movement was to break down and isolate the enemy. In Cuba, government troops were even incorporated into the rebel forces. Indeed, in the final stage of the war, the 26th July Movement had numerous soldiers and officers from the army of dictator Fulgencio Batista in its ranks.

There were worse dictatorships in Latin America than those of Somoza in Nicaragua and Batista in Cuba, and in some cases they faced stronger guerrilla movements that were nevertheless defeated, as for example in Guatemala. There is therefore an inherent connection between observing humanitarian law and the degree of success of the strategies of both insurgents and government forces.

El Salvador's *Frente Farabundo Martí* was far superior in military terms (men, weapons, capacity and territory under its control) to the guerrilla forces in Cuba and Nicaragua, yet it did not win a military victory. Its failure to do so was undoubtedly the result of a number of factors, among them the negative repercussions of the systematic kidnapping of industrialists during the 1970s, which affected its political ability to gain supporters and make alliances. A violation of humanitarian law thus ended up undermining the strength of its own forces.

The abductions provided El Salvador's guerrillas with plentiful financial resources, but they also polarized the conflict, prompted greater repression and prevented the internal isolation of the government. The guerrillas also had a far greater tendency to execute spies — a practice which occasionally reached considerable proportions — and this polarized popular opinion even further. On the other hand, they achieved a level of military discipline unmatched by any other insurgent force in Latin America, and in the final days of the war were able to incorporate humanitarian law almost formally into their

structure. They captured and secured the surrender of thousands of prisoners, including high-ranking officers, and treated them in accordance with humanitarian law, with the cooperation of the International Committee of the Red Cross. Their main reason for treating prisoners humanely was to reduce their own material and human costs in battle by ensuring surrender.

In the case of Nicaragua, the political doctrine governing the insurgent forces can be summarized by the slogan "Implacable in combat, generous in victory", a simplified and primitive code of conduct that was also highly creative in terms of humanitarian law, in particular the treatment of prisoners. What it taught the guerrillas about the treatment to be accorded the enemy was automatically reflected in the way they treated the population and in other areas of humanitarian concern.

That political slogan was probably more effective than a few formal courses on humanitarian law. It summed up an ethical and political attitude that guided the insurgents. Demonstrating that they were more humane than the enemy and breaking the latter's will to fight with an act of compassion was one of the basic methods of the Sandinista forces.

The slogan's impact continued to be felt many years later, when the insurgent forces had become the Sandinista People's Army and were fighting the Nicaraguan Resistance. In 1986 a militia force shot down a plane piloted by Americans attempting to bring weapons and ammunition to the Resistance. An American citizen, Eugene Hassenfus, was taken prisoner and treated in accordance with the rules of humanitarian law, not by regular army troops but by militiamen who were not acting on orders from higher up, at a time when our country's rejection of United States policy was at its height.

The Nicaraguan people have a gift for self-expression that explains why there are so many Nicaraguan writers and poets. The above-mentioned slogan and others like it were useful means of building a bridge, using this cultural characteristic shared by all Nicaraguans, to those whom it would have been very difficult to reach with the message of humanitarian law from the position of an insurgent force fighting a war. In the case of Nicaragua as in any war, there

were serious human rights incidents on both sides, but in comparative terms there were less assassinations and killings than in El Salvador, and we did not experience the genocide seen in Guatemala.

In Nicaragua, the victors executed fewer people than in Cuba; many members of Anastasio Somoza's former National Guard were taken prisoner and released after several years behind bars. This probably explains why our reconciliation process was so successful. We had far fewer problems of post-war violence than Guatemala and El Salvador, and the current situation of political polarization is a logical development more closely related to the democratic learning process than to the desire for revenge.

The observance of humanitarian law by an insurgent force is determined by various factors: the desire for revenge, the degree of ideological fanaticism, the level of education of the combatants, and the practical difficulties that compliance with humanitarian law can create for an irregular force fighting a war.

The desire for revenge and ideological fanaticism are related to the factors that gave rise to the conflict, and these factors are quite directly related to the conduct of government troops. The belief of some conventional armies that in certain circumstances observance of humanitarian law detracts from the effectiveness of their military operations is a serious mistake, because violations of the law lead to more radical attitudes and have the potential to exacerbate the conflict. Whether it is applied by insurgent or government forces, a military strategy that incorporates respect for humanitarian law gives those forces a strategic military edge. In a conflict in which resentment runs high and there is a risk of extreme ideological polarization, the leaders will have to display great maturity and political skill if they are to hold sway in very adverse conditions.

The members of insurgent forces tend to have very little education. The ability to create a force that responds well to discipline, strategy and the rules of humanitarian law depends, among other things, on the level of education of the leadership structure, middle-ranking officers and combatants. The worst combination is ideological fanaticism at the top and little or no education further down the ranks. The existence of large numbers of middle-ranking

officers with a fair or good education leads to greater critical awareness and possibilities for positive development, allowing the movement to grow out of the inevitable phase of fanaticism that prompts its emergence.

In Nicaragua, many of the FSLN militants were young city-dwellers who had a basic education; in fact, the FSLN's fundamental strategy was one of urban insurrection, as far as the term "urban" can be used in the context of a pre-eminently agricultural country with no big cities. The main thing in Nicaragua was that the Sandinista fighters not only had some education, but also had a more highly developed cultural framework for having lived in towns, regardless of the country's level of development.

In El Salvador, the majority of FMLN fighters were of peasant origin. The movement nevertheless had a large contingent of middle-ranking urban leaders with a higher or medium-level education, who mixed with young educated peasants having benefited from a 1960s educational reform that had brought basic and medium-level education to rural areas. Because of this, the Salvadoran guerrilla forces were even able to run educational programmes for the combatants and the population; after the conflict those programmes were taken up by the government and incorporated into its plans.

Education is one reason for the high degree of development and military effectiveness of the Salvadoran guerrilla forces. It explains why they were able to incorporate humanitarian law into the training of their forces and to demand that the government armed forces respect it. On the other hand the guerrilla groups in Guatemala and Peru, with their broad indigenous bases, did not even share the same language, were very backward in educational terms, had serious ideological differences, and were led by people carrying a heavy load of religious and/or political ideology. This is a serious obstacle to efforts to apply humanitarian law and makes conflicts more cruel and intractable.

The practical difficulties that arise when an insurgent force applies humanitarian law can only be overcome if that force understands that applying the law will give it a strategic advantage. Holding an enemy captive or caring for a wounded opponent when

resources are scarce for your own men is less difficult if that rule has been incorporated into military procedure as a part of strategy. If such is not the case, ethical considerations will not carry enough weight and are unlikely to be accepted and applied by the combatants.

Insurgent forces face much greater difficulty in dealing, for example, with the risk that a spy represents for the lives of members of its support networks. Handling the complications of formal arrest, captivity and lawful trial, and finally having to consider the possibility of releasing an enemy spy, is probably one of the thorniest humanitarian issues for insurgent forces. It is sometimes less complicated for them to grant proper treatment to an enemy soldier who has surrendered than to a spy. That is why summary executions are one of the most frequent violations of the law among guerrilla groups of all ideologies.

When each side enjoys equal support from the population, violations affecting civilians can take on dramatic proportions. A longer conflict carries a far greater risk that this will happen, and the treatment the civilian population receives as a result of the polarization of opinion does not bode well for the implementation of humanitarian law. This was less the case in Nicaragua than in Guatemala and El Salvador; it is one of the biggest problems at present in Colombia, where the regions under the influence of one or the other of the parties are relatively well-defined, and the conflict between them is taking the form of constant attacks on civilians.

Lessons learned

In the light of the above, four main conclusions can be drawn in terms of the application of humanitarian law in irregular wars:

1. The warring parties must see it as being to their advantage to apply humanitarian law.
2. Simple and creative means must be found to convey the message of humanitarian law.
3. The true neutrality of civilians must be fostered and protected.
4. Means must be found of securing some form of international recognition of the insurgents.

As concerns the first point, the idea is to apply the same rule as when steering a conflict towards a negotiated settlement. It would be very hard for the parties to accept the idea of a negotiated end to the conflict if the result is not to their advantage and if their objectives are not met at least in part. The parties somehow have to be convinced of the fact that their conduct in humanitarian terms gives them advantages, which may be military or political, and that those advantages will lead to an outcome that favours the party that has complied more closely with humanitarian law, whether it is a negotiated settlement or a military victory.

This approach to promoting the application of humanitarian law, even if initially adopted by the parties in the interests of gaining the upper hand, is in practice much more likely to result in negotiation than in conflict, whatever the intentions of the parties. In El Salvador, exchanges of prisoners and the evacuation of the war-wounded paved the way for the dialogue, humanitarian agreements and political negotiations that put an end to the war. In Nicaragua, the Hassenfus case was useful in creating the conditions that subsequently led to an understanding with the United States.

When it comes to the second point and to ways of teaching humanitarian law, the baseline is that where there is a conflict there will, as a rule, be serious shortfalls in education or major cultural barriers. This hampers understanding and acceptance of the rules of conduct laid down by humanitarian law. The slogan "Implacable in combat, generous in victory" is a remarkably eloquent example of the advantage of creative teaching, since the educational aim is achieved with very few words. Discovering a relationship between the rules of humanitarian law and the cultural values of a country in conflict can make it easier to build bridges between those concerned. It is therefore essential to discover links between the ethical values of the country's culture and humanitarian law.

The third point, which refers to the neutrality of civilians, is based on the fact that in an internal conflict each party is striving to gain the support of the population, while at the same time intimidating or persecuting that population for the support it gives to the adverse party. Ultimately, civilians become targets and the number of

violations of humanitarian law goes up. Insofar as a conflict within a country affects the interests of its inhabitants, they are not all likely to be neutral. Nevertheless, civil wars do not take place with the approval and participation of the majority of the citizens.

It is therefore important not only to teach combatants to respect civilians, but also to educate the population about what constitutes effective neutrality, so that it can reduce its own risks. Promoting neutrality among civilians and teaching them to handle neutrality vis-à-vis the parties of the conflict can not only help reduce the number of violations of humanitarian law but also attenuate the ferocity of the fighting. Indeed no matter how intractable a conflict, there will always be some sectors of the population that do not want war and most people will not want to become involved.

The final point concerns the importance of international recognition of insurgent movements as a means of getting them to apply humanitarian law. Those movements are born and develop in isolation, and the most common strategy for defeating them is to increase their isolation. A superficial comparison of the guerrilla forces in Colombia and El Salvador reveals what a difference it makes when a guerrilla force is recognized or tolerated by States and international bodies, as was the case in El Salvador, as opposed to when it is not.

The Colombian guerrilla movements are characterized by their political, logistical and financial independence. As a result, they are subject to no rules and their acts have no legal effects; they come under no pressure and receive no criticism, encouragement or advice, all of which affects humanitarian law. The present Colombian government is changing that situation and trying to make the guerrillas an active subject of foreign policy.

In El Salvador, the guerrillas were recognized by the governments of France and Mexico in 1982, a very controversial decision at that stage of United States policy. Their recognition played a major role in slowing down the insurgents' process of radicalization and in bringing the war to an end with a negotiated settlement. Obviously every process differs in this respect, but recognition is vital.

In the case of Nicaragua, the governments of Panama, Costa Rica, Venezuela, Mexico and even the United States under

President Carter adopted a policy of tolerance towards the Sandinista Front during the struggle against Somoza's dictatorship, enabling the Front to develop its international relations without hindrance. This is one of the reasons why there was no extreme radicalization in Nicaragua, why despite everything the Sandinista revolution eventually led to free elections and democracy, and why the Sandinista People's Army became the National Army of Nicaragua. For the first time in the history of Latin America, an army that was born as a guerrilla force and matured as part of a government became an army for the nation without political overtones.

It was no simple process: the birth of the National Army was marked by drastic cuts in personnel in the midst of economic crisis and the mistrust of many sectors. Today, however, the Nicaraguan Army, non-partisan and professional, is one of the country's most prestigious institutions.

In this way humanitarian law was transformed from a political slogan used by guerilla forces to a profound institutional pledge, in the hands of officers trained in the principle that their fundamental obligation is to defend the territory and protect the security of all Nicaraguans, no matter what the shade of their opinions.

●

Résumé

Droit international humanitaire et guérilla – Leçons d'Amérique latine

par JOAQUÍN CUADRA LACAYO

Ancien chef d'état major des forces armées du Nicaragua, le général Cuadra Lacayo évalue le rôle du droit international humanitaire dans la tactique des chefs, lors des insurrections des cinquante dernières années en Amérique latine (notamment à Cuba, en El Salvador et au Nicaragua). Il arrive notamment à la conclusion que les règles humanitaires sont mieux respectées si leur utilité pour la lutte insurrectionnelle est comprise par tous. Le respect d'un minimum d'humanité dans les combats faciliterait également le passage à un ordre constitutionnel à la fin de la lutte. En se référant à l'exemple du Nicaragua, l'auteur souligne la place importante que le droit international humanitaire a trouvée dans les forces armées, elles-même issues des forces insurrectionnelles.

International humanitarian law training for multinational peace support operations

Lessons from experience

by
RAY MURPHY

In recent years, primarily because of the divided views over action by UNOSOM forces in Somalia, the question of respect for international humanitarian law by United Nations peacekeeping forces has been the subject of controversy and debate.[1] Although the reasons for this turn of events are a source of regret, the actual result in heightened awareness is welcome. Peacekeeping and related operations are one of the major activities currently engaged in by military forces around the world. These operations, like the conflicts that give rise to their establishment, can involve, *inter alia*, complex issues concerning intra-state conflict, self-determination, rights of minorities, and the duties and responsibilities of peacekeepers under international humanitarian law.[2] Although much has been written in recent years about humanitarian law and peacekeeping operations, little attention had been focused on the practical matter of training and dissemination of the relevant provisions among troops participating in contemporary peace support operations. Although human rights and humanitarian law have different historical and doctrinal origins,[3] human rights too are a key issue in guaranteeing consistent and effective peacekeeping.[4] Nothing can be more contradic-

RAY MURPHY is a member of the Irish Centre for Human Rights, Faculty of Law, National University of Ireland, Galway.

tory than a United Nations force transgressing humanitarian law standards that have been gradually and painstakingly agreed upon during the last sixty years.

Since 1985, there has been a significant increase in the number of peacekeeping missions established, with a corresponding increase in the complexity of the mandates. These are often referred to as "second-generation" peacekeeping operations.[5] The resolution of internal or domestic conflict has been a dominant feature of recent operations that involved the setting up of democratic governments, culminating in the nation-building attempted for a time in Somalia.[6] Missions of this nature have had more in common with the operation conducted by the United Nations in Korea, or the robust peacekeeping carried out in the Congo during the 1960s, than with the more traditional peacekeeping forces prevalent during the 1970s and 1980s.[7] Such operations have been authorized or mandated by the United

1 See, for example, *Symposium on Humanitarian Action and Peacekeeping Operations*, Report, ICRC, Geneva, 1994 (hereinafter *Symposium*); Martin Meijer, "Notes on the conference on 'The UN and International Humanitarian Law' (Geneva, 19-20 October 1995)", *International Peacekeeping*, Vol. 2, No. 6, 1995, p. 137; and "Report on the international workshop 'Towards a Future for Peacekeeping: Perspectives of a New Italian/German Co-operation' (Pisa, 17-18 November 1995)", *ibid.*, p. 138.

2 International humanitarian law denotes the whole body of law applicable during armed conflict, often referred to as the law of armed conflict (*jus in bello*). See C. Greenwood, "Historical development and legal basis", in D. Fleck (ed.), *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, 1995, pp. 8-12.

3 See T. Meron, "The protection of the human person under human rights and humanitarian law", UN *Bulletin of Human Rights 91/1*, UN, 1992, pp. 33-45; T. Meron and A. Rosas, "A declaration of minimum humanitarian standards", *AJIL*, Vol. 85, 1991, pp. 375-381. See also L. Doswald-Beck and S. Vite, "International humanitarian law and human rights law", *IRRC*, No. 293, March-April 1993, pp. 94-119.

4 Diego Garcia-Sayan, "Human rights and peace-keeping operations", *University of Richmond Law Review*, Vol. 29, 1995, p. 45. This article deals primarily with the UN mission to El Salvador (ONUSAL). See also D. Forsythe, "Human rights and international security: United Nations field operations redux", in Castermans, van Hoof and Smith (eds), *The Role of the Nation State in the 21st Century*, Kluwer, 1998, pp.265-276.

5 *The Blue Helmets – A Review of United Nations Peacekeeping*, 3rd ed., United Nations, New York, 1996, p. 5.

6 *The United Nations in Somalia, 1992-1996*, United Nations, New York, 1996.

7 For an overview of peacekeeping see B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations*, Oxford University Press, 1995, pp. 566-603.

Nations and mounted in situations of conflict where clashes involving local factions or parties and United Nations soldiers were inevitable. These have left casualties on both sides, and they have involved both combatant and non-combatant alike.

Although there was originally some doubt about the applicability of international humanitarian law to United Nations forces, it is now generally accepted that humanitarian law binds United Nations forces, whether performing duties of a peacekeeping or peace-enforcement nature.[8] The complexity of contemporary conflicts is exacerbated by the fact that many of those participating in them are not soldiers of regular armies, but militias or groups of armed civilians with little discipline and an ill-defined command structure.[9] Fighters of this nature do not always fit easily into the matrix of international rules on combatant status. Any intervention by the United Nations may, intentionally or otherwise, alter the delicate balance of power between the warring parties and cause the United Nations forces to be perceived as not impartial or even as hostile.[10] Maintaining neutrality in these circumstances can present peacekeepers with a dilemma, especially when they confront situations in which civilians are victimized, or when United Nations forces are themselves the subject of attack.[11] There is also the issue of responsibility for the actions or omissions of United Nations soldiers in the field, and what to do when faced with human rights abuses and breaches of international humanitarian law. The Secretary-General's recent Bulletin on the observance by United Nations forces of humanitarian law is also significant in this regard, and it imposes a duty on the United Nations to ensure that members of United Nations forces are "fully acquainted"

8 C. Greenwood, "Scope of application of humanitarian law", in *op. cit.* (note 2), p. 46. This is not just a practical necessity, but may arise from obligations of States "to respect and ensure respect" for the Geneva Conventions and Protocols "in all circumstances". The essence of the ICRC's position is that humanitarian law principles, recognized as part of customary international law, are binding upon all States and upon all armed forces present in situations of conflict. See Shagra and Zacklin, *Symposium*, *op. cit.* (note 1), p. 43.

9 *Op. cit.* (note 5), p. 4.

10 J. Peck, "The U.N. and the laws of war: How can the world's peacekeepers be held accountable", *Syracuse Journal of International Law*, Vol. 21, p. 288.

11 *Op. cit.* (note 5), p. 5.

with the relevant principles and rules.[12] In this way, international humanitarian law is of direct relevance to States contributing contingents to peace support operations, and to the United Nations itself, even if they are not formally party to the corresponding international treaties.

Ensuring compliance with humanitarian law, and recent developments

Unfortunately, there is now ample evidence that United Nations forces in Somalia and the former Yugoslavia did perpetrate or engage in practices and conduct that were contrary to international humanitarian law.[13] Up to the debacle of events in Somalia, Canada had an excellent reputation as a contributor to peacekeeping operations. Although Ireland and other countries remain untarnished by their involvement in Somalia and elsewhere, there is an urgent need to highlight this area of international law and ensure that the record continues unblemished in the future. There should be no room for complacency within any military establishment. In this respect, Ireland and other countries can benefit from the lessons learned from the Canadian experience.

12 Section 3, Secretary-General's Bulletin: *Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law*, ST/SGB/1999/13, 6 August 1999. See M. Zwanenburg, "The Secretary-General's Bulletin on Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law: Some preliminary observations", *International Peacekeeping*, Vol. 5, No. 4-5, 1999, pp. 133-139. Text also published in *IRRC*, No. 836, December 1999, pp. 812-817.

13 See *Dishonoured Legacy*, Report of the Commission of Enquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia, Canadian Government Publishing, Ottawa, 1997, also available at http://www.dnd.ca.somaliae.htm; and "Somalia: Human rights abuses by the UN Forces", *Africa Rights Report*, London, 1993; and Mark Huband, *Guardian*, 31 December 1993, p. 6. – The Africa Rights report documents a number of grave breaches of the Geneva Conventions by several contingents in Somalia. Most disturbing is the conclusion that these were "not cases of undisciplined actions by individual soldiers, but stem from the highest echelons of the command structure" (p. i). Italy and Belgium also instituted inquiries into the conduct of their respective armed forces in Somalia: Amnesty International, "AI concerns in Europe: January-June 1997", *AI Index EUR 01/06/97*, p. 1, and "Italy: A briefing for the UN Committee Against Torture", *AI Index EUR 30/02/99*, p. 10.

One of the major stumbling blocks for peacekeeping troops is that the relevant law is enshrined in international instruments governing the conduct of combatants engaged in armed conflict of an international or non-international character. To use a military metaphor, these rules are targeted at the combatant or participator, not the peacekeeper or observer. However, the use of force by peacekeepers may trigger the application of the rules, and they are also relevant to observation missions to facilitate identification and reporting of breaches. Another serious problem is how to make the rules of humanitarian law accessible and their relevance evident to those most responsible for their implementation, i.e. the soldiers on the ground. The language of the international instruments in question is often obtuse and unintelligible. The principles enshrined in those instruments, when combined with a "dumb-down" approach for classroom instruction, are often presented in a half-hearted and "touchy feely" way that makes the instructors appear out of contact with reality.

Finding ways to ensure compliance with the rules of international humanitarian law has traditionally been a concern of the ICRC and of human rights organizations. The widespread breach of these rules by parties to the conflict in the former Yugoslavia has underscored the issue of non-compliance. In this regard certain factors have been identified as contributing to instances of failure to comply, in particular ignorance of the law.[14] The establishment of war crimes tribunals and the accompanying publicity will go a long way towards eroding the cynical assumption that the laws of war are not enforceable. War crimes trials can take many forms, and at present the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) is probably the best known. Such tribunals are not a new phenomenon in that they have also been established in the past under international agreements, like that at Nuremberg, or under municipal law like the German tribunal which conducted the Leipzig trials after 1919.[15]

14 George H. Aldrich, "The laws of war on land", *AJIL*. Vol. 94, 2000, p. 54.

15 See generally C. Mullins, *The Leipzig Trials: An Account of the War Criminals Trials and a Study of the German Mentality*, H. F. & G. Witherby, London, 1921.

Accused military personnel can also be dealt with in certain circumstances by military courts-martial, similar to those established by the United States following incidents during the Vietnam and Korean conflicts, and by Canada for crimes committed by its military personnel while part of an international United Nations force in Somalia.[16] The establishment of the International Criminal Court (ICC) is the most significant recent development in this connection, and concern about implementing humanitarian law was one of the driving forces behind proposals for its establishment.[17] Once a State has ratified the ICC's Statute, then all nationals of that State will be subject to its provisions. The United States was most concerned about the impact this might have on participation in multinational and peacekeeping operations, though it has been cogently argued that the Court to be established is not a serious alternative for the present system of criminal jurisdiction over peacekeepers [18]

The duty to provide education and training in international humanitarian law

War crimes trials to date indicate that one of the most serious issues likely to arise is that of the level of knowledge of the accused.[19] A fundamental premise of military life is the obligation to obey all lawful orders. This may seem like a simple statement of a self-evident rule, but it is not so straightforward as it at first appears. Knowledge affects the validity of any attempt a soldier may make to

16 *R.* v. *Brocklebank*, Court Martial Appeal Court of Canada, (1996) 134 DLR (4th) 377.

17 See generally Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, 1999, pp. 180-288; M. C. Bassiouni, *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History*, New York, 1998; Roy Lee (ed), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, Kluwer, 1999, pp. 79-126; A. Roberts, *Humanitarian Action in War*, Adelphi Paper 305, Oxford, 1996, p. 50; L. Caflisch, "Toward the establishment of a permanent international criminal jurisdiction", *International Peacekeeping*, Vol. 4, No. 5, Kluwer, 1998, pp. 110-115. See also online at http://www.igc.org/icc/.

18 M. Zwanenburg, "The Statute for an International Criminal Court and the United States: Peacekeepers under fire?", *European Journal of International Law*, Vol. 10, 1999, p. 126.

19 L. C. Green, "Humanitarian law and the man in the field", *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. XIV, 1976, p. 97.

rely on the defence of superior orders.[20] How is a soldier to judge the lawfulness or otherwise of a command? It would appear that insufficient attention is paid to this dilemma in military training. Most systems of municipal criminal law embody the principle *ignorantia juris neminem excusat.*[21] It is a satisfactory principle when the rules are clearly defined and reasonably accessible to the ordinary citizen of a State, but that is by no means the situation with regard to international law, where the rules are not always clear-cut and accepted by all States. This lack of international consensus and certainty is all the greater in the case of the laws of war. For this reason it is necessary to examine the extent to which States are obliged to inform all citizens, and especially their military personnel, of these laws, as well as the steps that ought to be taken to this end and the methods to be adopted.[22]

There is also the additional factor that a law that is not known cannot be applied, and knowledge of humanitarian law should not be restricted to times or situations of conflict. The degree of importance attached to it by an armed force reflects the culture in, and leadership of, that force.[23] It is a case of inculcating moral principles with a view to limiting the excessive use of violence and preserving peace. With the large numbers of military personnel participating in contemporary peace support operations, such instruction is even more imperative, and should be seen in the overall context of human rights education to promote "understanding, tolerance and friendship among

20 L. C. Green, "Superior orders and the reasonable man", *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. VIII, 1970, p. 96 and *passim*. See also by the same author, "Peacekeeping and war crimes" , *Military Law and Law of War Review*, Vol. XXXIV, 1995, pp. 247-255.

21 "Ignorance of the law does not excuse." Every person is presumed to know the law. See *O' Loughlin* v. *O'Callaghan* (1874) IR 8 CL 116. However, Articles 32 and 33 of the ICC Statute recognize that a mistake of law may, in certain circumstances, be a ground for excluding criminal responsibility: Triffterer, *op. cit.*, (note 17), pp. 555-588.

22 The first recognition of the need to inform the armed forces of the rules of war is found in the Oxford Manual prepared by the Institute of International Law in 1880, reproduced in D. Schindler and J. Toman, *The Laws of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff/Henry Dunant Institute, 3rd ed., 1988, p. 35.

23 James Simpson, *Law applicable to Canadian Forces in Somalia 1992/93: A study prepared for the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia*, Minister of Public Works and Government Services, Ottawa, 1997, p. 13.

all nations" in accordance with the Universal Declaration of Human Rights.[24] In his authoritative *Commentary* on the Geneva Conventions, Jean Pictet noted that "knowledge of law is an essential condition for its effective application. One of the worst enemies of the Geneva Conventions is ignorance."[25]

Some of the more important provisions concerning dissemination of information about humanitarian law are contained in the two 1977 Protocols additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949,[26] and are especially relevant to Ireland since the coming into effect of the Geneva Conventions (Amendment) Act, 1998, which enabled it to ratify the two 1977 Protocols after an inordinate delay.[27] These provisions place all States party thereto under a significant legal obligation to make known the Conventions and Protocols to their armed forces and civilian population.[28] It is noteworthy that the parties are required only "to encourage" civilian study of these instruments. This came about because of Canadian concerns that constitutional difficulties could arise for a federal state where education might not be within the competence of a federal government. There was also a desire to respect the tradition of academic freedom among universities and similar educational institutions.[29]

However, the obligation to educate all military personnel is much greater. Kalshoven expressed it well with regard to the military in general when he said that "it would be a sheer miracle if all members of the armed forces were angels, or simply law-abiding combatants – and if they remained so through every phase of the war. Factors such as insufficiently or wrongly oriented training programmes or a lack of discipline may play a role in this respect."[30] In Ireland, then,

24 Universal Declaration of Human Rights, Art. 26, para. 2.

25 Jean Pictet (general editor), *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Commentary, ICRC, Geneva, 1952, p. 348.

26 Protocol I, Arts 81 and 82, and Protocol II, Art. 19.

27 See Colm Campbell and Ray Murphy, "Geneva Conventions (Amendment) Act, 1998", *Irish Current Law 1998*, Dublin, pp. 35.01-35.58.

28 See note 26 and H. McCoubrey, *International Humanitarian Law*, Dartmouth, 1990, pp. 205-210.

29 L. C. Green, *op. cit.* (note 19), p. 110.

30 Frits Karlshoven, *Constraints on the Waging of War*, ICRC, Geneva, 1987, p. 61.

there should at least be a certain level of expertise among all Defence Force legal officers, since there are only a small number of them. Likewise, all members of the Judge Advocate General's branch (JAGs) in other defence establishments, or their equivalent, should be at least familiar with, if not actually expert in, the basic rules of international humanitarian law. The syllabi and curricula of military training courses should also be revised to take account of the said obligations, and even law schools in civilian educational institutions should be supported in placing emphasis on teaching humanitarian law. – Although a similar obligation exists in respect of Protocol II, on non-international armed conflict, it creates a less onerous duty.[31]

Deficiencies identified in humanitarian law training

While the basic rules of humanitarian law may be considered to represent fundamental values that have received almost universal acceptance, peacetime efforts to implement them at the national level are nonetheless insufficient.[32] Instruction in them is often a marginal item in military training programmes.[33] Consequently, these rules of law are not as well known or understood as they should be by those who must apply them, especially members of the armed forces. In Canada, a study of non-traditional military training for Canadian peacekeepers showed that training in the operational knowledge of the law of armed conflict was categorized as specialist training, but this should not imply that it ought to be restricted to a small group of specialists.[34] The conduct of a number of national

31 Protocol II, Art. 19.

32 Louis Geiger, "Armed forces and respect for international humanitarian law: Major issues", *Symposium* (note 1), p. 60.

33 See generally David Lloyd Roberts, "Training the armed forces to respect international humanitarian law: The perspective of the ICRC Delegate to the Armed and Security Forces of South Asia", *IRRC*, No. 319, July-August 1997, pp. 433-446; Frédéric de Mulinen, *The Law of War and the Armed Forces*, Series Ius in Bello, No. 1, Henry Dunant Institute, Geneva, 1992, and Y. Sandoz, "Respect for the law of armed conflict: the ICRC's observations and experiences", *Report, International Seminar on International Humanitarian Law in a New Strategic Environment*, Swedish War College, Stockholm, 1996, pp. 17-30.

34 Paul LaRose-Edwards, Jack Dangerfield and Randy Weeks, *Non-Traditional Military Training for Canadian Peacekeepers*, study prepared for the Commission of Enquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia, Ottawa, 1997.

contingents that were part of the United Nations military operation in Somalia highlighted the need for training in this area.[35] Indeed, it should not be viewed as a marginal matter but must be integrated into everyday military life. It has been said that "[r]espect for the law of armed conflict is a matter of order and discipline. It is the responsibility of leaders to give effect to it and to take it into account in the missions assigned to their subordinates."[36] Since the conflict in Korea, Canadian troops had been only infrequently involved in combat situations where they would have faced the ethical and legal challenges posed by the law of armed conflict. Such issues did not give rise to serious concerns during traditional peacekeeping missions.

The success or failure of peacekeeping operations rests to a considerable degree on the local population's perception of the peacekeepers, so the tactical and strategic consequences of violating the laws of war during peacekeeping missions could be greater than during combat.[37] However, the advent of UNOSOM II peace-enforcement-type operations changed this. Here it was that the Canadian Department of National Defence largely forgot to take the necessary steps to ensure that their personnel were sufficiently educated in international humanitarian law.[38] This had serious implications in the light of two related developments. The first was the evolution in the content, interpretation and application of that law. The second more important change was in the nature and extent of peacekeeping operations themselves, and the emergence of a more complicated set of variables faced by peacekeepers in second-generation peacekeeping operations dealing with complex emergencies. As a result, widespread training in humanitarian law did not keep up with events. Substantive training was largely restricted to military lawyers,

35 Though this need was recognized much earlier by some. See L. C. Green, "Humanitarian law and the man in the field", *Military Law and Law of War Review*, Vol. XIV, 1976, pp. 96-115. See also Lt. Col. Vogt, "Experiences of a German legal adviser to the UNOSOM II mission", *Military Law and Law of War Review*, Vol. XXXV, 1996, pp. 226-227.

36 de Mulinen, *op. cit.* (note 33).

37 Blechman and Vaccaro, *Training for Peacekeeping: The United Nations Role*, Report No. 12, The Henry L. Stimson Centre, July 1994, p. 4.

38 *Op. cit.* (note 34), p. 5

primarily short lectures for officers, and minimal operational training for the rank and file.[39] It was found that there was a need to address human rights operational standards for peacekeepers, which are increasingly taught to United Nations Civilian Police (CIVPOL) and logically should also be taught to the military, as they undertake what are often low-level conflict functions. And it was recommended that education in international humanitarian law be available throughout the Canadian Forces.[40] It is submitted that the situation with regard to other armed forces participating in peace support operations is much the same, if not worse.

