

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2005/14
21 June 2005

ARABIC
Original: ENGLISH

المجلس الاقتصادي والاجتماعي



لجنة حقوق الإنسان

اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان

الدورة السابعة والخمسون

البند ٣ من جدول الأعمال المؤقت

إقامة العدل وسيادة القانون والديمقراطية

ورقة عمل من إعداد فرانسواز هامبسون وإبراهيم سلامة بشأن

العلاقة بين قانون حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي*

موجز

تتألف ورقة العمل هذه من جزأين. ويتناول الجزء الأول الذي أعده السيد إبراهيم سلامة، بشكل عام، مسألة العلاقة بين قانون حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي، ويحدد المجالات التي قد تتطلب المزيد من الدراسة، ولا سيما فيما يتعلق بمنع وقوع انتهاكات في حالات النزاع والتعامل معها على الصعيد المؤسسي. أما الجزء الثاني الذي أعدته السيدة هامبسون فيدرس مسألة إمكانية انطباق النظامين القانونيين بصورة متزامنة، وذلك في ضوء الفقه القانوني للهيئات المنشأة بموجب معاهدات حقوق الإنسان والإجراءات الخاصة. وهو يقترح أن على هيئات حقوق الإنسان أن تضع القانون الإنساني الدولي في الحسبان عندما يكون واجب التطبيق. ثم ينظر الجزء الثاني في مدى انطباق قانون حقوق الإنسان خارج الحدود الإقليمية، وذلك، مرة أخرى، في ضوء ممارسات هيئات حقوق الإنسان. وتخلص الورقة إلى تحديد المجالات التي قد تكون محوراً للمزيد من الدراسة. ويعتبر كاتبها هذه الورقة أن من المستحسن إلى حد بعيد إنشاء فريق عامل تابع للجنة الفرعية ليتولى النظر في هذه المسائل.

* نظراً لطول هذه الوثيقة التي تتجاوز الحدود التي وضعتها الجمعية العامة، تنشر الحواشي كما وردت باللغة التي قُدمت بها فقط

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٣	١ مقدمة
٣	٣٧- ٢ الجزء الأول
٣	٤- ٢ مقدمة
٤	٨- ٥ أولاً- الفرضيات والإشكاليات
٥	٢٣- ٩ ثانياً- إمكانية التعزيز المتبادل
٨	٢٩- ٢٤ ثالثاً- السوابق والقياس عليها
١٠	٣٧- ٣٠ رابعاً- خاتمة
١٢	٩٤- ٣٨ الجزء الثاني
١٢	٤٠- ٣٨ مقدمة
١٢	٥٠- ٤١ أولاً- تاريخ وطبيعة قانون التزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان
١٥	٧٧- ٥١ ثانياً- انطباق قانون حقوق الإنسان وقانون التزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي
٢١	٩٢- ٧٨ ثالثاً- مدى انطباق قانون حقوق الإنسان خارج الحدود الوطنية
٢٥	٩٤- ٩٣ رابعاً- مواضيع إضافية

مقدمة

١- طلبت اللجنة الفرعية، في مقررها، ١١٨/٢٠٠٤ من فرانسواز هامبسون وإبراهيم سلامة إعداد ورقة عمل بشأن العلاقة بين قانون حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي. والوثيقة الحالية مقدمة بموجب ذلك الطلب.

الجزء الأول

مقدمة

٢- "فيما يتعلق بالقوانين المدونة في الكتب، لم يسبق لأي جيل أن ورث ما ورثناه في هذا المجال. فنحن نتمتع بقوانين هي بمثابة شرعة دولية لحقوق الإنسان تتضمن معايير رائعة لحماية الضعفاء بيننا، ومنهم ضحايا التراعات والاضطهاد، غير أن إعلاناتنا تبقى جوفاء إذا لم تنفذ. وتبدو وعودنا خالية من أي معنى إذا لم تصاحبها أفعال". إن هذه العبارات التي وردت في تقرير الأمين العام المعنون "المزيد من الحرية نحو تحقيق التنمية والأمن وحقوق الإنسان للجميع"^(١) تصف المعضلة التي تواجه حركة حقوق الإنسان، ومأساة ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي، والتحديات التي يجب على اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان أن تنظر فيه وتعكف على دراسته.

٣- ويشكل التراع المسلح في حد ذاته تحدياً للفكرة الأساسية التي يركز عليها القانون المعاصر. وما فتئ ضمان الحد الأدنى من احترام حقوق وكرامة الإنسان خلال التراعات المسلحة يمثل تحدياً للمجتمع الدولي. كما أن صعوبات التوفيق بين المفاهيم المتضاربة المتمثلة في النظام والفوضى، والقانون والقوة، والكرامة الإنسانية والحرب، يمكن أن تتفاقم من جراء التطور العلمي، وأسلحة الدمار الشامل، والإرهاب، وغير ذلك من الظواهر المعاصرة المتعددة العابرة للحدود. وتبقى أسوأ هذه الظواهر، بلا شك، هي الهوة الآخذة في الاتساع بين التطور الأخلاقي والتقدم التكنولوجي. ومن المتطلبات الأساسية لتمكين مجتمع حقوق الإنسان من مواجهة تلك التحديات وجسر الهوة ما يتمثل في ضرورة الاسترشاد دوماً بالروابط التي لا تنفصم بين قانون حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي والقانون الدولي للاجئين، التي تنبثق جميعها عن نفس الهاجس الأساسي وهو: كفالة احترام كرامة الإنسان في كل الأزمنة والأمكنة والظروف. ويُعد تذكر علة الوجود هذه شرطاً مسبقاً لبعث القانون الإنساني الدولي من جديد.

٤- وعلى النقيض من الاتفاقيات الرئيسية في مجال قانون حقوق الإنسان، فإن القانون الإنساني الدولي لا تقوم برصده هيئات منشأة بموجب معاهدات، كما لا توجد أية آلية أخرى فعالة وملزمة تتولى الإشراف على إنفاذه والمساهمة في تطويره تدريجياً من خلال تقديم التعليقات العامة والمحددة على حد سواء. وفي هذه الحقبة التي أصبحت فيها حقوق الإنسان هي الموضوع المميز للمجتمع الدولي والعامل الرئيسي في رسم السياسات الدولية، لا يجوز قبول أو تبرير وجود هذه الفجوة الكبيرة في الحماية التي تتوارى خلف فوارق مفتعلة وحجج قانونية زائفة. وحتى إذا اعترض البعض على بعض تداعيات التصريح التالي للأمين العام للأمم المتحدة، فإن فحواه تظل غير قابلة للنقاش إذ يقول: "لا ينبغي السماح لأي مبدأ قانوني - حتى وإن كان مبدأ السيادة - بحماية مرتكبي الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وتبرير المعاناة الإنسانية الجماعية"^(٢).

أولاً - الفرضيات والإشكاليات

٥- إن مجموعة الصكوك القانونية القائمة فيما يتعلق بحماية المدنيين خلال النزاعات المسلحة، مهما بدت رائعة، لم توفر الحماية الكافية على الأرض. ولا يزال المجتمع الدولي يشهد انتشار أعمال وحشية واسعة النطاق وانتهاكات جماعية لحقوق الإنسان. وفي هذا السياق، فإن العلاقة بين القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان تنطوي على مفارقة، إذ إن المجتمع الدولي يزداد وعياً بالتطابق بين هاتين المجموعتين من القواعد، بينما توجد أيضاً إمكانيات تكاملية غير مستقلة.

٦- ومفهوم القانون الخاص لا يضع قانون حقوق الإنسان أو القانون الإنساني الدولي بمجملهما في وضع يتعين فيه الاختيار بين هذا القانون أو ذلك، فهما فرعان من نفس المجال يعزز كل منهما الآخر. وإن معظم الأعمال الوحشية الكبرى التي ارتكبتها البشر عبر التاريخ، سواء ارتكبت خلال نزاع مسلح أو خلافه، بدأت بتوجهات، وأيديولوجيات، وأفعال متقطعة أو غيرها من الأحداث التي أشعلت الفتيل ثم تطورت لاحقاً لتصبح من أفظع الجرائم التي شهدتها البشرية على الإطلاق. فالخرقة النازية، على سبيل المثال، بدأت بأيديولوجية عنصرية وأحداث متقطعة لم تُعالج ثم تطور الوضع إلى أن وقعت الأعمال الوحشية التي باتت معروفة تماماً. والقانون الإنساني الدولي ضعيف بقدر ما يتعلق الأمر بآليات المتابعة والإنذار المبكر. وعليه، لا بد من دراسة إمكانية تحقيق التكامل المؤسسي والتآزر بين هاتين المجموعتين من القوانين.

٧- ومما لا شك فيه أن وسائط الاتصالات لم تكن قبل ٦٠ عاماً متطورة كما هي اليوم، لكن يجب أن نعترف بأنه حتى في هذا الوقت التي يشهد وفرة من المعلومات التي يمكن الحصول عليها عن جميع المواضيع والتطورات، يمكن أن يتأخر رد الفعل الدولي على العديد من انتهاكات حقوق الإنسان الواسعة الانتشار، وذلك لسبب واحد وبسيط وهو عدم توفر نظم رصد فعالة ومتخصصة تقود إلى التدخل الدولي المشروع لمعالجة الأوضاع الخطرة والملحة. ولا نعني بذلك فقط إصلاح مجلس الأمن بحيث ينفذ أحكام ميثاق الأمم المتحدة في جميع الأحوال وبدون تمييز. ومن الضروري بنفس القدر تعزيز آليات القانون الإنساني الدولي لكفالة مراعاة أحكامه قبل أن تشكل الانتهاكات تهديداً للسلم والأمن الدوليين. ولقد شهدت رواندا ومناطق أخرى الحث بالوعد الرسمي بأن ما حدث "لن يتكرر" كما ورد في ديباجة الميثاق.

٨- وأحد الفوارق الرئيسية بين القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان هو أن هذا الأخير يتمتع بحماية إضافية من خلال العمل الدعوي من قبل المنظمات غير الحكومية والرصد الذي تقوم به مؤسسات حقوق الإنسان. وهذه الهيئات، بالإضافة إلى الرأي العام والمجتمع المدني بشكل عام، تلعب دوراً حاسماً في جعل ممارسات الدول متوافقة مع القواعد والمعايير الدولية لحقوق الإنسان. ومن الواضح أن جميع الجهات الفاعلة هذه هي أقل قدرة على الوصول إلى المعلومات وحرية التفاعل مع حقائق النزاعات المسلحة. ولذلك فإن من الضروري سدّ ثغرة الرصد هذه من خلال استخدام آليات حقوق الإنسان بطريقة أفضل في حالات النزاعات المسلحة. والتباينات بين قواعد قانون حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي، وهما فرعان من المجال نفسه، لا تستبعد التكامل المؤسسي اللازم بينهما في سبيل تحقيق هدف واحد هو: كفالة احترام الكرامة الإنسانية في جميع الأحوال. وبعض التباينات بين القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان، فضلاً عن طابع النزاع المسلح، تؤثر على دور المنظمات غير الحكومية الذي يصعب الاضطلاع به في أوقات النزاعات المسلحة. وبالرغم من الهواجس الأمنية، فإن بعض مفاهيم القانون الإنساني

الدولي، مثل "الضرورة العسكرية" و"الأضرار الجانبية" هي مفاهيم يصعب قبولها في السياق التقليدي لقانون حقوق الإنسان. وعليه، قد يستلزم الأمر تدريب بعض موظفي المنظمات غير الحكومية من أجل تحقيق التكامل اللازم بين قواعد ومعايير القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان في الممارسة الفعلية.

ثانياً - إمكانية التعزيز المتبادل

٩- إن انتهاك القانون الإنساني الدولي هو بطبيعته انتهاك لحقوق الإنسان، في حين أن كفالة احترام هذا القانون لا تكفل بالضرورة احترام جميع حقوق الإنسان. والاحترام التام لجميع حقوق الإنسان ينبغي أن يؤدي في نهاية الأمر إلى انتفاء الحاجة أساساً إلى التماس الحماية من القانون الإنساني الدولي. ويرتكز قرار لجنة حقوق الإنسان ٦٣/٢٠٠٥ بشأن حماية حقوق الإنسان للمدنيين في النزاعات المسلحة على ثلاث فرضيات هي: "أن قانون حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي يتكاملان ويعزز كل منهما الآخر"، وأن "الحماية المقدمة بموجب قانون حقوق الإنسان تستمر أثناء حالات النزاع المسلح، مع مراعاة الحالات التي ينطبق فيها القانون الإنساني الدولي بوصفه قانوناً خاصاً"، وأخيراً "أن التصرف الذي ينتهك القانون الإنساني الدولي قد يشكل أيضاً انتهاكاً جسيماً لحقوق الإنسان". وهذه هي بالفعل الأركان الثلاثة للتكامل والتعزيز المتبادل بين القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان. وهذا التكامل ليس نظرياً فقط بل إنه يمتد إلى مستوى التنفيذ. ونحن نتفق مع السيدة روزماري أبي صعب على أنه:

"إذا كانت حماية الفرد من جميع المحاولات الممكنة للمساس بكرامته الشخصية خلال النزاعات المسلحة أو في أوقات السلم هي نفس الهدف المشترك بين القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان، فلا عجب في أن يتكامل هذان الفرعان من القانون الدولي. وهذه العملية متبادلة، حيث يمكن لنهج يراعي القانون الإنساني الدولي أن يكمل أو يحل محل نهج آخر يراعي حقوق الإنسان بغية حماية الأفراد في الحالات التي تتعرض فيها حماية حقوق الإنسان إلى تقييد خطير أو تعليق كامل. وإذا ذهبنا لأبعد من هذا التفسير الواضح للعلاقة بين قانون حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي من حيث صيغة ومحتوى القواعد وتنفيذها الفعلي، فإن العلاقة المتبادلة بين القانونين يمكن أن تكون مفيدة في سياق التنفيذ. واللجوء إلى حقوق الإنسان بوصفها من معايير للقانون الدولي العام الواجبة التطبيق في جميع الأوضاع، وبما يتجاوز الالتزامات بموجب المعاهدات، سوف يساعد على تحديد الالتزامات العامة وانتهاكاتها المحتملة، ومن ثم يفتح المجال أمام إدانة هذه الانتهاكات"^(٣).

١٠- ولم يكن القرار ٦٣/٢٠٠٥ هو الدلالة الأولى على الاعتراف بتكامل القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان، لكنه يشير فقط إلى عملية تقارب تراكمية قائمة بين فرعين من مجال واحد. وهناك العديد من السوابق التي كلفت فيها لجنة حقوق الإنسان مقررين خاصين، وبعثات لتقصي الحقائق، ولجان تحقيق شُكلت في دورات أو اجتماعات استثنائية، بولايات تتعلق بمسائل ذات صلة بالقانون الإنساني الدولي في حالات قطرية مختلفة. كما أن ممارسات وضع المعايير التي اضطلعت بها اللجنة قد شملت مسائل كمسألة الأطفال في النزاعات المسلحة.

١١- وهذا القرار هو في واقع الأمر انعكاس لحاجة متنامية وملحة للتوصل إلى نهج تفاعلي بين القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان يكون محوره الضحايا. وكما قال ه. جي. هايتز، فإن:

"المؤلفات القانونية توضح بشكل واف أن حماية حقوق الإنسان لا تشترك مع القانون الإنساني الدولي في فلسفة واحدة فحسب، بل إنها يمكن أن تستخدم أيضاً للتعويض عن أوجه القصور في القانون الإنساني الدولي. ومن بين نقاط الضعف الكبيرة للقانون الإنساني الدولي ما يتمثل في تخلف آليات تنفيذه التي تستحق أن توصف بأنها غير فعالة تماماً. وعليه، لا عجب في أن لجنة الصليب الأحمر الدولية والدوائر الأكاديمية قد حاولت في عدة مناسبات استخدام آليات التنفيذ التابعة للهيئات المنشأة بموجب معاهدات الأمم المتحدة المتعلقة بحقوق الإنسان، ونزع السلاح، والبيئة، كنظم يمكن أن تكفل الامتثال للآليات الدولية من خلال الإجراءات التي تتبعها الدول لتقديم تقاريرها"⁽⁴⁾.

١٢- وإن تعزيز فعالية القانون الإنساني الدولي وتكامله من الناحية المؤسسية مع قانون حقوق الإنسان لا يتطلب بالضرورة تعديل القواعد القائمة أو وضع معايير جديدة. فبإمكان الصكوك القائمة تحقيق ذلك الهدف إذا استخدمت بطريقة مناسبة ونُفذت بشكل تام. وعلى سبيل المثال، كان إنشاء محاكم دولية مخصصة، والمحكمة الجنائية الدولية، رداً على الانتهاكات الوحشية والواسعة النطاق للقانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان في أنحاء مختلفة من العالم. ويمكن تحقيق درجة من الردع من خلال مقاضاة مرتكبي مثل تلك الانتهاكات الخطيرة.

١٣- وعلى الرغم من ذلك، فإن نقطة الضعف الأساسية في التزامات الدول بموجب القانون الجنائي الدولي هي عدم رصد الأفعال التي تقوم بها الدول بغية تنفيذ التزامها الدولي بمقاضاة الجناة على المستوى المحلي. وإذا كان قانون حقوق الإنسان قد استعار من القانون الإنساني الدولي مبدأ "تسليم المجرم أو محاكمته"، فإنه لا يزال لا يرصد تنفيذه. وقد تتردد الدول، لأسباب سياسية أو قانونية أو مالية واضحة، في مقاضاة مواطنيها على ارتكاب جرائم ناشئة عن نزاع مسلح، وقد تحاول، حتى عند إحالتهم إلى المحاكم الوطنية، التأثير على نزاهة سلطاتها القضائية في هذه القضايا. وفي بعض الحالات، فضلت الأنظمة الخلف المصالحة على المساءلة، وكانت النتيجة الإفلات من العقاب على انتهاكات فادحة للقانون الإنساني الدولي وغير ذلك من انتهاكات حقوق الإنسان.

١٤- وهذان مثالان فقط على المجالات التي يمكن أن تلعب فيها آليات حقوق الإنسان دوراً في سد ثغرات الحماية. ويعاني القانون الإنساني الدولي نسبياً حالة ضعف لا تمكنه من فرض عقوبات جنائية. إذ إن إنفاذ أي تدبير من تدابير القانون الإنساني الدولي يخضع لموافقة أطراف النزاع، وهذا يعني إخضاعه إلى موازين قوة الأطراف أو محاكمهم الوطنية. بما يُعرف من القيود التي تكبلها في مثل هذه الحالات. ومع ذلك، فإن آليات حقوق الإنسان هي وحدها التي يمكن أن يكون لديها الأساس القانوني والولاية العامة في معظم الحالات التي تتطلب توفير الحماية. ومن خلال ممارسة هذه الولاية العامة فيما يتعلق بالتزامات المسلحة، يمكن لآليات حقوق الإنسان أن تثبت أن القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان هما فرعان من مجال واحد، وأن الرؤية الأساسية لميثاق الأمم المتحدة تقتضي تكاملهما من الناحية المؤسسية⁽⁵⁾.

١٥- والتكامل المؤسسي بين القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان يستمد الأساس المفاهيمي والقانوني من شرط ماريتز الذي يوضح أنه خلال النزاعات المسلحة، وبصرف النظر عن الالتزامات القانونية بموجب المعاهدات، "يظل المدنيون تحت حماية وسلطان مبادئ القانون الدولي المنبثقة عن القانون العرفي المستقر ومبادئ الإنسانية وما يمليه الضمير العام" (الفقرة ٢ من المادة ١ من البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩). وهذا الحكم الوارد في القانون الإنساني الدولي يمكن أن تكون له أهمية عملية ومؤسسية كبيرة.

١٦- وفي واقع الأمر، اعتبرت محكمة العدل الدولية، في فتاها الصادرة في ٨ تموز/يوليه ١٩٩٦ بشأن مشروعية استخدام دولة ما للسلح النووي، أن شرط مارتيتز "قد أثبت أنه وسيلة فعالة لمعالجة التطور السريع للتكنولوجيا العسكرية" (الفقرة ٧٨ من الفتوى القانونية). ولذلك فإن "مبادئ الإنسانية وما يمليه الضمير العام"، فضلاً عن كونها مبادئ توجيهية أخلاقية بسيطة، تُعد معايير ملزمة قانوناً ويجب أن نقيس بالاستناد إليها جميع الأفعال والتطورات والسياسات العامة فيما يتعلق بحقوق الإنسان.

١٧- وقد اعتبر القاضي شهاب الدين، في وجهة نظره المخالفة (الصفحة ٢٢-٢٣) أن شرط مارتيتز ليس مجرد تأكيد للقانون العرفي، بل إنه قد أرسى أيضاً "مبادئ الإنسانية وما يمليه الضمير العام" كمبادئ قانونية. والواقع أنه قد استشهد برأي المحكمة العسكرية الأمريكية في نورينبيرغ في قضية كروب (*Krupp case*) عام ١٩٤٨ حيث اعتبرت أن هذا المبدأ قد تحول إلى "المعيار القانوني الذي يطبق عندما لا تشمل أحكام الاتفاقية المحددة قضايا معينة". وفي رأي القاضي ويرامنتري أن شرط مارتيتز يدل بالفعل على "وراء هذه القواعد المحددة كما تمت صياغتها، هناك مجموعة مبادئ عامة كافية لتطبيقها على الحالات التي لم يسبق التعامل معها".

١٨- ومن الواضح أن تطور قانون حقوق الإنسان يزيد من تواتر انتهاكات شرط مارتيتز. فكلما توسع نطاق قواعد ومعايير حقوق الإنسان، اتسع نطاق انطباق متطلبات "مبادئ الإنسانية وما يمليه الضمير العام". وعليه، فنحن مع وجهة النظر القائلة بأن شرط مارتيتز يعكس الافتراضات الكلاسيكية للقانون الدولي. وفيما يتعلق بالقانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان على حد سواء، لا يمكن للمرء أن يفترض أن كل ما لا يحظره القانون بشكل صريح مسموح به في الممارسة العملية^(٤).

١٩- ومما لا شك فيه أن تعزيز التزام الدول بمقاضاة منتهكي القانون الإنساني الدولي من خلال آليات حقوق الإنسان ذات الصلة يعزز فعالية هذا القانون، وذلك من خلال توفير وسائل الردع اللازمة لمرتكبي أسوأ أشكال انتهاكات حقوق الإنسان التي وقعت ضد المدنيين في سياق النزاعات المسلحة وهي الأكثر خطورة. والواقع أن التحرك باتجاه الاعتراف بالمسؤولية الجنائية الفردية عن الانتهاكات المرتكبة في أوقات الحرب لم يصحبه حتى الآن رصد موثوق لمدى وفاء الدول بالتزامها بكفالة المعاقبة القانونية الفعالة على هذه المسؤولية الفردية.

٢٠- وفي نفس سياق التكامل، تُعد مسألة تعويض ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان من المجالات الهامة الأخرى التي يمكن أن تسهم فيها معايير وصكوك حقوق الإنسان مساهمة كبيرة في تخفيف معاناة ضحايا انتهاكات القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان، وذلك بصرف النظر عما إذا كانت الانتهاكات قد ارتُكبت في أوقات السلم أو خلال النزاعات المسلحة.

٢١- وثمة مجال آخر هام من مجالات التطابق والتكامل المتزايد بين القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان، وهو يتمثل في تزايد قيام مجلس الأمن بالنظر في قضايا تتعلق بانتهاكات القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان التي تشكل تهديداً للسلام والأمن الدوليين. وهذه الحقيقة جعلت الأمين العام يخلص في آخر اقتراحاته بشأن الإصلاح إلى "أن المفوضة السامية لحقوق الإنسان يجب أن تضطلع بدور أنشط في مداولات مجلس الأمن ومداولات لجنة بناء السلام المقترح إنشاؤها، مع التشديد على تنفيذ الأحكام ذات الصلة في قرارات مجلس الأمن"^(٥).