The situation prevailing in the Irish Defence Forces today is very similar to that which existed in Canada prior to the Commission of Enquiry into events in Somalia.[41] In Canada, preparation for peacekeeping activities was largely concentrated in the ninety-day pre-deployment training period of a unit warned to stand by for a United Nations mission. Otherwise, little training time was devoted by units to specific peacekeeping training. The situation in Canada was summarized as follows: there was no direct peacekeeping training at the basic level, very little at individual level, and almost none in the generic annual training cycles of units.[42] In the case of Ireland the situation is even more serious, as units are usually formed specifically for such service, and are made up of men and women who may never have served together before. It was the Canadian study team's view that this situation was no longer appropriate for the new era and new, more complex peacekeeping environment. This also applies for the Irish Defence Forces.

39 In addition, many of the operational-level personnel interviewed for the report remarked that dry legal lectures by military lawyers were not particularly helpful. It was considered that training by their own warrant and other officers would have been preferable. *Ibid.*, p. 58.

40 *Op. cit.* (note 37). The recommendations were adopted by the *Report of the Commission of Enquiry*, *op. cit.* (note 13). See Recommendations, Chapter 21, para. 21.8, and Chapter 40, paras. 40.41 – 40.45. Since then Canada has implemented a comprehensive programme on education in and dissemination of international humanitarian law among its armed forces.

41 R. Murphy and C. Campbell, Correspondents' Reports – Ireland, *Yearbook of International Humanitarian Law 1998*, TMC Asser Instituut, The Hague,1998, p. 466.

42 *Op. cit.* (note 34), p. 43.

A survey of Irish Defence Forces personnel serving with the United Nations Interim Force in Lebanon (UNIFIL) in 1998 indicated that 86% wanted to know more about international humanitarian law and 71% considered that they did not receive adequate instruction in this area.[43] Not surprisingly, many considered their knowledge to be poor. It is noteworthy that many also felt that humanitarian law was relevant for peacekeeping missions, and it was during training for UNIFIL that most had come to learn about it. Some 66% of those who completed the survey thought that humanitarian law was relevant to modern armies. A number of personnel from other contingents were also interviewed (but no survey was conducted), and it seemed that the situation was not much different in other armies. With members of the Irish Defence Forces participating in operations under Chapter VII of the UN Charter – Bosnia and Herzegovina, Kosovo and East Timor – and membership of the NATO-sponsored Partnership for Peace likely to involve Irish troops in similar complex emergencies in the future, the need for ongoing training in peacekeeping operations at unit and sub-unit level throughout the Defence Forces is evident. The United Nations has already accepted responsibility for ensuring that members of United Nations forces are fully acquainted with the relevant basic rules. Regional organizations such as NATO and the European Union – once the Rapid Deployment Force is established – should also give a similar undertaking. However, the real test of any such commitment will be in its implementation.

Conclusion

One of the most telling conclusions of the Canadian study team was the dichotomy it found.[44] On the one hand, there were many separate and unconnected examples of Canadian Forces

43 See Appendix. These findings are based on the answers to a questionnaire distributed among an Irish battalion serving with UNIFIL in Lebanon during 1998. The survey was completed by a cross-section of all ranks, and this meant that the majority of replies were from privates, and then from non-commissioned officers.

44 *Op. cit.* (note 34), p. 83.

organizations and individuals that understood the changing peacekeeping environment and peacekeeping requirements and were taking some initiatives to meet those needs. On the other hand, the study team could not ascertain a national, formalized, coherent, integrated peacekeeping policy and training programme that did likewise. It also concluded that the notion that a well-trained combat-capable soldier is all that is required for a good peacekeeper is changing or at least being modified, but that bureaucracy had not caught up with the changing philosophy. This, too, is the situation in Ireland within the Department of Defence, and within the defence establishments of other countries.[45] The recently published Irish Government White Paper on Defence does not address any of these issues.[46] There is also the matter of training first- and second-line reservists, especially as it seems that the policy regarding the participation of second-line reservists in United Nations military operations may change in the near future. For too long Ireland has relied on its peacekeepers' capacity to use a bit of "blarney" to avoid escalation and confrontation. This has been remarkably successful, but the downside is that it has encouraged an atmosphere of complacency and smugness with regard to Ireland's suitability as a contributor State to peacekeeping operations.

While it is acknowledged that there is a policy of support for international humanitarian law within the Irish Defence Forces, and this is particularly evident in its formal incorporation into military training and briefings, there is still much room for improvement. Although a genuine effort is being made to disseminate information about international humanitarian law, the general approach seems to be minimalist. As in many other countries, there seems to be little or no recent material on humanitarian law published by the Defence Forces or the Department of Defence which is accessible and useful to ordinary serving personnel or the general public.

45 This conclusion is based on interviews with military personnel from other countries contributing troops to UNFIIL in Lebanon during 1998.

46 Department of Defence, Dublin, 2000.

It is by no means certain that this is enough to fulfil Ireland's obligations under 1977 Protocol I. Despite efforts by individuals within the legal service, the Department of Defence and the military authorities could do much more to encourage interest in and respect for the principles involved. This is also the situation among the armed forces of other countries, and amounts to a serious lacuna in efforts to ensure dissemination of humanitarian law. The Canadian report concluded that training in the law of armed conflict is of critical importance to effective peacekeeping: it cannot continue to be provided for in an *ad hoc* manner. In this regard the office of the Judge Advocate General of the Canadian Forces was likewise said to be of critical importance, and the report recommended that this office should be the focus for such training. The equivalent office in the Irish Defence Forces is that of the Deputy Judge Advocate General. It too must receive sufficient resources, particularly personnel resources, both to carry out a large amount of writing, research, preparation and training of its own personnel and to ensure the delivery of effective training. All defence establishments should consider the use of selected trained operators to conduct training at unit and sub-unit level. It is neither practical nor desirable for legal officers or their equivalent to oversee or conduct all training in this field. The emphasis should be on integrating it into the operational context and training appropriate operational military personnel of every branch to deliver much of the relevant instruction in international humanitarian law.

●

Appendix

Questionnaire

Random selections of Irish soldiers serving with UNIFIL were asked to reply to the following questionnaire, and the results were as follows:

Question 1 *Have you ever heard of the Geneva Conventions and/or the laws of war?*
98% of those questioned said yes, and 2% said no.

Question 2 *Indicate how you came to know about the Geneva Conventions.*
48% indicated military instruction, 37% indicated films/media, and 15% indicated "other".

Question 3 *When was the last time you received formal military instruction in relation to the Conventions?*
67% said during UNIFIL training, 25% said during recruit/basic training, and 8% indicated "other".

Question 4 *Do you think the Geneva Conventions and laws of war have any practical relevance to modern armies?*
66% said yes, 22% said no, and 12% did not know.

Question 5 *Do you think the Geneva Conventions have any relevance on peacekeeping mission?*
71% said yes, 24% said no, and 5% did not know.

Question 6 *How would you rate your personal knowledge and understanding of the Geneva Conventions?*
65% said poor, 33% said good, and 2% said none.

Question 7 *Would you like to know more about the Geneva Conventions?*
86% said yes, 12% said no, and 2% did not know.

Question 8 *Have you received adequate instruction in the Defence Forces on the meaning and relevance of the Geneva Conventions?*
71% said that they had not, and 29% said that they had.

Résumé

Formation en droit international humanitaire pour des opérations multinationales de maintien de la paix – leçons tirées de l'expérience

par RAY MURPHY

Depuis l'intervention controversée des casques bleus en Somalie (UNOSOM), l'obligation, pour les forces des Nations Unies engagées dans une opération de maintien de la paix, de respecter le droit international humanitaire a fait l'objet de maints débats. L'auteur examine les différentes actions armées entreprises sous l'égide de l'ONU et les mesures prises sur le plan de la préparation des forces engagées au respect des règles essentielles de ce droit. Il s'appuie notamment sur les résultats de l'enquête faite par les autorités canadiennes après les incidents survenus en Somalie. Cette enquête a mis en exergue qu'il ne suffit pas d'être un « bon soldat » pour bien remplir une mission de casques bleus, mais que ces troupes doivent être spécialement formées. Les événements regrettables de Somalie sont donc à l'origine d'une évolution positive, la formation au droit humanitaire des troupes engagées dans des opérations de maintien de la paix étant aujourd'hui largement acceptée.

La défense d'ordres supérieurs existe-t-elle vraiment ?

par
GENEVIÈVE DUFOUR

La défense d'ordres supérieurs paraît être un concept relativement aisé à définir. Cependant, nous verrons que malgré son apparente simplicité, il suscite beaucoup plus de confusion chez les juristes qu'on ne pourrait le penser[1]. En fait, il s'agit d'une défense fondée sur l'obéissance aux ordres d'un gouvernement ou d'un supérieur. Certains la considèrent comme un fait justificatif, d'autres comme une circonstance atténuante, ou encore les deux[2]. En réalité, il s'agit d'un faux débat, puisque, dès lors qu'on la définit en tant que telle et qu'on procède à un examen serré de son application, force est de constater qu'à l'heure actuelle, la défense d'ordres supérieurs n'existe tout simplement plus en tant que défense autonome.

Au cours de l'histoire, plusieurs textes conventionnels ont aidé à définir les conditions de recevabilité de la défense d'ordres émanant du supérieur hiérarchique. De même, plusieurs tribunaux ont tenté de l'interpréter afin de l'appliquer aux divers cas pendants devant eux. Une tendance claire se dégage de l'analyse de cette pratique, et nous aurons l'occasion d'en faire état. En effet, bien que tôt dans l'histoire du droit international pénal contemporain cette défense ait été définie et écartée comme fait justificatif, la pratique subséquente est venue obscurcir les données. Une règle existe pourtant aujourd'hui.

GENEVIÈVE DUFOUR est chargée de cours pour le concours Jean-Pictet à l'Université du Québec à Montréal et chercheur à l'Association internationale des Avocats de la Défense. L'auteur tient à remercier le professeur William A. Schabas, Me Alexandre Morin et Julia Friedland pour leur aide et conseils.

Par ailleurs, nous constaterons à quel point, derrière ses airs de simplicité, cette défense demeure un nuage complexe. Tant les juristes que les politiciens ou les militaires tendent à confondre l'ordre supérieur avec les autres défenses de droit international pénal comme la contrainte, l'erreur de fait ou encore la nécessité militaire.

Finalement, il serait impossible d'ignorer le Statut de la Cour pénale internationale qui, lui, vient quelque peu changer la donne. Issu d'un processus consensuel, nous serons à même de constater les effets, quelques fois pervers, qu'une telle méthode peut provoquer.

L'ordre supérieur au sein d'un droit naissant

Déjà très tôt, la défense d'ordres supérieurs préoccupait les philosophes et les juristes. Hobbes privilégiait un devoir d'obéissance absolu à l'ordre d'un supérieur: « When I do, by order, an act which is wrong for the one who commands it, it is not my wrongdoing, as far as the commander is my legitimate master »[3]. Locke, quant à lui, était plutôt d'avis que l'ordre d'un supérieur qui s'avérait illégal ne devait pas être accompli, puisque l'humain devait avant tout allégeance à la loi. Hugo Grotius allait dans le même sens, considérant que la seule façon de résister à l'injustice était de ne pas accepter la défense d'ordres supérieurs si l'ordre n'était pas légitime[4]. C'est cette idée qui orienta la plupart des penseurs et qui, nous le verrons, continue de prévaloir.

Le premier accusé à tenter de justifier ses crimes par la défense d'ordres supérieurs fut Sire Peter de Hagenbach en 1474, jugé en raison du règne de terreur qu'il imposa au sein de la ville fortifiée de Breisach[5]. Ainsi, son avocat avait plaidé que Hagenbach « had no

1 « La complexité du problème a pour conséquence qu'il n'existe pas de réponse simple. », M. Aubert, « La question de l'ordre supérieur et la responsabilité des commandants dans le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) du 8 juin 1977 », *RICR*, n° 770, 1988, p. 109.

2 A. M. Larosa, *Dictionnaire de droit international pénal*, PUF, Paris, 1998, p. 79.

3 T. Hobbes, *Elements Philosophica De Cive*, ch. 12, par. 1 et 2, cité dans C. Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Law*, 2e éd., Kluwer Law International, La Haye/Londres/Boston, 1999, p. 454.

4 *Ibid.*, p. 455.

5 R. K. Woetzel, *The Nuremberg Trials in International Law*, Stevens & Sons, Londres, 1962, pp. 19-20.

right to question the order which he was charged to carry out, and it was his duty to obey »[6]. Le Tribunal refusa sa défense, le trouva coupable et le condamna à la peine capitale. Plus tard, en 1660, le commandant de la garde responsable de l'exécution de Charles Ier, le colonel Axtell, fut jugé pour trahison et meurtre. Ce dernier invoqua la défense d'obéissance à l'ordre d'un supérieur, mais les juges refusèrent sa défense en décrétant que celui qui avait obéi à un ordre le menant à la trahison était lui-même un traître[7]: « His superior was a traitor, and all that joined him in that act were traitorous and did by that approve the treason; and where the command was traitorous, there the obedience to that command is also traitorous. »[8]

Aux États-Unis, plusieurs exemples de procès au cours desquels la défense d'ordres supérieurs a été invoquée peuvent être répertoriés. Commençons par une décision de 1804 dans laquelle le juge Marshall s'exprimait en ces termes: « The instructions cannot change the nature of the transaction, or legalize an act which, without those instruction, would have been a plain trespass. »[9]

Dans une autre affaire, un juge exprimait son avis quant à l'impossibilité de soustraire un accusé de sa responsabilité lorsque ce dernier avait exécuté un ordre de tuer un civil[10]. Durant la guerre de 1812, un soldat ayant été injurié par un passant en désaccord avec les positions de la marine, chargea à la baïonnette son interlocuteur. Accusé de meurtre, il plaida qu'ordre avait été donné de tuer tous ceux qui montreraient de l'irrespect pour le travail des militaires. Le Juge Joseph Story donna, en guise de directives au jury, l'indication que si un ordre était illégal, tant le subordonné que le supérieur devaient être trouvés coupables de meurtre[11]. En 1827, la Cour suprême des

6 G. Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: The Law of Conflict*, vol. II, Stevens & Sons Ltd., Londres, 1968, p. 466.

7 H. McCoubrey, *International Humanitarian Law: Modern developments in the limitation of warfare*, 2e éd., Brookfield, Ashgate, 1998, p. 219.

8 84 *Eng. Rep.* 1060 (1660).

9 *Little* c. *Barrone*, 1 U.S. (2 Cranch) 465, 467 (1804).

10 *États-Unis* c. *Bright*, 24 F Cas. 1232 (C.C.D. Pa. 1909) (n° 14647).

11 *États-Unis* c. *Bevans*, 24 F Cas. 1138 (C.C.D. Mass. 1816) (n° 14589).

États-Unis rendait une décision et tentait d'expliquer la raison d'être de la défense d'ordres supérieurs dans le contexte militaire :

> «(...) [une] obéissance rapide et prompte aux ordres est indispensable pour atteindre complètement cet objectif. Le service est un service militaire, et le commandement est de nature militaire ; et dans ce cas, tout retard et tout obstacle à une exécution efficace et immédiate tend nécessairement à mettre en péril l'intérêt public. Pendant que les officiers subalternes et les soldats s'arrêtent à considérer s'ils sont tenus d'obéir ou à peser scrupuleusement les faits en vertu desquels leur commandant en chef exerce son droit d'exiger des services, l'ennemi peut réussir une opération sans qu'il ait moyen de résister. »[12]

Quoi qu'on puisse déduire de cette explication, bien d'autres décisions furent rendues aux États-Unis au XIXe siècle, et toutes semblent refuser catégoriquement la défense d'ordres supérieurs lorsque l'ordre donné impose une action – ou une inaction – qui serait illégale[13].

Suite à la Première Guerre mondiale, deux procès menés à Leipzig ont eu trait à la défense d'ordres supérieurs. Dans le premier des cas, l'affaire Llandovery Castle[14], deux lieutenants furent condamnés pour avoir exécuté un ordre manifestement illégal en torpillant un navire-hôpital anglais et en coulant les canots de sauvetage afin de s'assurer qu'aucun survivant ne pourrait témoigner de leur crime. Le juge vint à la conclusion que la défense d'ordres supérieurs était inadmissible en tant que fait justificatif, puisque les soldats auraient dû savoir que l'ordre qui émanait de leur commandant était manifestement illégal :

12 *Martin* c. *Mott*, Cour suprême des États-Unis, (1827) 12 Wheaton 28. Opinion du juge Story (traduction).

13 *Wirz Trial*, H. R. Exec. Doc. n° 23, 40e Cong. 2e Sess., 764 ; *Riggs* c. *State*, 3 Coldwell 85, 91 Am. Dec. 272 (1866) ; *Mitchell* c. *Harmony*, 13 How. 115, 137 (1851) ; *Regina* c. *Smith*, 17 S.C. 561 (Cape of Good Hope, 1900). Pour un exemple européen, voir William Buchanan, (1813) 2 *Reports of Certain Remarkable Trials* 3, 58 (*The Case of Ensign Maxwell*).

14 *Empire* c. *Dithmar and Boldt* (Hospital ship « Llandovery Castle »), (1921) 2 *ILR* 437, 16 *A.J.I.L.* 708 *German War Trial, Reports of Proceedings before the Supreme Court in Leipzig*, CMD. 1450, Londres, H.M.S.O., 1921, pp. 56-67.

> « It was perfectly clear to the accused that killing defenceless people in the life boat could be nothing else but a breach of the law. (...) They should, therefore, have refused to obey. »[15]

Notons, cependant, que le Tribunal prit en considération la défense avancée par les accusés à titre de circonstance atténuante ; de ce fait, ils furent condamnés à seulement quatre années d'emprisonnement.

La deuxième décision, nommée communément « Dover Castle »[16], pose plus de questions. Le gouvernement allemand, dans deux mémorandums, aurait donné l'ordre de couler tous les navires-hôpitaux, puisqu'il entretenait des soupçons à l'effet que de tels navires transportaient des militaires et que, par conséquent, ils pouvaient constituer des cibles militaires. La Cour accepta la défense d'ordres supérieurs. En effet, celle-ci considéra que cette défense est recevable en tout temps. Cependant, elle posa deux limites : lorsque le subordonné va au-delà de l'ordre donné ou lorsque le subordonné sait que l'ordre est contraire au droit. Et c'est ici que réside le danger de permettre la défense d'ordres supérieurs dans certains cas. Puisque les ordres étaient venus du gouvernement même, la Cour a trouvé réaliste de croire que les subordonnés avaient considéré l'ordre comme légitime.

Il s'agit, à notre avis, d'une ouverture dangereuse qui semble ignorer à quel point le mal peut prendre une forme banale en temps de conflit. Ainsi, lorsque la Cour considère, à la fin du jugement, que l'accusé aurait caché ses agissements s'il avait pensé que ces derniers n'étaient pas légaux, elle semble mettre de côté un aspect bien particulier des conflits armés, celui que la philosophe Hannah Arendt appelle la « banalisation du mal » lorsqu'elle parle de l'affaire Eichmann[17]. En effet, l'histoire nous démontre qu'il est possible pour un gouvernement de convaincre un peuple entier du bien-fondé de sa lutte et de la légitimité de celle-ci. C'est à l'aide de trois simples « mensonges » que le gouvernement de Hitler avait réussi à auto-intoxiquer, selon les dires de la

15 *Ibid*, p. 722.

16 *Empire* c. *Neumann* (Hospital ship « Dover Castle »), 16 *AJIL* 704.

17 H. Arendt, *Eichmann à Jérusalem : Rapport sur la banalité du mal*, Galimard, Paris, 1991.

philosophe, le peuple entier : 1. Cette guerre n'était pas vraiment une guerre. 2. Le destin, et non l'Allemagne, en était responsable. 3. C'était, pour les Allemands, une question de vie ou de mort : ils devaient exterminer leurs ennemis ou être exterminés eux-mêmes[18]. Le cas du génocide au Rwanda illustre bien cette idée. Quelques temps après la fin des massacres et avant que ne soit institué le Tribunal pénal international, les enquêteurs des Nations Unies ont pu constater la fierté de certains miliciens hutus d'avoir « contribué à l'élimination des Tutsis ». Pour eux, il s'agissait d'une gloire et leur « travail » avait contribué à purifier la race humaine. C'est donc dire à quel point le raisonnement du jugement « Dover Castle » présente un danger.

Dans un tout autre ordre d'idée, il est intéressant de noter que suite à la Première Guerre mondiale, la question de la défense d'ordres supérieurs divisa les grandes puissances jusqu'à empêcher l'entrée en vigueur d'un traité relatif à l'utilisation des sous-marins et des gaz nocifs. En effet, il fut ratifié par quatre des cinq États nécessaires à son entrée en vigueur, les États-Unis, le Japon, l'Italie et le Royaume-Uni, mais la France refusa de le ratifier, car son article III prévoyait le châtiment des criminels, qu'ils aient agi ou non en conformité avec l'ordre de leur supérieur[19]. De ce fait, le traité n'entra jamais en vigueur.

L'application par le droit international pénal contemporain

Heureusement, l'interprétation de la défense d'ordres supérieurs n'en est pas restée là. On peut même considérer, que mis à part quelques exceptions, cette défense fut systématiquement rejetée depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Le Statut du Tribunal militaire international, communément appelé Statut de Nuremberg, écartait d'ailleurs expressément cette défense en disposant :

18 *Ibid*, p. 90.

19 Treaty in Relation to the Use of Submarines and Noxious Gases in Warfare, 6 février 1922, 25 L.N.T.S. 202, 16 *AJIL* 57 (Supp. Official Docs., 1922).

> « Le fait que l'accusé a agi conformément aux instructions de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne le dégagera pas de sa responsabilité, mais pourra être considéré comme un motif de diminution de la peine, si le Tribunal décide que la justice l'exige. »[20]

Ainsi, malgré la clarté de cet article, plusieurs grands criminels de guerre tentèrent de faire accepter par la Cour, à titre de fait justificatif, qu'ils avaient agi sur ordres de leur supérieur hiérarchique, en l'occurrence Hitler. Cette tentative fut non seulement rejetée, mais plus encore, le Tribunal de Nuremberg refusa de tenir compte de cet élément comme motif de diminution de la peine : « (...) [u]ne idée fondamentale du Statut est que les obligations internationales qui s'imposent aux individus priment leur devoir d'obéissance envers l'État dont ils sont ressortissants. Celui qui a violé les lois de la guerre ne peut, pour se justifier, alléguer le mandat qu'il a reçu de l'État du moment que l'État en donnant ce mandat a outrepassé les pouvoirs que lui reconnaît le droit international. »[21]

Il importe de rappeler, à ce stade, la valeur importante qui fut attribuée aux principes énoncés par le Tribunal de Nuremberg. Le 11 décembre 1946, l'Assemblée générale des Nations Unies adoptait unanimement la résolution 95(I)[22], confirmant ainsi la valeur considérable des principes de droit international reconnus par le Statut et le Tribunal de Nuremberg. À la demande de l'Assemblée générale des Nations Unies[23], la Commission du droit international entreprit de codifier les grands principes de droit international pénal reconnus par le Statut de Nuremberg et énoncés par le Tribunal de Nuremberg. En 1950, sept grands principes étaient formulés et le quatrième était énoncé comme suit :

20 Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, RTNU, vol. 82, p. 279, art. 8. (ci-après « Statut de Nuremberg »).

21 Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre – 1er octobre 1946, Tome 1, Jugement, pp. 235, 236.

22 Rés. AG ONU 95(I) (1946). Pour le texte des principes, voir *Annuaire de la Commission du droit international 1985*, vol II (deuxième partie), pp. 8 et 12, doc. A/40/10, par. 18 et 45, ou Larosa, *op. cit.* (note 2), p. 68.

23 Rés. A.G. ONU 177 (II) (1947).

> « Le fait d'avoir agi sur l'ordre d'un gouvernement, ou celui d'un supérieur hiérarchique, ne dégage pas la responsabilité de l'auteur en droit international s'il a eu moralement la faculté de choisir. »[24]

Dès lors, on remarque que le libellé même du principe rappelle les termes que l'on emploie lorsqu'il est question de la défense de contrainte. Nous verrons ultérieurement que les deux notions sont souvent confuses pour les juristes, puisque la défense de contrainte inclut quelquefois la défense d'ordres supérieurs. C'est le cas, par exemple, lorsque la personne exécutante, c'est-à-dire, celle à qui l'ordre est donné, ne possède pas la faculté de répondre positivement ou négativement à l'ordre en question. Ainsi, le principe énoncé par la Commission du droit international porte à confusion : en effet, bien que le libellé de la disposition s'intéresse à la question de la contrainte, le titre de celui-ci parle bien de l'« ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique »[25].

Depuis le Statut et le jugement de Nuremberg, l'ordre d'un supérieur hiérarchique a été systématiquement exclu en tant que fait justificatif[26]. Ce fut le cas de la Loi du Conseil de contrôle n° 10[27] et des tribunaux qui l'ont appliquée[28]. L'affaire *Einsatzgruppen* demeure une des causes les plus connues : « The obedience of a soldier is not the obedience of an automatom. A soldier is a reasoning agent. He does not respond, and is not expected to respond, like a piece of machinery. It is a fallcy of widespread consumption that a soldier is required to do everything his superior officer order him to do. »[29]

24 *Annuaire de la Commission du droit international 1950*, vol. II, pp. 374-378.

25 Il est fort à penser que cette confusion provienne du jugement de Nuremberg même puisque les juges avaient décidé que la défense pourrait être recevable lorsque l'accusé n'a pas eu de choix moral.

26 Nous verrons que le Statut de Rome modifie quelque peu cette donnée.

27 Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne pour le châtiment des personnes coupables de crimes contre la paix, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, 20 décembre 1945, *Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, pp. 55 et ss. art. II. 4 b).

28 *États-Unis* c. *von Leeb* (« German High Command Trial »), 1949 11 T.W.C. 1 (Tribunal militaire américain) ; *États-Unis* c. *Ohlendorf et al.* (« Einsatzgruppen Trial »), (1948) 4 LRTWC. 470 (Tribunal militaire américain).

29 *États-Unis* c. *Ohlendorf et al.*, *ibid.*

Ce fut aussi le cas dans le Statut du Tribunal militaire international de Tokyo[30], la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants[31], les différentes versions du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[32] et, plus récemment, dans le Statut des Tribunaux pénaux internationaux pour le Rwanda[33] et pour l'ex-Yougoslavie, respectivement[34]. Les travaux préparatoires de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide démontrent bien qu'on a voulu exclure cette défense[35]. Quant aux Conventions de Genève de 1949[36], aucune disposition ne traite de la défense d'ordres supérieurs. En fait, même si les quatre experts internationaux nommés par le Comité international de la Croix-Rouge avaient soumis un projet d'article sur l'ordre supérieur[37], il semble que les délégations présentes à Genève n'aient pas estimé nécessaire d'inclure pareille disposition[38]. Comme le projet proposé ne ralliait pas toutes les délégations, il fut décidé de laisser tomber la référence à l'ordre supérieur, de peur que cela ne diminue la perspective de ratifications ultérieures[39]. Plus tard, lors de l'élaboration des Protocoles

30 Statut du Tribunal militaire international de l'Extrême-Orient, reproduit en français dans S. Glaser, *Droit international pénal conventionnel*, vol. 1, Bruylant, Bruxelles, 1970, pp. 225-230, art. 6.

31 Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants, Rés. AG ONU A/39/51 (1984), art. 2, par. 3.

32 Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire de la Commission du droit international 1954*, vol. II., pp. 149-152. Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire de la Commission du droit international*, 51e session (6 mai – 26 juillet 1996), Doc. off., Supp. n° 10 (A/51/10), pp. 48-51, art. 5.

33 Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, Conseil de sécurité, Rés. 955, 8 novembre 1994, art. 6, par. 3.

34 Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Conseil de sécurité, Doc. S/25704, 3 mai 1993, art 7, par 4.

35 W. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000 (sous-presse).

36 Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne; Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer; Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre; Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.

37 J. S. Pictet (éd.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire*, tome 1, CICR, Genève, 1952, p. 402.

38 À cet effet, voir Aubert, *op. cit.* (note 1).

39 Bassiouni, *op. cit.* (note 3), p. 478.

additionnels aux Conventions de Genève, un article fut consacré, au sein du Protocole I (concernant les conflits armés internationaux), à la responsabilité des commandants pour les ordres illicites qu'ils pourraient donner[40], mais les textes demeurèrent silencieux concernant le traitement de l'ordre supérieur. En réalité, le projet du CICR concernant le Protocole I contenait un article relatif à la défense d'ordres supérieurs[41] :

> « Nul ne sera puni pour refus d'obéissance à un ordre de son gouvernement ou d'un supérieur, dont l'exécution constituerait une infraction grave aux dispositions des Conventions ou du présent Protocole.
>
> « 2. Le fait d'avoir agi sur ordre de son gouvernement ou d'un supérieur n'exonère pas un inculpé de sa responsabilité pénale s'il est établi que, dans les circonstances existantes, il devait raisonnablement se rendre compte qu'il participait à une infraction grave aux Conventions ou au présent Protocole et qu'il avait eu la possibilité de s'opposer à cet ordre. »

Cependant, plusieurs délégations s'y opposèrent en raison de différentes objections. Certains arguèrent que tel que rédigé, l'article incitait à ne pas appliquer les lois nationales[42], d'autres furent déçus que la défense ne s'applique que dans le cadre des infractions graves[43]. Il est certes clair que la disposition soulevait l'épineuse question de savoir jusqu'à quel point un subordonné peut discuter les ordres de son supérieur[44]. Par ailleurs, comme le souleva le Canada[45], certains estimèrent que l'inclusion d'un article sanctionnant la responsabilité des commandants rendait évidente l'adoption d'une disposition relative à la responsabilité individuelle. Finalement, bien qu'une

40 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, art. 87.

41 *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Genève, 1974-1977, vol. I, p. 25, article 77.

42 *Ibid.*, vol. VI, p. 310 (République arabe syrienne) ; p. 332 (Espagne).

43 Voir p. ex. *ibid.*, p. 309 (Royaume-Uni) ; p. 310 (Mexique) ; p. 332 (États-Unis).

44 Ce fut un des arguments amenés par, entre autres, l'Argentine, *ibid.*, p. 329.

45 *Ibid.*, p. 330.

majorité ait voté en faveur de l'article 77, la disposition ne fut pas adoptée, l'exigence d'une majorité des deux-tiers n'ayant pas été rencontrée[46]. Notons encore qu'au sein même du projet du CICR de Protocole additionnel concernant les conflits armés non internationaux (Protocole II), aucune mention n'était faite de la défense d'ordres supérieurs. En effet, l'article 9 relatif aux principes de droit pénal demeure muet quant au principe[47].

Parallèlement, le droit interne de la plupart des États adopta l'attitude inverse quant à la défense d'ordres supérieurs[48]. Ainsi, ce moyen de défense existe en tant que tel et un subordonné ne peut être déclaré coupable de crime que s'il savait que l'ordre donné était illégal ou si l'ordre lui ayant été donné par son supérieur était manifestement illégal. Cette règle se retrouve notamment dans les codes de discipline militaire de l'Allemagne, des États-Unis, de l'Italie et de la Suisse, et la notion de responsabilité conditionnelle est consacrée par la jurisprudence des tribunaux internes en matière de crime de guerre[49]. Seule une poignée d'États interdisent en droit interne le recours à la défense d'ordres supérieurs[50]. D'autres États ont une double approche : ils permettent la défense d'ordres supérieurs lorsqu'un de leurs nationaux est accusé, mais ne la permettent pas lorsque l'accusé combattait auprès de l'ennemi ou invoque la loi d'un pays étranger. C'est le cas notamment de la France[51] et de la Belgique[52].

46 *Ibid.*, p. 310. Il y eut 36 voix pour, 25 contre et 25 abstentions.

47 *Actes, loc. cit.* (note 41), vol. I, p. 36.

48 L. C. Green, *Superior orders in national and international law*, Sijthoff, Leyden, 1976. L'auteur examine la situation de 26 pays représentatifs de la communauté internationale.

49 P. Gaeta, «The defense of superior order: The Statute of the International Criminal Court versus customary international law», *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, p. 177.

50 Argentine, Autriche, Iran, Roumanie et Royaume-Uni. Pour un survol de la question, voir *Revue de droit pénal militaire*, vol. 10, 1971, p. 87; D. J. Hancock, «A South African approch to the defense of superior orders in international criminal law», *Responsa Meridiana*, vol. 2, 1972, p. 188, et *Collection of the National Reports related to the First Part of the Questionnaire on Investigation and Prosecution of Violations of the Laws of Armed Conflicts*, XIVth International Congress of the International Society for Military Law and the Laws of War (Athens, 10-15 May 1997).

51 Ordonnance du 28 août 1944 relative aux crimes de guerre ennemis, *Journal officiel de la République française*, 30 août 1944, p. 780.

52 Compétence des juridictions militaires en matière de crime de guerre, *Moniteur belge*, 26 et 27 juillet 1947, p. 6304, art. 3.

La pratique jurisprudentielle récente

À la lumière de ces textes, nous serions tentés de croire que la défense d'ordres supérieurs n'est plus invoquée par les accusés. Or, la réalité nous démontre, au contraire, que cette défense en est une des plus populaires. En effet, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, plusieurs jugements ont été rendus concernant la défense d'ordres supérieurs.