٢٢- ونحن نتفق بالتأكيد مع هذه التوصية بقدر ما تشدد على صلتها بكفالة احترام حقوق الإنسان كدعامة هامة من دعومات منع النزاعات وبناء السلام. ولا ينطبق ذلك إلا إذا ثبت أن انتهاكات حقوق الإنسان قد بلغت حدًا يهدد السلم والأمن الدوليين. وبالإضافة إلى ذلك، لا يمكن لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان أن تلعب "دورها الأكثر نشاطاً" إلا عندما يطلب ذلك مجلس الأمن. ودور المفوضية السامية لحقوق الإنسان في هذا المجال الحساس لا يمكن أن يؤدي بطريقة موثوقة إلا إذا قام على أساس أفضل استخدام ممكن لجميع الهيئات المنشأة بموجب معاهدات حقوق الإنسان والإجراءات الخاصة. وتلك الآليات تشكل "الترسانة الإنسانية" للمفوضية السامية، و"جيشها النظامي" لتوفير الحماية، وقاعدتها المؤسسية ومصدر النتائج والمشروعية.

٢٣- وبعبارة أخرى، إذا أُريد للمفوضية السامية أن تلعب دوراً متمامياً فيما يتعلق بقضايا السلم والأمن من منظور حقوق الإنسان، فإن رصد الامتثال لقواعد ومعايير القانون الإنساني الدولي ذات الصلة ينبغي أن يشمل عمل المفوضية السامية بالتنسيق مع لجنة الصليب الأحمر الدولية. ولا يفترض أن تقوم المفوضية السامية فقط بإضافة ثقل سياسي أو أخلاقي لمداومات مجلس الأمن، فهي تتمتع بذلك فعلياً بموجب الميثاق وقرار إنشاء المفوضية السامية. والقيمة المضافة لمشاركة المفوضية السامية تتمثل في إضفاء البعد المؤسسي لحقوق الإنسان على القضايا المطروحة للبحث، وإثبات الأدلة الموثوقة التي تقدمها آليات حقوق الإنسان، واقتراح سبل الانتصاف من منظور القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان، والقيام بالتالي، على أسس سليمة من الناحية التقنية، بتسليط الضوء على مكونات حقوق الإنسان في حل النزاعات وبناء السلام.

ثالثاً - السوابق والقياس عليها

٢٤- هنالك العديد من الدراسات التي تناولت ممارسات آليات حقوق الإنسان في مجال القانون الإنساني الدولي، وتشير النتيجة العامة لتحليل العديد من السوابق إلى وجود اتجاه متمم للتعامل مع القضايا المتعلقة بالقانون الإنساني الدولي في إطار منظور يجمع بين القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان. وتتفاوت المقاربات والمنهجيات المتبعة في هذا الصدد بحسب خصائص الحالة موضوع البحث.

٢٥- وقد بات مجلس الأمن ينظر بصورة متزايدة في القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان جنباً إلى جنب. وتُعد ولاية المستشار الخاص للأمين العام المعني بمنع الإبادة الجماعية، الذي يعمل على نحو وثيق مع المفوضية السامية والإجراءات الخاصة لحقوق الإنسان، سابقة هامة في هذا المجال. وقد دعا مجلس الأمن الأمين العام "إلى أن يحيل إلى المجلس المعلومات والتحليلات المتاحة من داخل منظومة الأمم المتحدة، عن حالات الانتهاك الجسيم للقانون الدولي، بما في ذلك القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان، وعن حالات النزاعات المحتملة الناشئة عن جملة أمور منها المنازعات العرقية والدينية والإقليمية، والفقر وانعدام التنمية، وأعرب عن استعداده للنظر جدياً في مثل هذه المعلومات والتحليلات المتعلقة بحالات يحسب أنها تمثل تهديداً للسلم والأمن الدوليين"^(٨).

٢٦- ويشكل قرار مجلس الأمن ١٥٩١ (٢٠٠٥) بشأن دارفور سابقة أخرى هامة قد يكون من المفيد القياس عليها لتحقيق الأهداف المشتركة لقانون حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي على حد سواء. ولم يكتف المجلس في هذا القرار بمعالجة ورصد مسؤوليات حكومة السودان بل أيضاً مسؤوليات أفراد وجدت اللجنة المنشأة بموجب المادة ٢٨ من النظام الداخلي المؤقت للمجلس وبناءً على المعلومات الواردة من عدة مصادر، أنهم يعرقلون

عملية السلام، ويشكلون تهديداً للاستقرار في دارفور والمنطقة، ويرتكبون انتهاكات للقانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان أو غير ذلك من الأعمال الوحشية.

٢٧- والسؤال المطروح بوضوح في ضوء هذه السابقة هو التالي: ما هو مستوى الأعمال الوحشية الذي يتسبب في قيام مجلس الأمن باتخاذ إجراءات تربط بين هاتين المجموعتين من القواعد بغية إنفاذ معايير القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان؟ وثمة مشكلة أخرى تطل برأسها على الفور، وحتى إذا قبلنا جدلاً بأن المعاناة الإنسانية يمكن أن تُصنّف وفقاً لنطاق الأعمال الوحشية، فليس من الجائز مع ذلك أن يبقى المجتمع الدولي، بما لديه من مجموعة مذهلة من قواعد ومعايير لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي، صامتاً أو ساكناً أو غير فعال في مواجهة الإشارات المبكرة لما يُحتمل أن يتحول إلى انتهاكات جماعية لحقوق الإنسان في أي جزء من العالم. وهذا ما نعتقد أنه يمثل الحلقة المفقودة وحقاً جديداً: الحق في الحماية المؤسسية، أي حق ضحايا النزاعات المسلحة في الحصول على الحماية التامة من جميع المؤسسات ذات الصلة التي يمكنها وينبغي لها التخفيف من معاناتهم بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

٢٨- والشيء المطلوب تحقيقه لكفالة احترام حقوق الإنسان في جميع البلدان والظروف هو أن يُطلب إلى جميع آليات حقوق الإنسان ذات الصلة رصد جميع حالات النزاعات المسلحة سواء كانت ذات طابع وطني أو دولي، وذلك من أجل كشف وردع جميع الانتهاكات المحتملة لقانون حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي. ونحن نتفق مع هانز جواشيم هايتز الذي لاحظ أن "البحوث تشير إلى وجود تطابق بين الحماية التي يوفرها قانون حقوق الإنسان وتلك التي يوفرها القانون الإنساني الدولي. ويمكن تطبيق هاتين المجموعتين من القوانين على النزاعات المسلحة من أجل توفير أكبر قدر ممكن من الحماية بمعنى شرط مارتز. والنتيجة العملية الأهم التي تترتب على ذلك هي إمكانية إنفاذ القانون الإنساني الدولي. وتكتسب إجراءات حقوق الإنسان القائمة أهمية عملية نظراً إلى أن آليات إنفاذ القانون الإنساني الدولي غير كافية ولا يتوقع إعداد تقارير الدول وتحديد إجراءات الشكاوى الفردية المتصلة به في المستقبل القريب. والقرارات الأولية الخجولة التي تُطبق بموجبها القانون الإنساني الدولي تبين أنه: إجمالاً، وعلى الرغم من أن ممارسات هيئات حقوق الإنسان لا تزال محدودة، فإنها تشكل إضافة مستحسنة إلى مجموعة الوسائل الدولية، التي لا ينكر أنها محدودة، لإنفاذ امتثال أطراف النزاعات المسلحة للقانون الإنساني الدولي. ويبين ذلك بوضوح النتائج العملية والمفيدة للتقارب بين قانون حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي"^(٩).

٢٩- وتشكل مناهضة التعذيب مجالاً آخر من مجالات التكامل بين قانون حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي. وعمليات التعذيب قد تحدث في أوقات السلم وخلال النزاعات المسلحة. وينبغي لآليات القانون الإنساني الدولي وآليات قانون حقوق الإنسان المختصة تنسيق إجراءاتها لتكفل توفير أقصى ما يمكن من الحماية الفعالة لضحايا التعذيب. وقد قدّم كل من القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان إسهامات محددة في مجال مكافحة التعذيب. ونحن نتفق مع الرأي القائل بأن "الحالة الراهنة للقانون الدولي توضح أن صكوك القانون الإنساني وصكوك حقوق الإنسان توفر معاً مجموعة شاملة من القواعد والإجراءات لمنع وقمع أعمال التعذيب. وفي الوقت الراهن، يمكن في الكثير من الأحيان تعويض نقاط الضعف في أحد المجالين من خلال الاحتجاج بالصكوك التي يتضمنها المجال الآخر"^(١٠).

رابعاً - خاتمة

٣٠ - بناءً على الاعتبارات سالفة الذكر، يجب النظر في المسائل والخيارات التالية.

٣١ - باعتماد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في عام ١٩٤٨، أصبحت كرامة الإنسان نقطة مرجعية محورية في النظام القانوني الدولي. وأفضت هذه الحقيقة إلى وضع نظام دولي للحماية يستند إلى معايير ومؤسسات. وما فتئ هذا النظام يتطور على الرغم من التباين الأيديولوجي، والانتقائية وعمليات التسييس التي تشكل جزءاً لا يتجزأ من السياسة في مجال حقوق الإنسان والعمل الإنساني. وينبغي مواجهة هذه العوامل السلبية من خلال تعزيز دور هيئات المعاهدات، والإجراءات الخاصة، واللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان، والمنظمات غير الحكومية، التي يمكنها جميعاً التأثير على قواعد ومعايير حقوق الإنسان أكثر من أي فرع آخر من فروع القانون الدولي. والمدافعون عن الوعد الرسمي بأن ما حدث "لن يتكرر" يمكنهم وينبغي لهم مساندة الميل المتنامي للتطابق بين التقليديين المتمثلين في قانون حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي بطريقة سليمة تقنياً ومفيدة عملياً وقابلة للتطبيق. وفي معظم الحالات، يمكن تطبيق مجموعتي المعايير بطريقة متوازنة، بينما يمكن تطبيقهما في بعض الحالات بصورة تكاملية^(١١). وليس من شأن وجود مجموعتي معايير تدعم كل منهما الأخرى إلا أن يعزز حماية حقوق الإنسان في جميع الظروف، وذلك هو الهدف الذي يصفه البروفيسور جورج أبي صعب بأنه "أعظم فتح في مجال القانون الدولي بعد الحرب"^(١٢).

٣٢ - ورثما تُجرى المزيد من الدراسات عن وسائل تحقيق هذا الهدف، يمكن اتخاذ خطوة أولية تتمثل في توصية اللجنة بأن تطلب من جميع الإجراءات المواضيعية الخاصة التابعة لها إيلاء اهتمام في إطار الولايات المحددة لكل منها، لحالات النزاعات المسلحة الفعلية أو المحتملة، وأن تضمن دراساتها وتقاريرها القضايا ذات الصلة بالقانون الإنساني الدولي. وبالنظر إلى الحالة الراهنة للأوضاع، يبدو من الحيوي اللجوء إلى الاستخدام المتعدد للإجراءات الموجودة فعلاً. وهذا الاستخدام المتعدد يبدو ممكناً نظراً لتداخل الحماية التي يوفرها قانون حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي^(١٣). وقد يكون من المفيد توصية اللجنة بأن تطلب إلى جميع الدول الأعضاء التي تشهد أوضاع نزاعات مسلحة توجيه دعوات زيارة دائمة للمكلفين بالولايات المواضيعية، وذلك في إطار تعهد هذه الدول بـ "احترام وكفالة احترام" اتفاقيات جنيف الأربع "في جميع الظروف" امثالاً للمادة ١ المشتركة بين اتفاقيات جنيف.

٣٣ - كما يمكن تشجيع هيئات المعاهدات على دراسة مدى ملاءمة الطلب إلى الدول الأعضاء تقديم تقارير إضافية تعالج حقوق الإنسان على وجه الخصوص خلال حالات التوتر الداخلي وأوضاع النزاعات المسلحة الدولية. وفي جميع الحالات، فإن نطاق أي آلية لحقوق الإنسان تتعامل مع قضايا القانون الإنساني الدولي ينبغي أن يقتصر على الجانب الإنساني للمسألة قيد النظر من دون أن يشمل أبعادها السياسية. وهذا التقييد من حيث المنهجية ونطاق الاختصاص ضروري لتجنب تسييس القانون الإنساني الدولي.

٣٤ - وقد يكون من المفيد أيضاً توصية لجنة حقوق الإنسان بأن تطلب إلى الدول الأطراف في اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ عقد اجتماعات مواضيعية منتظمة، وذلك للنظر في المشكلات المحددة ذات الطابع العام التي تؤثر على تطبيق هذه الاتفاقيات. وقد كان اجتماع الخبراء الذي عقد في جنيف عام ١٩٩٨ لبحث مشاكل محددة

تتعلق بتطبيق اتفاقية جنيف الرابعة سابقة مفيدة في هذا الصدد. وقد كان اجتماعاً مواضيعياً يتناول أي وضع محدد، وتلك هي الطريقة التي ينبغي اتباعها في عقد مثل هذه الاجتماعات التي يحتمل عقدها مستقبلاً. كما ينبغي دعوة الإجراءات الخاصة ذات الصلة في مجال حقوق الإنسان لحضور مثل هذه الاجتماعات الدورية التي تعقد على مستوى الخبراء بغية تعميق الفهم والاستفادة من تبادل الخبرات بين مختلف الجهات الفاعلة والمنظمات التي تشارك في العمل الإنساني.

٣٥- ومن أجل تعميق فهمنا، تحت رعاية لجنة حقوق الإنسان، للصلة بين قانون حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي، قد يكون من المفيد النظر في إنشاء فريق عامل تابع للجنة الفرعية (قد يجل محل فريق عامل أنجز مهمته) لكي يقوم بمعالجة مسائل متعددة التخصصات ناشئة عن القانون الإنساني الدولي بالمقارنة مع قانون حقوق الإنسان، ويكون بمثابة وحدة استشارية لتعزيز التكامل والحوار المنظم مع الدول الأعضاء، ولجنة الصليب الأحمر الدولية، والمنظمات غير الحكومية لتحقيق هذا الغرض. وفي مجتمع دولي آخذ في التوسع ويفتقر إلى السلطة التشريعية ويواجه تحديات تتعلق بوجوده، تُعد المناقشات المنظمة المتعددة التخصصات أكثر أهمية من أي وقت مضى.

٣٦- والتنسيق والتكامل بين التدابير التي تتخذها الإجراءات الخاصة لحقوق الإنسان فيما يتعلق بالتراعات المسلحة وبين أنشطة لجنة الصليب الأحمر الدولية يمكن أن يتحققا من خلال هذا النوع من الحوار المنظم. ولن يتطلب الأمر تعديل أساليب عمل لجنة الصليب الأحمر الدولية في هذا الصدد. ولا يوجد التباس فيما يتصل بالولايات الخاصة بمختلف الجهات الفاعلة، وليس من شأن التنسيق الدولي بين مختلف نُهج العمل الإنساني إلا أن يعزز فعاليته. وكما أوضح السيد سوماروغا، الرئيس السابق للجنة الصليب الأحمر الدولية، في كلمته الرئيسية أمام المؤتمر الدولي السادس والعشرين لجمعيات للصليب والهلال الأحمر الدوليين المعقود في ٤ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٥، فإن "تزايد حجم المهام الملقاة على عواتقنا وتزايد الوكالات يجعل من الضروري، أكثر من ذي قبل، تعزيز عملية التشاور والتعاون بين مختلف المنظمات المشاركة في العمل الإنساني. وتضطلع لجنة الصليب الأحمر الدولية، في إطار حركة الصليب والهلال الأحمر الدوليين، بدور تنسيق العمليات الإنسانية في حالات التراعات المسلحة. وتقوم لجنة الصليب الأحمر الدولية، بمشاركة الجمعيات المكونة لهذه الحركة والشركاء الميدانيين الآخرين، بإجراء هذه المشاورات الدائمة بروح تتسم بالانفتاح والتكامل والتضامن، مع إيلاء الاحترام الواجب للولاية المحددة لكل كيان".

٣٧- ونظراً لعدم وجود أي هيئة دائمة لرصد القانون الإنساني الدولي، تضطلع محاكم جنائية دولية مخصصة، فضلاً عن المحكمة الجنائية الدولية (في المستقبل)، وهيئات الأمم المتحدة ذات الصلة، بل حتى بعض المحاكم الوطنية، بدور هام في تفسير قواعد القانون الإنساني الدولي. ولا توجد هيئة على المستوى الدولي للاستفادة من مثل هذه الإسهامات القضائية الهامة. ولهذا السبب، سيكون من المفيد تجميع هذه السوابق والتفسيرات القضائية كمصدر ثانوي للقوانين التي لا يزال العمل جارياً على تطويرها، وكمؤشر محتمل للقواعد العرفية المستقبلية، وأداة عملية لتحديد "المبادئ الإنسانية وما يمليه الضمير العام". وهذه العملية التدريجية لتطوير القانون الإنساني الدولي يمكن أن تعزز من خلال تشكيل الفريق العامل التابع للجنة الفرعية المقترح إنشاؤه ليعنى بمسائل حقوق الإنسان في حالات الصراعات المسلحة. وهذا ليس إلا مثلاً واحداً على كيفية استخدام مثل هذا الحفل لمعالجة مشكلة الحلقات المفقودة بين قواعد القانون الإنساني الدولي وقواعد حقوق الإنسان وسد الثغرات القائمة في مجال الحماية. وهذا

الحفل الجديد للتشاور والحوار ينبغي أن يكون بمثابة هيئة خبراء تقوم فقط بإجراء دراسات مواضيعية وصياغة الاقتراحات التي تقدم من خلال اللجنة الفرعية إلى لجنة حقوق الإنسان حول سبل ووسائل تعزيز التكامل المؤسسي بين مجموعتين هامتين من القواعد والصكوك المتقاربة في تركيزها على كرامة الإنسان، مع مراعاة التباين الاشتراعي فيما بينهما وخصائص كل واحدة منهما.

الجزء الثاني

مقدمة

٣٨- يوضح الجزء الثاني من هذه الورقة أولاً المصطلحات المستخدمة قبل دراسة تاريخ وطبيعة النظامين القانونيين. ثم يدرس مسألة الانطباق المتزامن لهاتين المجموعتين من القواعد. وتنظر الورقة، كمسألة مستقلة ولكنها وثيقة الصلة بالموضوع، في مدى انطباق قانون حقوق الإنسان خارج الحدود الوطنية لطرف من أطراف النزاع. وأخيراً، تحدد الورقة بعض المواضيع التي يحتمل أن تنسب في نشوء صعوبات.

المصطلحات

٣٩- تستخدم في بعض الأحيان ثلاث عبارات مختلفة لوصف القواعد التي تنطبق خلال فترات النزاعات وهي: قوانين الحرب، وقانون النزاعات المسلحة، والقانون الإنساني الدولي^(١٤). وسوف يستخدم في هذه الورقة تعبير "قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي" لوصف جملة القواعد المنطبقة تحديداً في حالات الصراع. وهذه القواعد تنظم ما يحدث خلال النزاع. وهي مختلفة تماماً عن القواعد التي تنظم مشروعية اللجوء إلى استخدام القوة المسلحة. وهذه الورقة لا تتناول تلك القواعد مطلقاً. والقواعد الواجبة للتطبيق خلال النزاع تنطبق بصرف النظر عن مشروعية أو عدم مشروعية اللجوء إلى استخدام القوة المسلحة.

٤٠- ويتناول هذا الجزء من التقرير قانون حقوق الإنسان مقابل حقوق الإنسان بشكل أعم. وعلى هذا الأساس، فهو يشمل قانون وقواعد معاهدات حقوق الإنسان التي وضعت كنتيجة لعمل الآليات المنشأة بموجب الميثاق. ولمعظم تلك الآليات ولايات محددة جداً، كما في حالة الإجراءات الخاصة^(١٥). بيد أن للجنة حقوق الإنسان واللجنة الفرعية ولاية عامة إلى حد بعيد. وسوف يستخدم تعبير "قانون حقوق الإنسان" في هذه الوثيقة بمعناه المعروف أعلاه.

أولاً - تاريخ وطبيعة قانون النزاعات المسلحة/القانون

الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان

ألف - تاريخ النظامين القانونيين

٤١- إن تاريخ القواعد التي تنظم كيفية التصرف خلال النزاع تختلف اختلافاً كبيراً عن قانون حقوق الإنسان^(١٦).

٤٢- ويدل تاريخ قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي على ما يلي:

- أن منشأ هذه المجموعة من القوانين ضارب في القدم؛
- مدى خضوع تنظيم النزاعات الدولية على الأقل لأحكام المعاهدات؛
- الاعتراف الحديث نسبياً بأن هنالك مجموعة كبيرة من القوانين العرفية المتعلقة بالنزاعات غير الدولية؛
- استعداد الدول لتوسيع نطاق انطباق معاهدات قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي، عدا عن الأحكام التي تتناول وضع المقاتلين، لتشمل النزاعات غير الدولية؛
- الافتقار النسبي، حتى وقت قريب، إلى آلية للتنفيذ خلاف التنفيذ من خلال القانون الجنائي المحلي.

٤٣ - إن قواعد ما يُفهم عادة، على المستوى الدولي، على أنه قانون حقوق الإنسان قد بدأت على المستوى المحلي. وهي في بعض الأحيان شكلت جزءاً من القانون العادي للإقليم، كما في حالة قانون الإحضرار في إنكلترا، كما شكلت في بعض الأحيان جزءاً من تسوية دستورية، كما في حالة إعلان حقوق الإنسان والمواطن في فرنسا. ولا شك في أن أهم خطوة في سبيل تطوير قانون حقوق الإنسان الدولي قد حدثت عند إدراج حقوق الإنسان في ميثاق الأمم المتحدة، بما في ذلك الإشارة إلى إنشاء لجنة لحقوق الإنسان، واعتماد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. وقد شهدت الفترة التالية لعام ١٩٤٥ وضع مجموعة متنوعة من معاهدات حقوق الإنسان على الصعيدين الإقليمي والدولي. وقد لعبت لجنة حقوق الإنسان دوراً حيوياً في إنشاء آليات أخرى مثل المقررين المواضيعيين والقطريين والأفرقة العاملة.

٤٤ - ويشتمل أبرز سمات قانون حقوق الإنسان مقارنة بقانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي، على ما يلي:

- حدائته النسبية على الصعيد الدولي؛
- إنشاء آليات لرصد و/أو إنفاذ المعايير جنباً إلى جنب مع وضع القواعد الموضوعية؛
- إنشاء آليات لها ولاية على جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة وليس فقط على الدول المصدّقة المصدقة على المعاهدات.

باء - طبيعة النظامين القانونيين

٤٥ - إن الهدف النهائي للنظامين القانونيين متشابه بشكل عام لكنهما يسعيان إلى بلوغه بطرق مختلفة اختلافاً كبيراً. وقد لا يكون ممكناً أو مستحسنًا دمج مجموعتي القواعد لأن ذلك يؤدي إلى فقدان المزايا التي ينطوي عليها وجود نظم قانونية مصممة تحديداً لتحقيق أغراض معينة خاصة بكل منها. وبينما يسعى النظامان إلى تجنب وقوع وفيات وإصابات وحالات دمار لا داعي لها، فإن نقطة البداية بالنسبة لقانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني

الدولي هي حق الجندي في القتل^(١٧). أما نقطة البداية بالنسبة لقانون حقوق الإنسان فهي حظر القتل التعسفي وواجب حماية الحق في الحياة^(١٨). وتنعكس الطبيعة القانونية المختلفة للنظامين في مجموعة من الاختلافات القانونية التي يسهل إغفالها.

٤٦ - ويتسم قانون حقوق الإنسان أساساً بطابع مدني وليس جنائياً. وهو يتألف من التزامات الدول التي ينبغي تطبيقها في الدستور والقوانين المدنية واللوائح والممارسات والسياسات العامة^(١٩). وهو يركز على العلاقة بين الضحية والدولة وليس الجاني.