L'affaire Eichmann est assurément une des décisions les plus connues dans le domaine de la poursuite des criminels de guerre. Jugé par la Cour du District de Jérusalem en 1961, Adolf Eichmann fut accusé d'avoir participé à l'exécution de millions de juifs sous le régime nazi. Durant tout son procès, une des défenses souvent invoquée par l'accusé fut celle de l'ordre supérieur. Cependant, à la lumière de la preuve présentée, la Cour déclara : « We reject absolutely the accused's version that he was nothing more than a « small cog » in the extermination machine. »[53]

Plus récemment, Klaus Barbie fut traduit devant la justice française pour les crimes qu'il avait, lui aussi, commis durant la Seconde Guerre mondiale. Accusé de crime contre l'humanité et afin que sa peine soit diminuée, l'accusé invoqua l'article 8 du Statut de Nuremberg. Cependant, nous l'avons vu, les juges du Tribunal de Nuremberg n'acceptèrent pas de diminuer la peine des accusés sous prétexte qu'ils avaient agi en conformité avec l'ordre d'un supérieur hiérarchique ; de plus, le Tribunal a exigé une présence de contrainte morale d'agir pour que la peine soit diminuée. Il faut donc conclure à une mauvaise interprétation de la part des avocats de Barbie quant à l'article 8 du Statut du Tribunal de Nuremberg. Évidemment, la défense invoquée par Barbie fut rejetée et il fut condamné à l'emprisonnement à vie[54]. La Cour de cassation confirma la décision[55].

53 *A.G. Israël* c. *Eichmann*, *ILR*, vol. 36, 1968, p. 18.

54 *Barbie*, décision du 8 juillet 1983, *J.D.I.*, 1983, p. 791.

55 *Barbie*, Cour de cassation, décision du 6 octobre 1983, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 88, 1984, p. 507.

Aux États-Unis, deux affaires relatives aux atrocités commises par les soldats américains lors de la guerre du Viêt Nam ont rejeté la défense d'ordres supérieurs[56].

Au Canada, bien que la jurisprudence soit extrêmement mince en matière de criminels de guerre, certaines décisions ont traité de la défense d'ordres supérieurs. Une des causes canadiennes bien connue est celle concernant les faits survenus sur une base militaire canadienne en Somalie en 1993. Des militaires canadiens faisant partie de la mission de paix « Délivrance » furent accusés de complicité à la torture et de négligence dans l'accomplissement d'une mission ou d'une tâche militaire. Un des accusés, le soldat Brocklebank invoqua la défense d'ordres supérieurs. La Cour jugea que celle-ci n'était pas recevable en l'espèce, puisque si Brocklebank avait effectivement reçu de son supérieur la consigne qu'il était permis de battre les prisonniers, cet ordre était manifestement illégal[57].

Mais la plus célèbre des décisions demeure *R.* c. *Finta*[58] de la Cour suprême canadienne. Bien tristement, elle semble critiquable à plusieurs égards. D'abord, le juge Cory, au nom de la majorité, est parti du principe selon lequel l'organisation militaire est destinée à protéger l'intégrité physique d'une nation, ses frontières et ses citoyens. La seule façon efficace de fonctionner pour une organisation militaire est donc l'obéissance immédiate de chaque militaire aux ordres de son supérieur[59]. Toutefois, le juge Cory a admis qu'au cours de l'histoire, on a reconnu que ce moyen de défense ne pouvait être invoqué lorsque les crimes commis en se conformant aux ordres étaient si atroces qu'ils excédaient les limites du comportement militaire acceptable et choquaient la conscience de la société. « On peut et l'on doit obéir aux ordres militaires à moins que ceux-ci soient

56 *États- Unis* c. *Schultz*, 39 M.R. 133, 136 (1966, Cour martiale) ; *États-Unis* c. *First Lieutenant William L. Calley, Jr.* (1971), 46 C.M.R. 1131 (1973), aff'd 22 U.S.C M.A. 534, 48 C.M.R. 19 (1973). Pour plus de détails, voir Bassiouni, *op. cit.* (note 3), p. 476.

57 *The Queen* c. *Private D.J. Brocklebank* – CMAC.383, Cour d'appel de la Cour martiale du Canada, jugement rendu par les juges Décary et Strayer, 2 avril 1996, pp. 12-13.

58 *R.* c. *Finta* (1994), 1 R.C.S. 701.

59 *Ibid*, p. 827.

manifestement illégaux. Quand l'ordre d'un supérieur est-il manifestement illégal ? Il doit être de nature à offenser la conscience de toute personne raisonnable et sensée. Il doit être clairement et manifestement répréhensible. L'ordre ne peut se situer dans une zone grise ou être seulement douteux ; il doit au contraire être manifestement et clairement répréhensible. »[60]

C'est donc dire que la majorité des juges de la Cour suprême étaient d'avis, en 1994, que la défense d'ordres supérieurs constituait, dans certaines circonstances, un moyen de défense acceptable. Dans le cas particulier de *Finta*, les juges de la Cour suprême semblent avoir accepté la défense d'ordres supérieurs[61]. Faut-il en déduire que l'ordre d'entasser systématiquement et de façon générale tous les juifs d'une région, en l'occurrence des civils, dans des conditions inhumaines à l'intérieur de wagons insalubres après les avoir dépouillés de leurs biens pour les diriger vers des camps de concentration, ne constitue pas aux yeux de la Cour suprême du Canada, un ordre manifestement illégal et répréhensible ? De même, le recours au principe du bon fonctionnement de l'armée et de la nécessité militaire a pu trouver son compte au XIXe siècle[62], mais semble tout à fait à l'opposé du droit existant depuis le milieu du XXe siècle. Voici d'ailleurs l'avis d'un auteur concernant l'opinion de la Cour suprême quant à l'arrêt Finta : « The futility of the exercice was glaringly apparent in the *R.* v. *Finta case* (1994), where the trial left convoluted issues of intent to commit war crimes and obedience to superior orders to a jury to interpret. After the accuse's acquittal, the Supreme Court of Canada upheld this approach, which, for all practical purpose, made it impossible to prosecute war crimes in Canada. »[63]

60 *Ibid.*

61 *Ibid.*, pp. 833-834. En fait, la décision présente de nombreux principes de droit, mais il demeure impossible de déterminer pour quelles raisons spécifiques ou en vertu de quelle défense Finta a été déclaré non-coupable.

62 *Martin* c. *Mott*, Cour suprême des États-Unis, (1927) 12 Wheaton 28.

63 P. Brode, *Casual Slaughters and the Accidental Judgements, Canadian War Crimes Prosecutions 1944-1948*, Osgoode Society for Canadian Legal History, Toronto, 1997, p. 227.

Ordres supérieurs et contrainte : une confusion bien entretenue

Comme il a été mentionné précédemment, les juristes confondent régulièrement la défense d'ordres supérieurs avec d'autres défenses du droit international pénal. Cependant, on peut affirmer que la défense avec laquelle l'ordre supérieur est le plus souvent confondu est celle de la contrainte. Pourtant, une différence existe bel et bien entre les deux défenses, dans la présence ou l'absence de choix moral. Prenons l'exemple d'un militaire qui reçoit l'ordre de faire exploser une bombe située dans un hôpital. Moralement, il n'est pas contraint d'exécuter l'ordre et peut toujours décider de le respecter ou non. Nous sommes dans un cas de figure différent du moment où le militaire en question exécute l'ordre pour éviter de s'exposer à un risque direct pour sa vie ou à des conséquences graves. Il s'agira dès lors d'un cas de contrainte et non d'une situation où un militaire a simplement réagi à l'ordre de son supérieur. Dans le premier cas, le militaire avait l'intention de commettre le crime, dans le deuxième cas, la *mens rea* n'existait pas nécessairement.

Nous serions tentés de croire que la défense de contrainte soit de nature à disculper le militaire. Pourtant, il n'en est rien et, qui plus est, de là découle toute la confusion qu'entretiennent les juristes entre l'ordre supérieur et la contrainte. Plus précisément, on constate que la pratique beaucoup plus que l'exercice de normativité exige une contrainte pour justifier une défense d'ordres supérieurs. Selon la Commission de droit international, l'absence de choix moral est susceptible de permettre une diminution de la peine, lorsqu'un individu invoque la défense d'ordres supérieurs. C'est donc dire que la défense d'ordres supérieurs non accompagnée d'une situation de contrainte n'entraînera pas automatiquement une sanction moins lourde :

> « Cependant, la simple existence d'ordres d'un supérieur hiérarchique ne se traduira pas automatiquement par l'imposition d'une sanction moins lourde. Le subordonné n'est passible d'une sanction moins lourde que dans le cas où l'ordre du supérieur hiérarchique réduit effectivement le degré de culpabilité. (...) Le fait qu'il ait commis le crime contre son gré afin d'éviter que l'inexécution de l'ordre reçu n'entraîne, dans les circonstances

du moment, de graves conséquences pour lui-même ou ses proches pourra justifier, pour tenir compte du moindre degré de culpabilité, une réduction de la sanction qui autrement serait imposée. »[64]

L'existence de la confusion entre les deux défenses est dès lors évidente. À l'occasion même de débats concernant la défense d'ordres supérieurs, les juristes exigent une contrainte morale sur l'accusé pour lui permettre de bénéficier d'une diminution de peine. Le Tribunal de Nuremberg exigea, lui aussi, qu'il y ait eu absence de choix moral pour que la défense d'ordres supérieurs soit admise[65]. Rappelons ici le commentaire fait précédemment à propos du quatrième principe énoncé par la Commission du droit international : l'ordre supérieur demeure inadmissible, à moins que l'auteur du crime n'ait pas eu la faculté morale de choisir d'exécuter l'ordre. En 1948, le tribunal américain institué en vertu de la Loi du Conseil de contrôle n° 10 suivait la vague et, par conséquent, contribuait à entretenir la confusion entre la défense d'ordres supérieurs et la défense de contrainte : « But were any of the defendants coerced into killing Jews under the threats of being killed themselves if they failed in their homicidal mission ? The test to be applied is whether the subordinate acted under coercion or whether he himself approved of the principle involved in the order. »[66]

Plus récemment, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a rendu un jugement dans lequel les juges confirmaient l'optique adoptée par le Tribunal de Nuremberg et la Commission du droit international : l'affaire Erdemovic[67]. Le Tribunal releva l'exigence d'une présence de contrainte ou d'état de nécessité pour appuyer une défense d'ordres supérieurs[68]. Toutefois, le Tribunal a

64 *Op. cit.* (note 32), p. 50.

65 Tribunal de Nuremberg, *op. cit.* (note 21), p. 466. Voir aussi Schabas, *supra* note 35.

66 *États-Unis* c. *Ohlendorf et al.* (« Einsatzgruppen Trial »), (1948) 4 LRTWC. 470 (Tribunal militaire américain).

67 TPIY, *Le procureur* c. *Erdemovic* (IT-96-22-T), Jugement portant condamnation, 29 novembre 1996.

68 *Ibid.*, par. 19.

jugé nécessaire de spécifier que l'ordre en question devait avoir été de nature à influencer le degré de *mens rea* : « Si l'ordre n'a eu aucune influence sur le comportement illégal, puisque l'accusé était déjà disposé à l'exécuter, il n'y a pas alors de circonstance atténuante à ce titre. »[69]

Dès lors, il semble incontournable de conclure à l'inexistence pure et simple de la défense d'ordres supérieurs à titre indépendant, aussi bien en tant que fait justificatif qu'en tant que circonstance atténuante, puisque, à chaque fois, la pratique a démontré qu'il était nécessaire que la défense d'ordres supérieurs soit accompagnée d'une défense de contrainte. La défense d'ordres supérieurs n'existe tout simplement pas en tant que défense. Elle sert simplement à appuyer une autre défense comme celle de la contrainte.

Le droit « nouveau »

En juillet 1998, le Statut de la Cour pénale internationale a été adopté[70]. L'article 33 s'intitule « ordre hiérarchique et ordre de la loi ». Bien que cette disposition ait été acceptée de façon consensuelle par la société internationale, elle demeure critiquable à plusieurs égards. D'abord, parce que ses rédacteurs n'ont pas cru bon de suivre la règle solidement établie – autant par les traités que par la coutume internationale – selon laquelle la défense d'ordres supérieurs ne peut *à elle seule* servir de fait justificatif pour exonérer une personne reconnue coupable, mais surtout parce que le libellé même de la disposition est flou, imprécis et pourrait produire des résultats insensés[71]. Voyons la disposition en question :

> *Article 33*
>
> 1. Le fait qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été commis sur l'ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur

69 *Ibid.*, par. 53.

70 Statut de la Cour pénale internationale, Doc. ONU A/CONF.183/9.

71 Pour une opinion contraire, voir C. Garraway, « Superior order and the International Criminal Court : Justice delivered or justice denied », *RICR*, vol. 836, décembre 1999, p. 785.

hiérarchique, militaire ou civil, n'exonère pas la personne qui l'a commis de sa responsabilité pénale, à moins que :
a) cette personne n'ait eu l'obligation légale d'obéir aux ordres du gouvernement ou du supérieur hiérarchique ;
b) cette personne n'ait su que l'ordre était illégal ; et
c) l'ordre n'ait pas été manifestement illégal.
2. Aux fins du présent article, l'ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité est manifestement illégal.

Avant d'étudier chacun des paragraphes individuellement, il demeure intéressant de noter que les versions antérieures du Statut de Rome différaient de la version que nous connaissons. Elles étaient beaucoup moins détaillées et se contentaient d'indiquer que la défense d'ordres supérieurs n'était recevable que lorsque l'ordre donné n'était pas manifestement illégal[72]. En fait, c'est sur la base des propositions de la France et du Canada que la version que nous connaissons fut adoptée[73], mais seulement suite à de longs débats et après une réunion informelle dirigée par les délégations américaine et canadienne[74]. L'article 33 constitue donc un réel compromis entre deux thèses vigoureusement

72 Le projet de Statut de la Commission du droit international ne contenait aucune disposition concernant la défense d'ordres supérieurs, car l'emphase était alors mise sur les questions d'application du Statut et de la compétence de la Cour. Le Comité *ad hoc* de 1995 ne traita pas de cette question, sauf pour la mentionner au sein de la liste des excuses possibles pouvant faire partie du Statut. Voir Rapport du Comité *ad hoc* sur l'établissement d'une Cour pénale internationale, N.U., GAOR, 50e session, Supp. n° 22, doc. ONU A/50/22, Annexe II, p. 58. Cette question fut débattue ardemment devant le Comité préparatoire sur l'établissement d'une Cour pénale internationale. Voir doc. ONU, GAOR, 50e session, Supp. n° 22, A/50/22 (1996), vol. II, art. Q, et doc. ONU A/AC.249/1997/L.9/Rev.1 (1997), art. M. Le projet final de Statut présenté à la Conférence de Rome indiquait finalement que la défense d'ordres supérieurs ne pouvait libérer une personne de sa responsabilité criminelle, sauf si l'ordre donné n'était pas manifestement illégal, doc. ONU A/CONF/183/2/Add.1.

73 PrepCom Report, vol. II, propositions 1 et 2, article O, pp. 102 et 103.

74 Pour plus de détails concernant les négociations, voir P. Saland, «International criminal law principles», R. S. Lee (éd.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute Issues, Negociations, Results*, Kluwer Law International, La Haye/Londres/Boston, 1999, p. 210.

défendues. La délégation américaine, et plus particulièrement le Professeur Theodor Meron, tenta de convaincre les autres délégations de l'existence de la défense d'ordres supérieurs. À l'opposé, le Royaume-Uni, l'Allemagne et la Nouvelle-Zélande affirmèrent que la défense en tant que telle n'existait pas mais pouvait servir pour appuyer une défense de contrainte, d'erreur de fait ou de droit[75]. Cette dernière façon de concevoir l'ordre supérieur, comme nous l'avons démontré précédemment, s'apparente davantage à la réalité actuelle. Mais, comme nous le savons, le Statut de Rome fut adopté par consensus et cet exercice obligeait le compromis... Les États-Unis ne voulaient absolument pas que leurs soldats engagés dans des combats puissent voir leur responsabilité criminelle engagée par l'obéissance à un ordre auquel ils auraient systématiquement obéi dans le feu de l'action.

Cette préoccupation était moindre par rapport au génocide et au crime contre l'humanité, puisque ces crimes supposent une préparation active impliquant les hautes autorités et ne sont pas susceptibles d'être la conséquence d'une simple erreur de jugement. C'est ainsi que l'on a explicitement prévu pour la première fois que l'ordre de commettre un génocide et un crime contre l'humanité constitue un ordre manifestement illégal. Ce second alinéa est certainement un ajout positif à l'article 33 du Statut. Il est toutefois susceptible de poser des problèmes d'application, car la personne impliquée dans un génocide ou un crime contre l'humanité ne reçoit souvent pas spécifiquement l'ordre de commettre un tel crime, mais plutôt l'ordre d'exécuter un acte précis qui, en lui-même, ne rassemble pas les éléments de ces infractions.

De nombreux commentateurs affirment que le second alinéa de l'article 33 fait en sorte que les personnes accusées de crime contre l'humanité ou de génocide seront automatiquement privées de ce moyen de défense[76]. Or, ce n'est pas ce qu'indique cette disposition.

75 Kai Ambos, « General principles of criminal law in the Rome Statute », *Criminal Law Forum*, vol. 10, 1999, p. 30.

76 Voir notamment O. Triffterer, « Superior orders and prescription of law », O. Triffterer (éd.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's notes, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p. 581; P. Gaeta, *op. cit.* (note 49), pp. 189-190.

C'est le contenu de l'ordre qui entraîne l'irrecevabilité du moyen de défense et non la nature de l'accusation. Ainsi, de nombreuses personnes ayant participé à la commission d'un crime contre l'humanité ou de génocide pourront encore invoquer la défense d'ordres supérieurs, malgré l'alinéa 2 de l'article 33. Par exemple, dans le cadre d'un génocide, un accusé qui, après en avoir reçu l'ordre, a empêché des gens de sortir d'un endroit, en attendant que quelqu'un d'autre y mette le feu, n'aurait pas reçu l'ordre de commettre un génocide et pourrait, en principe, invoquer la défense d'ordres supérieurs même s'il a participé à la commission d'un génocide.

Pour en revenir plus précisément au premier alinéa de l'article 33, nous noterons que tel qu'il est rédigé, il aurait pu justifier de nombreux actes commis sous le régime nazi. C'est d'ailleurs le genre d'argument qui avait été avancé lors du procès fait à des juges allemands. Ceux-ci alléguaient avoir agi en conformité avec la loi de leur pays. Or, le Tribunal n'avait pas admis cet argument : « The argument that such common planning cannot exist where there is complete dictatorship is unsound. A plan in the execution of which a number of persons participate is still a plan, even though conceived by only one of them ; and those who execute the plan do not avoid responsibility by showing that they acted under the direction of the man who conceived it. »[77]

D'ailleurs, un exemple qui illustre bien le cas est celui d'anciens gardes est-allemands postés à la frontière séparant la République démocratique allemande de la République fédérale d'Allemagne. Ces derniers, avant que ne tombe le mur de Berlin, devaient se conformer à une directive selon laquelle toute personne tentant de traverser la frontière devait être tuée. En novembre 1992, un certain nombre de gardes furent jugés ; les accusés présentèrent tous une défense d'ordres supérieurs. La Cour suprême de l'Allemagne

77 Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, octobre 1946 – avril 1949, tome 3, p. 1199 (opinion séparée du Juge Mallory B. Blair). Notons que le juge Blair se réfère ici aux propos du jugement du Tribunal de Nuremberg, tome 1, p. 226.

refusa la défense au motif que tout ce qui était légal n'était pas nécessairement acceptable[78]. Si les juges avaient eu à appliquer l'article 33 du Statut de Rome, en seraient-il venus à la même conclusion?

Selon le professeur Cherif Bassiouni, l'article 33 du Statut de Rome présente particulièrement deux problèmes[79]. Selon lui, au niveau de la procédure et d'un point de vue de la présentation de la preuve, il existe un problème de dualité en ce sens que, selon le deuxième alinéa, chiffre 1 b), la preuve doit être faite que l'accusé ne savait pas que l'ordre était manifestement illégal puisque, nous le savons, la violence demeure subjectivement appréciable pour chaque individu, tandis que le troisième alinéa, chiffre 1 c) impose un examen objectif, à savoir la légalité de l'acte en question. De même, où doit-on placer le fardeau de preuve? La défense invoquant l'ignorance ou encore l'absence de *mens rea*, la poursuite devra alors prouver que l'accusé savait l'ordre illégal, puisqu'une telle preuve demeure un des éléments du crime. De l'avis de Bassiouni, ceci augmente considérablement le fardeau de la poursuite. Dans un deuxième temps, ce problème s'applique aussi au second alinéa de l'article 33. En effet, faudra-t-il que la poursuite prouve d'abord qu'il y a eu ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité et qu'ensuite, la défense le réfute? S'agira-t-il d'une question purement juridique ou alors d'une question mixte de droit et de faits?

D'autres auteurs ne partagent pas ce point de vue et indiquent que l'article 33 est rédigé de telle sorte que c'est systématiquement l'accusé qui aura le fardeau de démontrer que ce moyen de défense est recevable[80]. Selon eux, la défense d'ordres supérieurs est d'abord déclarée irrecevable et l'accusé doit démontrer que son cas est couvert par l'exception, notamment que l'ordre donné n'était pas manifestement illégal.

78 Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, vol. 39, p. 16.

79 Bassiouni, *op. cit.* (note 3), p. 481

80 Triffterer, *op. cit.* (note 76), p. 581. Cet auteur indique toutefois, à la p. 586, que la connaissance du caractère illégal de l'acte doit être démontrée et qu'en cas de doute, l'accusé est présumé ne pas avoir connu l'illégalité de l'acte. Voir également Gaeta, *op. cit.* (note 49), p. 190.

Il est dès lors clairement clair que l'article 33 est destiné à passer par une étape d'interprétation, tant au niveau des critères subjectifs qu'en ce qui concerne la procédure et le mode de preuve à adopter. Il s'agit d'un article difficile à interpréter, surtout lorsqu'on le confronte aux autres articles du Statut[81]. Les juges de la future Cour pénale internationale auront un travail de taille à accomplir s'ils veulent essayer de concilier le droit existant avec le libellé de l'article 33 puisque, comme nous l'avons vu, en plus d'être beaucoup plus complexe que d'autres dispositions du Statut des tribunaux pénaux internationaux ou encore du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, le Statut de Rome a créé du droit nouveau. De plus, les juges hésiteront certainement à interpréter restrictivement une disposition accordant potentiellement un moyen de défense à une personne accusée d'un crime hautement stigmatisé. Considérant qu'il faudra donner un effet utile à l'article 33 et que les rédacteurs du Statut ne peuvent avoir parlé pour ne rien dire, la défense d'ordres supérieurs viendra tôt ou tard à être largement acceptée. Il aurait été bénéfique que l'article se contente de reprendre la définition habituelle ou, à tout le moins, qu'il soit davantage précis. Mais, tout ce mystère réside probablement, comme le pense Per Saland, dans le fait qu'après les débats interminables concernant la légitime défense, les délégations n'avaient pas l'énergie de reprendre un sujet aussi chaud que celui de l'ordre supérieur[82].

Remarques finales

Le refus constant de codifier la défense d'ordres supérieurs et d'en définir les paramètres d'application perdure. Certes, quelques règles ont été élaborées pour circonscrire l'utilisation de la défense, mais plusieurs questions demeurent et chaque cas en est un d'espèce. En effet, doivent être précisés plusieurs aspects de la défense tels que la question de savoir jusqu'où un subordonné peut refuser d'exécuter

81 Voir, entre autres, l'article 67 qui ne permet pas de renversement du fardeau de la preuve.

82 Saland, *op. cit.* (note 74), p. 212.

l'ordre[83], ou encore ce qui peut constituer un ordre manifestement illégal. Ceci peut sembler aisé, mais il importe de ne pas oublier qu'il s'agit, entre autres, de critères subjectifs, d'une appréciation personnelle propre à chaque individu, influencé par ses principes moraux, ses convictions religieuses, son passé et son histoire propres. Le critère du bon père de famille n'est pas le même pour tous.

Lauterpacht disait, en 1944, que la défense d'ordres supérieurs constituait une des défenses les plus complexes, tant au niveau du droit interne que du droit international. Il avait tout à fait raison. La preuve en est que plus de cinquante-cinq ans plus tard, non seulement aucune définition coutumière n'existe, mais encore, les juristes sont plus confus que jamais. Depuis les procès de Nuremberg, au lieu de suivre une règle bien établie, le monde juridique a tenté de rétablir une défense qui avait pourtant été expressément écartée. Et, qui plus est, lorsqu'on examine de près, tant la jurisprudence, la doctrine que les textes internationaux, force est de constater que la défense d'ordres supérieurs est en réalité toujours assimilée à une défense de contrainte, de nécessité militaire, d'erreur de droit ou encore d'erreur de fait. Comme le résume si bien Cheriff Bassiouni, qu'on conçoive la défense d'ordres supérieurs comme moyen d'exonération ou comme motif de diminution de la peine, preuve doit être faite de l'absence de choix moral d'exécuter ou non l'ordre donné[84].

Cette constatation nous amène à penser que la défense d'ordres supérieurs, bien qu'elle provoque encore de vives discussions

83 Les juges de la Cour fédérale du Canada ont jugé que la peur de subir une peine d'emprisonnement de vingt ans ne justifiait pas une obéissance à l'ordre d'un supérieur lorsque l'ordre consistait à tuer des personnes civiles. *Ivan Cibaric* c. *Le ministre de la citoyenneté et de l'immigration*, Cour Fédérale, IMM-1078-95, décision du 18 décembre 1995, rendue par le juge Marc Noël, p. 14. Dans une autre décision canadienne, les juges ont accepté la défense d'ordres supérieurs, puisque l'individu en question avait subi des sévices corporels, comme des chocs électriques, et avait été privé d'eau et de nourriture pendant plusieurs jours. Cependant, notons que les juges ont aussi pris en considération que le militaire a déserté à la première occasion. Nous sommes donc, une fois de plus, dans le cas de figure d'une défense d'ordres supérieurs où l'individu a subi une contrainte importante : V.(C.I.) (Re) (1991) D.S.S.R. n. 461, décision rendue par les juges F. Mortazavi et G.T. Lang le 18 octobre 1991, pp. 11, 12.

84 Bassiouni, *op. cit.* (note 3), p. 458.

dans les milieux juridiques et militaires, n'existe plus de façon indépendante. Certes, elle demeure encore fréquemment plaidée. Mais les juges exigent qu'une autre défense vienne l'appuyer. Dès lors, elle sert davantage comme un fait, comme un élément de preuve afin d'établir l'existence, par exemple, d'une situation de contrainte morale. Demeure cependant l'exception du nouveau Statut de Rome, qui semble donner une existence autonome à la défense d'ordres supérieurs. Il reste cependant à voir dans quelle mesure et à quelles conditions les juges de la future Cour pénale accepteront la défense telle qu'elle est prévue à l'article 33 du Statut. Peut-être est-ce enfin l'occasion d'un encadrement clair et précis d'une défense dont l'utilisation et l'interprétation demeurent inconstantes.

●

Abstract

The defence of superior orders: does it still exist?

by GENEVIÈVE DUFOUR

The defence of superior orders would appear to be a relatively easy concept to define. Despite its apparent simplicity, however, it causes more confusion among legal experts than one would think. In fact, this defence is based on obedience to the orders of a government or a superior, whether military or civilian. Some people consider it as a justification, others as a mitigating circumstance, others yet as both. In the opinion of the author the debate is purely theoretical, however, since in practice the defence of superior orders is no longer used on its own.

Testimony of ICRC delegates before the International Criminal Court

by
STÉPHANE JEANNET

In its June 2000 issue the *Review* published a commentary on the decision of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) of 27 July 1999 recognizing the absolute right of the ICRC to nondisclosure of information relating to its own activities.[1] The Tribunal concluded that this right was based on international customary law.

This case set in motion a broader reflection within the ICRC regarding the confidentiality of information before international tribunals, and in particular the future International Criminal Court (ICC). The purpose of this article is to outline the ICRC's endeavours within the framework of the Preparatory Commission for the Establishment of an International Criminal Court (hereinafter the PrepCom) to secure a provision protecting the confidentiality of the organization's information, and the results of those steps.

The ICRC and the International Criminal Court

The ICRC has been mandated to promote respect for international humanitarian law, which includes the development of better implementation mechanisms.[2] Its active participation in the negotiations and its support for the establishment of the ICC are pur-

As Legal Adviser in the ICRC's Legal Division STÉPHANE JEANNET worked on issues related to protecting the confidentiality of ICRC information. He is now an independent consultant.

suant to this mandate. The ICRC welcomed the text of the ICC Statute as being substantive and enabling the Court to engage in the battle against impunity.[3] The ICRC has been intensively involved in negotiating the Statute, and subsequently the Elements of Crime, with regard to issues directly related to its mandated role as expert on, and guardian of, international humanitarian law.[4]

At a time when the ICTY's decision was not yet known, there was much discussion within the ICRC on the best course of action to protect the confidentiality of information within the context of the ICC. A dialogue was also initiated within the International Red Cross and Red Crescent Movement, in particular with the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies and a number of National Societies. Since the Statute of the ICC had already been adopted in Rome in July 1998, it was obviously too late to add a clause to it. Under these circumstances it seemed that the ideal solution would be to obtain the inclusion, in the draft Rules of Procedure and Evidence, of a general clause protecting the confidentiality of certain information collected in the course of the ICRC's activities. It proved difficult, however, to define exactly which information should, or could, be privileged, how, and for whom.

1 Stéphane Jeannet, "Recognition of the ICRC's long-standing rule of confidentiality: An important decision by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", *IRRC*, No. 838, June 2000, pp. 403-425.

2 The tasks incumbent upon the ICRC under the Statutes of the International Red Cross and Red Crescent Movement (1986), Arts 5.2c) and g) include "to undertake the tasks incumbent upon it under the Geneva Conventions, to work for the faithful application of international humanitarian law applicable in armed conflicts and to take cognizance of any complaints based on alleged breaches of that law" and "to work for the understanding and dissemination of knowledge of international humanitarian law applicable in armed conflicts and to prepare any developments thereof". It should be noted that the Statutes have been unanimously adopted by the States party to the 1949 Geneva Conventions and the components of the International Red Cross and Red Crescent Movement.

3 Marie-Claude Roberge, "The new International Criminal Court", *IRCC*, No. 325, December 1998, pp. 671-677.

4 Knut Dörmann, "Preparatory Commission for the International Criminal Court: The Elements of War Crimes", *IRRC*, No. 839, September 2000, pp. 771-796.

Contact was therefore taken up with key government representatives. Their views were unanimous: there was indeed a need to protect information obtained in certain categories of professional relationships. While there was no objection to placing the work of the ICRC under such protection, it appeared that a provision of a general nature would be unacceptable, since it would, in their view, open a floodgate: the Court would be blocked by all kinds of requests for nondisclosure by any organization or individual. Such a clause would therefore gravely hinder the work of the Court. Consequently, the ICRC was strongly advised against pursuing such a strategy. It was told that only a very tightly drafted clause referring specifically and solely to the ICRC would have a chance of being accepted by States represented in the PrepCom; other avenues would have to be envisaged for other entities (including other components of the Movement), for example through witness protection measures.

In accordance with this advice, the ICRC requested that a specific provision be included in the Rules of Procedure and Evidence during the PrepCom's second session, which took place in New York from 26 July to 13 August 1999. Following the same line of thinking as in the case before the ICTY, the ICRC argued that there is a similar need for the work of the organization to be protected within the framework of the ICC as well. Indeed, for a Court to request (or admit) such confidential information or documents or to require (or accept) testimony from ICRC staff would seriously undermine the role of the ICRC under international humanitarian law and the manner in which it discharges its mandate under the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims, the two 1977 Additional Protocols, and the Statutes of the International Red Cross and Red Crescent Movement. This is because warring parties are likely to deny or restrict access of the ICRC, in particular to prison and detention facilities, if they believe that its delegates may be collecting evidence for use in future criminal proceedings.

The proposed solution was that such a clause would make it necessary for the Court to obtain the ICRC's consent before requiring or permitting any present or former ICRC official or employee to testify about, or before considering admitting as evidence, or

permitting the disclosure of, documents, information or other evidence which came into the possession of the ICRC in the course, or as a consequence, of the performance of its functions.

As indicated above, the arguments supporting the inclusion of a specific provision were essentially the same as that which the ICRC presented in its submission before the Trial Chamber of the ICTY.[5] They can be summarized as follows:

- in discharging its mandate, the ICRC obtains information on the basis of a relationship of confidence;
- the element of confidentiality is essential to the maintenance of the relationship between the ICRC and warring parties;
- it is universally accepted (in particular in the Geneva Conventions and their Additional Protocols) that it is in the international interest to foster this relationship;
- the disclosure of information, in breach of the ICRC's confidentiality rule, would cause irreparable damage to the ability of the ICRC to perform the functions allotted to it and thus to the international public interest.

The confidentiality rule is a working principle derived from the general practice of the ICRC and from international humanitarian law, and is accepted and expected by States and victims of armed conflict. It is the hallmark of the ICRC.

Finally, the respective mandates of the ICC and the ICRC are separate but complement one another in the endeavour to ensure respect for international humanitarian law. They both form part of the international *ordre public*. Differences between the work of the ICC and that of the ICRC should therefore not be regarded as contradictory.