٤٧ - وعلى مستوى العلاقات بين الدول، يمكن تنفيذ قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي كالتزامات بموجب القانون الدولي المدني، وذلك أمام محكمة العدل الدولية مثلاً^(٢٠). كما أن أحكام المعاهدات نفسها وطبيعة ومحتوى المعايير الموضوعية توضح بجلاء أن المقصود هو أن يتم التنفيذ أساساً من خلال القانون الجنائي المحلي، والقانون الجنائي المحلي لدول ثالثة، والقانون الجنائي الدولي^(٢١). والتركيز هنا هو على الانتهاك والجاني وليس الضحية. ويشمل القانون الجنائي القانون العسكري والقانون الجنائي المدني على حد سواء. وعليه، فإن المشكلة ليست هي عدم وجود آلية لتنفيذ قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي، بل هي عدم استخدام هذا القانون في الكثير من الأحيان.

٤٨ - كما ينعكس الاختلاف الأساسي بين الإجراءات القضائية المدنية والجنائية في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات المنطبقة عادة، وفي عبء ومعيار الإثبات.

٤٩ - وبينما يشمل قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي أحكاماً تتعلق بمطالبات التعويض بين الدول، فإنه يخلو من أية أحكام صريحة تتعلق بالمطالبات الفردية. ومع ذلك، لا يوجد في قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي أي حكم يستبعد مثل هذه المطالبات^(٢٢). ولعل من أسباب تزايد لجوء أصحاب شكاوى انتهاكات قانون حقوق الإنسان، التي تُعد أيضاً انتهاكات لقانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي، إلى استخدام حق الالتماس الفردي هو الافتقار إلى وسائل انتصاف فعالة بديلة فيما يتعلق بانتهاكات القانون الأخير^(٢٣). وقد عالج النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية هذه المسألة^(٢٤). وسوف نرى كيف سيطبق ذلك في الممارسة العملية.

٥٠ - ومن الواضح أن هذين النظامين القانونيين يتكاملان ويعالجان نفس المجموعة من الشواغل على الرغم من أنهما قد يختلفان اختلافاً كبيراً من حيث الشكل. وهذا ما أكدته لجنة حقوق الإنسان عندما أوضحت في القرار ٦٣/٢٠٠٥ أن "قانون حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي يتكاملان ويعزز كل منهما الآخر" وأن "الحماية المقدمة بموجب قانون حقوق الإنسان تستمر أثناء حالات النزاع المسلح، مع مراعاة الأوقات التي ينطبق فيها القانون الدولي بوصفه قانوناً خاصاً". ويشدد القرار في الفقرة الأولى على أن "التصرف الذي ينتهك القانون الإنساني الدولي قد يشكل أيضاً انتهاكاً فاضحاً لحقوق الإنسان". وعليه، من الضروري النظر في إمكانية تطبيق كلا النظامين القانونيين من أجل تحديد ما إذا كانت هنالك ظروف يمكن أن تطبق فيها كلتا المجموعتين من القواعد.

ثانياً - انطباق قانون حقوق الإنسان وقانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي

٥١ - إن وجود أو عدم وجود مسألة عملية، لا أكاديمية، فيما يتصل بالعلاقة بين النظامين القانونيين يتوقف على الإجابات التي يمكن تقديمها على سؤالين اثنين. والسؤال الأول هو ما إذا كان قانون حقوق الإنسان وقانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي لا يستبعد أحدهما الآخر. وأما السؤال الثاني وهو متصل بالأول ولكنه مختلف عنه فهو مدى التزامات الدولة المتعلقة بحقوق الإنسان خارج حدودها الوطنية. وسوف يتم تناول هذا السؤال بصورة مستقلة.

٥٢ - ومن الناحية التاريخية، كان السؤال الأول مثيراً للجدل، في الدوائر الأكاديمية على الأقل. وقد صدرت الكثير من المؤلفات الأكاديمية عن هذه المسألة خلال فترة السبعينيات. والمؤلفات التي تناولت هذه المسألة بالاستناد إلى خلفية قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي تميل إلى اعتبار أن قانون حقوق الإنسان لا ينطبق إلا في أوقات السلم وأن قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي هو مجموعة القواعد الوحيدة الواجبة التطبيق في حالات النزاع^(٢٥). أما المؤلفات التي تنطلق من خلفية حقوق الإنسان فكانت أميل إلى اعتبار أن قانون حقوق الإنسان يظل منطبقاً في جميع الظروف، وإن يكن ذلك بطريقة معدلة^(٢٦).

٥٣ - وقد اكتسبت هذه أهمية عملية حقيقية، إذ كان على هيئات حقوق الإنسان، ولا سيما تلك التي تُعنى بالشكاوى الفردية، أن تعالج الانتهاكات المزعومة التي ارتكبت خلال حالات النزاع وكانت ذات صلة مباشرة به. وسيكون التحليل التالي منظماً على أساس مؤسسي بدلاً من دراسة المسألة في ضوء التطور الزمني للسوابق القضائية.

٥٤ - ويبدو أن هنالك ثلاثة احتمالات نظرية: ١` إن انطباق قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي يستبعد من الناحية القانونية إمكانية تطبيق قانون حقوق الإنسان؛ ٢` إن انطباق قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي لا يؤثر مطلقاً من الناحية القانونية على انطباق وإعمال قانون حقوق الإنسان؛ أو يتم التوفيق بين الاثنين بحيث ٣` تظل كل مجموعة من المجموعتين القانونيتين قابلة للتطبيق على أن يراعي كل منهما الأخرى.

٥٥ - ونقطة التركيز المهمة هنا هي مدى انطباق قانون حقوق الإنسان في حالات النزاع. ومع ذلك، ينبغي تذكر أن الهيئات التي تتولى في المقام الأول تطبيق قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي، مثل المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، والمحكمة الجنائية الدولية، ولجنة الصليب الأحمر الدولية، قد تحتاج أيضاً إلى النظر في استمرار انطباق قانون حقوق الإنسان^(٢٧). ويمكن تحقيق التكامل في كلا الاتجاهين.

٥٦ - وابتداءً من عام ١٩٦٨ واعتماد الجمعية العامة للقرار ٢٤٤٤ (د-٢٣) المتعلق باحترام حقوق الإنسان في حالات النزاع المسلح، استخدمت قرارات الجمعية العامة بصورة متكررة لغة حقوق الإنسان في القرارات المتعلقة بحالات النزاع^(٢٨). وخلال السنوات الأخيرة، أشار مجلس الأمن بصورة متزايدة إلى كل من حقوق الإنسان

والقانون الإنساني الدولي في حالات النزاع^(٢٩). وقد يُرى أن ذلك يدل على القبول السياسي لحقيقة أن كلا النظامين القانونيين يمكن أن ينطبقا في الحالة نفسها.

٥٧ - وقد تناولت محكمة العدل الدولية هذه المسألة مرتين، المرة الأولى من خلال الفتوى التي أصدرتها بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها^(٣٠)، وفتواها التي صدرت مؤخراً بشأن التبعات القانونية المترتبة على بناء الجدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة^(٣١). وفي هذه القضية الأخيرة، تناولت المحكمة بصورة صريحة مسألة النظم القانونية المنطبقة في الحالة المعروضة أمامها. وأكدت المحكمة انطباق اتفاقية جنيف الرابعة بحكم القانون، ثم نظرت في إمكانية انطباق قانون حقوق الإنسان.

"وبصورة أعم، ترى المحكمة أن الحماية التي توفرها اتفاقيات حقوق الإنسان لا تتوقف في حالة النزاع المسلح، إلا من خلال أعمال أحكام تقييدية من النوع الموجود في المادة ٤ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. وفيما يتصل بالعلاقة بين القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان، فإن هناك ثلاث حالات محتملة: فبعض الحقوق يمكن أن تقتصر تماماً على القانون الإنساني الدولي؛ وبعض الحقوق يمكن أن تقتصر تماماً على قانون حقوق الإنسان؛ غير أن هناك حقوقاً أخرى يمكن أن تدخل ضمن هذين الفرعين من القانون الدولي على حد سواء. وللإجابة على السؤال المطروح على المحكمة، سيتعين عليها أن تأخذ في اعتبارها هذين الفرعين من القانون الدولي على حد سواء، أي قانون حقوق الإنسان، والقانون الإنساني الدولي باعتباره قانوناً خاصاً"^(٣٢).

ويبدو جلياً أن القانون الخاص لا يستخدم كبديل لقانون حقوق الإنسان، بل إن ذلك يدل على أن هيئات حقوق الإنسان ينبغي أن تفسر أي قاعدة من قواعد حقوق الإنسان في ضوء قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي.

هيئات المعاهدات الدولية

٥٨ - لقد تعين على هيئات المعاهدات الدولية نفسها النظر في هذه المسألة. ونظراً لضيق الحيز المتاح، فسوف يقتصر التحليل على تعليقات لجنة حقوق الإنسان، ولجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. ومع ذلك، يجب ملاحظة أن هناك هيئات أخرى منشأة بموجب معاهدات قد تعين عليها أيضاً تناول هذا السؤال بطريقة مباشرة أو غير مباشرة^(٣٣).

٥٩ - وقد اعتمدت، في التوصل إلى فتواها، على الممارسة الحالية للجنة المعنية بحقوق الإنسان وأقرتها. وغالبا ما أُثيرت مسألة العلاقة بين قانون حقوق الإنسان وقانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي في سياق الاستثناء من القانون.

٦٠ - وفي عام ٢٠٠١، اعتمدت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان التعليق العام رقم ٢٩ (٢٠٠١) بشأن الاستثناء من القانون خلال حالات الطوارئ^(٣٤). وقد أوضحت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في البداية أن العهد يمكن أن ينطبق في الحالات التي ينطبق فيها قانون النزاعات المسلحة^(٣٥). ثم شرحت اختصاصها بالنسبة للأنظمة القانونية الأخرى التي يمكن أن تنطبق جنباً إلى جنب مع العهد^(٣٦).

٦١- كما توحى اللجنة بأنها يمكن أن تأخذ قانون النزاعات المسلحة في الحسبان عندما تدرس مدى ضرورة اتخاذ تدبير محدد كاستثناء من العهد^(٣٧). بيد أن ذلك لا يفسر كيفية تفسير اللجنة لإجراء أو تدبير يتسق مع قانون النزاعات المسلحة ولكنه قد يُحتج بأنه يشكل انتهاكاً لقانون حقوق الإنسان. والمسألتان الأكثر أهمية في هذا الصدد هما مسألة حظر القتل التعسفي الذي لا يسمح بتقييده (المادة ٦)، ومسألة حظر الاحتجاز التعسفي الذي قد يجوز بتقييده (المادة ٩). وفيما يتعلق بحقوق الشخص المحتجز، ترى اللجنة أن تلك الحقوق تلعب دوراً حيوياً في الحظر، غير القابل للانتقاص، للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة. ونتيجة لذلك، ترى اللجنة أن المادة ٩ التي قد يجوز تقييدها تتضمن في واقع الأمر عناصر معينة لا يجوز تقييدها^(٣٨). ويعطي التعليق العام مثلاً على تطبيق هذا المبدأ^(٣٩).

٦٢- ويتصور التعليق العام، على نحو صريح، استخدام قانون النزاع المسلح لتحقيق غرضين: لتحديد ما إذا كانت دولة ما ممنوعة من اتخاذ تدبير بعينه، ولتحديد مدى ضرورة تدبير ما ترغب دولة في اتخاذه في حالة طارئة. والنتيجة في كلتا الحالتين هي تأكيد التقيّد بقانون النزاع المسلح. ويوحى التعليق العام بأن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان يمكن أن تقوم بمعالجة أي انتهاك مزعوم لحقوق الإنسان يدخل في نطاق اختصاصها، وذلك حتى في حالات النزاع المسلح. ولا يوضح التعليق العام المدى الذي قد تصل إليه اللجنة في استخدام قانون النزاع المسلح لتفسير نطاق أحد الالتزامات الجوهرية وذلك، على سبيل المثال، لتحديد ما يُعد قتلًا تعسفياً. ومن المسلم به أن الفتوى الصادرة عن محكمة العدل الدولية تقتضي أن تأخذ اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في الاعتبار قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي عند البت في ما إذا كانت أية عملية قتل تُعتبر تعسفية في الظروف التي ينطبق فيها قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي. وينطبق هذا المبدأ حتى في النزاعات المسلحة غير الدولية.

٦٣- ومن الواضح أن لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ترى أن الدول مسؤولة عن مثل هذه السياسات حتى في الحالات التي ينطبق فيها قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي، ذلك أن اللجنة قد سعت إلى تحميل إسرائيل المسؤولية عن السياسات التي تنتهجها في الأراضي المحتلة^(٤٠). ويبدو من الواضح بنفس القدر أن إسرائيل تؤكد أن انطباق قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي يستبعد انطباق قانون حقوق الإنسان.

الإجراءات الدولية الخاصة

٦٤- يتصل العديد من الولايات بمشاكل تنشأ عن حالات النزاع مثل التعذيب، وعمليات الإعدام التعسفي وخارج نطاق القضاء؛ والاحتجاز التعسفي، والمشردين داخلياً وحالات الاختفاء. وتشمل الولايات القطرية أو أنها شملت كلاً من أفغانستان والعراق والسودان والصومال وليبيريا والأراضي الفلسطينية المحتلة منذ عام ١٩٦٧. والتقارير التي يقدمها المكلفون بولايات قطرية في حالات النزاع، وقرارات الجمعية العامة التي تشير إلى تلك الولايات تتطرق عادة إلى قانون حقوق الإنسان وقانون النزاعات المسلحة بعبارات عامة إلى حد ما^(٤١).

٦٥- وكثيراً ما يكون بإمكان المكلفين بولايات الإبلاغ عن ادعاء ما وعن التوضيحات التي تقدمها الحكومة بصدده ولكن دون أن يتمكنوا من التوصل إلى استنتاج بسبب الخلاف حول الوقائع. ومع ذلك، فإن أحد

الإجراءات الخاصة مختلف في هذا المجال. فطبيعة ولاية هذا الإجراء تعني أنه يستطيع التوصل إلى استنتاجات نظراً إلى أن الانتهاك المزعوم يتعلق بتطبيق قانون لا جدال حول وجوده. والإجراء الخاص المقصود هنا هو الفريق العامل المعني بالاحتجاز التعسفي.

٦٦- وقد عرض هذا الفريق العامل، في تقريره المقدم عام ٢٠٠٢، وجهة نظره العامة إزاء الاحتجاز في خليج غوانتانامو^(٤٢) (انظر E/CN.4/2003/8). وأوضح الفريق أن ثمة شكوكاً حول وضع المحتجزين الذي لا يمكن تحديده إلا من قبل محكمة حسبما تنص عليه المادة ٥ من اتفاقية جنيف الثالثة وليس بموجب قرار تنفيذي. وبعبارة أخرى، استخدم الفريق العامل قانون التفاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي. فإذا رأت محكمة أن شخصاً ما غير مؤهل للحصول على وضع أسير الحرب، فإن هذا الشخص سيتمتع بالحماية بموجب العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، ولا سيما المادتين ٩ و١٤^(٤٣). وذكر الفريق العامل بشكل صريح أنه ليس الجهة المختصة بتحديد ما إذا كان المحتجز مؤهلاً للحصول على وضع أسير الحرب أم لا. ووجهة النظر هذه لا تشير، أولاً، إلى ما إذا كانت أحكام العهد ذات صلة بتفسير اتفاقية جنيف الثالثة (مثل خصائص "المحكمة المختصة" بموجب المادة ٥ من اتفاقية جنيف الثالثة)، أو ما إذا كان للفريق العامل ولاية تتعلق بكفالة امتثال عملية الاحتجاز للاتفاقية بقدر ما تستبعد هذه الأخيرة انطباق العهد.

٦٧- وقامت الولايات المتحدة بالرد^(٤٤) (انظر E/CN.4/2003/8/Add.1). فقد أوضحت في البداية أنه ليس للفريق العامل ولاية التعامل مع قانون يعالج قضايا تتعلق بالحرب. ولم يتناول الرد إمكانية تطبيق قانون حقوق الإنسان على محتجزين لا يتمتعون بحماية قانون التفاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي. واكتفت الولايات المتحدة بالقول إن الأمر يتعلق بوضع ينطبق فيه قانون التفاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي، حتى ولو كان المحتجزون لا يتمتعون بالحماية بموجب تلك المجموعة من القواعد، وبالتالي يصبح قانون حقوق الإنسان غير منطبق.

٦٨- وفي وقت لاحق، كان على الفريق العامل أن ينظر في حالات أربعة محتجزين في معتقل خليج غوانتانامو^(٤٥). وقد وجد أن احتجازهم يُشكل انتهاكاً للإعلان العالمي لحقوق الإنسان وللمادة ٩ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية^(٤٦). ويوحى ذلك بأن المحتجزين الذين لا يتمتعون بالحماية بموجب اتفاقية جنيف الثالثة ينبغي أن يتمتعوا بالحماية بموجب قانون حقوق الإنسان.

٦٩- وبالتالي يبدو أن دولتين (إسرائيل والولايات المتحدة) تتبنيان موقفاً مفاده أن قانون حقوق الإنسان لا ينطبق عندما يكون قانون التفاعات المسلحة منطبقاً، بينما لا تعتبر محكمة العدل الدولية، وهيئات المعاهدات الدولية، والإجراءات الدولية الخاصة أن الأمر يقتضي تطبيق إما هذا القانون أو ذلك. فعندما يكون قانون التفاعات المسلحة منطبقاً، يمكن أيضاً أن يكون قانون حقوق الإنسان قابلاً للتطبيق، ولا سيما عند عدم حصول الأفراد على الحماية بموجب القانون الأول. وبالاستناد إلى ردود الدول المقدمة إلى هيئات المعاهدات والإجراءات الخاصة، يلاحظ أن معظم الدول لا تتبنى موقف "إما هذا... أو ذلك"، بيد أنها قد تعترض على انطباق قانون حقوق الإنسان في حالات محددة.

٧٠- ومن الضروري النظر فيما إذا كان بإمكان إسرائيل والولايات المتحدة الاعتماد على مبدأ المعارض المستمر في ادعائهما أن انطباق قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي، على الأقل بالنسبة لهما، يستبعد تطبيق قانون حقوق الإنسان. وهنالك أولاً صعوبة في تحديد إمكانية انطباق هذا المبدأ في مجال قانون حقوق الإنسان. وثمة أمثلة أخرى يمكن فيها تعديل تطبيق القاعدة العادية للقانون الدولي في حالة المعاهدات ذات الطابع الإنساني^(٤٧). والأهم من ذلك هو وجود شك كبير حول استمرار معارضتهما^(٤٨). فلم تقم إسرائيل أو الولايات المتحدة بإبداء أي تحفظ أو إصدار أي إعلان صريح يستبعد انطباق قانون حقوق الإنسان عندما يكون قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي منطبقاً. ولا يُتوقع فقط أن تكون هناك تحفظات عند التصديق، بل أيضاً معارضة للتعليقات العامة التي تعالج المسألة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. وينطبق ذلك بصفة خاصة على الولايات المتحدة التي انتقدت التعليق العام رقم ٢٤ دون أن تبدي أي ملاحظات على التعليقين العاملين رقم ٢٩ و٣١. وبالإضافة إلى ذلك، فإن التعليمات التي تصدر إلى القوات المسلحة لدولة ما وتتضمن إشارات إلى وجوب تطبيق قانون حقوق الإنسان لا تبدو متسقة مع الاعتراض المستمر. وحتى إذا ارتئي أن المبدأ قابل للتطبيق، فإنه لا ينطبق على أحكام قانون حقوق الإنسان التي اكتسبت وضع القواعد القطعية.

هيئات المعاهدات الإقليمية

٧١- نظراً لضيق الحيز المتاح، يمكن فقط تناول السوابق القضائية لاثنتين من الهيئات الإقليمية بشكل سريع وعام^(٤٩). فللجنة البلدان الأمريكية ومحكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان ولاية قضائية بموجب الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان^(٥٠). وبالإضافة إلى ذلك، فإن للجنة البلدان الأمريكية ولاية قضائية بموجب ميثاق منظمة الدول الأمريكية والإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان^(٥١). وقد أصدرت اللجنة تقارير قطرية يتعلق العديد منها بمجالات نزاع. كما قدمت المحكمة رأيين استشاريين فيما يتعلق بمجالات نزاع^(٥٢). وفي هذا السياق، فإن أهم ثلاث قضايا نُظر فيها بموجب الاتفاقية هي قضية أيبلا (Abella case)^(٥٣)، وقضية لاس بالميراس (Las palmeras case)^(٥٤)، وقضية باماكا فليسكويز (Bámaca Velásquez)^(٥٥). وقد أبدت لجنة البلدان الأمريكية بوضوح استعدادها لتطبيق القواعد المنطبقة من قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي. وقضت المحكمة بأن الأحكام ذات الصلة من اتفاقية جنيف يمكن أن تؤخذ في الاعتبار عند تفسير الاتفاقية الأمريكية، غير أن اللجنة والمحكمة تبحثان فقط عن انتهاكات قانون حقوق الإنسان وليس قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي^(٥٦). ويبدو أن ذلك يوحي بأن قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي سيكون هو الأساس لتحليل الحقوق بموجب الاتفاقية وأنه لن يستخدم فقط لتأكيد تحليل آخر على أساس قانون حقوق الإنسان.

٧٢- وقد تعين على كل من اللجنة الأوروبية السابقة، والمحكمة الأوروبية السابقة والحالية لحقوق الإنسان، تناول ادعاءات انتهاك الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في حالات النزاع الدولي المسلح^(٥٧)، والصراع المسلح الحاد غير الدولي^(٥٨)، وفي الحالات التي يُحتج فيها على الأقل بانطباق المادة ٣ المشتركة بين اتفاقيات جنيف^(٥٩). وبالإضافة إلى ذلك، توجد أمام المحكمة حالياً قضايا ناشئة عن عمليات دعم السلام. ولم تشر المحكمة مطلقاً إلى انطباق قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي. وقد أعلنت، في بعض المناسبات، أنها مدركة للوضع الذي يجري فيه تنفيذ الاتفاقية لكنها فعلت ذلك في سياق تطبيق قانون حقوق الإنسان^(٦٠). ومع ذلك، وفي حالات محددة، يمكن تبين أن هناك إدراكاً لنوع التحليل الذي يجري بموجب قانون النزاعات المسلحة/القانون

الإنساني الدولي^(٦١). وهناك سبب خاص بالاتفاقية الأوروبية لضرورة وضع قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي في الاعتبار. فالأحكام المتعلقة بعمليات القتل وعمليات الاحتجاز غير المشروعة قد صيغت بشكل مختلف في المادتين ٦ و ٩ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. أما الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان فتحدد بصورة حصرية الأسس الوحيدة التي قد يركز عليها اللجوء إلى استخدام القوة التي يمكن أن تفضي إلى الموت، والأسس الوحيدة التي يمكن احتجاز الأشخاص بالاستناد إليها. وفي هذه الظروف، تحدث نتائج مثيرة للسخرية بسبب عدم الاعتراف بانطباق قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي، وذلك على الأقل حيثما لا تكون الدولة قد قيّدت انطباق أحكام القانون^(٦٢).

٧٣- ويفترض التحليل الذي أجري حتى الآن أن قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي واجب التطبيق. وبينما يتضح في العديد من الحالات انطباق هذا القانون مع تحديد ما يتضمنه من أجزاء واجبة التطبيق، فإن الأمر ليس كذلك في جميع الحالات. فهناك قواعد مختلفة تنطبق وفقاً لما إذا كان الوضع يتعلق بنزاع دولي مسلح، أو نزاع حاد غير دولي، أو نزاع مسلح ذي طابع دولي^(٦٣). وهناك نوعان مختلفان من المشاكل فيما يتعلق بإثبات انطباق قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي. والمشكلة الأولى هي سياسية أساساً. فالدول لا ترغب في الكثير من الأحيان في الاعتراف بانطباق المادة ٣ المشتركة بين اتفاقيات جنيف، ولا سيما في حالات النزاع الداخلي. ويوحي التعليق العام رقم ٢٩ بأن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان تدرك هذه المشكلة^(٦٤).