The rule adopted by the PrepCom

After much negotiation, the PrepCom on 30 June 2000 adopted by consensus the Rules of Procedure and Evidence of the ICC. Rule 73, entitled "Privileged communications and information", deals with the issue of the confidentiality of several categories of

5 See Jeannet, *op. cit.* (note 1), pp. 406-408.

professional relationships. Sub-rule 73.1 stipulates that communications between a person and his or her lawyer are privileged and therefore not subject to disclosure. Sub-rules 73.2 and 73.3 provide that the Court may recognize communications within other professional or confidential relationships as privileged. In this context, particular regard is to be given to such relationships between patient and medical doctor, psychiatrist, psychologist or counsellor, or between a person and a member of a religious clergy. Finally, sub-rules 73.4 to 73.6 specifically deal with the case of the ICRC:

> "4. The Court shall regard as privileged, and consequently not subject to disclosure, including by way of testimony of any present or past official or employee of the International Committee of the Red Cross (ICRC), any information, documents or other evidence which it came into the possession of in the course, or as a consequence, of the performance by ICRC of its functions under the Statutes of the International Red Cross and Red Crescent Movement, unless:
>
> (a) After consultations undertaken pursuant to sub-rule 6, ICRC does not object in writing to such disclosure, or otherwise has waived this privilege; or
>
> (b) Such information, documents or other evidence is contained in public statements and documents of ICRC.
>
> 5. Nothing in sub-rule 4 shall affect the admissibility of the same evidence obtained from a source other than ICRC and its officials or employees when such evidence has also been acquired by this source independently of ICRC and its officials and employees.
>
> 6. If the Court determines that ICRC information, documents or other evidence are of great importance for a particular case, consultations shall be held between the Court and ICRC in order to seek to resolve the matter by cooperative means, bearing in mind the circumstances of the case, the relevance of the evidence sought, whether the evidence could be obtained from a source other than ICRC, the interests of justice and of victims, and the performance of the Court's and ICRC's functions."[6]

6 Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.1. p. 39.

Comments on sub-rules 73.4 to 73.6

This provision in effect bars the Court from using any confidential ICRC information (including by requesting or accepting testimony by ICRC delegates, past or present), unless the organization has specifically waived its privilege. Naturally, this does not concern all information, but only that having to do with the ICRC's official functions. Three qualifiers were nevertheless added in order to avoid blocking access by the Court to information that is essentially public. Therefore, the Court can admit evidence if:

- after consultation with the Court (see below) the ICRC does not object to disclosure (sub-rule 4(a));
- the ICRC has already made the information public (sub-rule 4(b)); or
- the same information has also been collected by another source (e.g. by another organization also present in the field), independently from the ICRC (sub-rule 5).

From the beginning of negotiations at the PrepCom, there was very little opposition to the idea that there should be a provision protecting ICRC information.[7] There were, however, some doubts about who should have the last word in deciding whether or not particular evidence could be disclosed: the Court or the ICRC. Some government representatives indeed considered that the ICRC should not be "above" the ICC; others believed that if evidence that a particular State considered to touch on its national security could be disclosed without its consent, the ICRC should not benefit from a more favourable treatment. But finally, with the support of an increasing number of delegations, the fact that it would be up to the ICRC to decide whether information could be disclosed was not challenged when the Rules of Procedure and Evidence were adopted on 30 June 2000.[8]

7 See also Knut Dörmann and Claus Kress, "Verfahrens- und Beweisregeln sowie Verbrechenselemente zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs: Eine Zwischenbilanz nach den ersten zwei Sitzungen der Vorbereitungskommission für den Internationalen Strafgerichtshof", *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften*, Heft 4, 1999, p. 202.

8 The ICTY decision was taken on 27 July 1999. The fact that it recognized the ICRC an absolute right to nondisclosure based on cus-

To achieve this result an additional provision had to be added, namely sub-rule 6, which provides for a dialogue between the ICC and the ICRC, "if the Court determines that ICRC information, documents or other evidence are of great importance for a particular case". The clause draws its inspiration from Article 72 of the Rome Statute, which deals with the disclosure of information pertaining to national security.[9] There is, however, a significant difference between the two provisions, since Article 72 leaves the last word to the Court. Here, on the other hand, the ICRC's privilege remains untouched.

Conclusion

The ICRC insisted on obtaining a very clear and absolute rule, because anything less, i.e. any uncertainty as to whether ICRC evidence may be used by the Court without the organization's consent, would cast a shadow on the ability of the ICRC to establish or maintain a relationship of trust with the parties to armed conflicts and the victims of such situations. Such uncertainty may result in denial or restriction of ICRC access. The perception of the ICRC by its interlocutors is of crucial importance here. In certain circumstances Rule 73 will therefore be a useful operational tool to negotiate that access.

●

tomary international law would undoubtedly have been extremely helpful in convincing the diplomats who had doubts about the draft rule. However, it was not until 8 October 1999 that this decision was made public, that is several weeks after the end of the second session of the PrepCom. Therefore, the ICRC did not use this information until the next session (29 November-17 December 1999), during which discussion on the draft rule was not reopened.

9 See: Donald P. Piragoff, "Protection of National Security Information", in Roy S. Lee (Editor), "The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute", Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 270-294.

Résumé

La question du témoignage des délégués du CICR devant la Cour pénale internationale

par STÉPHANE JEANNET

L'auteur analyse l'adoption, en juin 2000, d'une clause dans le Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale, qui confère au CICR le droit de ne pas divulguer des informations confidentielles (y compris par le témoignage de délégués) sans le consentement de l'institution. Cette nouvelle norme vient renforcer la décision prise en 1999 par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (voir RICR, n° 838, juin 2000, pp. 403-425).

Reporting system under the 1954 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict

by
JAN HLADIK

One of the means of monitoring the practice of States in implementing international agreements is the system of national reports: either within a time limit laid down by the agreement itself or in accordance with the Constitutive Act of the respective organization, the States Parties submit to that organization or to a special body a report for consideration and/or publication.

The Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, of 14 May 1954 ("the Convention"), contains such a provision in its Article 26(2) which stipulates: "Furthermore, at least once every four years, [the High Contracting Parties] shall forward to the Director-General a report giving whatever information they think suitable concerning any measures being taken, prepared or contemplated by their respective

JAN HLADIK is Programme Specialist at the International Standards Unit, Division of Cultural Heritage, UNESCO, Paris. The views expressed in this article are those of the author and do not necessarily reflect the views of UNESCO. For the texts of the treaties see also the UNESCO website: www.unesco.org/general/engl/legal/convent.html.

administrations in fulfilment of the present Convention and of the Regulations for its execution."

The main purpose for inclusion of this provision in the Convention is twofold: (i) to enable the Secretariat to learn about States Parties' national implementing measures for the application of the Convention; and (ii) to forward this information to States Parties in the form of a widely circulated report, thus making them aware of activities undertaken by other States Parties and, in fact, enabling them to receive information which would otherwise be difficult to obtain.

By way of comparison, the other two UNESCO Conventions for the protection of cultural property – the Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (1970)[1] and the Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (1972)[2] – contain provisions requesting States Parties to provide reports on the implementation of those Conventions to UNESCO's General Conference.

It should also be noted that Article 16 of the "Rules of Procedure concerning recommendations to Member States and international conventions covered by the terms of Article IV, paragraph 4, of the Constitution" requires UNESCO Member States to furnish to the General Conference special reports on the action they have taken for the implementation of conventions and recommendations adopted

1 Article 16: "The States Parties to this Convention shall in their periodic reports submitted to the General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization on dates and in a manner to be determined by it, give information on the legislative and administrative provisions which they have adopted and other action which they have taken for the application of this Convention, together with details of the experience acquired in this field."

2 Article 29(1): "The States Parties to this Convention shall, in the reports which they submit to the General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization on dates and in a manner to be determined by it, give information on the legislative and administrative provisions which they have adopted and other action which they have taken for the application of this Convention, together with details of the experience acquired in this field."

by the General Conference.[3] Initial reports on such conventions or recommendations must be transmitted no less than two months before the first ordinary session of the General Conference following the session at which they were adopted. In addition, the General Conference is entitled to ask Member States for additional reports.

With the exception of the 1962 report, all the Secretariat's reports have been divided into three parts: an introduction outlining the Secretariat's activities for the implementation of the Convention, a copy of the updated list of States party to the Convention and its 1954 Protocol, and texts of national reports submitted by States Parties.[4]

Historical background

What was the reason for inserting the provision on national reports in the Convention? For an answer, we must go back both to the *travaux préparatoires* of the Convention and to the 1954 Hague Diplomatic Conference which elaborated and adopted it.

The 1953 draft Convention included the following Article 25(2):

> "2. Furthermore, at least once every four years, they shall forward to the Director-General a report giving whatever information they think suitable concerning any measures being taken, prepared or contemplated by their respective administrations in implementation of the present Convention and of the Regulations for its execution."[5]

3 Article 16 – 1. Member States shall submit to the General Conference special reports on the action they have taken to give effect to conventions or recommendations adopted by the General Conference. Initial reports relating to any convention or recommendation adopted shall be transmitted no less than two months prior to the first ordinary session of the General Conference following that at which such recommendation or convention was adopted. The General Conference may further request Member States to submit, by prescribed dates, additional reports giving such further information as may be necessary. – Basic Texts (2000 edition), p. 115.

4 The 1970 report contains only a copy of the list of States party to the Convention.

5 Current Article 26(2) – See *Records of the Conference convened by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization held at The Hague from 21 April to 14 May 1954*, published by the Government of the Netherlands, Staatsdrukkerij-en uitgeverijbedrijft, The Hague, 1961, p. 387.

The draft was accompanied by the following commentary:

"Communication of the information may take place at any time, but must be effected at least once every four years, with a view to the periodical meeting of representatives of the High Contracting Parties provided for in Article 26. It may be that some States will not wish to divulge certain information; Article 25 accordingly authorizes States to communicate only such information as they think suitable. Further, this exchange of information is to take place through the Director-General of Unesco, who will judge as to the desirability and the time of giving effect to it."[6]

During the discussion of draft Article 25 the delegate of the United Kingdom proposed its deletion.[7] This proposal was not accepted and the current Article 26(2) was adopted with a small change when the word "implementation" in the last sentence was replaced by the word "fulfilment".

Reporting practice

To date, the Secretariat has published six separate reports, in 1967, 1970, 1979, 1984, 1989 and 1995. The report for the year 2000 is in preparation. In addition, the first periodic report was published in 1962 with the documents of the first meeting of States party to the Convention.

Let me now analyse the reporting practice from two points of view: the contents and the quantity of information provided.

a) Contents of information

Taking into account the fact that much of the information in the national reports between 1962 and 1989 is very likely to be outdated, the present analysis will be based solely on information contained in the last 1995 periodic report.[8] Moreover, to facilitate the

6 *Ibid.*, pp. 313-314.

7 *Ibid.*, p. 192.

8 *Information on the Implementation of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, The Hague 1954, 1995 Reports, UNESCO, Ref. CLT-95/WS/13, Paris, December 1995

reading of the analysis no specific reference will be made to the twenty-nine national reports.[9]

The most relevant substantial information contained in the national reports covers mainly the implementation of Articles 1 (Definition of cultural property), 3 (Safeguarding of cultural property), 7 (Military measures), 8 (Granting of special protection), 25 (Dissemination of the Convention), 28 (Sanctions), the whole of Chapter V (The distinctive emblem) and the implementation of Resolution II of the Hague Intergovernmental Conference on the desirability of establishing national advisory committees. In addition, seven countries (Belarus, Bulgaria, Croatia, Hungary, Poland, Slovenia and Ukraine) reported on general legislation for the protection of cultural property, thus not specifically related to protection in the event of armed conflict.

When providing information in connection with Article 1, Australia reported on its efforts to establish effective criteria for identifying cultural property in conformity with this provision and pointed out that the definition of cultural property and the concept of property as such does not reflect the dynamics of the Aboriginal and Torres Strait Islander cultures. In addition, Australia expressed its concern that there may be some significant cultural heritage belonging to the Aboriginal and Torres Strait Islander cultures which is not covered by the definition of cultural property under the Convention. I intentionally focus on this point because the definition of cultural property contained in Article 1 of the Convention reflects almost exclusively the Western concept of cultural property of the late forties without taking into account other concepts of cultural heritage such as those of indigenous peoples.

With regard to Article 3, fifteen countries (Belarus, Bulgaria, Burkina Faso, Croatia, the Federal Republic of Yugoslavia, Germany,

9 Reports from Argentina, Australia, Belarus, Belgium, Bulgaria, Burkina Faso, Croatia, Egypt, the Federal Republic of Germany, the Federal Republic of Yugoslavia, the Holy See, Hungary, the Islamic Republic of Iran, Italy, Liechtenstein, Luxembourg, Madagascar, Malaysia, Mexico, the Netherlands, Poland, Romania, Slovakia, Slovenia, Sweden, Switzerland, the Syrian Arab Republic, Thailand and Ukraine. See pp. 15-48 of the 1995 Report.

the Holy See, Hungary, the Islamic Republic of Iran, Liechtenstein, the Netherlands, Poland, Slovenia, Sweden and Switzerland) reported on various measures such as the categorization and subsequent preparation of inventories of cultural property, elaboration of the relevant documentation (e.g. microfilms, plans, photographs), preparation of shelters or evacuation of military installations from city centres to suburban areas.

A record number of twenty-two countries (Argentina, Australia, Belgium, Bulgaria, Croatia, Germany, Egypt, the Federal Republic of Yugoslavia, the Holy See, Hungary, the Islamic Republic of Iran, Italy, Luxembourg, Madagascar, Mexico, the Netherlands, Romania, Slovenia, Sweden, Switzerland, Thailand and Ukraine) provided information on various national military measures such as the training of armed forces to comply with the Convention, the existence of legal advisers in armed forces, preparation of lists of cultural property and maps for members of armed forces, inclusion of the Convention in military manuals, preparation of training materials on the Convention and inclusion of the Convention in cultural education for soldiers. Belarus and Slovakia sent information about measures envisaged.

As for Article 6, nine countries (Australia, Belarus, Croatia, the Federal Republic of Yugoslavia, Hungary, Malaysia, Madagascar, Slovenia and Sweden) transmitted information about relevant measures and Egypt announced that the marking of cultural property with the distinctive emblem of the Convention was planned. However, one country opposed the marking of cultural property by stating that such marking may actually provide the enemy with a "hit-list".

Six countries (Australia, Belarus, Hungary, Liechtenstein, Sweden and Switzerland) reported on measures under Article 8. In particular, it was pointed out that the conditions for entry in the International Register of Cultural Property under Special Protection are too complex and difficult to comply with.

I would add that the complexity of conditions for entry in the Register led the drafters of the Second Protocol to the Convention to elaborate and adopt a new category of "enhanced protection" for cultural property. Cultural property in question must be of the greatest importance for humanity; it must be protected by adequate domestic legal and administrative measures; and it may not be used for military

purposes or to shield military sites – a declaration confirming that it will not be so used must be provided. Enhanced protection is granted by the entry of the cultural property in question in the List of Cultural Property under Enhanced Protection. The decision is taken by the twelve-member intergovernmental Committee for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict. As in the case of special protection, objections to the granting of enhanced protection may be made, but only on the basis of the three aforesaid criteria.

Seven countries (Australia, Belgium, Germany, the Holy See, the Netherlands, Poland and Switzerland) transmitted information on the implementation of Article 25 and relating to various measures for dissemination of the Convention, the Regulations for its Execution and the 1954 Protocol within the civilian sphere.

Four countries (Belgium, Croatia, Mexico and Slovenia) reported on national penal legislation to punish breaches of the Convention. On 16 June 1993 Belgium adopted a special law "relating to the repression of grave breaches of the International Geneva Conventions of 12 August 1949 and Protocols I and II thereto of 8 June 1977". The reader may be interested to know that Article 1(xx) of that law, based exclusively on Articles 53 and 85(4)(d) of Protocol I to the Geneva Conventions, punishes "directing attacks against clearly recognized historic monuments, works of art or places of worship which constitute the cultural or spiritual heritage of peoples and to which special protection has been given by special arrangement, where there is no evidence of the adverse party having violated the prohibition of using such objects in support of the military effort, and when such objects are not located in the immediate proximity of military objectives." In conformity with the fifth paragraph of Article 2, the penalty is ten to fifteen years' hard labour.

Seven States (Belarus, Belgium, Bulgaria, the Islamic Republic of Iran, Malaysia, the Netherlands and Poland) provide information on the role and competence of national bodies responsible for implementation of the Convention (in reality national advisory committees within the sense of Resolution II of the Hague Intergovernmental Conference) and their institutional links to other governmental bodies. In this context, two States (Argentina and

Belgium) drew attention to the existence of national commissions on the implementation of international humanitarian law.

Finally, readers interested in the implementation of the Convention during a recent armed conflict in the former Yugoslavia should read the national reports of Croatia, the Federal Republic of Yugoslavia and Slovenia, which provide helpful information on both the safeguarding of and respect for cultural property.

b) Quantitative analysis

Reports	Number of States Parties which provided the report	Number of States not party to the Convention which provided the report
1962	9	None
1967	16	4
1970	15	4
1979	19	None
1984	24	None
1989	25	None
1995	29	None
2000[10]	23	None

It can be seen from the table that the number of national reports has never exceeded thirty. Why has the Secretariat not received more national reports? First, it must be said that this is not an unusually low response rate for replies by States Parties to requests for reports on national implementation action. But are other factors involved in the case of the 1954 Hague Convention? Could the reason be a lack of interest in the Convention, low priority attributed to it by the States Parties or insufficient financial and human resources for its implementation, or is there some other explanation?

It is very difficult to reply to this question because States party to the Hague Convention are not a homogeneous group; each of them has different foreign policy priorities as well as different financial

10 Reports for 2000 still in preparation; data as at 25 October 2000.

and institutional means. One additional factor for this Convention may be that after the initial enthusiasm of the generation which saw the horrors of the Second World War and decided to adopt an international agreement preventing the destruction of cultural property and promoting respect and tolerance for the cultural heritage of other ethnic groups, new generations have largely lost that enthusiasm and sense of urgency. States party to the Convention needed to witness a major armed conflict leading to large-scale destruction of cultural property, such as the war in the former Yugoslavia, in order to become fully aware of their obligations under the Convention.

The low reply rate has been discussed on several occasions, for instance at the October 1983 Vienna meeting of legal experts on the Convention, during the celebration of the thirtieth anniversary of the Convention (Paris, 14 May 1984), or by Professor Patrick Boylan, a UNESCO consultant, in his study on the review of the Convention.[11] Diverse remedies were proposed: from reminding States party to the Convention that the submission of national reports on the implementation of the Convention is a legal commitment which, if not fulfilled, would constitute a breach of Article 26(2) of the Convention,[12] through "giving more power to the Director-General of UNESCO to insist on these periodical reports and to make suggestions which the Contracting Parties would be required to implement",[13] to submission of reports "for their more detailed consideration, particularly by the proposed new Intergovernmental Advisory Committee on the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (1954)".[14]

11 Patrick J. Boylan, *Review of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Hague Convention of 1954)*, Doc. UNESCO, Ref. CLT-93/WS/12, Paris, 1993, pp. 89-90.

12 *Meeting of Legal Experts on the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Hague, 1954)*, UNESCO, Ref. CLT-83/CONF.641/1, Paris, p. 9.

13 Address by H.E. Nagendra Singh, Judge at the International Court of Justice, at the celebration of the thirtieth anniversary of the Hague Convention, in UNESCO, *Information on the Implementation of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague 1954, 1984 Reports*, Ref. CLT/MD/3, Paris, December 1984, p. 15.

14 *Op. cit.* (note 10), p. 90

Evaluation of the reporting system under the Convention and possible improvements

When trying to evaluate the reporting system under the Convention, three important facts must be borne in mind:

- The information provided by States party to the Convention varies widely in quality and quantity and depends on a number of factors, such as interest in the Convention, tradition in the implementation of international humanitarian law, the State's own experience from previous armed conflicts and, last but not least, the State's economic potential and the efficiency of its national administration.
- The information received, analysed and published in periodic reports is the information selected and divulged by the States Parties themselves. The Secretariat, of course, obtains additional information from mass media, consults professional publications or reports prepared by its own experts, experts of other United Nations agencies or those of non-governmental organizations (e. g. the International Committee of the Blue Shield, an umbrella organization composed of the International Council on Archives, the International Council of Museums, the International Council on Monuments and Sites and the International Federation of Library Associations and Institutions) or is in contact with the Permanent Delegation or National Commission of the country concerned. However, there may be situations in which the information provided by a State party to the Convention clearly contradicts reality. As a striking example of the divergence between information on the national implementation of the Convention and actual fact, it is sufficient to read the 1989 Yugoslav periodic report on the implementation of the Convention. Whereas this report is a textbook example of how the Convention should be implemented,[15] the events in former Yugoslavia since 1989 have shown that the real situation was different.

15 *Information on the Implementation of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague 1954, 1989 Reports,* UNESCO, Ref. CC/MD-11, Paris, December 1989, p. 39.

- The fundamental role of the Secretariat is to facilitate the dissemination of information on the implementation of the Convention, and to encourage more Member States not party to the Convention and its two Protocols to join those agreements and provide them (and not only them) with technical assistance. To succeed in its activities the Secretariat must use an individually tailored approach to each State party to the Convention, taking into account factors such as its administrative, economic and military potential, its geopolitical position, its role in international relations and its membership in regional military organizations.

How can the reporting system be improved? Would it not be better to abandon it completely in favour of other activities, such as the exchange of experience among States Parties during meetings of those States or the dissemination of information through regional and national training seminars?

Before replying to the first question, I will address the second one. The reporting system is necessary because (i) it raises awareness of the Convention; (ii) it periodically reminds States party thereto of their rights and obligations under the Convention;[16] and (iii) it enables them to learn of the experience of other States party to the Convention, a task which would otherwise be difficult even for developed States.

Seven years ago a UNESCO consultant, in his survey, criticized the national reporting system and proposed that a transition be made from reports to technical assistance. In particular, he stated that "[n]o State – or more precisely, no civil service – is ever free of other concerns at the time when it is asked to produce a report. Given that it has to make a choice, the chances are that it will hardly be inclined to give priority to the drafting of a report for UNESCO, since the utility of the operation is far from obvious to it, and the political repercussions of inaction appear to be slight."[17]

16 The resolution of the fourth meeting of States party to the Convention (Paris, 18 November 1999) invites, among other things, "States party to the Convention to provide the Secretariat with their national reports on the implementation of the Convention under Article 26(2) within the time allowed".

17 Appendix to *Memorandum of UNESCO's Standard-Setting Activity*, UNESCO, Ref. 27 C/INF.6, Paris, 27 September 1993, p. 4.

He went on to stress that "[a]sking a State to submit a report on its application of a standard-setting instrument assumes that the fundamental problem has been solved: i.e. that the national authorities have worked out precisely how to apply the instrument in question. We may assume that most States do not lack the will to apply the instrument in question: what they reveal indirectly is that they are unable to apply it. We therefore suggest that UNESCO reverse its order of priorities: instead of concentrating on monitoring activities it should focus on assisting the Member States to put in place the tools required for the application of conventions and recommendations, which would enable its resources to be redeployed to provide technical assistance."[18]

However, it may well be inferred from the reports on recent experience in implementation of the Convention, from the high attendance at the three previous meetings of States Parties and from the latterís active participation in the review of the Convention in general that the overwhelming majority of those States are genuinely interested in its good application. What is needed — and this is the reply to the first question — is to guide (maybe to coach would be a better expression) States Parties by providing them with a relatively simple questionnaire indicating topics to be reflected in their national reports. Such a questionnaire should help them; it should not impose an additional burden on their national administrations.[19]

When preparing the questionnaire for the periodic report for the year 2000, we focused on the following eight issues: Article 7 (Military measures), Article 8 (Special protection), Chapter V (The distinctive emblem), Article 25 (Dissemination of the Convention), Article 26(1) (Official translations), Article 28 (Sanctions), the 1954 Protocol, and Resolution II of the 1954 Hague Conference. It can be seen from the questionnaire[20] that an average national civil service

18 *Ibid.*, pp. 4–5.

19 The questionnaire system has already been used in the past. However, except for the 1962 report it has not been fully successful.

20 See Annex.

should be able to cover those issues without any problem. I am pleased to say that most of the twenty-three national reports received to date are structured in conformity with the questionnaire.

The main improvement to the reporting system under the Convention lies in the functions of the future Committee for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, established under the Second Protocol to the Hague Convention. Article 27 (1)d. of the Second Protocol empowers the Committee "to consider and comment on reports of the Parties, to seek clarifications as required, and prepare its own report on the implementation of this Protocol for the Meeting of the Parties." It is true that this function, strictly speaking, concerns national reports on implementation of the Second Protocol. However, there is nothing to stop the Committee from requesting information on implementation of the Convention, because in reality such information will overlap.

Finally, the obligation of States party to the Convention to provide national reports on its implementation does not exclude other activities relating to its application, such as general and technical assistance provided by the Secretariat or the elaboration of technical studies on different aspects of the Convention's implementation; on the contrary those activities complement each other and are all equally indispensable.

●

ANNEX

Questionnaire for the 2000 periodic report on the implementation of the 1954 Hague Convention

With a view to systematizing the information communicated to it by States Parties to the Convention, the Secretariat has compiled a list of issues which the national authorities may wish to take into account when preparing their national report. This list is intended purely as guidance and any information concerning other aspects of implementation will be welcome.

1. *Article 7 – Military measures*
   This Article provides that States Parties to the Convention undertake to introduce into their military regulations or instructions such provisions as may ensure observance of the Convention. The States Parties also undertake thereby to establish, within their armed forces, services whose purpose will be to secure respect for cultural property. Please inform the Secretariat whether such services exist in your country.
2. *Article 8 – Special protection*
   We should like to know whether you plan to place cultural property under special protection and, if not, what prevents you from doing so.
3. *Chapter V – The distinctive emblem*
   Does your country mark cultural property with the distinctive emblem of the Convention? If not, for what reasons?
4. *Article 25 – Dissemination of the Convention*
   Knowledge of the laws of armed conflict is of capital importance for civilian and military personnel required to apply them. Please inform us how the provisions of the Convention and the Regulations for its execution are being disseminated in your country.
5. *Article 26 (1) – Official translations*
   To date, the Secretariat has received 22 official translations of the Convention and of the Regulations for its execu-

tion (Arabic, Bulgarian, Czech, Dutch, English, Farsi, Finnish, French, German, Hebrew, Hungarian, Greek, Italian, Kyrgyz, Polish, Romanian, Russian, Serbo-Croatian, Slovak, Slovenian, Spanish and Thai). If an official translation in the language of your country has not yet been received by the Secretariat, we should be grateful if you would provide us with a copy.

6. *Article 28 – Sanctions*

   This Article provides that the States Parties to the Convention undertake to take, within the framework of their ordinary criminal jurisdiction, all necessary steps to prosecute and impose penal or disciplinary sanctions upon those persons, of whatever nationality, who commit or order to be committed a breach of the Convention. Please inform us how this provision has been taken into account in your penal code. Would you also kindly provide us with a copy in English or French, if possible, of the relevant provision or provisions.

7. *Protocol*

   The Protocol provides that each State Party undertakes to prevent the exportation of cultural property from a territory occupied by it and requires the return of such property to the territory of the State from which it was removed. Please inform us whether the provisions of the Protocol have been applied by your country.

8. *Resolution II of the 1954 Hague Conference*

   Would you kindly inform us whether there is a national advisory committee in your country in accordance with the hope expressed by the Conference in this Resolution. If so, please provide us with some background information.

Résumé

Le système des rapports sous la Convention de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé

par Jan Hladik

L'un des moyens de promouvoir la mise en œuvre d'un traité international consiste à obliger chaque État partie à ce traité à établir périodiquement un rapport sur les mesures qu'il a prises sur le plan interne. L'auteur décrit en détail le système introduit par la Convention de 1954. Il examine notamment le rôle que le nouveau Comité pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé est appelé à jouer.

Is the *non liquet* of the Final Report by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia acceptable?

by
NATALINO RONZITTI

1. Until very recently, the punishment of war crimes was a task entrusted to domestic tribunals. Nuremberg and Tokyo were exceptions only in part, since the winner, which occupied the whole territory of the loser, established the two Tribunals. The winner was able to exercise its jurisdiction after the complete *debellatio* of the enemy. National jurisdictions are often accused of partiality: they do not indict their own nationals for war crimes or, if they do, inflict only lenient penalties; conversely, national tribunals are more severe towards crimes committed by nationals belonging to the enemy State. One of the reasons why international tribunals have been established is that war crimes, and international crimes in general, should not go unpunished. Belligerents should be equal before the law and if their nationals commit war crimes they should be punished, whether they belong to the winning or the losing side. Equality and not partiality should be the characteristic of the international tribunals.

NATALINO RONZITTI is Professor of International Law at the University LUISS G. Carli, Faculty of Law, Rome.

When the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) was established in 1993, nobody could imagine that soldiers of permanent members of the Security Council would run the risk of being submitted to its jurisdiction. The Tribunal was set up in order to punish the serious crimes committed by Serbs, Croats and other nationals in the territory of the former Yugoslavia. The United States, one of the permanent members which welcomed the Tribunal, refused some years later to sign the Statute of the International Criminal Court, *inter alia* for fear that members of its armed forces might be judged by an international tribunal and that a prosecutor from a "rogue State" might indict US military personnel without a sound basis for incrimination.[1]

The NATO air campaign against the Federal Republic of Yugoslavia (FRY) has made the unthinkable come true! Soldiers of Western countries, not only nationals of the republics born of Yugoslavia's dissolution, are subject to the jurisdiction of the Tribunal. Indeed, the ICTY's jurisdiction covers, *ratione temporis*, crimes committed since 1991; *ratione loci*, crimes committed in the territory of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia; and, *ratione personae*, all individuals having committed a crime within the competence of the Tribunal.[2] *Ratione materiae*, the Tribunal has jurisdiction to prosecute grave breaches of the Geneva Conventions, violations of the laws or customs of war, genocide and crimes against humanity.[3]

2. Any violation of international humanitarian law committed during the NATO air campaign against the FRY is clearly within the competence of the Tribunal, whose Statute spells out when the court's jurisdiction begins but not when it ends. In other terms, the *dies a quo* is indicated but not the *dies ad quem*. During the air campaign and thereafter, individuals and NGOs addressed several reports to the

1 The US position is well explained by D. J. Scheffer, "The United States and the International Criminal Court", *American Journal of International Law*, Vol. 93, January 1999, pp. 12-22.

2 Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Arts 1, 6 and 8.

3 *Ibid.*, Arts 1 and 2 to 5.

Office of the Prosecutor of the ICTY, pointing out what they regarded as war crimes committed by NATO soldiers.[4] It was also claimed that NATO was responsible for having committed genocide, because of the number of victims among the civilian population. This accusation, which was submitted by the FRY when it instituted proceedings before the International Court of Justice,[5] clearly lacks any serious foundation. Genocide requires the *dolus specificus*, i. e. the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial or religious group as such. And this was not the motivation of the forceful action by NATO.

3. More controversial were other accusations made, and in particular the allegation that NATO had violated the laws and customs of war in conducting its air campaign. Under Article 18 of the ICTY Statute, the Prosecutor enjoys very broad powers. He/she may initiate investigations *ex officio*, question suspects, victims and witnesses and prepare the indictment after having determined that a *prima facie* case exists. Neither Article 18 of the Statute nor Article 39 of the Rules of Procedure say anything about the pre-investigation phase. It is submitted that, before initiating an investigation, the Prosecutor makes an evaluation of the information in his/her possession. The information may be obtained upon the Prosecutor's initiative or received from outside sources, such as governments, United Nations organs and intergovernmental or non-governmental organizations, in conformity with the first paragraph of Article 18. Only after a careful assessment of this information does the Prosecutor "decide whether there is sufficient basis to proceed".

4. In order to assess the information on war crimes allegedly committed during the NATO bombing, the Prosecutor of the ICTY set up a committee on 14 May 1999. It was mandated to

4 See, for instance, the document submitted by a group of lawyers to the Office of the Prosecutor at http://jurist.law.pitt.edu/icty.htm and other material quoted by the Final Report, para. 6 (*infra*, note 6).

5 *Legality of Use of Force*, ICJ, Request for Provisional Measures, CR 99.

advise the Prosecutor whether there was sufficient basis to start an investigation. The advice of the Committee was that no investigation be conducted.[6] The Report of the Committee is a mere recommendation and the Prosecutor is not obliged to follow it. Moreover, this "committee procedure" is not mentioned in any article of the Tribunal's Statute or Rules of Procedure. Thus the establishment of the Committee is under the complete responsibility of the Prosecutor. He/she is the only person who has the power to decide whether an investigation should begin. This is important, for the Committee Report contains many unclear points and a *non liquet*, even if it ends with the recommendation not to start an investigation. This means that the Prosecutor has formed her own assessment, taking into account the Committee Report and other elements. Because of its deficiencies, the Report does not constitute the definite and conclusive element on which a decision not to proceed may be grounded. This is even more true if the statement by a former judge and President of the Tribunal that the NATO air campaign deserved an investigation by the Tribunal is taken into account.[7]

5. Which are the main flaws of the Committee Report? The reason why the Committee did not recommend an investigation by the Office of the Prosecutor can be found in the penultimate paragraph of the Report. It says that it is not worth starting an investigation, since "the law is not sufficiently clear or investigations are unlikely to result in the acquisition of sufficient evidence to substantiate charges against high level accused or against lower accused for particularly heinous offences". Hence the Committee has given two reasons. Let us comment on them separately.

The law is not sufficiently clear. – This is equivalent to a *non liquet*. Difficulties in interpretation are not a good excuse for not starting an investigation. There are aspects of international humanitarian

6 *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia* (hereinafter *Report*), published on 13 June 2000. See ‹www.un.org/icty› or 39 ILM (2000), p. 1257.

7 A. Cassese, in *La Re pubblica*, 26 March 2000, p. 17. According to him, an "inquiry" is needed.

law, as in any body of law, which are not sufficiently clear. However, it is precisely the task of the Tribunal to interpret and "clarify" the law; it cannot therefore conclude by saying that it cannot adjudicate the case, since the "law is not clear". The *non liquet* is not part of the ICTY's jurisprudence or that of any other tribunal. It should also be pointed out that one of the main achievements of the Tribunal has been the clarification of controversial rules of humanitarian law, taking into account State practice and developments in this field.

It is difficult to obtain sufficient evidence to substantiate an indictment. – Evidence acquisition is undoubtedly a difficult and time-consuming task. Yet this is no excuse for not commencing an investigation. Article 18 of the ICTY Statute gives the Prosecutor the "power to question suspects, victims and witnesses" and to "collect evidence". Article 39 of the Rules of Procedure says that the Prosecutor may "summon and question suspects". He/she can "undertake such other matters as may appear necessary for completing the investigation..." and "request such orders as may be necessary from a Trial Chamber or a Judge". A quick perusal of these provisions makes it clear that the Prosecutor enjoys substantial powers for collecting evidence and that the Committee's conclusion is unduly pessimistic.

6. Even though the Committee argues that the law is not sufficiently clear, the Report contains several statements that may constitute a precedent. This is true not only for international law relating to weapons but also for other bodies of law, such as the rules applicable to aerial bombardment, a method of warfare that for a long time was not subject to any treaty law and is now covered by Protocol I of 1977, which has set the same rules for land, naval and aerial bombardment.[8] The Committee's findings on the lawfulness of depleted uranium weapons and of two specific incidents: the attack on the Serbian radio and TV station and the attack on a bridge during which a civilian passenger train was hit are reviewed below.

8 Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977.

7. *Depleted uranium weapons (DU)* were used in the Gulf War by the Coalition, and more specifically by the United States, in order to penetrate the Iraqi tanks and specially reinforced buildings. Rumours that this kind of weapons spread material that is dangerous not only for the natural environment but also for the health of human beings were circulated immediately after the end of the war and the appearance of the "Gulf War syndrome".[9] Since the Kosovo campaign, newspapers have from time to time reported cases of leukaemia contracted by KFOR soldiers, and this disease is attributed to contamination caused by depleted uranium weapons. The Committee Report is correct in saying that there is no rule of conventional law banning DU projectiles. It also quotes the ICJ Advisory Opinion on the legality of the threat or use of nuclear weapons,[10] in which the Court, after having affirmed that the rules and principles of international humanitarian law apply to nuclear weapons, stated that the use of such weapons "would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict".[11] However, the ICJ did not rule out the lawfulness of the use of such weapons in an extreme circumstance of self-defence, threatening the very existence of a State.

With regard to environmental considerations, the test lies in Articles 35 and 55 of Protocol I, which, as stated by the ICJ in its Opinion, "embody a general obligation to protect the natural environment against widespread, long-term and severe environmental damage".[12] The Committee Report is correct in stating that Article 55 of Protocol I "may... reflect customary international law". It is not correct to attribute the contrary view to the ICJ Advisory Opinion.[13] According to the Court the bulk of the norms which protect the natural environment are customary international law, as can be inferred from the passage just quoted. A weapon falls under Articles 35 and

9 See W. M. Arkin, "The environmental threat of military operations", in R. J. Grunawalt, J. E. King and R. S. McClain (eds), *International Law Studies 1996, Protection of the Environment During Armed Conflict*, Vol. 69, Naval War College, Newport RI, p. 128.

10 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 226.

11 *Ibid.*, para. 105 E, p. 265.

12 *Ibid.*, para. 31, p. 242.

13 *Report*, para. 15.

55 of Protocol I if it causes "widespread, long-term, and severe" damage to the natural environment. To clarify the three conditions laid down by the two provisions of Protocol I, reference is usually made to the ENMOD Convention.[14] As far as "long-term" damage is concerned, the Committee affirms that "the notion of 'long-term' damage in Additional Protocol I would need to be measured in years rather than months..." .[15] This view runs counter to the understanding in terms of the ENMOD Convention, which says that long-lasting means "lasting for a period of months, or approximately a season". Having said that, the present writer agrees with the view that DU weapons cannot be considered as prohibited by contemporary international law. It is up to the international community to ban such weapons by drafting and adopting an *ad hoc* treaty.

8. The lawfulness of the attack on the *Serbian radio and TV station* in Belgrade is even more controversial. Radio and TV are dual-use objects, which can be employed for civilian use as well as for military purposes. If they are used for military communication, it is clear that they can be targeted. If they are used only for propaganda, their destruction does not give a "definite military advantage" within the meaning of Article 52, paragraph 2 of Protocol I. The bombing caused the death of civilian persons. Assuming that the radio and TV station was a military target, the other question to answer is whether the death of civilians had to be considered collateral damage within the meaning of Article 51, paragraph 5(b) of Protocol I, *i. e.* damage which would not be "excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated".

Here only the question whether the radio and TV station in Belgrade was a military objective is reviewed. In its long analysis, the Committee Report concludes that the building was a legitimate military target, even if this conclusion is surrounded by *caveats* and caution. In doing so, the Report sets a precedent, and its conclusions are

14 Convention on the Prohibition of Military or any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques, 10 December 1976.

15 *Report*, para. 15.

acceptable. The view that media are a legitimate military objective, or may become one, is supported by the compilation of military objectives made by the ICRC in the context of its 1956 Draft Rules for the Limitation of the Dangers incurred by the Civilian Population in Time of War. According to that list of military objectives (which should have become an annex to Article 7, paragraph 2 of the Draft Rules), "installations of broadcasting and television stations" are military objectives.[16] It must be added that radio and TV stations are used (or can easily be used) for military purposes, i.e. for C3 (Command, Control and Communication). Moreover, there are instances in which the media are used to incite the population to commit war crimes and crimes against humanity, as happened in Rwanda. As the Report states: "If the media is the nerve system that keeps a warmonger in power and thus perpetuates the war effort, it may fall within the definition of a legitimate military objective."[17] In such a case, the media may be targeted as a military objective, particularly also by those States which are not bound by Protocol I, such as the United States, whose broad definition of military objective is not in keeping with the narrow delimitation given by Protocol I.[18]

9. The attack on the *Leskovac railway bridge* and the destruction of a passenger train that was crossing it during the attack is one of the most controversial incidents reviewed by the Committee. The mission was conducted with laser-guided bombs, which were released twice. Soon after the release of the first bomb, the train appeared.

16 Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Geneva, 1987, p. 632, note 3.

17 *Report*, para. 15.

18 See *Annotated Supplement to the Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, NWP 9A, Washington, D.C., 1989, p. 8-3 and note 11). On the legality of targeting the Belgrade TV and radio station views differ. See e.g. G. Aldrich, "Yugoslavia's television studios as military objectives", *International Law FORUM du droit international*, vol. I, No. 3, 1999, pp. 149-150; H. McCoubrey, "Kosovo, NATO and international law", *International Relations*, Vol. XIV, No. 5, 1999, p. 40; P. Rowe, "Kosovo 1999: The air campaign. Have the provisions of Additional Protocol I withstood the test?", *IRRC*, No. 837, March 2000, pp. 156-157; Amnesty International, *NATO/Federal Republic of Yugoslavia, "Collateral Damage" or Unlawful Killings? Violations of the Laws of War by NATO during Operation Allied Force*, June 2000, pp. 46-53.

However, according to the Report the pilot "was unable to dump the bomb at that stage".[19] The train was hit. Since the bridge was still intact, the pilot released a second bomb directed at the "opposite end from where the train had come". The intention was to hit the bridge, which no doubt was a military objective, and not the train. The question is whether the pilot had the obligation to stop the attack when he realized that the train was crossing the bridge. On this point the Committee admits that it "has divided views concerning the attack with the second bomb in relation to whether there was an element of recklessness in the conduct of the pilot or WSO [Weapons Systems Officer]".[20] However, the Committee concludes: "Despite this, the committee is in agreement that, based on the criteria for initiating an investigation (...) this incident should not be investigated."[21] One of the criteria selected by the Committee for recommending initiation of an investigation is whether the application of the law to the particular facts suggests that a violation has been committed.[22] In the case under review the Report is completely insufficient. The Committee should have assessed more thoroughly the incident related to the second bomb. Since several people were killed or injured, the rule of proportionality should have been looked into. Assuming that the bridge was a legitimate military objective, as we believe it was, the Committee should have assessed whether the second attack falls under Article 52, paragraph 2(b), i.e. whether it could be expected to cause incidental damage (loss of civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects) that would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated from the destruction of the bridge.

However, the Report seems to adopt a broad interpretation of the rule of proportionality. In doing so, it repudiates the doctrine established by the ICTY in that regard. Indeed, in the *Kupreskic* Judgment, quoted in the Report, the Trial Chamber stated that the cumulative effects of repeated attacks, falling in the grey area between lawful and unlawful acts, could give rise to a violation of the rule of

19 *Report*, para. 58.
20 *Report*, para. 62.
21 *Ibid.*
22 *Report*, para. 5.

proportionality.[23] The Trial Chamber asserted that its finding was an application of the Martens Clause. The Committee disavowed the Trial Chamber's conclusion and embraced a completely opposite view in stating that the lawfulness of the attacks, under the rule of proportionality, should be judged taking into account the "overall assessment of the totality of civilian victims as against the goal of the military campaign".[24] In brief, in the Committee's view, the mere cumulation of attacks cannot turn them into unlawful conduct. This statement is reminiscent of the reservation made by most NATO countries on ratifying the 1977 Protocol I, according to which, when assessing the rule of proportionality and the military advantage anticipated from an attack, the attack must be considered as a whole and not only isolated or particular parts of the attack.[25]

10. In conclusion, the Report of the Committee established by the ICTY Prosecutor cannot be considered entirely satisfactory. According to the Committee, two criteria should be taken into account in order to avoid formulating an arbitrary or capricious indictment: 1. the alleged act should be clearly prohibited by international humanitarian law, and 2. there must be sufficient evidence to prove that a crime may have been committed.[26] In so doing the Committee was right and avoided the formulation of a vague indictment not substantiated by any evidence of the facts and their criminality. However, a *non liquet* conclusion does not meet the first of the two criteria established for not formulating an indictment. The Committee, instead of saying that the law is vague, should have squarely admitted that the alleged facts, even if proven, were not considered as amounting to a war crime. The Report gives the impression that norms of international law are sometimes not looked into very deeply. As a paradigmatic example, we may mention the Report's

23 Case No: IT-95-16-T, 14 January 2000.

24 *Report*, para. 52.

25 See A. Roberts/R. Guelff, *Documents on the Laws of War*, 3rd. ed., Oxford University Press, 2000, for the text of the declaration made on signature or ratification of Protocol I, e.g. by Belgium (p. 501), Germany (p. 504), Italy (p. 506), the Netherlands (p. 508) or the United Kingdom (p. 510).

26 *Report*, para. 5.

statement that genocide was not committed, since the number of deaths and casualties was low (495 civilians killed and 820 wounded, according to FRY sources). Even though the crime of genocide evokes mass killing, the material element of the crime may consist in causing the death of a small number of individuals in comparison to the entire population, provided that this material element is coupled with the intent of killing the group as such. As said above, such a *mens rea* element could not be imputed to NATO pilots and planners.

●

Résumé

Rapport final du Comité chargé d'examiner la campagne de bombardements de l'OTAN contre la République fédérale de Yougoslavie: le *non liquet* est-il acceptable?

par NATALINO RONZITTI

Toute violation du droit international humanitaire commise par quelque partie que ce soit au cours de la campagne militaire des forces de l'OTAN contre la République fédérale de Yougoslavie peut tomber sous la juridiction du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY). Préparé sur instruction du procureur du TPIY, le rapport mentionné en exergue examine différents incidents qui, à première vue, devraient faire l'objet d'une enquête criminelle contre des membres des forces de l'OTAN. Il conclut qu'aucun incident ne justifie l'ouverture d'une procédure pénale. L'auteur revoit les conclusions d'un œil critique: il s'insurge notamment contre ce raisonnement qui recommande de ne pas ouvrir une enquête sous le prétexte que le droit n'est pas clair (non liquet). *Le droit en sort diminué, estime Ronzitti.*

Environmental damage in times of armed conflict — not "really" a matter of criminal responsibility?

by
THILO MARAUHN

1. Having remained a sleeping beauty for some time after the adoption of Additional Protocol I in 1977,[1] the legal rules on the protection of the environment in times of armed conflict reappeared on the agenda with the oil slicks on the waters of the Persian Gulf and burning oil wells, storage tanks and refineries towards the end of the 1990/1991 Gulf War. Since then there has been a lively debate on the interpretation of Articles 35, paragraph 3, and 55 of Additional Protocol I, on their adequacy and on the necessity or desirability of new international accords on the protection of the environment during armed conflict.[2] To date there still is no agreement on these issues — neither in literature, nor in (State) practice. The resulting lack of clarity is not only a matter of academic or political concern. With the establishment of the *ad hoc* international tribunals set up to prosecute crimes committed in the wars in the former Yugoslavia and in Rwanda there is a new dimension to the problem, since both tribunals have the jurisdiction to try persons accused of having violated international obligations relating to the protection of the natural environment.[3] The Rome Statute of

THILO MARAUHN, LL.D., is a lecturer at the University of Frankfurt a. M. and Senior Research Fellow at the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Germany.

the International Criminal Court even includes an explicit provision to this end.[4]

In light of these new developments we have to realize that scholarly attention and governmental discussions with regard to the protection of the environment in times of armed conflict have so far failed to adequately address the problems of individual criminal responsibility for wanton destruction and damage to the environment.[5] Bearing in mind that the substantive provisions on the protection of the environment are already susceptible to different interpretations, the question arises as to what to expect from the powers of the above-mentioned tribunals and the future International Criminal Court.

2. The Final Report by the Committee established to review the NATO bombing campaign against the Federal Republic of Yugoslavia may give some idea of whether or not environmental damage in times of armed conflict really is a matter of international criminal law in practice. The fact that the Committee Report, in its assessment of the bombing campaign, deals first of all with damage to the

1 Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977.

2 For an introduction to this subject see K. Hulme, "Armed conflict, wanton ecological devastation and scorched earth policies: How the 1990-91 Gulf conflict revealed the inadequacies of the current laws to ensure effective protection and preservation of the natural environment", *Journal of Armed Conflict Law*, 1997, pp. 55-70. More generally on the desirability of new international accords, see G. Plant (ed.), *Environmental Protection and the Law of War: a 'Fifth Geneva' Convention on the Protection of the Environment in Time of Armed Conflict*, 1992, *passim*.

3 There are no specific provisions to this end in the respective Statutes. However, Art. 3 of the Statue of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (UN Doc. S/25704, annex (1993)) establishes the power of the Tribunal to prosecute persons violating the laws or customs of war, and Art. 4 of the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (UN Doc. S/Res/955 (1994)) refers to violations of Art. 3 common to the 1949 Geneva Conventions and of 1977 Additional Protocol II. See also H.-P. Gasser, "The debate to assess the need for new international accords", in R. J. Grunawalt *et al.* (eds), *Protection of the Environment during Armed Conflict*, International Law Studies, Naval War College, Newport R.I., 1996, p. 526.

4 Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, Art. 8 (b) (iv).

5 But see M. Bothe, "Criminal responsibility for environmental damage in times of armed conflict", in *op. cit.* (note 3), pp. 473-478, and G. J. Tanja, "Individual accountability for environmental damage in times of armed conflict: International and national penal enforcement possibilities", *ibid.*, pp. 479-490.

environment[6] before turning to the more traditional issues related to target selection (in particular, military objectives and the principle of proportionality) is not indicative, for this apparent "priority" is not matched by the content of the relevant paragraphs. While the Report first states that the "NATO bombing campaign did cause some damage to the environment",[7] it finally concludes that the Prosecutor "should not commence an investigation into the collateral environmental damage caused by the NATO bombing campaign".[8] The Committee Report seems to be just another occasion to demonstrate the inefficiency of the rules on the protection of the environment in armed conflict. However, it may also be argued that the Committee has not only failed to follow the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) in one of its main achievements, namely the clarification of controversial rules of humanitarian law, but has added to the already existing ambiguities in interpretation of the applicable rules on the protection of the environment.

3. The Report is neither explicit about the binding character of the prohibition of severe environmental damage nor precise with regard to the substance of the rule(s). As far as the binding character is concerned, the Report quotes Articles 35, paragraph 3, and 55 of Protocol I and then states that Article 55 "*may* ... reflect customary law".[9] Instead of referring in support of this statement to the Advisory Opinion of the International Court of Justice (ICJ) on the legality of nuclear weapons,[10] the Report attributes the contrary view to the Court. This is inexact, since the ICJ in the above-mentioned case explicitly points out that the two provisions "embody a general obligation to protect the natural environment against widespread, long-term and severe environmental damage".[11] The Report thus gives the impression that the existence of such a rule is still a matter of major controversy.

6 *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, paras 14-25. http://www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm.

7 *Ibid.*, para. 14.

8 *Ibid.*, para. 25.

9 *Ibid.*, para. 15; italics by the author.

10 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, 66.

11 *Ibid.*, p. 242, para. 31.

With regard to the substance of the rule, the Report argues that "the notion of 'long-term' damage in Additional Protocol I would need to be measured in years rather than months ...".[12] This is an interpretation based on what appears to have been a common understanding of the formulation "long-term" at the 1974-1977 Diplomatic Conference when Protocol I was drafted ("long-term" being understood as referring to a period of at least ten years).[13] However, such an interpretation differs from that which States parties have agreed to give to the term "long-lasting" as included in the ENMOD Convention. According to an "understanding" reached at the Conference of the Committee on Disarmament (though not formally attached as an annex to the Convention), "long-lasting" means damage lasting "for a period of several months, or approximately a season"[14] (which obviously is less than "years"). The Committee Report could have taken into account recent tendencies to interpret the term used in the ENMOD Convention and the term used in Articles 35, paragraph 3, and 55 of Protocol I as both meaning a period of several months.[15] Also, the Committee Report fails to clarify the relationship between claims of military necessity and reckless disregard of long-lasting damage to the environment. At very least, the Committee should have stressed that Articles 35, paragraph 3, and 55 of Protocol I go beyond the traditional requirement of "military necessity" and impose an absolute ban on severe environmental damage.[16]

12 *Final Report* (note 6), para. 15.

13 F. Kalshoven, "Reaffirmation and development of international humanitarian law applicable in armed conflicts: the Diplomatic Conference, Geneva, 1974-1977", Part II, *Netherland Yearbook of International Law*, Vol. IX, 1978, p. 130, referring (note 56) to the Report of Committee III (CCDH/215/Rev. 1, para. 27) and to the Rapporteur's Report to Committee III on the work of the Working Group (CDDH/III/275 and Corr. 1).

14 Report of the CCD, Vol. I GAOR, 31st Session, Suppl. No. 27 (UN Doc. A/31/27), p. 91. Reprinted in A. Roberts/R. Guelff, *Documents on the Laws of War*, 3rd ed., Oxford University Press, 2000, p. 407.

15 Hulme, *op. cit.* (note 1), p. 74. This, however, is in contrast to an explicit clause of the understandings "that the interpretation set forth above is intended exclusively for this Convention and is not intended to prejudice the interpretation of the same or similar terms used in connexion with any other international agreement".

16 S. Oeter, "Methods and means of combat", in D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, 1995, p. 117, margin no. 403.

4. Given the thresholds of Articles 35, paragraph 3, and 55 of Protocol I, and in light of the fact that neither the USA nor France have ratified Protocol I, the Committee Report favours an analysis against the background of "the underlying principles of the law of armed conflict such as necessity and proportionality".[17] There is some agreement on the applicable (or underlying) principles of the laws of war. They include the principle of proportionality, the principle of discrimination, the principle of necessity and the principle of humanity.[18] It has been argued that each of these four principles "strongly points to the conclusion that actions resulting in massive environmental destruction, especially where they do not serve a clear and important military purpose, would be questionable on many grounds, even in the absence of specific rules of war addressing environmental matters in detail".[19] Furthermore, it has been suggested that "such a conclusion would seem inescapable", when "the four principles are taken together".[20] However, these principles and the very general conclusion prohibiting massive environmental destruction can hardly form the basis of criminal responsibility. Even less, they would not have the desired cultural or educational effect of criminal law which presupposes clarity of the law.[21]

In contrast to the foregoing criticism of the Committee Report's interpretation of Articles 35, paragraph 3, and 55 of Protocol I, it is remarkable that the Report seeks to develop a more precise rule on the basis of the above-mentioned principles. It points out that even when targeting legitimate military objectives, "there is a need to avoid excessive long-term damage to the ... natural environment with a consequential adverse effect on the civilian population".[22] Referring

17 *Final Report* (note 6), para. 15.

18 A. Roberts, "Environmental issues in international armed conflict: The experience of the 1991 Gulf War", in Grunawalt *et al.*, *op. cit.* (note 2), p. 228. See also R. Falk, "The environmental law of war: An introduction", in Plant, *op. cit.* (note 1), pp. 84-85. Falk adds the principles of neutrality and of intergenerational equity without, however, adding greatly to the existing law.

19 Roberts, *ibid.*, p. 228.

20 *Ibid.*

21 Bothe, *op. cit.*, (note 5), p. 474.

22 *Final Report* (note 6), para. 18.

to A.P.V. Rogers,[23] the Report argues that "military objectives should not be targeted if the attack is likely to cause collateral environmental damage which would be excessive in relation to the direct military advantage which the attack is expected to produce".[24] Thus, the essential question remains: what can be considered as excessive damage?

The Committee Report concludes only that there is an obligation to avoid, or at least minimize, incidental damage; no further specification is given of the term "excessive". Instead of further clarifications, it moves on to consider Article 8 (b) (iv) of the 1998 Rome Statute of the International Criminal Court which requires the intentional launching of an attack causing environmental damage "clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated" for such an act to qualify as a serious violation. While this is not a precise definition, it underscores the fact that there is an important difference between a particular prohibition and criminal prosecution for damage to the environment, and it has rightly been argued that prosecutors would be reluctant to prosecute "unless the proportionality requirement was clearly breached".[25] Thus, with regard to incidental casualties or damage the requirement that they be "clearly" excessive is not unduly onerous. Furthermore, it has long been accepted that a mere inadvertent collateral environmental effect of an attack does not make an attack unlawful: "The effect must have been intended or at least foreseeable".[26]

In view of these considerations, the Committee Report draws a fairly strict conclusion when it argues that "actions resulting in massive environmental destruction, especially where they do not serve a clear and important military purpose, would be questionable".[27] It is all the more surprising that the Committee Report consequently does not consider a further investigation necessary, given that there are

23 A.P.V. Rogers, "Zero-casualty warfare", *IRRC*, No. 837, March 2000, pp. 177-178.

24 *Final Report* (note 6), para. 18.

25 W. J. Fenrick, in O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute*, 1999, *and* Article 8, margin no. 51.

26 M. Bothe, "War and environment", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Inst. 4, North Holland, 1982, p. 292.

27 Final Report (note 6), para. 22.

obviously some doubts as to whether or not the targeting by NATO of Serbian petrochemical industries has served a clear and important military purpose.

5. Given that the extent of environmental damage is an essential criterion for discussing criminal responsibility, it is not convincing that the Committee Report does not go further into the matter. It simply points to the difficulties involved in an assessment of the damage caused by the oil spills and fires in the 1990/1991 Gulf War. The conclusions of the Balkan Task Force, established by the United Nations Environment Programme (UNEP)[28] should have given rise to concern. While it is true that the Task Force concluded that there was no "environmental catastrophe", it nevertheless noted "serious" pollution posing "a threat to human health" with particular "hot spots" in areas affected by the consequences of the Kosovo conflict. To dispute the UNEP study's qualification as a reliable indicator by referring to an overly restrictive interpretation of "long-term"[29] is not convincing. If "accurate assessments regarding the long-term effects of this contamination may not yet be practicable",[30] the Report should have given different advice.

6. What remains? Articles 35, paragraph 3, and 55 of Protocol I will continue to be of limited relevance in respect of criminal responsibility. While Article 35 with its focus on methods of warfare could have proved relevant with regard to the use of depleted uranium projectiles, it has little bearing on the limitation of environmental damage in conflicts such as the Kosovo conflict. Article 55 of Protocol I "concentrates on the survival of the population".[31] Being

28 UNEP/UNCHS, *The Kosovo Conflict: Consequences for the Environment and Human Settlements*, 1999; also available via http://www.grida.no/inf/news/news99/finalreport.pdf.

29 *Final Report* (note 6), para. 17.

30 *Ibid.*

31 *C. Pilloud/J. de Preux*, "Article 55", in Y. Sandoz *et al.* (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross, 1987, p. 663, margin no. 2133.

thus rooted in the principle of distinction, it could play a greater part in limiting environmental damage. However, both provisions suffer from the threshold of "widespread, long-term and severe damage", which is quite high. This threshold should be reinterpreted in line with the "understandings" related to the ENMOD Convention. Such an interpretation could contribute to a clearer understanding of the proportionality requirement under general humanitarian law as included in Article 8 of the Rome Statute. However, as long as ambiguities remain, environmental damage in times of armed conflict will not "really" be a matter of criminal responsibility, and the general rule will remain deprived of the deterrent effect of criminal law provisions.

●

Résumé

Dommage à l'environnement naturel en conflit armé : pas « vraiment » une affaire de responsabilité pénale ?

par THILO MARAUHN

Le rapport final du Comité chargé d'examiner la campagne de bombardements de l'OTAN contre la République fédérale de Yougoslavie examine également la question de savoir si les forces de l'OTAN ont violé les interdictions qui protègent l'environnement naturel. Il arrive à la conclusion que les faits ne justifieraient en tout cas pas l'ouverture d'une enquête pénale dans le cadre du TPIY. L'auteur analyse cette argumentation et met en exergue ses aspects positifs et négatifs. Les différentes questions restées ouvertes, relatives à l'interprétation des règles internationales protègeant l'environnement naturel en temps de conflit armé, n'ont cependant pas (encore) trouvé leur réponse définitive.

The shelling of Knin by the Croatian Army in August 1995: A police operation or a non-international armed conflict?

by
PHENYO KEISENG RAKATE

In August 1995, the Croatian Army in an operation called Operation Storm — otherwise known as *Oluja* — targeted and killed Serb minorities in the town of Knin, in Croatia. As a result, the Prosecutor of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) carried out an investigation with the aim of prosecuting those who had allegedly violated principles of international humanitarian law. The government of Croatia refused to cooperate with the Tribunal and argued that Operation Storm was neither an internal nor an international armed conflict, but an "internal police operation".

This paper is based largely on the *Tadic* Appeals Decision (Jurisdiction) of the ICTY and the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the protection of war victims. It examines the arguments put forward by the Croatian government and concludes that, in the light of the criteria set out by the ICTY Appeal's Chamber Operation Storm

PHENYO KEISENG RAKATE is Visiting Research Fellow at the Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg (Germany). He was previously a law clerk at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, The Hague.

did constitute an armed conflict. It is further concluded that the fact that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia-Montenegro) offered token assistance to the "Republika Srpska Krajina" prior to Operation Storm is but a slender justification for invoking Article 2 common to the Geneva Conventions.

Operation Storm (Oluja)

After Croatia had declared its independence on 8 October 1991, Serb minorities in Croatia voted for independence from Zagreb to form their own State. The so-called "Republika Srpska Krajina" (RSK), with Knin as its capital, came into being on 12 February 1994.[1] The RSK had its own military forces, the Serbian Army of Krajina (Srpska Vojska Krajine — SVK). Milan Martic was elected as its "President" in 1994. The RSK did not enjoy international recognition as an independent and sovereign State. Consequently, although the "Republika Srpska" was represented at the Dayton Peace Accord negotiations, its representatives were not authorized to sign the accord; instead the Federal Republic of Yugoslavia signed on behalf of the Krajina authorities.[2]

On 4 August 1995 the Croatian Army launched an organized attack against the "Republika Srpska". The shelling of Knin also started on that same day. Operation Storm lasted from 4 to 8 August 1995. The purpose of *Oluja* was to seize the areas allegedly captured by Serbs during the war in 1991. The operation was executed by four District Corps, each with its own commander. Before Operation Storm there had been other military operations by the Croatian Army against Serb enclaves, such as Operations Medak Pocket (1993), Maslenica (1995) and Flash (1995),[3] which had resulted in the killing of civilians

1 See in general Mile Dakic, *The Serbian Krayina: Historical Roots and its Birth*, Iskra, Knin, 1994.

2 General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina (Paris, 14 December 1995), in *International Legal Materials*, January 1996, pp. 75 ff. — See the formula used in the "Side Letters": "As head of the delegation authorized to negotiate and sign [the Dayton Accord] on behalf of the Republika Srpska...", signed by President Slobodan Milosevic. *Ibid*.

3 On these operations see Guy Janssen and Joakim Robertsson, *In the Name of Justice*, unpublished memorandum, Amsterdam School of International Relations, 1997 (on file with the author).

and in massive destruction of civilian properties, especially non-Croat. Despite the size of these operations, the Croatian government and media continued to refer to them as "internal police operations". Operation Storm had been on the cards for some time.[4]

These indiscriminate attacks caused many civilian casualties, especially among non-Croats. Subsequently, there were lootings and destruction of civilian property; houses were torched, United Nations forces were prevented from carrying out humanitarian aid and people were held hostage.[5] The Croatian government estimated that 911 people were killed during Operation Storm.[6]

Resistance by the Serbian Army of Krajina against the Croatian Army was minimal if not insignificant. Military experts suggest that the SVK lacked the necessary artillery to defend itself. General Mrskic and 400 retired Serbian volunteers from the Yugoslav Army were sent to bolster the SVK. This, however, was inadequate to face the well planned Croatian attack.

After the shelling of Knin, President Tudjman visited the town and hoisted the Croatian flag to mark the victory of Croats over Serb rebels in Croatia.[7]

The investigation by the ICTY Prosecutor

Pursuant to Rule 39 of the Rules of Procedure and Evidence of the ICTY and the Consolidated Request for Assistance between the Prosecutor and the Croatian Office for Co-operation with the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia,[8]

4 Ante Gotovina, *Offensives and Operations of HV/Croatian Army and HVO*, Knin, 1996 (publication of the Croatian Army, translated from Serbo-Croat by the ICTY — on file with the author).

5 "On Operation Storm", *Voice of the Croatian Army*, No. 2, Zagreb (official newsletter of the Croatian Army; translated from Serbo-Croat by the ICTY — on file with the author).

6 Report of the Croatian Government on the Implementation of Security Council Resolution No. 1019 (1995), *ibid.*

7 Snezana Trifunovska (ed.), *Former Yugoslavia Through Documents: From its Dissolution to the Peace Settlement*, 1999, p. 669.

8 See "Constitutional law on the cooperation of the Republic of Croatia with the International War Crimes Tribunal", *Norodne Novine*, No. 32/96, 1996, adopted by the Croatian government pursuant to Security Council Resolution 1019 (1995), para. 5, *supra* (note 6).

the Prosecutor asked the Croatian government for its official position regarding Operation Storm, in terms of the following information:

1. a) The specific political and military objectives of Operation Storm;

b) situation reports regarding the combat phases of the operation;

c) the flight of refugees and displaced persons following combat operations.

2. Croatian government statements or reports in response to any allegations of excessive use of force, civilian casualties, attacks on non-military targets, human rights violations or war crimes by Croatian forces during, and in the aftermath of, the operation.

3. The orders of battle, and information on assigned areas of operational responsibility for all active-duty and reserve Croatian military (regular Croatian Army and Home Guard), Air Force, and Interior Ministry units mobilized and deployed for Operation Storm.[9]

After some prolonged correspondence between the Croatian government and the Prosecutor's Office, the Head of the Croatian Office for Co-operation with the ICTY finally replied in a letter dated 29 May 1997, setting out his government's position with regard to this request: Operation Storm did not involve an armed conflict, as that term is understood under accepted principles of international law, but was a police action which lasted approximately 84 hours; accordingly, the ICTY had no competence or jurisdiction to investigate or prosecute individuals for alleged violations of international humanitarian law during Operation Storm. As a result the requested documents were, he wrote, not relevant or material to any task properly within the ICTY's competence.[10]

9 Letter by Mr Graham Blewitt, Deputy Public Prosecutor of the ICTY, dated 11 December 1996 (on file with the author).

10 Letter by the Head of the Croatian Office for Co-operation with the ICTY (on file with the author).

In essence, the Croatian government challenged the jurisdiction of the Tribunal on the basis that *Oluja* was an internal police matter and as such was below the threshhold of an armed conflict.[11]

Proving the existence of an armed conflict

a) The ICTY's jurisprudence

In the *Tadic* Appeal Decision, the Appeals Chamber considered that in the light of the 1949 Geneva Conventions and the 1977 Additional Protocols, the requirements for the existence of an armed conflict were fulfilled.[12] The Appeals Chamber spelt out what constitutes an armed conflict:

> "(i) resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State;
> (ii) applicability of international humanitarian law from the beginning of the conflict until the end of active hostilities and/or a peace agreement between the parties to the conflict;
> (iii) applicability of international humanitarian law in the whole territory controlled by the parties to the conflict;
> (iv) existence of a *nexus* between the conflict and other similar or related events within the territory of the parties to the conflict. A separate incident may be regarded as part of the armed conflict, as long that there is a *nexus* between the events."[13]

b) Did Operation Storm take place in a situation of internal disturbances or in an armed conflict?