٧٤- أما النوع الثاني من الصعوبات فهو الأكثر جوهرية. فقد توجد أسباب قانونية للاعتراض على انطباق قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي. والأرجح أن ينشأ ذلك على مستوى الحد الأدنى الذي يبدأ عنده انطباق المادة ٣ المشتركة، وعلى مستوى الحد الفاصل بين إمكانية تطبيق تلك المادة المشتركة والبروتوكول الإضافي الثاني الملحق باتفاقيات جنيف. وثمة حالات أخرى تنشأ عنها صعوبات كما هو الحال، على سبيل المثال، في تحديد متى تحول النزاع في أفغانستان من نزاع دولي إلى نزاع غير دولي^(٦٥).

٧٥- ولا توجد هيئة تعالج مسألة توصيف طابع نزاع ما وإمكانية تطبيق قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي أثناء استمرار القتال. وبينما يكون من الواضح بشكل عام بالنسبة لهيئة المعاهدة أو الإجراء الخاص ما إذا كان قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي قابلاً للتطبيق، وما إذا كان ينبغي تطبيقه كقانون خاص، فقد تكون هناك بعض الحالات التي يصعب فيها تحديد ذلك.

٧٦- وتوحي السوابق القضائية بقوة بما يلي:

- يظل قانون حقوق الإنسان، مع إمكانية وجود استثناءات، قابلاً للتطبيق في الحالات التي ينطبق فيها قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي؛
- خلال أوضاع النزاع، ولا سيما الأوضاع التي تنشأ في ميدان المعركة، ينبغي لهيئات حقوق الإنسان تفسير قواعد قانون حقوق الإنسان في ضوء قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي، على أنه القانون الخاص؛

- قد تنشأ صعوبات إذا لم تضع هيئة حقوق الإنسان المعنية في اعتبارها قانون التفاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي؛
- يبدو من المستبعد أن يكون مبدأ المعارض الدائم قابلاً للتطبيق سواء كان ذلك من حيث المبدأ أو بحسب الوقائع؛
- ينبغي لأعضاء هيئات المعاهدات والإجراءات الخاصة ذات الصلة إما تلقي التدريب في مجال قانون التفاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي إذا رأوا أنهم بحاجة إلى ذلك، أو أن تتاح لهم خبرات في هذا المجال^(٦٦).

٧٧- وفيما يتعلق بالانطباق المترامن لقانون التفاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي، لا يوجد من حيث المبدأ أساس للتمييز بين التفاعات الداخلية والدولية. فانطباق قانون التفاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي إما أن يستبعد أو لا يستبعد انطباق قانون حقوق الإنسان. ويتضح من الأغلبية العظمى من الأدلة أنه لا يستبعده. ومع ذلك، فإن الفرق بين النزاع الدولي وغير الدولي قد يكون نتيجة الإجابة على السؤال التالي. إذا كان صحيحاً أن موجبات حقوق الإنسان لا تكون ملزمة للدولة إلا داخل حدودها الوطنية، فإن الظروف الوحيدة التي يمكن أن يطبق فيها قانون التفاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان على حد سواء هي، أولاً، التفاعات الداخلية، وثانياً بالنسبة للأعمال التي تحدث داخل الإقليم الوطني خلال نزاع دولي مسلح.

ثالثاً - مدى انطباق قانون حقوق الإنسان خارج الحدود الوطنية

٧٨- إن التداخل المحتمل بين قانون حقوق الإنسان وقانون التفاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي يحدث، في العديد من الحالات، في الأوضاع التي يقع فيها النزاع داخل الإقليم الوطني. ولا تنشأ هنا مسألة انطباق قانون حقوق الإنسان خارج الحدود الوطنية. ومع ذلك، هنالك حالات أخرى يُدعى فيها قيام القوات المسلحة لدولة ما بانتهاك قانون حقوق الإنسان خارج الإقليم الوطني. ويمكن أن تكون هذه القوات مشاركة في نزاع مسلح دولي أو غير دولي، أو موجودة كجزء من عملية دعم للسلم أو موجودة على أساس دائم أو مؤقت، بموافقة الدولة المضيفة. وبعبارة أخرى، فإن مسألة انطباق قانون حقوق الإنسان خارج الحدود الوطنية تشمل أوضاع النزاع ولكنها لا تقتصر عليها. بل إنها لا تقتصر حتى على القوات المسلحة. فقد يقوم وكلاء دولة آخرون، مثل موظفي السلك الدبلوماسي، بأفعال خارج الحدود الوطنية يُدعى أنها تشكل انتهاكاً لقانون حقوق الإنسان.

٧٩- وي طرح معارضو انطباق قانون حقوق الإنسان خارج الإقليم الوطني ثلاث حجج مختلفة. والحجة الأولى هي أن قانون حقوق الإنسان قد وضع ليُطبَّق على العلاقة بين الدولة ومواطنيها^(٦٧). والصعوبة التي تواجه هذه الحجة هي أن من الواضح أن غير المواطنين داخل الإقليم الوطني يتمتعون بالحماية بموجب قانون حقوق الإنسان^(٦٨). ثمَّ يشار إلى أن هنالك طرقاً أخرى في القانون الدولي لحماية الرعايا الأجانب من الأفعال التي تقوم بها دولة خارج إقليمها^(٦٩). ومع ذلك، إذا كان قانون حقوق الإنسان ينطبق على الأجانب داخل الإقليم الوطني، فذلك يعني أن كونهم أجانب لا يشكل في حد ذاته سبباً لحرماتهم من الحماية بموجب قانون حقوق الإنسان. ويرى البعض الآخر أن السياق المحدد الذي ينطبق فيه قانون حقوق الإنسان هو طبيعة السيطرة التي تمارسها الدولة

على إقليمها وعلى الأفراد أو السكان بشكل عام. إلا أنه إذا كانت الدولة تمارس نفس السيطرة أو سيطرة ذات طابع مماثل خارج إقليمها الوطني، فلا يوجد سبب للتمييز على هذا الأساس.

٨٠- والحجة الثانية تتعلق بما يترتب على حقيقة أن الدول لم تقيد انطباق قانون حقوق الإنسان عند انخراطها في عمليات عسكرية خارج حدودها الإقليمية^(٧٠). ويُعتقد أن ذلك يدل على أن الدول لا تتوقع أن تكون التزاماتها بموجب قانون حقوق الإنسان قابلة للتطبيق خارج حدودها الإقليمية. وهناك اعتراضان على هذه الحجة. أولاً، إن حقيقة كون أن الدول لم تقيد انطباق القانون لا يعني أنها غير مطالبة بذلك إذا رغبت في الحصول على الفائدة. وفي الحالة الوحيدة التي أُثرت فيها هذه المسألة بصورة مباشرة، رأت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان أن الاتفاقية قابلة للتطبيق خارج الحدود الوطنية وأنها قابلة للتطبيق بكاملها ما دامت الدولة لم تقيد انطباقها. وثانياً، لم تعترض الدول عموماً على انطباق قانون حقوق الإنسان خارج الحدود الإقليمية في غير المجال العسكري، كما في حالة الأفعال التي يقوم بها موظفو السلك الدبلوماسي أو عمليات الاحتجاز التي يقوم بها وكلاء الدولة^(٧٢).

٨١- أما الحجة الثالثة فلا تتعلق بمبدأ الانطباق العام بل بالظروف التي قد يكون فيها قانون حقوق الإنسان قابلاً للتطبيق خارج إقليم الدولة. ويُعتقد أنه ليس هناك أي أساس في القانون أو في الممارسة العملية يبرر القول بأن قانون حقوق الإنسان غير قابل للتطبيق من حيث المبدأ خارج الإقليم الوطني، بيد أن هنالك تساؤلات بشأن الظروف التي ينطبق فيها قانون حقوق الإنسان ومدى انطباقه في مثل هذه الظروف^(٧٣).

٨٢- وتتضمن غالبية معاهدات حقوق الإنسان حكماً تتعهد الدول بموجبه بتأمين حماية الحقوق موضوع البحث بالنسبة للأشخاص الخاضعين لولايتها القضائية. وتتفاوت الصيغة الدقيقة لهذا الحكم في هذا الشأن^(٧٤). وعليه، فإن المسألة هي: متى يكون الشخص "ضمن الولاية القضائية" للدولة، حتى ولو كان الفعل موضوع الشكوى قد حدث خارج الإقليم الوطني؟ والولاية تشمل تأكيد ممارسة السلطة بحكم القانون أو بحكم الأمر الواقع. والسلطة قد تكون تشريعية أو قضائية أو تنفيذية. وتبين اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، في التعليق العام رقم ٣١ (٢٠٠٤) "... أن الدولة الطرف يجب أن تحترم وتكفل الحقوق المنصوص عليها في العهد لأي شخص يخضع لسلطتها أو سيطرتها الفعلية حتى ولو لم يكن موجوداً داخل إقليمها"^(٧٥). ويمكن دراسة السوابق القضائية في ضوء ثلاثة معايير: السيطرة على الإقليم، والسيطرة على الشخص مقدّم الشكوى، والسيطرة على الانتهاك المزعوم. ومن المهم التشديد على أنه حتى عندما تكون حالة من الحالات داخلة، من حيث الوقائع، ضمن واحدة من الفئات، فإن ذلك قد لا يشكل الأساس لقرار الهيئة المعنية بحقوق الإنسان.

السيطرة على الإقليم

٨٣- السيطرة على الإقليم قد تتخذ شكل الاحتلال العسكري، أو السيطرة من دون احتلال، أو السيطرة بصورة مؤقتة. وفي حالات الاحتلال العسكري، تكون الدولة في وضع يمكنها من كفالة حقوق الإنسان بنفس الطريقة التي تكفل بها هذه الحقوق في إقليمها الوطني^(٧٦). وقد أشارت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان واللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى أن قوة الاحتلال مسؤولة عن حماية حقوق الإنسان في الأراضي المحتلة^(٧٧). وقد أوضحت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن مسؤولية الدولة لا تشمل أفعال وكلاء الدولة فحسب بل تمتد

لتشمل جميع موظفيها، كما هو الحال داخل إقليمها الوطني. وليس من الواضح ما إذا كان الأساس الذي يرتكز عليه رأي اللجنة المعنية بحقوق الإنسان هو أن الأفراد يخضعون للولاية القضائية لسلطة الاحتلال، أو أن حماية حقوق الإنسان تأتي في إطار مسؤولية سلطة الاحتلال بموجب قانون مسؤولية الدول^(٧٨).

٨٤- كما اعترفت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بمسؤولية الدولة التي تلعب دوراً هاماً في الشؤون الخاصة بكيان غير معترف به ولكن لا ينظر إليها كقوة احتلال. بموجب قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي. وفي قضية لاسكو وآخرين (Ilascu and others) وجدت المحكمة أن روسيا مسؤولة عن أفعال قواتها المسلحة في ترانسديستريا^(٧٩). وفي قضية عيسى وآخرين ضد تركيا، خطت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان خطوة أخرى لتتصور إمكانية وجود سيطرة مؤقتة على الإقليم^(٨٠).

٨٥- وقد تُطرح مسألة السيطرة الإقليمية عندما تُعطي القوات المسلحة لدولة من الدول المسؤولة عن قطاع محدد في إطار عملية لدعم السلام^(٨١).