The intrinsic nature and military character of Operation Storm were such that it could never be akin to a mere police operation, as suggested by the Croatian authorities. Indeed, this was acknowledged by one of the commanders of the operation, General Gotovina. He

11 The Croatian government reiterated this position in its letter of 18 May 1998 addressed to the Office of the Prosecutor (on file with the author).

12 *The Prosecutor* v. *Dusko Tadic*, Case No. IT-94-AR72 (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction).

13 *Ibid.*, para. 70.

stated, *inter alia,* that "[a]lready in the first hours of the Operation, military analysts, journalists and representatives of the international political elite were so obviously interested in and surprised by the military operation, that they were almost disoriented since [*sic*] the scope and complexity of such a military operation which could only have been seen during Desert Storm in the Gulf".[14] This is why, he continued, "the foreign military experts were unable to understand fully the combat dynamics and the attacks carried out deep into such a large combat area. In recent military history, such achievements could only be compared to the sophistication of combat operations in Desert Storm".[15] He went on to emphasize that "[i]nternational military analysts never thought that the Croatian soldier would be able to take part in such a wide ranging and complex operation and [Operation] Storm simply took their breath away".[16]

The Inter-American Commission on Human Rights considered a case with a set of facts similar to those of Operation Storm: the *La Tablada* case.[17] That case dealt with an incident in La Tablada, Buenos Aires Province (Argentina), between an alleged "organized armed group" and the La Tablada Regiment No. 3 in 1989 in which 29 people lost their lives, an operation alleged to have lasted for thirty minutes. In distinguishing internal disturbances and tensions from a non-international armed conflict, the Commission referred to the criteria worked out by the International Committee of the Red Cross in its *Commentary* on the 1973 Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions. Accordingly, the criteria determining the existence of internal disturbances and tensions are as follows:

- disturbances are not based on a concerted intent and are not controlled by a political leader;
- disturbances are of an isolated and sporadic nature;
- disturbances are characterized by mass arrests due to political differences and behaviour.

14 *Op. cit.* (note 4), p. 2.
15 *Ibid.*, p. 11.
16 *Ibid.*, p.7.
17 Inter-American Commission on Human Rights, Case No. 11. 137 Argentina, Report No. 55/97, OEA/Ser/L/V/LL.97 Doc.38.

Such internal disturbances or tensions do not, as the Commission observed, trigger the applicability of Article 3 common to the Geneva Conventions.[18]

However, after careful examination of the nature and character of the Tablada incident, the Commission concluded:

> "154. Based on a careful appreciation of the facts, the Commission does not believe that the violent acts at the Tablada military base on January 23 and 24, 1989 can be properly characterised as a situation of internal disturbances. What happened there was not equivalent to large scale violent demonstrations, students throwing stones at the police, bandits holding persons hostage for ransom, or the assassination of government officials for political reasons — all forms of domestic violence not qualifying as armed conflicts.
>
> 155. What differentiates the events at the Tablada base from these situations are the concerted nature of the hostile acts undertaken by the attackers, the direct involvement of governmental armed forces, and the nature and level of the violence attending the events in question. More particularly, the attackers involved carefully planned, co-ordinated and executed an armed attack, i.e., a military operation, against a quintessentially military objective...
>
> 156. The Commission concludes therefore that, despite its brief duration, the violent clash between the attackers and members of the Argentine armed forces triggered application of the provisions of Common Article 3, as well as other rules relevant to the conduct of internal hostilities."[19]

During Operation Storm there were many casualties among the civilian — especially the non-Croat — population and among members of the UN forces. When the shelling of Knin started on 4 August 1995, the Croatian Army fired heavy rockets which destroyed many civilian properties. Officers were often seen by UN personnel looting properties of Serb civilians. Tanks blockaded the UN military headquarters in Sector South, preventing personnel there from assisting wounded civilians. The transportation of wounded civilians to

18 *Ibid.*, para. 149 (footnote omitted).

19 *Ibid.*

the Knin hospital was obstructed by Croatian commanders. Spurred by the killing and wounding of UN personnel, General Forand, the UN Commander of Sector South and a military expert, wrote a letter of protest to General Gotovina, Commander of Split Corps District:

> "This is to protest in the most vigorous manner the unprovoked artillery attack on Knin and the town of Drnis, Medak, Bunic, Benkovac and Kristanje. I demand the cessation of these attacks immediately. In my opinion this aggression against unarmed civilians is completely contrary to international humanitarian law and I will document all attacks for full investigation by international authorities."[20]

Despite the protest by General Forand and other UN officers, military operations continued unabated, killing a great number of civilians including children and the elderly. As a result of the Croatian Army's attacks many Krajina Serbs fled Knin and the surrounding areas and moved to Bosnia and Herzegovina or Serbia. Those who were not able to flee sought refuge at the headquarters of the UN forces.

In the *Tablada* case, the Inter-American Commission of Human Rights observed that "international humanitarian law generally does not apply in peacetime, and its fundamental purpose is to place restraints on the conduct of warfare in order to diminish the effects of hostilities. It is understandable therefore that the provisions of conventional and customary humanitarian law generally afford victims of armed conflicts greater or more specific protections..."[21] The Croatian Army and the Serbian Army of Krajina (SVK) were consequently under an international obligation to respect rules of international humanitarian law.

c) Cessation of hostilities

Although hostilities subsided in Bosnia and Herzegovina following the agreements concluded in Washington and Split between

20 Letter by Major General Forand, UN Commander of Sector South, addressed to General Gotovina, Commander of Split Corps District, dated 4 August 1995 (on file with the author).

21 *Op. cit.* (note 17), para. 159.

the Croatian and Bosnian governments, it was only in December 1995 that the Dayton Agreement brought peace to the region. Hostilities had in fact continued in the Krajina until that moment.[22]

d) Was there a nexus between the armed conflict and other similar violent acts prior to Operation Storm in Croatia?

Even if Operation Storm is not in itself deemed to be a non-international armed conflict, there is undoubtedly a link between these events and previous military operations in Croatia. Indeed, hostilities between Croats and Serbs continued after the withdrawal of the Yugoslav Army in May 1992. That conflict continued until the Dayton Peace Accord in December 1995. Viewed in that context, Operation Storm was not a separate incident, but was part of a series of ongoing military operations carried out by the Croatian Army.

To sum up, in the author's opinion Operation Storm was not an isolated or sporadic internal disturbance but a distinct military operation involving high officials of the Croatian government, including the late President Franjo Tudjman. Moreover, as Major-General Ante Gotovina suggested in his *Oluja* (an official publication of the Croatian Army),[23] Operation Storm was of a high military standard comparable to Desert Storm during the Gulf War. In the light of the above arguments it is illogical to claim, as the Croatian government does, that Operation Storm was an internal police matter.

The requirements of international law regarding internal armed conflicts

a) Protocol II additional to the Geneva Conventions

On 8 June 1977, the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts adopted Protocol II additional to the Geneva Conventions.[24] Henceforward, Article 3 common to the

22 *Op. cit.* (note 4).

23 *Op. cit.* (note 15).

24 Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977.

Geneva Conventions and Protocol II apply to non-international armed conflicts.

In terms of Article 1, paragraph 1, Protocol II applies to "all armed conflicts (...) which take place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces (...) which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol".

The second paragraph thereof specifies that Protocol II does not apply "to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature, as not being armed conflicts".

This means that Protocol II applies to internal armed conflicts of such a nature that they can be qualified as civil wars. As one commentator noted:

> "Protocol II (...) contains objective qualifications, such as the requirement that there be control of part of the territory by opposition forces. Furthermore, that control must be sufficient to enable the rebels to carry out 'sustained and concerted military operations'. Accordingly, the rebels, *inter alia*, must be able to detain prisoners, treat them humanely and give adequate care to the wounded and sick. These criteria are primarily designed to restrict the application of Protocol II to serious cases of rebellion."[25]

The situation in which Operation Storm took place fulfils the requirements of Protocol II. At least before 4 August 1995, the SVK was in control of part of the territory of Croatia and was thus able to carry out "sustained and concerted military operations". These were not mere internal disturbances or tensions but an armed conflict taking place between armed forces of a State party to the Geneva Conventions and Protocol II, on the one hand, and dissenting forces, on the other.

25 Henri Kogman, "International humanitarian law", *Amsterdam University Journal of International Law & Policy*, Vol. 9, 1993, pp. 62-63.

b) Article 3 common to the 1949 Geneva Conventions

The essence of Article 3 common to the Geneva Conventions is to prohibit inhuman treatment of civilians not directly involved in acts of war. It outlaws, for example, the taking of hostages or inhuman and degrading treatment of civilians, and stipulates that the wounded and sick must be cared for. During Operation Storm, the Croatian Army prevented UN personnel from assisting wounded Serb civilians (the "Knin hospital incident").[26] Thus people who were not directly involved in military operations became targets of the Croatian Army, in violation of Article 3 of the Geneva Conventions.

c) State practice: the case of Rwanda

The conflict in Rwanda between the Rwanda Patriotic Front (RPF) and the Hutu militia, the *Interahamwe* ("those who attack together"), in April 1994 is a clear example of an internal armed conflict. This was indeed the opinion of the Commission of Experts appointed pursuant to Security Council Resolution 935 to investigate gross violations of international humanitarian law in Rwanda between April and December 1994:[27]

> "146. The Commission of Experts concludes, on the basis of ample evidence, that individuals from both sides to the armed conflict in Rwanda during the period 6 April 1994 to 15 July have perpetrated serious breaches of international humanitarian law, in particular of obligations set forth in Article 3 common to the four Geneva Conventions of 12 August 1949 and in Protocol II additional to the Geneva Conventions and relating to the protection of victims of non-international armed conflicts..."

The Rwanda precedent further supports the conclusion that the conflict between the Croatian Army and the Serbian Army of Krajina constituted an armed conflict and that crimes committed

26 Letter by General Forand, *supra* (note 20).

27 Preliminary Report of the Independent Commission of Experts Established in Accordance with Security Council Resolution 935 (1994), UN Doc. S/1994/1125.

during Operation Storm have to be judged under Article 3 common to the Geneva Conventions and their Additional Protocol II.

Has the conflict an international character?

a) Practice of the ICTY regarding qualification as an international armed conflict

As set out in the *Tadic* Appeal Decision, an international armed conflict in the sense of international humanitarian law occurs (i) in the case of an armed conflict between two independent States, or (ii) in the case of a third party's involvement in an internal conflict. The Appeals Chamber noted that the Security Council was aware of the fact that the conflict in the former Yugoslavia had both internal and international dimensions:

> "(...) The conflict in the former Yugoslavia had been rendered international by the involvement of the Croatian Army in Bosnia-Herzegovina and by the involvement of the Yugoslav National Army (JNA) in hostilities in Croatia, as well as in Bosnia-Herzegovina at least until its formal withdrawal on 19 May 1992. To the extent that the conflict has been limited to clashes between Bosnian government forces and Bosnian Serb rebel forces in Bosnia-Herzegovina, as well as between the Croatian Government and Croatian Serb rebel forces in Krajina (Croatia), they had been internal (unless direct involvement of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia-Montenegro) could be proven)." [28]

The Tribunal then went on to say:

> "(...) If the Security Council had categorized the conflict as exclusively international and, in addition, had decided to bind the International Tribunal thereby, it would follow that the International Tribunal would have to consider the conflict between Bosnian Serbs and the central authorities of Bosnia-Herzegovina as international. Since it cannot be contended that the Bosnian Serbs constitute a State, arguably the

28 *Supra* (note 12), para. 72.

classification just referred to would be based on the implicit assumption that the Bosnian Serbs are acting not as a rebellious entity but as organs or agents of another State, the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia-Montenegro). As a consequence, serious infringements of international humanitarian law committed by the government army of Bosnia-Herzegovina against Bosnian Serbian civilians in their power would not be regarded as 'grave breaches' because such civilians, having the nationality of Bosnia-Herzegovina, would not be regarded as 'protected persons' under Article 4, paragraph 1 of the Geneva Convention IV. By contrast, atrocities committed by Bosnian Serbs against Bosnian civilians in their hands would be regarded as 'grave breaches' because such civilians would be 'protected persons' under the Convention, in that the Bosnian Serbs would be acting as organs or agents of another State, the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia-Montenegro) of which the Bosnians would not possess the nationality. This would be, of course, an absurd outcome, in that it would place the Bosnian Serbs at a substantial legal disadvantage *vis-à-vis* the central authorities of Bosnia-Herzegovina."[29]

The Appeals Chamber was aware that the consequences of classifying the conflict as exclusively international would result in a situation where Serb minorities in Croatia or in Bosnia and Herzegovina would not be protected persons in the sense of the 1949 Geneva Conventions. However, once the existence of an international armed conflict is established, civilians in the territory of the parties to the conflict become protected persons in the sense of Article 4 of the Fourth Geneva Convention.[30]

b) Is there sufficient evidence to prove the international character of Operation Storm?

There is at least one aspect which could give Operation Storm an international character, namely the assistance the Krajina

29 *Ibid.*, para. 76.

30 Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, of 12 August 1949.

Serbs received from the Serb authorities. Although the Yugoslav Army formally withdrew from Croatian territory in 1992, it continued to offer limited military support to the Serbian Army of Krajina. After the fall of Sector West in May 1995 the "Knin authorities" reshuffled their own armed forces and called for aid from the Bosnian Serbs and from Serbia. The assistance arrived in the form of retired Yugoslav National Army general Mile Mrskic, former commander of the Yugoslav Special Forces, together with a number of Special Forces personnel and 400 veteran volunteers from other Yugoslav military units. General Mrskic has meanwhile been indicted by the ICTY.[31]

The foregoing facts are not sufficient to conclude that Operation Storm did constitute an international armed conflict. In particular, there is insufficient evidence to prove the involvement of the Federal Republic of Yugoslavia in Operation Storm.

Conclusion

In the author's view, Operation Storm was a non-international armed conflict which meets the criteria set out by the ICTY Appeals Chamber in the *Tadic* case and by the Inter-American Human Rights Commission in the *La Tablada* case. An internal armed conflict existed between an organized armed group, the Serbian Army of Krajina (SVK), and Croatia. There is insufficient evidence to prove that the Yugoslav Army was directly involved in Operation Storm, which would have given the conflict an international character.

The Croatian government's position that Operation Storm was a mere internal police matter can hardly be upheld. In any event there is nothing to prevent the Prosecutor from launching an investigation, even assuming that Operation Storm was an internal police matter. According to Articles 16 and 18 of the ICTY Statute the Prosecutor "shall act independently" and "...shall initiate investigations *ex officio* or on the basis of information obtained from any source..." The Prosecutor must assess the information received or obtained and

31 *The Prosecutor* v. *Mrskic, Radic, Sijvancanin and Dkmanic* ("Vukovar Hospital Case"), Case No. IT-95-13a1.

decide whether there is sufficient basis to proceed. Where a *prima facie* case is determined to exist, the Prosecutor transmits an indictment to a judge of the Trial Chamber, who, if satisfied that a *prima facie* case has indeed been established, will confirm the indictment.

Therefore, even if Operation Storm was merely an internal police operation, it would still be within the competence of the Prosecutor to initiate an independent investigation on the basis of evidence gathered from "any source" (in the words of the ICTY Statute). Moreover, even if the Croatian government were to argue, by way of alternative reasoning, that as an independent State it was acting in self-defence against the FRY in accordance with the terms of Article 51 of the United Nations Charter, such a position would not preclude Croatia from observing international humanitarian law in the exercise of such right of self-defence.

The shelling of Knin by the Croatian Army was arguably not only militarily unjustified but constituted a violation of international humanitarian law, insofar as indiscriminate attacks were launched against civilians and civilian property was destroyed on a massive scale. It is within the powers and mandate of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia to investigate Operation Storm and prosecute those alleged to be responsible for violating international humanitarian law.

●

Résumé

Le bombardement de Knin par l'armée croate en août 1995 : une opération de police ou un conflit armé non international ?

PAR PHENYO KEISENG RAKATE

En août 1995, l'armée croate a mené une attaque contre la ville de Knin, située dans la partie de la Croatie peuplée majoritairement de Serbes. Le procureur du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a ouvert une enquête au sujet de cette opération qui a fait des victimes parmi la population civile. L'auteur se demande si cette opération militaire doit être qualifiée de simple action de police — la thèse du gouvernement croate —, ou s'il s'agit bel et bien d'une attaque dans le cadre d'un conflit armé non international entraînant l'applicabilité du droit international humanitaire. Il conclut à l'existence d'un conflit armé et à l'applicabilité des dispositions relatives aux conflits armés non internationaux.

The legal status of National Red Cross and Red Crescent Societies

by
Christophe Lanord

Many texts about the International Red Cross and Red Crescent Movement start with a reference to Henry Dunant, maybe because the author expects it to prompt his or her inspiration. If the subject of the text is the legal status of Red Cross and Red Crescent Societies, this reference is indeed fully justified. In his masterpiece *A Memory of Solferino*, Dunant put forward two proposals: he called for the inviolability of the armed forces' medical personnel to be guaranteed, and for the forma-

Christophe Lanord, who has a PhD in Law, is an independent consultant on humanitarian issues. From 1992 to 1999, he was Legal Officer in the Secretariat of the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies. This article is based on the author's doctoral thesis (University of Clermont-Ferrand): Christophe Lanord, *Le statut juridique des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, Éditions de la Chapelle, Genève/Thoiras, 1999, 545 pages; also available on the Internet at ‹http://lanord.free.fr›. The views expressed in this article are those of the author and do not necessarily reflect the views of the International Federation.

tion of relief societies to bring care to wounded and sick soldiers in the field. The first proposal has been a landmark in the development of modern international humanitarian law, with the 1864 Geneva Convention and its successive versions, while the second proposal led to the creation of Red Cross Societies and, later on, Red Crescent Societies, also called "National Societies". Dunant urged that such societies be constituted in advance, in peacetime, so that they could step in as soon as an armed conflict began.

Dunant's proposals were discussed by the 1863 Geneva Conference, at which unofficial representatives from sixteen States and various interested persons met and adopted ten resolutions and four recommendations. The first resolution starts as follows:

> "Each country shall have a Committee whose duty it shall be, in time of war and if the need arises, to assist the Army Medical Services by every means in its power."[1]

This single paragraph gave rise to one of the key concepts concerning National Societies today, namely that they shall be "auxiliary to the public authorities in the humanitarian field". We shall see in the first part of this article how the concept was established and has evolved, as part of a broader context in which National Societies appear as national organizations endowed with rights and obligations on the basis of international humanitarian law or of resolutions adopted within the Movement.

Another resolution of the 1863 Conference laid down principles for the internal organization of those future societies and their mutual relations. In the latter regard, it was agreed that "[t]he exchange of communications between the Committees of the various countries shall be made for the time being through the intermediary of the Geneva Committee". This task was to play a very important role in the history of the Geneva Committee – which became, in 1875, the International Committee of the Red Cross – because it was not, at that time, intended to have clear operational functions. As the said task proved to be neither temporary nor confined to the exchange of

1 See the *Handbook of the International Red Cross and Red Crescent Movement*, 13th ed., Geneva, 1994, for the text of official documents.

communications, it grew more and more demanding, especially with the rapid emergence of new National Societies. In 1868, the ICRC started a practice which became systematic eight years later, namely to inform all existing Societies of the establishment of a new Society. Setting increasingly rigorous standards for compliance with the relevant concepts and the verification of facts, after 1885 the ICRC referred to this function as "recognition" of National Societies – a term still used today. Between 1869 and 1887 a long process took place, primarily through International Conferences of the Red Cross, in which the tasks of the ICRC in general and its function of recognition in particular were confirmed; since then they have been endorsed several times, notably with the adoption of successive versions of the Statutes of the Movement (1928, 1952 and 1986). Today, there are 176 National Societies recognized by the ICRC.[2] In the second part of this article we shall examine the meaning of recognition, its legal basis and its effects, especially for the Societies' status as a component of the International Red Cross and Red Crescent Movement.

The third and last aspect of the legal status of National Societies concerns their relationship with the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, which was founded in 1919 under the name League of Red Cross Societies. At that time it had only five members – and there are 176 today, namely all the recognized National Societies. This membership creates rights and obligations for member Societies, and thus has a bearing on their legal status.

National Societies as organizations regulated by international humanitarian law

The very close relationship between a National Society and its country's government was already reflected in the third resolution of the 1863 Conference, requesting that "[e]ach Committee shall get in touch with the Government of its country, so that its services may be accepted should the occasion arise". This should be viewed in the context of that time. The founders of the Red Cross did not consider that entities still to be created by private persons would

2 At 30 June 2000.

be entitled to be present on the battlefield, even for humanitarian purposes. Indeed, military considerations would have debarred such an approach. Nor had they in mind to give certain societies a better status than others: all would be welcome to offer their services, but accepting them would remain the privilege of the government. This is still the case today, as laid down by the successive versions of the Geneva Conventions for the protection of war victims, for whereas the 1864 and 1906 Geneva Conventions do not deal with the status of National Societies, the Conventions of 1929 and 1949 do so.

The system established by Articles 24 and 26 of the First Geneva Convention of 1949[3] is as follows: in time of armed conflict National Society personnel have to be respected and protected in all circumstances – and, more generally, enjoy the same status as the armed forces' medical services — provided that those personnel:

- are exclusively engaged in certain tasks, namely the search for or the collection, transport or treatment of the wounded or sick, the prevention of disease, or the administration of medical units and establishments;
- are subject to military laws and regulations (with consequences in terms of security, regulations, uniforms, etc.);
- are working for a society which is duly recognized and authorized by its government, this recognition and authorization having to be notified to the other States.

Apart from Red Cross and Red Crescent Societies, a few religious organizations and national branches of the Order of Malta, hardly any other organization has ever availed itself of this status; the result is a quasi-monopoly of the Red Cross. If other organizations were to do so, however, they would be entitled to use the emblem of the red cross or red crescent for activities covered by Article 24 of the First Convention. This use of the emblem would be confined to those activities only, but would also be admissible in peacetime.

3 Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, of 12 August 1949.

Clearly, this protective status initially applied only to the relevant personnel of parties to an international armed conflict, including those of relief Societies of third (neutral) countries, if authorized by the warring party concerned. This has definitely become problematic, since the number of non-international armed conflicts nowadays far exceeds the number of those between two or more States.

The 1977 Protocols additional to the Geneva Conventions have admittedly extended the protection afforded to personnel undertaking the traditional function of National Societies, especially through Article 8 of Protocol I (on international armed conflict).[4] It may be argued that the new definitions therein also affect the law on non-international armed conflict, as those established by Protocol I may also apply to Protocol II.[5] The new rules on the protection of medical units and the increased flexibility in the use of the protective emblem have indubitably enhanced the protection of Red Cross and Red Crescent personnel.

However, the scope of protection on this basis alone remains somewhat limited. The question therefore arises whether the system established by the First Geneva Convention of 1949, even with the subsequent improvements in the 1977 Additional Protocols, meets today's needs It may also be wondered whether that system always allows the principles of independence and, in some cases, of neutrality and impartiality to be fully respected.[6] During the First World War, National Societies often tended to participate more than necessary in the war effort and were caught up in a nationalistic momentum which was difficult to avoid.[7] Seen with today's eyes, the nationalism which prevailed at that time among the leaders of certain National Societies is slightly frightening. It led to a reaction by the Movement, especially

4 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977

5 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977

6 Fundamental Principles of the International Red Cross and Red Crescent Movement – see *Handbook*, *supra* (note 1).

7 See John Hutchinson, *Champions of Charity, War and the Rise of the Red Cross*, Westview Press, Boulder, 1996.

after the case of the Belgian Red Cross during the First World War, the autonomy of which was seriously threatened – foreshadowing a recurrent phenomenon during the Second World War. This reaction also focused the Movement's attention more clearly on the need for independence and how to protect it, and resulted in the adoption of Article 63 of the Fourth Geneva Convention[8] as a means of maintaining the autonomy of a National Society in an occupied country.

Nationalism also prevented National Societies from becoming stronger at the international level – a trend which was acknowledged by the ICRC, in particular by its President Gustave Ador. On the other hand, Florence Nightingale was one of the few people to see that States would abdicate their responsibility to provide assistance to wounded soldiers if National Societies became too strong. Even though we may not agree today with the role some National Socieites played before and during the Second World War, we should not forget the huge amount of humanitarian work that those Societies have accomplished.

The traditional conception of the role of National Societies still has consequences today, although their activities are much broader than relief to wounded and sick soldiers in the field and other conflict-related activities. Indeed, their range has steadily increased, despite the fact that many Red Cross leaders, especially in the ICRC, were opposed to National Societies taking action in fields – for instance in aid to prisoners of war and civilians – other than those originally assigned to them, not to mention peacetime work. Yet it is certainly this diversification of activities which enabled the Movement to survive. The image and operational capacity of most National Societies would otherwise probably have been eroded during a long period of peace.

Apart from the very specific protection referred to above, National Societies also benefit from other provisions of international humanitarian law and of course by those rules established to cover the

8 Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12 August 1949.

activities of any relief organization, especially in aid of civilians and prisoners of war. But because they are specifically mentioned by several texts, the position of National Societies is often stronger than that of other organizations. There has been a tendency since 1949 to create a wider legal basis for National Society activities. In this respect, the International Conferences of the Red Cross and Red Crescent have played an important role in the development of the law. Today all those provisions, together with conventions and other texts established by various United Nations bodies, represent a relatively detailed corpus of legally binding or possible future norms. It is conceivable that there will in future be attempts to codify the status of humanitarian organizations, including that of the National Societies, possibly on the basis of the 1994 United Nations Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel. Such a codification may, however, have dangerous results if sovereignty were to prevail over humanitarian considerations.

International humanitarian law also contains provisions on the peacetime activities of National Societies: the training of qualified staff; the exclusive use of the emblem for indicative purposes; and the right to authorize third parties to use the emblem, subject to certain specific conditions. A number of National Societies have been recognized by their respective government as auxiliary to the public authorities on the basis of their peacetime activities, including cases in which those activities had nothing to do with armed conflicts. After all, recognition of a National Society on the basis of the Movement's Statutes[9] may be more appropriate than a narrow recognition on the basis of Article 26 of the First Convention. In any case, recognition has at least the advantage of determining which Society is the "real" one in a given country, and often serves to define a number of concessions it can have, for instance with regard to taxation and use of the emblem. But in terms of its broader implications it certainly raises the question of the modern meaning of "auxiliary to public authorities in

9 Statutes of the International Red Cross and Red Crescent Movement, October 1986.

the humanitarian field", a question whose importance is underscored by the Plan of Action for the Years 2000-2003, adopted by the 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent (Geneva, 1999),[10] and the Strategy 2010, adopted by the Federation's General Assembly that same year.[11] A "restatement" of this concept seems necessary to allow the establishment of a new partnership between States and National Societies and clarification of their mutual relations. Redefining this partnership would be justified by the fact that National Societies are also components of the Movement.

National Societies as components of the International Red Cross and Red Crescent Movement

National Red Cross and Red Crescent Societies become components of the Movement as soon as they are recognized by the ICRC. There is no procedure defined by the Statutes of the Movement for "admitting" National Societies as "members", simply because the Movement is not a membership organization. It should be noted that these Statutes do not foresee the possibility for a National Society to "resign" from the Movement.

The decision whether or not to grant recognition rests with the ICRC. Yet this does not mean that the International Committee has unlimited discretionary power. It is bound by criteria stipulated in Article 4 of the Statutes of the Movement, which reads as follows:

> "In order to be recognized in terms of Article 5, paragraph 2 b) as a National Society, the Society shall meet the following conditions:
>
> 1. Be constituted on the territory of an independent State where the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field is in force.

10 *IRRC*, No. 836, December 1999, pp. 880-895.

11 *Ibid.*, p. 929.

2. Be the only National Red Cross or Red Crescent Society of the said State and be directed by a central body which shall alone be competent to represent it in its dealings with other components of the Movement.
3. Be duly recognized by the legal government of its country on the basis of the Geneva Conventions and of the national legislation as a voluntary aid society, auxiliary to the public authorities in the humanitarian field.
4. Have an autonomous status which allows it to operate in conformity with the Fundamental Principles of the Movement.
5. Use the name and emblem of the Red Cross or Red Crescent in conformity with the Geneva Conventions.
6. Be so organized as to be able to fulfil the tasks defined in its own statutes, including the preparation in peace time for its statutory tasks in case of armed conflict.
7. Extend its activities to the entire territory of the State.
8. Recruit its voluntary members and its staff without consideration of race, sex, class, religion or political opinions.
9. Adhere to the present Statutes, share in the fellowship which unites the components of the Movement and cooperate with them.
10. Respect the Fundamental Principles of the Movement and be guided in its work by the principles of international humanitarian law."

The first version of these conditions was established towards the end of the nineteenth century, first as an internal ICRC text which nevertheless became public. Although the date is not certain, it was formulated after the 1887 Red Cross Conference, which had confirmed that the recognition of National Societies was to be undertaken by the ICRC. So that States, National Societies and the League of Red Cross Societies would be bound by these conditions – and following political problems in the Second World War and controversies with the League, which wanted to set its own criteria – a revised text was submitted to the 1948 International Conference of the Red Cross, which adopted them. In 1986, they were slightly amended

and enshrined in the Statutes of the Movement.[12] Modification of the conditions is consequently more difficult than before, because any amendment of the Movement's Statutes is subject to compliance with certain procedural requirements.[13]

It is noticeable that the ten conditions for recognition have scarcely changed in over a century. In a short article it is not possible to review all the problems raised by them. However, a few remarks should be made:

a) It should be noted that a State recognizing a National Society must be party to the First Geneva Convention on the protection of wounded and sick in the field, and not necessarily to the other three 1949 Geneva Conventions. Moreover, it is enough to be party to the 1929 Convention (and not to the 1949 instrument). It is, by the way, significant that the Red Cross Societies of North and South Korea were recognized, in 1955 and 1956, on the basis of the 1864 Convention! To require a State to be party to all four 1949 Conventions could reinforce the value of recognition, but this would necessitate a modification of the Movement's Statutes.

b) Every condition is likely to raise very complex legal problems, even though the text of each one is very brief. For instance, thought may have to be given to the definition of an independent State, the case of National Societies in exile in relation to the requirement that they must "be constituted on the territory of a State" and questions related to the succession of States, especially in the context of the former Yugoslavia.

c) The risk of political problems must be considered in relation to the principle of neutrality with which the ICRC must comply. With regard to the question of statehood, the ICRC largely relies on the decision of the Swiss Federal Council, the depository of the Geneva Conventions, which has been very useful in protecting the ICRC on many such occasions. To mention only a few situations

12 *Supra*, note 9.

13 At the time of drafting this article a procedure for changing the Statutes was under way, with a view to introducing a third emblem.

which gave rise to difficult decisions, there were cases as diverse as Danzig (where a National Society was recognized in 1922), the Congo (National Society recognized in 1889), Manchukuo, Kurdistan, the Turkish Republic of Northern Cyprus, the Provisional Revolutionary Government of the Republic of South Vietnam, Palestine, Somaliland, etc.

In some circumstances the ICRC has to assess those political risks – in particular any possible effects on its own activities – and act accordingly. In its Circular Letters to National Societies the ICRC has sometimes underscored the reality of the independence of States, as it did for the Red Cross Societies of the Baltic States, Slovenia and Croatia between 1991 and 1993. On other occasions, when there was no risk of political dispute, the ICRC has been quite flexible in interpreting the conditions for recognition, for instance in granting it to the Icelandic Red Cross in 1925 although Iceland was not yet independent, or later to National Societies of British dominions. In other cases, such as Trieste in 1947, it had to refuse recognition, as the situation between East and West at that time was much too sensitive. In the case of divided States, the ICRC has had to draft careful circular letters and eventually strike a balance between two political blocs by granting recognition, though not necessarily simultaneously, to both Societies. The opinion of the majority of States is definitely important, as was clear in the case of the Russian Red Cross in the twenties – and in which operational considerations also played a significant role. Time is a major factor as well. Thus National Societies in exile from Baltic States were not, in the long term, treated in the same manner as the Kuwait Red Crescent Society during Kuwait's occupation by Iraqi forces.

An official policy vis-à-vis National Societies of States occupied during armed conflicts was established by the ICRC in 1941 and confirmed by the International Conference of the Red Cross in 1948, though not put into practice. According to this policy, any request for recognition from a Society on the territory of a warring party would have been frozen until the end of hostilities. Obviously, this policy is easier to apply during a generalized conflict than to a conflict such as that in the former Yugoslavia. But in some cases, it has

at least enabled the ICRC to avoid being perceived as violating the principle of neutrality.

d) The ICRC shows flexibility in interpreting the conditions in many respects. For instance, governmental recognition may in fact come from parliament or from the head of State. Moreover, a National Society may be authorized to use the red crescent emblem although, according to the letter of the Geneva Conventions, it should use the red cross emblem because the State to which it belongs was not using the red crescent in 1949.

The extension of activities to the entire territory has also been flexibly interpreted by the ICRC: a number of Societies have been recognized although they were not active throughout the country, either for lack of operational capacity at the time of their recognition (e.g. Polish, Liberian or Bahamas Red Cross) or for reasons beyond their control, in particular when part of the country was occupied (e.g. Croatian Red Cross in 1993). What the ICRC would certainly not accept would be a Society's failure to comply with this condition for political or ethnic considerations – which would be a clear violation of the principles of neutrality and impartiality.

Although the flexibility exercised by the ICRC is indispensable to avoid being placed in a situation where its own operational activities would be jeopardized, there are limits to it. Yet in certain instances where recognition raised serious questions as to respect for the Fundamental Principles, pressure on the ICRC to recognize a Society has been strong. The current case of the National Society in Bosnia-Herzegovina is symptomatic of this. The problem for the ICRC is therefore to strike the right balance between its role as guardian of the Fundamental Principles and its operational activities. There is nothing wrong in the ICRC using its margin of interpretation to protect its own interests (and hence the interests of the persons it assists and protects), nor is there any indication that it has ever postponed recognition for other reasons. It is, however, interesting to note that just after the Second World War the ICRC internally discussed the advisability of continuing to perform the task of recognizing Societies, because of the difficulties such decisions may generate for its own operations.

e) The conditions established for the recognition of new Societies are also a means of protecting the ICRC, in particular the stipulation that there may be only one National Society in any given State. This saves the ICRC the trouble of having to decide which is the "real" Society. The decision is even more difficult once a National Society has already been recognized and a new Society is set up, a government withdraws its recognition of that Society, or a Society is dissolved, possibly by judicial decision.

f) There are underlying links with the resolutions of the 1863 Conference and the Fundamental Principles in many aspects of the conditions for recognition, particularly in the version adopted by the League's Council of Governors (Oxford, 1946) and in Jean Pictet's famous book on the Red Cross Principles.[14] Of course, the Fundamental Principles are not without inconsistencies, and their universality may be questionable. But the conditions for recognition are interrelated with them in a variety of ways, and every day shows how valuable they are.

g) The conditions for recognition have no direct effect on the organization of a National Society. In particular, they do not include any principle of democratic organization. Indeed, no such principle has been mentioned in the Movement's policy guidelines in the last... fifty years![15] For that matter, no model whatsoever is provided for a Society's organization. Moreover, the conditions do not even stipulate which activities a National Society should perform... The absence of any requirement to carry out certain activities is clearly reflected in their diversity. This certainly enhances the universality of the Movement but does not always facilitate collaboration among Societies, with their sometimes very different profiles, activities and priorities.

14 Jean Pictet, *Les principes de la Croix-Rouge*, Librairie Droz, Genève, 1955 (in English: *Red Cross Principles*, ICRC, Geneva, 1956).

15 See Board of Governors, XIXth session (Oxford, 1946), Resolution 12, *Principles*, ch. 9: "...to carry out its aims it is essential the a Red Cross Society should be organized on a truly democratic basis".

At first sight, the task assigned to the ICRC to recognize National Societies may appear to be a form of control over them. However, this control is only limited. It is essentially concerned with formalities: all circular letters focus largely on legal documents and less on National Society activities. Thus the relevance of those activities or their compliance with the Fundamental Principles are less likely to be taken into consideration than purely legal documents. Formal criteria, such as the act of recognition by the State, are much easier to assess. The lack of benchmarks for appreciating the non-formal aspects means that political considerations weigh heavier and the risk of creating double standards is increased.

This is even more problematical in that some formal aspects which have a bearing on the activities of a National Society are likewise not examined. Rules of procedure, internal regulations, national laws which may affect its statutes, and regulations adopted at regional or local level are not systematically taken into account.

Until recently there were no clear criteria to evaluate the statutes of National Societies. The so-called "Model Statutes", first drafted in 1952 and slightly amended afterwards, were a rather poor and ambiguous tool. Based on French legislation applicable to associations, they were not adapted to the requirements of National Societies, whether legal or factual, such as the size of the territory or the country's administrative organization. Even more serious, they did not contain any provisions laying down the Society's rights and duties within the Movement. The said Model Statutes therefore did not set adequate standards, but on the contrary created even more confusion and a greater risk of double standards.

In view of these shortcomings, draft guidelines for National Society statutes were prepared and submitted to the Federation's General Assembly in 1999. The Assembly forwarded the draft to the Federation's Governing Board (the former Executive Council), which approved and put into effect a fine-tuned version of the guidelines at its May 2000 meeting.[16] The new guidelines are a

16 Governing Board, 1st Session, 1999, Decision 5. – Text available (in French and in English) from: International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Ch. des Crêts, CH-1211 Geneva 19.

landmark for two reasons: for the first time, the limits to what is acceptable in statutes have been discussed and defined by National Societies themselves, and secondly, a clear distinction has been established between minimum requirements and recommended standards.

The new guidelines are also useful because, on the basis of two resolutions of the International Conference of the Red Cross (1973 and 1981), National Societies are obliged to submit any draft amendment to their statutes to the ICRC and the Federation (with regard to the latter, this obligation also derives from the Federation's Constitution). The 1973 resolution states that a Society wishing to change its statutes on points relating to the conditions for recognition and admission shall submit such changes to the ICRC and the League and shall take their recommendations into account. The resolution further stipulated that if the statutes of a National Society ceased to be in conformity with those conditions, that Society would "lay itself open to question".

This wording is weak because of the reluctance of most National Societies to accept any control by the Federation and the ICRC. In practice, several questions have remained open. In particular, each National Society has to decide on its own whether the draft amendment relates to the conditions for recognition and, consequently, whether it has to be communicated to the ICRC and the Federation or not. Moreover, there is no real system to ensure that Societies comply with the recommendations and submit their draft amendments in advance to the ICRC and the Federation. Of course, if the Society's statutes are part of a government act or decree, as is the case in a number of countries, the chance that comments are taken into account is close to zero.

In addition to this, there is no practice of withdrawing recognition from National Societies. The reason may be that, as for the recognition of a State by other States, a withdrawal of recognition is not possible. No provision for such a withdrawal is made by the Statutes of the Movement or by any resolution adopted by one of its statutory bodies, apart from the already mentioned effect of "lay[ing] itself open to question". However, it would be illogical not to have such a possibility. In a worst-case scenario of a Society seriously and

continuously violating all conditions for recognition, in particular by flouting the Fundamental Principles, there would be a need to withdraw recognition from it.

Of course, this might not be an easy task for the ICRC. Political and operational considerations (and, possibly, even financial ones) may deter it from taking such action. Indeed, there are no cases in which the ICRC has withdrawn recognition. Apart from several past cases in which it acknowledged that a Society had stopped functioning, the ICRC has usually waited for a Society to be reconstituted before informing other Societies of its predecessor's disappearance. The ICRC proceeded thus with regard to the German Red Cross in both the Federal Republic and the German Democratic Republic (1952 and 1954) or the National Societies that emerged from the former Yugoslavia and Czechoslovakia (1993). There have admittedly been instances in which the ICRC could not announce a withdrawal of recognition without breaching its neutrality, such as the Red Cross Societies of Ethiopia, Danzig and the Baltic States in the thirties. Obviously, this situation complicates matters when the list of participants has to be established for meetings of the Movement or the Federation. And even the ICRC has problems when it has to publish an accurate list of recognized National Societies. Caution may not always be compatible with accuracy. The situation of the Red Cross of the Federal Republic of Yugoslavia is a case in point. It should not be forgotten, however, that the reconstitution of National Societies does present the ICRC with quite a difficult task. Lastly, the only clear announcement by the ICRC of the end of a National Society was made when the Alliance of Red Cross and Red Crescent Societies in the USSR ceased to exist. This was a case of self-dissolution, and the main purpose of the information circulated by the ICRC was to make it clear that the Russian Red Cross is the Alliance's successor.

At the same time, the policy not to exclude any Society but instead to maintain dialogue is a true Red Cross approach. A constructive dialogue is better than ostracism. And in any case, even if the ICRC were to withdraw recognition from it, a National Society could continue to exist in its own country under its old designation of "Red Cross" or "Red Crescent", use the emblem and benefit from the

effects of international humanitarian law. Finally, it would seem that the real question is to know just how far a National Society may go in violating one or several conditions and still retain its recognized status. It is certainly far from easy to define the limits to be set. The deterrent effect of a possible withdrawal of recognition should nevertheless not be underestimated, provided it is understood as a fair and culturally sensitive means of action.

The effect of recognition by the ICRC is that the relevant National Society becomes a component of the International Red Cross and Red Crescent Movement. Of course, the fact that a Society is not recognized does not prevent it from having working relations with other components of the Movement, including the ICRC. But it is that status as a recognized Society which entails rights and obligations defined by the Statutes of the Movement. Solidarity with other components is one of those obligations, including the support to be given to the ICRC.

Only a recognized National Society is entitled to participate as a full member in that unique forum, the International Conference of the Red Cross and Red Crescent. After all, this is certainly the most important prerogative of National Societies, because the States party to the 1949 Geneva Conventions and the components of the Movement attend the Conference on an equal footing to discuss humanitarian matters of mutual interest.

Another important aspect is that the Movement has a key role to play in defining the agenda of the International Conference, through the Council of Delegates and the Standing Commission, the other two bodies established by the Statutes of the Movement, and that the right of representatives of National Societies to participate as full members in the Council of Delegates stems directly from that status as a recognized Society.

The status of component of the Movement also entails reciprocal rights and obligations between States and National Societies. Article 2 of the Statutes of the Movement deals with this question. It will be cited here in full, because its content is quite unique in international law and because not all consequences have yet been examined:

"1. The States Parties to the Geneva Conventions cooperate with the components of the Movement in accordance with these Conventions, the present Statutes and the resolutions of the International Conference.

2. Each State shall promote the establishment on its territory of a National Society and encourage its development.

3. The States, in particular those which have recognized the National Society constituted on their territory, support, whenever possible, the work of the components of the Movement. The same components, in their turn and in accordance with their respective statutes, support as far as possible the humanitarian activities of the States.

4. The States shall at all times respect the adherence by all the components of the Movement to the Fundamental Principles.

5. The implementation of the present Statutes by the components of the Movement shall not affect the sovereignty of States, with due respect for the provisions of international humanitarian law."

To conclude this section, a few remarks may be made about the recognition procedure.

- Peer National Societies play no part in deciding which other entities should be considered as recognized Societies within the context of the Movement.
- The ICRC alone has the task of handling potentially sensitive situations and the associated risks.
- The know-how acquired by the ICRC has so far enabled it to perform the difficult exercise of recognition relatively smoothly. The Movement's rather complex structure and the sometimes cumbersome procedures should not be seen as issues on which attention should be focused. Since the League's foundation in 1919 too much attention may have been paid to them.

National Societies as members of the Federation

The idea of establishing a federation of National Societies was voiced quite soon after the inception of the Red Cross, among others by Gustave Moynier, the long-time President of the ICRC. However, his proposal that each National Society should

appoint a member of the International Committee was not followed, as he later felt that this approach might prove dangerous in a conflict situation. But the idea of merging the ICRC and the League was raised for discussion by other people many times in the following century.

The main reason for creating the League of Red Cross Societies in 1919 was to use the operational capacity of National Societies for peacetime activities, in close cooperation with the League of Nations. This being said, it is striking to note that the League's activities were always bipolar, reflecting the duality of its intention: to be an operational relief organization, on the one hand, or a centre for the transfer and exchange of information and knowledge among members, on the other.

Today, the Federation's object is very broad, as it is "to inspire, encourage, facilitate, and promote at all times all forms of humanitarian activities by the member Societies with a view to preventing and alleviating human suffering and thereby contributing to the maintenance and the promotion of peace in the world", according to Article 2 of its Constitution.

Relations between the ICRC and the League were tense until a "peace treaty" was concluded in 1928 with the adoption of the first Statutes of the International Red Cross. Even since then, working relations have sometimes not been very good, for various operational, personal or cultural reasons.

The special status that the five founders of the League – the Red Cross Societies of Japan, United States, United Kingdom, France and Italy – gave themselves in 1919, and which lasted until 1922, was not only a violation of the principle of equality but also a contradiction of the Movement's goal of universality. It furthermore led to increased tension with the ICRC. But this controversy was also symptomatic of the struggle to decide whether the Federation would be free to admit its own members or whether the ICRC would have a role to play in the process. The second solution eventually prevailed, but the situation was not absolutely clear until 1987. (A National Society may, however, be recognized by the ICRC and not become a member of the Federation.) The new Constitution of the Federation,

adopted in 1999, clarifies the situation once and for all by explicitly stating that only recognized National Societies can become Federation members.

The fact that the Federation cannot freely decide on its membership lessens the risk of political disputes. Another measure is conducive to this: the role of its Secretary General (as opposed to members of the Federation's governing bodies) in the process of recognition and admission of National Societies is codified by the Federation's Rules of Procedure. Accordingly, the Secretary General is entitled to examine the file of a National Society which seeks to be recognized. The decision remains, however, with the ICRC alone; the Federation's Secretary General has no veto right. This type of cooperation helps to avoid controversies between the two institutions.

The admission of a National Society to the Federation is subject to decision by the Assembly, which decides by a qualified majority of sixty per cent of the member Societies present and voting. In practice, only a handful of cases have been put to the vote; decisions are usually taken by consensus, especially because the Governing Board can provisionally admit members between two sessions of the Assembly.

On the basis of the Federation's Constitution, the rights of each member Society include, among others:[17]

- to be represented at and to participate in the work of the Assembly with the right to vote;
- to stand for election, and to nominate candidates, to all official bodies of the Federation;
- to request the Federation to provide representation in the international field;
- to submit, on its own initiative, in its name or in that of a group of member Societies, proposals to the Assembly and to other bodies of the Federation;
- to communicate directly with the Federation.

17 Constitution of the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Article 5 (latest revision: 1999).

The aforesaid rights are clearly those of members of any federation. The Constitution also mentions the "duties" (and, notably, not "obligations") of each member Society. They are, among others:[18]

- to support the Federation in the pursuit of its general object and to apply the decisions adopted by the Assembly and by the Board;
- to ensure that the Fundamental Principles are carefully observed in the activities of the Society and that its bodies adhere to those Principles;
- to remit an annual contribution to the Federation approved by the Assembly;
- to inform the Federation, through the Secretary General, of any proposed amendments to its own Statutes and of the composition of its main governing and managing bodies;
- to transmit to the Federation, through the Secretary General, its annual reports, including financial statements.

It should be borne in mind that, on the basis of the Constitution, all Societies have the duty to apply decisions adopted by the Federation's Assembly and Governing Board. The fact that a Society has voted against a decision does not mean that it can refuse to implement it. But the Federation's objective, as mentioned above, and the possible range of General Assembly decisions are so broad that National Societies are reluctant to take decisions placing themselves under clear and firm obligations: among hundreds of decisions adopted since 1919, only a few are intended to create clear obligations for member Societies. In the past, the lack of a distinct focus in the Federation's role has probably been an obstacle as well, and there is good reason to believe that the more focused policies adopted in recent years and the new Strategy 2010 could establish a new framework enhancing the Federation's capability to take decisions and the will of member Societies to apply them.

However, the political situation is such that National Societies seem reluctant to extend the scope of decisions by the Federation. Even if they did so, the implementation of such decisions

18 *Ibid.*

by National Societies would give rise to further problems. As things stand, the Federation therefore seems closer to a confederation than to a federation, despite the majority rule for decisions.

A National Society ceases to be a member of the Federation only when it withdraws (as did the Red Cross Societies of Denmark, Finland, Norway and Sweden in the twenties) or when it is dissolved. There are no procedures for expulsion or exclusion. A Society can nonetheless be suspended from membership of the Federation in four cases, as first defined in 1932 and slightly modified later:[19]

- if the Society no longer fulfils all the conditions for admission provided for in the Constitution, in particular if, because of modification of its Statutes, they are no longer in conformity with the Fundamental Principles;
- if the Society on its own initiative or under pressure from the government of its country contravenes any of the Fundamental Principles;
- if the Society uses its connection with the Federation for a purpose which is not in conformity with one of the Fundamental Principles;
- when it acts contrary to the general object of the Federation, and persistently refuses to comply with its duties under the Constitution.

A decision on suspension must be taken by the Assembly, after examining the Board's recommendation, with a qualified majority of sixty per cent of the member Societies present and voting. The Board may provisionally suspend a Society from membership.

This is obviously an onerous procedure. As in the case of member States of an intergovernmental organization, there is great reluctance to take such a step, and peers have never suspended any member Society. Nevertheless, the result has been further discussions on integrity because suspension was too unwieldy a weapon to have a real deterrent effect. That reluctance was consequently preventing the

19 Constitution of the Federation, Article 6(3).

Federation from being, for National Societies, "the guardian of their integrity and the protector of their interests", as stipulated in the Federation's Constitution.

In the Federation, integrity is defined in relation to four possible cases: violation of the Fundamental Principles; interference by the government; statutes inadequate or not respected; and threats to its organization or management (especially of financial resources) or to the personal integrity of its members or leaders. Of course, this is only a general classification and most cases where integrity is at risk show more than one of those "symptoms".

The policy on integrity has been rather slow to develop. The steps taken between 1946 and 1948 as a reaction to damage to the independence of many National Societies during the Second World War provided food for thought. But the time was not ripe, and no real follow-up was given to the recommendations of the Tansley Report which underlined the need to raise the level of integrity of a large number of National Societies.[20] However, the generation which assumed the Movement's leadership in the nineties has become more sensitive to this issue, and it was in fact during that decade that the crucial steps were taken.

The decisions made at the 1993 to 1999 sessions of the General Assembly gave less emphasis to legal aspects, which are insufficient to analyse the issue of integrity, and more to institutional development, especially with the adoption of the document "Characteristics of a well-functioning National Society".[21] The 26th International Conference took note in 1996 of efforts towards institutional development. Offers of services by the Federation's Secretary General to safeguard or restore integrity were also given the seal of approval, even for cases where the National Society would not have expressly requested the Secretary General's intervention.

20 Donald Tansley, *Final Report: An Agenda for Red Cross*, Joint Committee for the Re-appraisal of the Role of the Red Cross, 1975, pp. 97-98.

21 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Report: Strengthening capacity to assist and protect the most vulnerable, Annex III: "Characteristics of a well-functioning Society".

Proposals for establishing a reporting system were also discussed, but this is definitely something on which National Societies – on the basis of their independence, which is often and wrongly understood as independence vis-à-vis the ICRC and the Federation – are rather reluctant to agree. The debate is actually quite similar to those on the relationship between States and international organizations, such as the European Union, or on the distribution of power within federal States.

Conclusion

A knowledge of history is essential to understand the status of National Societies. Their role under international humanitarian law, in general, and their position as auxiliary to the public authorities, in particular, have always had a major impact on their development. But that role now needs to be re-examined and rethought so that concepts and structures defined in the nineteenth century do not hamper National Societies in tackling the challenges they have to face, especially in view of the need for increased independence of National Societies vis-à-vis their governments. Objective 3.3 of the Plan of Action, adopted by the 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent in 1999, is important in this respect, as it requests the Federation to "initiate, in co-operation with National Societies and the ICRC, an in-depth study into the working relationship between States and National Societies, taking into account the changing needs in the humanitarian, health and social fields, the auxiliary role of National Societies and the evolving role of the State, the private sector and voluntary organizations in service provision".[22] The question remains as to which vision will prevail: the traditional concept of National Societies as auxiliary, stressing their autonomy vis-à-vis the international institutions, or an increased readiness for international cooperation, though aware that most activities of National Societies are undertaken at the national level.

●

22 *Supra*, note 11.

Résumé

Le statut juridique des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

par CHRISTOPHE LANORD

Prenant comme point de départ les propositions de Henry Dunant dans son Souvenir de Solférino, *l'auteur trace l'évolution du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge jusqu'à nos jours, avec un intérêt particulier pour les Sociétés nationales. Il rappelle que les Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge sont régies par le droit international (les Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels), et il en examine les conséquences pour leur statut juridique. Les Sociétés sont en outre auxiliaires des pouvoirs publics de leurs pays respectifs, mais chacune d'elles est également une composante du Mouvement et membre de la Fédération internationale. L'auteur analyse cette situation complexe sous l'angle juridique et apporte des réponses concluantes à plusieurs questions d'actualité (par exemple, la procédure de reconnaissance d'une Société nationale ou ses droits et devoirs au sein du Mouvement), d'une part, ou comme membre de la Fédération, d'autre part.*

Cet article est issu de la thèse de doctorat que l'auteur a soumise à la faculté de droit de l'Université de Clermont-Ferrand. Elle a été publiée en langue française aux Éditions de la Chapelle (Genève/Thoiras, 1999). Elle est également disponible sur Internet à l'adresse suivante: ‹http://lanord.free.fr›.

Le CICR et différentes questions en rapport avec l'utilisation de certaines armes

Déclaration faite à l'Assemblée générale des Nations Unies, 55e session, 2000

La Deuxième Réunion des États parties à la *Convention sur l'interdiction des mines antipersonnel*, qui s'est tenue récemment, a été une occasion importante de faire le point sur le processus d'universalisation et de mise en œuvre de ce traité exceptionnel. Le CICR estime que le succès de cette Convention doit se mesurer aux résultats obtenus dans les pays touchés par le fléau des mines. Une évaluation sur le plan mondial est sans doute prématurée. Toutefois, les statistiques qui ont été récoltées par le CICR et par des organismes de lutte contre les effets des mines révèlent que l'estimation mensuelle moyenne du nombre de victimes de mines terrestres et de munitions non explosées a sensiblement diminué dans plusieurs pays.

Cette évolution indique de manière encourageante que là où les mines cessent d'être employées et où une action globale et coordonnée contre ces armes est engagée – c'est-à-dire là où le traité est appliqué –, des vies et des moyens de subsistance sont épargnés. Néanmoins, des événements récents montrent de manière dramatique qu'il est extrêmement urgent non seulement que ce traité soit universellement reconnu, mais aussi qu'il soit mis en œuvre. En effet, l'emploi récent de mines dans plusieurs conflits continue à se traduire par des morts, des blessures et des souffrances.

Principalement avec des ressources mobilisées grâce au traité d'Ottawa, le CICR a développé ses activités d'assistance aux victimes

et de prévention contre les dangers des mines. En coopération avec les Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, nous menons actuellement des programmes de prévention dans huit pays. Au cours de la dernière année, de nouveaux programmes ont été lancés au Liban, en Albanie, en République fédérale de Yougoslavie (Kosovo) et dans la Fédération de Russie (Tchétchénie). Le CICR apporte également une assistance médicale ou chirurgicale aux blessés de guerre, y compris aux victimes de mines, dans 22 pays. En outre, nous fournissons des prothèses et prodiguons des soins de physiothérapie dans 34 centres d'appareillage orthopédique dans 14 pays, dont des établissements en Éthiopie, au Myanmar, au Soudan et à Sri Lanka, qui ont été ouverts au cours des derniers mois. Pendant la seule année 1999, le CICR a produit plus de 9 000 prothèses pour des personnes blessées par des mines.

À ce jour, 107 États ont ratifié le traité d'Ottawa et 32 autres l'ont signé et sont par conséquent liés par ses objectifs. En d'autres termes, deux tiers des gouvernements du monde se sont engagés en faveur de l'élimination des mines antipersonnel et de leurs conséquences. Nous demandons instamment à ceux qui ne sont pas encore parties au traité d'Ottawa de le devenir le plus rapidement possible et de faire ainsi face à la crise humanitaire due aux mines antipersonnel.

Certes, la communauté internationale a réalisé des progrès significatifs pour faire face aux conséquences humanitaires engendrés par les mines antipersonnel. Toutefois, les problèmes plus vastes causés par les autres *débris de guerre explosifs* – notamment les mines antivéhicules, les sous-munitions et autres munitions non explosées – n'ont pas été abordés de manière adéquate. Selon les premières conclusions du CICR, l'effet le plus direct et répandu des mines antivéhicules est la privation d'aide humanitaire. Dans de nombreux cas, le fait de bloquer l'acheminement de vivre, de médicaments et d'autres secours ainsi que la fourniture de services essentiels aggrave la situation de la population civile dans des régions de conflit ou dans des situations d'après-guerre.

Selon les experts, les sous-munitions ont, de par leur emploi et leur conception, des taux élevés de non-fonctionnement qui se traduisent par un nombre important de victimes civiles dans de nombreux conflits. Sur les 500 victimes enregistrées au cours de l'année qui a

suivi la fin des hostilités au Kosovo, les munitions non explosées, les sous-munitions et les mines antipersonnel ont été responsables chacune d'environ la même proportion des victimes, soit un tiers. Les sous-munitions non explosées sont plus difficiles à enlever que les mines. Ce sont également des explosifs extrêmement puissants et souvent très sensibles. De ce fait, les incidents dus à des sous-munitions risquent bien plus que les mines terrestres de tuer ou de blesser plusieurs personnes.

Selon le CICR, ces conclusions indiquent qu'il est urgent d'aborder d'une manière globale les problèmes humanitaires causés par les débris de guerre explosifs. Nous avons proposé que soit examinée l'élaboration d'un *nouveau protocole à la Convention de 1980 sur certaines armes classiques*, qui porterait sur l'emploi et l'enlèvement de la vaste gamme de munitions non explosées existant dans des contextes d'après-guerre. Nous serons heureux de travailler avec les États dans le contexte de la Conférence d'examen de 2001 de la Convention sur les armes classiques pour veiller à ce que les problèmes posés par les débris de guerre explosifs soient traités de toute urgence. Le CICR a récemment convoqué une réunion d'experts gouvernementaux sur ce sujet et le soutien accordé à cette question a été encourageant. Un rapport de synthèse sera disponible prochainement.

Compte tenu de la nature des conflits armés actuels, nous estimons qu'un *élargissement du champ d'application des protocoles d'origine de la Convention de 1980*, de manière à ce qu'ils s'appliquent également aux conflits armés non internationaux, devrait constituer une priorité pour la prochaine Conférence d'examen. Bien qu'il existe divers moyens de réaliser cet objectif, nous sommes d'avis que l'adjonction d'un nouveau protocole, qui étendrait le champ d'application, pourrait être un moyen à considérer. Cela éviterait en effet certaines complications techniques et juridiques qui surgiraient s'il s'agissait d'amender la convention-cadre.

Le CICR se félicite de la réunion, en 2001, de la *Conférence des Nations Unies sur le commerce illicite des armes légères sous tous ses aspects*. Les conclusions et recommandations du CICR relatives à la prolifération des armes portatives sont contenues dans une étude intitulée *La disponibilité des armes et la situation des civils dans les conflits armés*. Celle-ci

révèle que la grande disponibilité des armes et le nombre important des victimes civiles – tant pendant qu'après un conflit – sont étroitement liés. Cette étude met également en évidence le fait que la maladie, la famine et les mauvais traitements infligés aux civils augmentent lorsque les organisations humanitaires, dont le CICR, sont directement attaquées et doivent suspendre leurs opérations ou quitter un pays. Nous remarquons également que si les transferts internationaux d'armes, notamment d'armes portatives et d'armes légères, sont devenus plus faciles, il est en revanche devenu infiniment plus difficile de promouvoir le respect du droit international humanitaire. C'est pourquoi nous demandons instamment aux États d'inclure dans l'ordre du jour de cette Conférence des Nations Unies, la question des conséquences humanitaires de l'emploi de ces armes.

Indépendamment de cette Conférence, le CICR exhorte les États à revoir leurs politiques en matière de production, de disponibilité et de transfert d'armes et de munitions, à la lumière de la responsabilité qui leur incombe de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire. Des critères basés sur une estimation de la probabilité du respect du droit humanitaire devraient être inclus lors de l'élaboration des politiques nationales sur les transferts d'armes et la mise au point des codes de conduite régionaux ou internationaux. Ce mode d'action a été approuvé dans le Plan d'action (section 1.5) de la XXVIIe Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, qui s'est tenue l'année dernière et à laquelle presque tous les États Parties aux Conventions de Genève ont participé.

La XXVIIe Conférence internationale a également encouragé les États qui ne l'ont pas encore fait *« à établir des mécanismes et des procédures pour déterminer si l'utilisation d'armes, qu'il s'agisse de celles qu'ils ont dans leurs arsenaux ou de celles qui sont en cours d'acquisition ou de mise au point, serait conforme aux obligations qui leur incombent en vertu du droit international humanitaire »*. Les États ont en outre été encouragés à promouvoir la transparence dans le domaine des études relatives à ces armes. La Conférence a invité les États et le CICR à entamer un processus de consultations, afin de promouvoir de tels mécanismes et d'étudier dans quelle mesure l'approche du CICR, basée sur les effets

sur la santé, serait susceptible d'aider les États à procéder à des analyses juridiques. Le CICR a invité les États à participer à ce processus de consultations.

Le CICR reste préoccupé par le fait que, dans les dernières années, des balles capables d'exploser au moment de l'impact avec un corps humain ont été produites, vendues et employées. La Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 interdit l'emploi de *balles explosives* afin de protéger de souffrances qui ne servent aucun but militaire et sont par conséquent contraires aux principes d'humanité. Le CICR poursuit son dialogue avec les États sur ce sujet. Il compte faire rapport sur ce problème et souhaite qu'une action appropriée soit entreprise au cours de la Conférence d'examen de 2001 de la Convention sur les armes classiques.

Cette année marque le 75e anniversaire de l'adoption du Protocole de Genève concernant la prohibition d'emploi, à la guerre, de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques, ainsi que le 25e anniversaire de l'entrée en vigueur de la *Convention sur les armes biologiques*. En conclusion, nous demandons instamment aux États de marquer ces anniversaires en contribuant à garantir que le cataclysme de la guerre biologique ne se déchaîne jamais et que les progrès considérables réalisés dans les domaines de la microbiologie, de l'ingénierie génétique et de la biotechnologie ne soient pas utilisés contre l'humanité. Le meilleur moyen d'éviter ce fléau serait de conclure de manière positive les négociations, qui durent depuis longtemps déjà, sur un système de contrôle efficace pour la Convention de 1972 sur les armes biologiques.

*****

The ICRC and various issues related to the use of certain weapons

Statement made at the United Nations General Assembly, 55th session, 2000

The recent Second Meeting of States Parties to the *Convention on the Prohibition of Anti-personnel Mines* was an important occasion to take stock of the process of universalization and implementation of this unique treaty. The ICRC believes that the success of this Convention must be measured by the results achieved in mine-affected countries. Although a global assessment may be premature, statistics gathered by the ICRC and mine action organizations show that the average number of monthly casualties due to landmines and unexploded ordnance has decreased significantly in several affected countries.

These developments are an encouraging indication that where mine use is halted and comprehensive and coordinated mine action is initiated — that is to say, where the treaty is being implemented — lives and livelihoods are being saved. However, recent events sadly highlight the great urgency both of universalizing and implementing this treaty, as the use of mines in a number of conflicts continues to bring new stories of death, injury and suffering.

Largely as a result of the resources mobilized through the Ottawa treaty, the ICRC has expanded its activities in the areas of victim assistance and mine awareness. In cooperation with National Red Cross or Red Crescent Societies, we are now conducting mine-awareness programmes in eight countries. In the past year new programmes have been launched in Lebanon, Albania, the Federal Republic of Yugoslavia (Kosovo), and the Russian Federation (Chechnya). The ICRC is also providing medical or surgical assistance to war-wounded, including mine victims, in 22 countries. In addition, the ICRC provides artificial limbs and physiotherapy at 34 rehabilitation centres in 14 countries — including facilities in Ethiopia, the Sudan, Myanmar and Sri Lanka, opened in the past 18 months. In 1999 alone over 9,000 prostheses were produced for people injured by mines.

Today, 107 States have ratified the Ottawa treaty. Another 32 have signed it and are thus bound by its object and purpose. In other words, two-thirds of the world's governments have committed themselves to the elimination of anti-personnel mines and their consequences. We urge those that are not yet party to the treaty to respond to the humanitarian crisis caused by anti-personnel mines and to adhere to it as soon as possible.

Although the international community has made significant progress in addressing the humanitarian problems caused by anti-personnel mines, the broader humanitarian problems caused by other *explosive remnants of war*, including anti-vehicle mines, submunitions and other unexploded ordnance, have not been adequately addressed. The preliminary findings of the ICRC indicate that the most direct and widespread humanitarian effect of anti-vehicle mines is the denial of humanitarian assistance. In many instances the blocking of essential food, medicine, and other relief supplies and services worsens the situation of large parts of the civilian population in conflict and post-conflict areas.

Experts indicate that as a result of their use and design, submunitions have predictably high failure rates which result in significant numbers of civilian casualties in a wide variety of conflicts. Of the 500 casualties reported in the 12 months following the end of hostilities in Kosovo, unexploded munitions, submunitions, and anti-personnel mines each accounted for roughly the same proportion — one third — of the victims. Unexploded submunitions are more difficult to clear than mines. They are extremely powerful explosives and are often highly unstable. Incidents involving submunitions were much more likely than landmines to result in death or injury to several people.

In the view of the ICRC, these findings indicate an urgent need to address, in a comprehensive manner, the humanitarian problems caused by explosive remnants of war. We have proposed consideration of a *new Protocol to the 1980 Convention on Certain Conventional Weapons (CCW)* to address the use and clearance of the wide range of unexploded munitions found in post-conflict settings. We look forward to working with States in the context of the 2001

CCW Review Conference to ensure that the problems posed by explosive remnants of war are urgently addressed. The ICRC recently hosted a meeting of governmental experts on this subject which indicated an encouraging readiness to take up this issue. A summary report will soon be available.

Given the nature of armed conflicts today, we consider that the *expansion of the scope of the 1980 Convention's original protocols* to also apply in non-international armed conflicts should be a priority for the upcoming Review Conference. Although there are a number of options for achieving this, we believe that the addition of a new protocol extending the scope of application might be an approach worth considering, since it would avoid some of the technical and legal complications of amending the framework Convention.

The ICRC welcomes the convening of the 2001 *United Nations Conference on the Illicit Trade in Small Arms and Light Weapons in All its Aspects*. The ICRC's observations and recommendations in relation to small arms proliferation are contained in a study entitled "Arms Availability and the Situation of Civilians in Armed Conflict" which shows a strong link between high levels of arms availability and high levels of civilian casualties — both during and after periods of conflict. It highlights the fact that disease, starvation and ill-treatment of civilians increase when humanitarian agencies, including the ICRC, are directly attacked and must suspend operations or leave a country. We also note that as international arms transfers, particularly of small arms and light weapons, have become easier, promoting respect for humanitarian law has become vastly more difficult. For these reasons we urge States to include, on the agenda of the UN Conference, the humanitarian effects of small arms.

Independently of this Conference, the ICRC urges States to review their policies concerning the production, availability and transfer of arms and ammunition in light of their responsibility to "respect and ensure respect" for international humanitarian law. When devising national policies on arms transfers and elaborating regional or international codes of conduct, criteria based on the likelihood of humanitarian law being respected should be included. This approach was endorsed in the Plan of Action (section 1.5) of last year's 27th Inter-

national Conference of the Red Cross and Red Crescent, in which almost all States party to the Geneva Conventions participated.

The 27th International Conference also encouraged States which have not done so to establish *mechanisms and procedures to determine whether the use of weapons, whether held in their inventories or being procured or developed, would conform to the obligations binding on them under international humanitarian law*. States were also urged to promote transparency in relation to these weapon reviews. The Conference invited States and the ICRC to begin a process of consultations to promote such mechanisms and to analyse the extent to which the ICRC's health-based approach might assist States in the conduct of legal reviews. The ICRC has extended invitations to States to participate in such a consultation process.

The ICRC continues to be preoccupied by the fact that, in recent years, bullets capable of exploding on impact with a human body have been produced, sold and used. The 1868 St Petersburg Declaration prohibits the use of *exploding bullets* in order to protect from suffering which serves no military purpose and is therefore contrary to the principles of humanity. The ICRC is continuing its dialogue with States on this matter. It expects to report on this problem and will seek appropriate action during the 2001 CCW Review Conference.

This year marks the 75th anniversary of the adoption of the Geneva Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases and of Bacteriological Methods of Warfare, and the 25th anniversary of the *Biological Weapons Convention*'s entry into force. In closing, we would urge States to observe these commemorations by helping to ensure that the evil of biological warfare is never unleashed and that the stunning advances being made in the fields of microbiology, genetic engineering and biotechnology are not turned against humanity. The best way to do so would be to successfully conclude the long-running negotiations on an effective monitoring regime for the 1972 *Biological Weapons Convention*.

Résolution 10 de l'Union internationale des télécommunications (UIT) traitant de l'utilisation de télécommunications hertziennes bidirectionnelles par le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

Lors de la dernière Conférence mondiale des radiocommunications qui s'est tenue à Istanbul au mois de mai 2000, la résolution 10 de l'Union internationale des télécommunications (UIT), qui concerne *L'utilisation de télécommunications hertziennes bidirectionnelles par le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge* a été modifiée.

La résolution 10 (Rév. CMR-2000) reconnaît les besoins en matière de télécommunications des différentes composantes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et, de ce fait, invite les administrations des États membres de l'UIT à leur assigner un nombre suffisant de fréquences radio pour les liaisons entre stations fixes et mobiles, en particulier lorsque les moyens normaux de communications sont interrompus ou indisponibles. La résolution 10 (Rév. CMR-2000) facilite donc l'obtention de licences pour l'exploitation du matériel de télécommunications par le CICR, la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et les Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.

La mise à jour de l'ancienne Résolution 10, qui datait de 1979, était devenue nécessaire, car elle faisait référence à des technologies de télécommunications qui ne sont plus utilisées aujourd'hui. La substance elle-même n'a toutefois pas été modifiée. La résolution 10 (Rév. CMR-2000) garde toute son utilité pour faciliter l'emploi de moyens de télécommunications lors d'actions humanitaires du Mouvement[1].

DOMINIQUE LOYE
Conseiller technique
Division juridique, CICR

1 Source: Actes finals de la CMR-2000, Istanbul.

Résolution 10 (Rév. CMR-2000)

Utilisation de télécommunications hertziennes bidirectionnelles par le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

La Conférence mondiale des radiocommunications (Istanbul, 2000),

considérant

a) que les opérations humanitaires menées dans le monde entier par le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge – composé du Comité international de la Croix-Rouge, de la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge – ont une grande importance et sont souvent indispensables;

b) que, dans ces circonstances, il arrive fréquemment que les moyens normaux de communications soient surchargés, endommagés, complètement interrompus ou indisponibles;

c) qu'il est nécessaire de faciliter par tous les moyens possibles l'intervention efficace de ces organisations nationales ou internationales;

d) que des moyens de liaison rapides et autonomes sont essentiels dans les interventions de ces organisations;

e) que, pour mener leurs opérations humanitaires de façon efficace et sûre, ces organisations dépendent fortement des télécommunications hertziennes bidirectionnelles et, en particulier, d'un réseau de radiocommunication en ondes décamétriques et métriques très étendu,

décide de prier instamment les administrations

1. de tenir compte des besoins de télécommunications hertziennes bidirectionnelles que peut avoir le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge lorsque les moyens normaux de communication sont interrompus ou indisponibles;

2. d'assigner à ces organisations le nombre minimum de fréquences de travail nécessaires conformément au Règlement des radiocommunications;

3. de prendre toutes les mesures pratiquement possibles pour protéger ces communications contre les brouillages préjudiciables.

Resolution 10 (Rev. WRC-2000)

Use of two-way wireless telecommunications by the International Red Cross and Red Crescent Movement

The World Radiocommunication Conference (Istanbul, 2000),

considering

a) that the worldwide humanitarian operations carried out by the International Red Cross and Red Crescent Movement – composed of the International Committee of the Red Cross, the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies and National Red Cross and Red Crescent Societies – are of great importance and often indispensable;

b) that in such circumstances normal communication facilities are frequently overloaded, damaged, completely interrupted or not available;

c) that it is necessary to facilitate by all possible measures the reliable intervention of these national and international organizations;

d) that rapid and independent contact is essential to the intervention of these organizations;

e) that for the efficient and safe conduct of their humanitarian operations, these organizations rely heavily on two-way wireless telecommunication facilities, and particularly on an extensive HF and VHF radio network,

resolves to urge administrations

1. to take account of the possible needs of the International Red Cross and Red Crescent Movement for two-way wireless telecommunication means when normal communication facilities are interrupted or not available;

2. to assign to these organizations the minimum number of necessary working frequencies in accordance with the Radio Regulations;

3. to take all practicable steps to protect such communications from harmful interference.

INTERNATIONAL INSTITUTE OF HUMANITARIAN LAW

Congress on the occasion of the Institute's 30th anniversary

San Remo, Italy, 31 August – 2 September 2000

Recommendations and conclusions

During the Congress, various aspects of State sovereignty and humanitarian action were discussed, and these are the main conclusions as they emerged:

- The world is organized on the basis of State sovereignty and this should remain the basis of the world order. However, sovereign States must respect a growing number of obligations, constituting more and more important limits to their sovereignty. Among these obligations, special importance must be attributed to those protecting the interests of the international community as a whole. This is particularly the case of:

  a) the obligation for each State to promote and respect human rights and humanitarian law;

  b) the obligation not to act in a manner which causes harm to other States or the human environment (for example, pollution, water problems, massive flows of refugees and displaced persons).
- It is very important to keep and/or rebuild States willing and able to respect the fundamental principles of the world order. In the short term, there is a need to resolve the dilemma between respect for State sovereignty and the necessity to act even without governmental consent when human rights or humanitarian law are violated on a large scale.
- The international organizations have an important role in this field in conformity with their respective mandates and in accordance with the principles of the United Nations Charter. Well coordinated action on the part of these different organizations at the regional and universal level would be an important contribution towards ensuring respect for human rights and humanitarian law. The UN system has the central role to play in dealing effectively

with massive violations of human rights and humanitarian law, as such violations clearly constitute a threat to peace and security. That primary responsibility, as well as the duties of the UN Security Council in this field, should be stressed. In other words, it should be underlined that inaction of the Security Council in cases of massive violations implies a disregard for the principles of the UN Charter.

- But the real problem is: what should be done when the Security Council is unable to take decisions in situations where action is evidently necessary?
- There is no clear reply to this dilemma. But some ideas which have been submitted might merit further examination:

  a) a reform of the UN system in order to avoid deadlock within the Security Council;

  b) the identification of means and procedures for monitoring the Security Council;

  c) the creation of a UN body to constantly evaluate the world situation and ascertain objective and credible facts which should facilitate the taking of decisions on international action, ranging from delivery of humanitarian aid to military intervention.
- However, some objections were put forward, in particular the fact that it is not the lack of information which prevents States from taking action. The importance of raising the awareness of the Security Council members, particularly of the permanent members, of their particular responsibility should be stressed as a key measure to increase the Council's efficiency and credibility. Another aspect worth looking into is the use of various terms, particularly that of "humanitarian intervention" (use of this term has created confusion among the general public, especially with regard to the role of the diverse players). The establishment of a Standing Force was also suggested to ensure immediate and effective deployment of peacekeeping forces if needed.
- As for humanitarian action, it must be remembered that there is a recognized right for the population to have food, medicine and other goods essential for their survival at their disposal. In the event of armed conflict, the parties to the conflict concerned have the

duty to meet these basic needs or to accept international humanitarian action if they are unable to do so.

A delicate issue is: what should be done if they refuse such action although it is absolutely necessary? In such situations humanitarian organizations can only pass on the problem to the United Nations and States, which must then take measures in conformity with the UN Charter.

- Humanitarian organizations have a key role to play in trying, by all possible means, to avoid a deadlock caused by the fact that States refuse assistance. For that purpose, they have to enhance the dissemination of international humanitarian law and principles, and work with the States in peacetime to build up their confidence in their capacity to deliver assistance in a neutral, impartial and professional way.
- Humanitarian organizations also have to recognize the very detrimental effect caused by actions which are not properly coordinated and are carried out without sufficient professionalism. To build up that confidence, it is therefore important to obtain from all humanitarian organizations a pledge that they will work according to basic ethical principles with great professionalism and in good coordination. The existing code of conduct (in particular the one adopted by the 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 1999) has therefore to be made known to them, respected and constantly re-examined in the light of new situations and experience.
- Finally, the quality of the debates and the important need for the International Institute of Humanitarian Law to maintain its central role in hosting such gatherings on humanitarian issues have to be underscored. Cooperation with the International Committee of the Red Cross, the Office of the UN High Commissioner for Refugees, the Office of the UN High Commissioner for Human Rights, the International Organization for Migration, the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies and other relevant humanitarian organizations is a key factor, not only for the success of such fora but also for the future of humanitarian action.

Un nouveau *Manuel de droit des conflits armés* pour les forces armées françaises

Les forces armées françaises viennent de se doter d'un nouveau *Manuel de droit des conflits armés*. Préparé par la Direction des affaires juridiques du ministère de la Défense, ce manuel s'adresse à tous les membres des forces armées. Il ne s'agit pas d'un ouvrage théorique, mais d'un «véritable instrument de travail, destiné à répondre aux préoccupations concrètes des militaires». Rédigé sous forme de répertoire, il aborde l'ensemble des sujets auxquels les militaires sont le plus susceptibles d'être confrontés.

Après une introduction, le *Manuel* résume l'histoire du droit international humanitaire et rappelle quelques notions de base: raison d'être du droit international humanitaire, conditions d'application, règles essentielles de ce droit, responsabilités relatives à son respect. Il explique et commente des sujets intéressants du point de vue de la mise en œuvre du droit international humanitaire. Les textes, brefs, sont présentés par ordre alphabétique, de «Actions civilo-militaires» à «Zones protégées». Chaque commentaire renvoie aux dispositions pertinentes des traités internationaux et – détail fort louable – donne la version anglaise du mot-clé.

Le *Manuel de droit des conflits armés* peut être obtenu à l'adresse suivante:

Ministère de la Défense
Direction des affaires juridiques
Bureau du droit des conflits armés
14, rue Saint-Dominique
00455 ARMÉES
France

LA REVUE

Livres et revues

Books and reviews

Adam Roberts and Richard Guelff (eds)

Documents on the Laws of War

3rd ed., Oxford University Press, 2000, 765 pages

The purpose of *Documents on the Laws of War* could not be better explained than by the editors' own words: it sets out to be "a comprehensive collection of documents and other basic factual information on the 'laws of war', that is, the part of international law relating to the conduct of armed conflict and military occupations, including the protection of civilians, wounded, and prisoners of war". This third edition of an already well-known compilation of legal texts follows that path with success.

The introductory chapter is in itself a fully-fledged review of some basic aspects of international humanitarian law. Historical origins, sources of the law, conditions of its application in different contexts, rationale of the law and criticism advanced against it — to cite but some of the subtitles — are set forth in a masterly way.

The main part of the book is, of course, made up of the texts of the main treaties and other relevant documents of the law of armed conflicts or international humanitarian law. Each entry consists of a prefatory note with information on the treaty's history, the text of the treaty, the list of States party to that treaty and the text of reservations and/or declarations of understanding. Information on the main protective emblems, the addresses of relevant Internet websites, a comprehensive bibliography and an index complete this voluminous reference work.

The new publication comprises 38 treaties and other legal texts. The first entry is the 1856 Paris Declaration Respecting

Maritime Law, and the last is the UN Secretary-General's Bulletin on Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law (12 August 1999).

The third edition of Roberts and Guelff's *Documents on the Laws of War* is an essential and invaluable working tool for all those who are interested in international humanitarian law.

LA REVUE/THE REVIEW

Publications récentes — Recent publications

Helen Durham and Timothy L. H. McCormack, *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law*, International Humanitarian Law Series, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999, 225 pages

Louis Maresca and Stuart Maslen (eds), *The Banning of Anti-Personnel Landmines, The Legal Contribution of the International Committee of the Red Cross*, published under the auspices of the International Committee of the Red Cross, Cambridge University Press, 2000, 670 pages

Julie A. Mertus, *War's Offensive on Women, The Humanitarian Challenge in Bosnia, Kosovo, and Afghanistan*, Humanitarianism and War Project, Kumarian Press, 2000, 157 pages

Torsten Stein/Thilo Marauhn, "Völkerrechtliche Aspekte von Informationsoperationen", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, no. 60/1, 2000, pp. 1-40, with English Summary: "Information Operations and International Law"

Thomas C. Wingfield, *The Law of Information Conflict, National Security Law in Cyberspace*, Aegis Research Corporation, Falls Church, Virginia, 2000, 497 pages

Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *Lignes directrices relatives aux statuts des Sociétés nationales*, 2000, 44 pages

International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, *Guidance for National Societies Statutes*, 2000, 41 pages

LA REVUE/THE REVIEW

Revista Internacional de la Cruz Roja
Selección de articulos 1999 – Primera parte

Les rogamos que dirijan sus pedidos al:

Comité internacional de la Cruz Roja
Centro de Información Publica
19, avenue de la Paix
CH-1202 Ginebra
correo electrónico: dc_com_cip.gva@icrc.org
fax: ++41 22 733 20 57

o a la

Delegación del CICR en Colombia
Calle 76 nº 10-02
Santa Fe de Bogotá, D.C.
Colombia
Tel: 00571 - 313.86.30
Fax: 00571 - 211.79.26
correo electrónico: bogota.bog@icrc.org

UNIVERSITÉ DE GENÈVE
FORMATION CONTINUE EN DROITS DE L'HOMME

Certificat de formation continue en droits de l'homme
février – novembre 2001

3 février-17 juin **Formation à distance**
Le système universel des droits de l'homme
Les systèmes régionaux des droits de l'homme

18 juin-6 juillet **Formation en présenciel**
L'histoire et les fondements des droits de l'homme
Les droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels
Les mécanismes onusiens de protection des droits de l'homme
Le droit international humanitaire et le droit des réfugiés
Le droit pénal international
Les mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme
La protection des minorités et la lutte contre le racisme
Les droits des personnes nécessitant une protection particulière

7 juillet-30 nov. **Rédaction du mémoire à distance**

Directeurs: G. Malinverni, professeur, faculté de droit, Université de Genève
M. Hottelier, professeur, faculté de droit, Université de Genève

Collaboration: Université d'été des droits de l'homme et du droit à l'éducation

Public: Responsables politiques, parlementaires, membres du corps diplomatique, fonctionnaires, journalistes, membres d'ONG

Coût: CHF 4 500

Renseignements et inscription (avant le 25 janvier 2001):

Service formation continue, Université de Genève 1211 Genève 4
Tél.: 022 / 705 78 33 – Fax: 022 / 705 78 30
info@formcont.unige.ch – http://www.unige.ch/formcont/

Revue internationale de la Croix-Rouge
International Review of the Red Cross

Table des matières – Contents **2000**
Volume 82, N°s 837-840 no/**page**

La crise du Kosovo et le droit international humanitaire
The Kosovo crisis and international humanitarian law

PIERRE KRÄHENBÜHL, Conflict in the Balkans: Human tragedies and the challenge to independent humanitarian action 837/**11**
BÉATRICE MEGEVAND ROGGO, After the Kosovo conflict, a genuine humanitarian space: A utopian concept or an essential requirement? 837/**31**
THIERRY SCHREYER, L'action de l'Agence centrale de recherches du CICR dans les Balkans durant la crise des réfugiés kosovars 837/**49**
LAURENCE BOISSON DE CHAZOURNES and LUIGI CONDORELLI, Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting collective interests 837/**67**
DJAMCHID MOMTAZ, « L'intervention d'humanité » de l'OTAN au Kosovo et la règle du non-recours à la force 837/**89**
PÉTER KOVÁCS, L'intervention armée des forces de l'OTAN au Kosovo 837/**103**
JAMES A. BURGER, International humanitarian law and the Kosovo crisis: Lessons learned or to be learned 837/**129**
PETER ROWE, Kosovo 1999: The air campaign 837/**147**
A. P. V. ROGERS, Zero-casualty warfare 837/**165**
SERGEY ALEXEYEVICH EGOROV, The Kosovo crisis and the law of armed conflicts 837/**183**
MICHAEL H. HOFFMAN, Peace-enforcement actions and humanitarian law: Emerging rules for "interventional armed conflict" 837/**193**
WILLIAM CHURCH, Information warfare 837/**205**

SONJA BOELAERT-SUOMINEN, The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the Kosovo conflict 837/**217**

CORNELIO SOMMARUGA, Réflexions et convictions sur l'humanitaire d'aujourd'hui et de demain 838/**295**
PIERRE DE SENARCLENS, L'humanitaire et la globalisation 838/**311**
JEAN-LUC BLONDEL, L'humanitaire appartient-il à tout le monde? 838/**327**
HOWARD S. LEVIE, History of the law of war on land 838/**339**
MAARTEN MERKELBACH, Reuniting children separated from their families after the Rwandan crisis of 1994: the relative value of a centralized database 838/**351**
MARY GRIFFIN, Ending the impunity of perpetrators of human rights atrocities: A major challenge for international law in the 21st century 838/**369**
ILIAS BANTEKAS, The interests of States versus the doctrine of superior responsibility 838/**391**
STÉPHANE JEANNET, Recognition of the ICRC's long-standing rule of confidentiality 838/**403**

Action humanitaire et prévention
Humanitarian action and prevention

FRED TANNER, Conflict prevention and conflict resolution: limits of multilateralism 839/**541**
CHARLOTTE LINDSAY, Women and war 839/**561**
SOBHI TAWIL, International humanitarian law and basic education 839/**581**
VIVIENNE NATHANSON, Preventing and limiting suffering should conflict break out: the role of the medical profession 839/**601**
CHRISTOPH PLATE, Journalists' reports cannot prevent conflict 839/**617**
COLM CAMPBELL, Peace and the laws of war: the role of international humanitarian law in the post-conflict environment 839/**627**
DIETMAR KLENNER, Training in international humanitarian law 839/**653**

TIGRAN S. DRAMBYAN, Des pages méconnues de l'histoire de la Seconde Guerre mondiale : les prisonniers de guerre soviétiques en Finlande (1941-1944) 839/**663**
ADAM ROBERTS, Humanitarian issues and agencies as triggers for international military action 839/**673**
KONSTANTIN OBRADOVIC†, International humanitarian law and the Kosovo crisis 839/**699**
MARCO SASSÒLI and LAURA M. OLSON, The judgment of the ICTY Appeals Chamber on the merits in the Tadic case 839/**733**
KNUT DÖRMANN, Preparatory Commission for the International Criminal Court: the Elements of War Crimes 839/**771**

JULIO JORGE URBINA, La protection des personnes civiles au pouvoir de l'ennemi et l'établissement d'une juridiction pénale internationale 840/**857**
THÉO BOUTRUCHE, Le statut de l'eau en droit international humanitaire 840/**887**
JEAN-DANIEL VIGNY et CECILIA THOMPSON, Standards fondamentaux d'humanité : quel avenir ? 840/**917**
JOAQUÍN CUADRA LACAYO, International humanitarian law and irregular warfare — Lessons learned in Latin America 840/**941**
RAY MURPHY, International humanitarian law training for multinational peace support operations — Lessons from experience 840/**953**
GENEVIÈVE DUFOUR, La défense d'ordres supérieurs existe-t-elle vraiment ? 840/**969**
STÉPHANE JEANNET, Testimony of ICRC delegates before the International Criminal Court 840/**993**
JAN HLADIK, Reporting system under the 1954 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict 840/**1001**
NATALINO RONZITTI, Is the *non liquet* of the Final Report by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia acceptable? 840/**1017**

THILO MARAUHN, Environmental damage in times of armed conflict – not "really" a matter of criminal responsibility? 840/**1029**
PHENYO KEISENG RAKATE, The shelling of Knin by the Croatian Army in August 1995: A police operation or a non-international armed conflict? 840/**1037**

Croix-Rouge et Croissant-Rouge – Red Cross and Red Crescent

FRANÇOIS BUGNION, Vers une solution globale de la question de l'emblème 838/**427**
Personnes déplacées à l'intérieur de leur pays: mandat et rôle du Comité international de la Croix-Rouge 838/**479**
Internally displaced persons: The mandate and role of the International Committee of the Red Cross 838/**491**
MATHIAS-CHARLES KRAFFT, Le Concours Jean-Pictet 1999 – ou les pièges d'une «Conférence internationale pour la protection des victimes des conflits armés» 838/**501**
ROGER MAYOU, Le Musée international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge à Genève a changé! 838/**507**
People on War — A worldwide consultation on the rules of war 838/**510**
CHRISTOPHE LANORD, The legal status of National Red Cross and Red Crescent Societies 840/**1053**

Faits et documents – Reports and documents

Organisation du Traité de l'Atlantique Nord: déclaration par le Comité international de la Croix-Rouge 837/**253**
North Atlantic Treaty Organization: Statement by the International Comittee of the Red Cross 837/**258**
Resolution adopted by the NATO Parliamentary Assembly on 15 November 1999 concerning the armed intervention in Kosovo 837/**263**
Adhésion de Monaco aux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 / Accession to the Protocols Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 by Monaco 837/**265**

Conventions de Genève du 12 août 1949 et Protocoles additionnels du 8 juin 1977 (au 31 décembre 1999) / Geneva Conventions of 12 August 1949 and Additional Protocols of 8 June 1977 (as at 31 December 1999) 837/**266**
Mise en œuvre du droit international humanitaire – chronique semestrielle de législation et de jurisprudence nationales, juillet-décembre 1999 838/**512**
Déclaration du Costa Rica selon l'article 90 du Protocole I / Declaration of Costa Rica in accordance with Article 90 of Protocol I 838/**518**
DANIEL HELLE, Optional Protocol on the involvement of children in armed conflict to the Convention on the Rights of the Child 839/**797**
Mise en œuvre du droit international humanitaire – chronique semestrielle de législation et de jurisprudence nationales, janvier-juin 2000 839/**824**
Adhésion de la Lituanie aux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 / Accession by Lithuania to the Protocols Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 839/**832**
Adhésion de l'Érythrée aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 / Accession to the four Geneva Conventions of 12 August 1949 by Eritrea 839/**833**
Le CICR et différentes questions en rapport avec l'utilisation de certaines armes : déclaration faite à l'Assemblée générale des Nations Unies, 55e session, 2000 840/**1079**
The ICRC and various issues related to the use of certain weapons: Statement made at the United Nations General Assembly, 55th session, 2000 840/**1084**
Résolution 10 de l'Union internationale des télécommunications (UIT) traitant de l'utilisation de télécommunications hertziennes bidirectionnelles par le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge 840/**1088**
International Institute of Humanitarian Law — Congress on the occasion of the Institute's 30th anniversary 840/**1091**

Un nouveau *Manuel de droit des conflits armés* pour les forces armées françaises 840/**1094**

Livres et revues – Books and reviews

Marc-André Charguéraud, *L'étoile jaune et la Croix-Rouge – Le Comité international de la Croix-Rouge et l'Holocauste 1939-1945* (NADINE FINK) 838/**519**
The Beate Klarsfeld Foundation, *Recueil de documents des archives du Comité international de la Croix-Rouge sur le sort des juifs de France internés et déportés*, 1939-1945 (LA REVUE) 838/**522**
Jean-François Pitteloud (éd.), *Procès-verbaux des séances du Comité international de la Croix-Rouge, 17 février 1863 - 28 août 1914* (PATRICK HAAS) 838/**523**
Publications récentes – Recent publications 838/**527**
Marco Sassòli and Antoine Bouvier, *How Does Law Protect in War? Cases, Documents, and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law* (THEODOR MERON) 839/**834**
Françoise Bouchet-Saulnier, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire* (VÉRONIQUE HAROUEL) 839/**837**
Publications récentes – Recent publications 839/**839**
Adam Roberts and Richard Guelff (eds), *Documents on the Laws of War* (THE REVIEW) 840/**1095**
Publications récentes – Recent publications 840/**1097**

Divers – Miscellaneous

Attribution du Prix Paul Reuter – Award of the Paul Reuter Prize 837/**275**
Conseil des Délégués, Genève, 29-30 octobre 1999 / Council of Delegates, Geneva, 29-30 October 1999 837/**277**
Table des matières 1999 – Contents 1999 837/**278**
Antonio Cassese, docteur honoris causa de l'Université de Genève 839/**840**

Konstantin Obradovic (1939-2000), par YVES SANDOZ 839/**841**
Revista Internacional de la Cruz Roja
Selección de articulos 1999 – Primera parte 840/**1098**
Université de Genève : formation continue
en droits de l'homme 840/**1099**
Table des matières 2000 – Contents 2000 840/**1100**

Information for authors and guidelines for the submission of manuscripts

The *International Review of the Red Cross* invites readers to submit articles on subjects relating to humanitarian action, law or policy or any issue of interest to the International Red Cross and Red Crescent Movement (see *Mission of the Review* on the inside front cover).

The decision whether or not to publish a text in the *Review* is taken by the editor, who also determines the date of publication. The main criteria applied are originality and academic standard. If necessary, an expert opinion will be sought.

Language: Manuscripts should be submitted in either French or English. Texts are published in the original version together with a summary in the other language.

Length: *Articles* should be no longer than 20 printed pages (around 8,000 words). *Book reviews* should not exceed three printed pages (around 1,000 words). Authors of articles are kindly asked to provide a summary, comprising 100 to 200 words, depending on the length of the original.

Footnotes: Authors are requested to keep the number and length of footnotes to the minimum necessary for ensuring comprehension of the text, and for indicating the sources used and relevant literature. Footnotes should be numbered consecutively from the beginning of the manuscript.

Bibliographical references:
***(a)* Books:** author's name, title of book, edition (for example, 2nd ed.), publisher, place and year of publication, and page(s) referred to;
***(b)* Articles in periodicals or collective publications:** author's name, title of the article and, in the case of:
- *periodicals:* name of periodical, volume, year, and page(s) referred to;
- collective publications: names of editors (eds), title of publication, publisher, place and year of publication, and page(s) referred to.

Manuscripts should be sent to the *Review* on paper together with a copy on diskette, or by e-mail, in which case a paper copy should also be sent by post or fax. Authors are invited to submit texts in one of the following word-processing programmes:
WordPro Millennium or 97
Word for Windows 6.0, 95 or 97

Biographical notes: Articles submitted for publication should be accompanied by two to three lines of biographical information on the author.

The *Review* reserves the right to edit articles. Manuscripts, whether or not accepted for publication, will not be returned. Authors of published articles will receive off-prints of their contributions.

La *Revue internationale de la Croix-Rouge/ International Review of the Red Cross* paraît quatre fois par an, en mars, juin, septembre et décembre. Elle publie des textes en langue française ou en langue anglaise, accompagnés d'un résumé dans l'autre langue.

Les articles de la *Revue* sont également accessibles sur le site Web du CICR : http://www.cicr.org/fre/revue

Rédacteur en chef : Hans-Peter Gasser

Adresse :
Revue internationale de la Croix-Rouge
Avenue de la Paix 19
CH – 1202 Genève, Suisse
T (++41 22) 734 60 01
F (++41 22) 733 20 57
e-mail : review.gva@icrc.org

Prix de l'abonnement annuel :
USD 30/ CHF 40/ Euro 25
Numéro individuel :
USD 8/ CHF 12/ Euro 8

Paiement sur facture uniquement

The International Review of the Red Cross/Revue internationale de la Croix-Rouge is published four times a year, in March, June, September and December. The *Review* publishes articles in French or in English, with a résumé in the other language.

Articles appearing in the *Review* are also accessible on the ICRC Web site: http://www.icrc.org/eng/review

Editor: Hans-Peter Gasser

Address:
International Review of the Red Cross
19 Avenue de la Paix
CH–1202 Geneva, Switzerland
T (++41 22) 734 60 01
F (++41 22) 733 20 57
e-mail : review.gva@icrc.org

Annual subscription rate:
US Dollars 30 / 40 Swiss francs/ Euro 25
Single copy:
US Dollars 8/ 12 Swiss francs/ Euro 8

Payment on receipt of invoice

Conception graphique / Design:
Kohler & Tondeux
Atelier de Création Graphique Genève

Impression / Printing:
Atar Roto Presse SA Genève

Comité international de la Croix-Rouge

Organisation impartiale, neutre et indépendante, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a la mission exclusivement humanitaire de protéger la vie et la dignité des victimes de la guerre et de la violence interne, et de leur porter assistance. Il dirige et coordonne les activités internationales de secours du Mouvement dans les situations de conflit. Il s'efforce également de prévenir la souffrance par la promotion et le renforcement du droit et des principes humanitaires universels. Créé en 1863, le CICR est à l'origine du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.

International Committee of the Red Cross

The International Committee of the Red Cross (ICRC) is an impartial, neutral and independent organization whose exclusively humanitarian mission is to protect the lives and dignity of victims of war and internal violence and to provide them with assistance. It directs and coordinates the international relief activities conducted by the Movement in situations of conflict. It also endeavours to prevent suffering by promoting and strengthening international humanitarian law and universal humanitarian principles. Established in 1863, the ICRC is at the origin of the International Red Cross and Red Crescent Movement.

Jakob Kellenberger
président
President
Anne Petitpierre
vice-présidente
Vice-President
Jacques Forster
vice-président permanent
permanent Vice-President
Renée Guisan
Paolo Bernasconi
Liselotte Kraus-Gurny
Susy Bruschweiler
Jacques Moreillon
Daniel Thürer
Jean-François Aubert
Georges-André Cuendet
Éric Roethlisberger
Ernst A. Brugger
Jean-Roger Bonvin
Jakob Nüesch
Peter Arbenz
André von Moos
Olivier Vodoz
Gabrielle Nanchen
Jean de Courten
Jean-Philippe Assal
Jacqueline Avril

REVUE INTERNATIONALE
DE LA CROIX-ROUGE
DÉCEMBRE 2000

INTERNATIONAL REVIEW
OF THE RED CROSS
DECEMBER 2000

VOLUME 82 Nº 840

ISSN 1560-7755