السيطرة على الشخص صاحب الشكوى

٨٦- لدى هيئات حقوق الإنسان سوابق قضائية متسقة مفادها أن الشخص يخضع للولاية القضائية لدولة ما عندما يحتجزه وكلاء هذه الدولة خارج إقليمها الوطني. وتشدد هذه السوابق على السيطرة التي تمارسها الدولة على الشخص المحتجز، بيد أن ذلك لا يشكل بالضرورة أساساً للقرار. وهكذا فقد وجدت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، في قضية لوبيز بيرغوس (López Burgos case) على سبيل المثال، أن زوج صاحبة الشكوى كان خاضعاً للولاية القضائية لأوروغواي عندما تعرض للتعذيب في الأرجنتين على أيدي قوات الأمن التابعة لأوروغواي^(٨٢). وكان على لجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان معالجة مسألة مشابهة فيما يتعلق بالأشخاص الذين احتجزتهم القوات الأمريكية أثناء التدخل في غرينادا. وفي قضية كوارد وآخرين (Coard and others)، اعتبرت اللجنة أن المعيار هو ما إذا كان الشخص خاضعاً لسلطة الدولة وسيطرتها^(٨٣). كما استخدم معيار مماثل بالنسبة للمحتجزين في خليج غوانتانامو^(٨٤). وقد اعترضت السلطات الأمريكية على أن تمارس اللجنة ولايتها القضائية لأنها اعتبرت أن ذلك الوضع ينظمه قانون النزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي. وبالمثل، فقد رأت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن قائد حزب العمال الكردستاني، أوجلان، أصبح خاضعاً للولاية القضائية لتركيا بمجرد وقوعه تحت سيطرة قوات الأمن التركية في كينيا^(٨٥).

٨٧- أما الأساس الذي ارتكز عليه تحليل اللجنة المعنية بحقوق الإنسان فلم يكن واقعة الاحتجاز.

"إن الإشارة الواردة في المادة ١ من البروتوكول الاختياري بشأن الأفراد الداخلين في ولاية الدولة... ليست إشارة إلى المكان الذي تم فيه الاحتجاز بل هي بالأحرى إشارة إلى العلاقة بين الشخص والدولة فيما يتعلق بانتهاك أي من الحقوق الواردة في العهد، وأينما وقعت". (التوكيد مضاف في شكل أحرف مائلة)^(٨٦).

والقضايا التي نُظر فيها حتى الآن تشمل ضحايا كانوا في أماكن احتجاز. والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أعطت الاحتجاز معنى أوسع في قضية عيسى وآخرين ضد تركيا^(٨٧)، حيث يُدعى أن أقارب أصحاب الشكوى قد تم نقلهم تحت سيطرة الجنود الأتراك وحدهم.

٨٨- وفي حالات الاحتجاز، وُجد أن الشخص الضحية داخل في ولاية الدولة فيما يتعلق بالانتهاكات المرتبطة بالاحتجاز، مثل الاحتجاز غير المشروع المزعوم أو إساءة المعاملة المزعومة. وقد يدخل شخص في ولاية دولة لبعض الأسباب وفي ولاية دولة ثانية لأسباب أخرى. فالولاية القضائية لا تعني "إما كل شيء أو لا شيء"^(٨٨).

السيطرة على ارتكاب الانتهاك المزعوم

٨٩- هنالك قضايا رأت فيها هيئات حقوق الإنسان أن الضحايا يدخلون في نطاق ولاية الدولة، إلا أن ذلك لا يمكن شرحه استناداً إلى الأسباب التي بُحِثت حتى الآن. وهناك اثنتان من تلك الحالات عبارة عن قرارات اتخذتها لجنة البلدان الأمريكية. والحالة الأولى تشمل وفيات حدثت بسبب قصف القوات الأمريكية المزعوم لمستشفى أمراض عقلية أثناء تدخلها في غرينادا^(٨٩). أما الحالة الثانية فتتعلق بوفيات وإصابات وقعت بسبب قيام القوات الأمريكية المزعوم بإطلاق النيران بطريقة عشوائية ومتهورة أثناء عملياتها في بنما^(٩٠). وعلى الرغم من أن الإعلان الأمريكي لا يتضمن بنداً يتعلق بالولاية القضائية، ورغم عدم إثارة الولايات المتحدة لمسألة الانطباق خارج الحدود الوطنية، فإن اللجنة تصرفت من تلقاء نفسها ورأت أنها تتمتع باختصاص معالجة المسألة.

٩٠- أما الحالات الأوروبية فكانت تتعلق أساساً بالأعمال التي يقوم بها موظفو السلك الدبلوماسي. وتلك الحالات لم تكن متعلقة بمسؤولية الدولة عن الأفعال التي تحدث داخل المرافق الدبلوماسية. ورأت اللجنة السابقة أن السيطرة التي يمارسها وكلاء دولة على فعل أو قرار يزعم أنهما ينتهكان حقوق صاحب الشكوى تُعد كافية لاعتباره خاضعاً لولاية الدولة^(٩١). وقرار المقبولية الأصلي في قضية عيسى يمكن فهمه بصورة أفضل كتطبيق لهذا المبدأ. وليس من الواضح ما إذا كان قرار المقبولية في قضية *فارنافا وآخرين* (Varnava and others) قد استند إلى الاحتجاز أو إلى بعض الأسس الأخرى^(٩٢).

٩١- ومن الطرق التي يمكن من خلالها التوفيق بين هذه القضايا ما يوفره التحليل الذي أجرته اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في قضية *لوبيز بيرغوس* (López Burgos case)^(٩٣). وبعبارة أخرى، فإن العلاقة بين الفرد، ووكلاء الدولة، والفعل الذي يُزعم أنه يشكل الانتهاك، هي التي تحدد ما إذا كان صاحب الشكوى خاضعاً لولاية الدولة أم لا. ويُعد صاحب الشكوى خاضعاً لولاية الدولة إذا كان للدولة سيطرة على ارتكاب الانتهاك المزعوم، أو كان يُتوقع أو ينبغي أن يُتوقع وقوعه ضحية لذلك الفعل^(٩٤).

٩٢- ويُسلّم بأن من الواضح ما يلي:

- في بعض الظروف المحددة، يمكن أن تكون الدولة مسؤولة بموجب قانون حقوق الإنسان عن أفعال وإغفال وكلاء الدولة خارج الإقليم الوطني؛

- في الإقليم الواقع تحت الاحتلال العسكري، تكون الدولة مسؤولة عن أفعال جميع المسؤولين وليس عن أفعال الموظفين التابعين لها فحسب؛
- في ظروف أخرى، تكون الدولة مسؤولة فقط عن أفعال وإغفال وكلاء الدولة عندما تكون لهم السيطرة على ارتكاب الانتهاك المزعوم، وإذا كان يُتوقع أو ينبغي أن يُتوقع تأثر الضحية سلباً بالفعل أو الإغفال. وينبغي ملاحظة أن مجرد كون قانون حقوق الإنسان قابلاً للتطبيق لا تعني أنه قد تعرض للانتهاك. وبالإضافة إلى ذلك، فقد أُشير إلى أنه في الحالات التي يكون فيها قانون التزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي منطبقاً، فإن قانون حقوق الإنسان يجب أن يُفسّر في ضوء القواعد الأخرى الواجبة التطبيق.

رابعاً - مواضيع إضافية

٩٣ - هنالك مجموعة متنوعة من المواضيع المحددة التي لا يمكن تناولها في ورقة العمل هذه نظراً لضيق الحيز المتاح، ولكن يمكن اعتبارها جديرة بالمزيد من الدراسة. وهي جميعها مسائل تشمل تطبيق، مقابل وجوب انطباق، قانون حقوق الإنسان في الظروف التي يكون فيها قانون التزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي منطبقاً أيضاً. وهي تشمل ما يلي:

- (أ) حظر عمليات القتل التعسفي وحماية الحق في الحياة:
 - ١٠ الظروف التي يمكن أن يُستهدف فيها الشخص؛
 - ٢٠ الاحتياطات التي يجب اتخاذها عند التخطيط لشن هجوم؛
 - ٣٠ العلاقة بين مبدأ النسبية في قانون حقوق الإنسان وبين حظر الهجمات العشوائية والهجمات التي قد تلحق أضراراً غير متناسبة بالمدنيين بموجب قانون التزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي؛
 - ٤٠ مدى الالتزام بإجراء تحقيقات فعالة في عمليات القتل، ونطاق الالتزام في الظروف التي يكون فيها قانون التزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي منطبقاً؛
- (ب) حظر التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة:
 - ١٠ مدى تسبب أساليب الحرب واستخدام الأسلحة والممارسات في حدوث المعاملة اللاإنسانية^(٩٥)؛
 - ٢٠ المدى الذي يجعل العقوبات الجماعية، المحظورة بموجب قانون التزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي، توصف بأنها تشكل عقوبة قاسية أو لا إنسانية؛
- (ج) حالات الاختفاء والمفقودون في الحرب: ما إذا كانت هنالك علاقة بين الالتزامات بموجب قانون التزاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي المتعلقة بالمفقودين في الحرب وبين الالتزامات بموجب قانون حقوق الإنسان بمنع حالات الاختفاء ووضع حد لها والتحقيق فيها؛

(د) الاحتجاز: مدى قابلية تطبيق التزامات قانون حقوق الإنسان المتعلقة بالاحتجاز، مثل حق أمر الإحضار والحق في الحصول على خدمات محام، في ظروف الاحتجاز بموجب قانون التفاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي؛

(هـ) إمكانية الحصول على الرعاية الطبية: العلاقة بين الأحكام المفصلة لقانون التفاعات المسلحة/القانون الإنساني الدولي فيما يتعلق بإتاحة الحصول على الرعاية الطبية وحماية الموظفين الطبيين وبين قانون حقوق الإنسان؛

(و) الحق في الانتصاف: ما إذا كان الحق في الانتصاف يظل قابلاً للتطبيق في حالات التراع وتأثيرات ذلك.

وتشمل المواضيع المحتملة الأخرى ما يلي:

(ز) تنفيذ:

`١` التدابير اللازمة لمنع وقوع انتهاكات؛

`٢` تدابير إنفاذ الأحكام بعد الحدث؛

(ح) المؤسسات:

`١` المنظمات غير الحكومية وحالات التراع؛

`٢` مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي/قانون التفاعات المسلحة؛

`٣` مواضيع أخرى تتعلق بالمؤسسات.

٩٤ - ولا شك في أن هنالك مواضيع أخرى يمكن إضافتها.

Notes

(1) A/59/2005, 21 March, 2005, paragraph 129.

(2) Ibid.

(3) Rosemary Abi-Saab, Human Rights and Humanitarian Law in Internal Conflicts. D. Warner (ed) Human Rights and Humanitarian Law, 1997. Kluwer Law International, pp. 122-123.

(4) Hans-Hoachim Heintze, On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law, ICRC. December 2004, Vol. 86, No. 856, p. 798.

(5) John Dugard, Bridging the gap between HRsL and humanitarian law. The punishment of offender. International review of the Red Cross, No. 423, p. 445 – 453.

(6) Louise Doswald-Beck, International and humanitarian law and the Advisory Opinion of the ICJ on the legality of the threat or use of nuclear weapons, ICRC, International Review of the Red Cross no 316, p 41.

(7) A/59/2005, paragraph 144.

(8) S/2004/567, S/RES/1366 (2001) op 10.

(9) Hans-Joachim Heintze, Ibid, pp. 812,813.

(10) Walter Kälin, The struggle against torture, International Review of the Red Cross, No.324,p. 436.

(11) As stated by H.J. Heintze “Some obligations in HRsL treaties remain in force during armed conflicts. The result is undoubtedly a substantial overlap of both bodies of law. However, the response of legal opinion to this situation differs. Some authors argue against “advocating a merger of the two bodies of international law” and speak of the theory of complementarity. According to this theory, HRsL law and IHL are not identical bodies of law but complement each other and ultimately remain distinct. This is undoubtedly true, but the point is that they do overlap”, ibid p. 794.

(12) George Abi-Saab, Whither the International Community? European Journal of International Law 9, 1998, p. 262 .

(13) Hans-Joachim Heintze, Ibid, p. 799.

(14) The “laws of war” has generally fallen disuse. The phrase runs the risk of giving the impression that the rules only apply where war has been declared. “War” is a technical legal term. It is of significance in a domestic legal context. A declaration of war may have the effect of triggering the applicability of certain legislation E.g. rules on trading with the enemy; it may also have an effect on certain clauses in insurance contracts. See generally, McNair & Watts, The Legal Effects of War, CUP, 4th Ed., 1966. The international rules are, however, applicable by virtue of the existence of an armed conflict, whether or not war has been declared; Geneva Conventions of 1949, common Article 2; Protocol I of 1977, Article 1.3. Historically, “international humanitarian law” was used to describe the rules on the protection of the victims of war, as opposed to the rules on the conduct of hostilities. Since 1977, when Protocol I to the Geneva Conventions of 1949 addressed both means and methods of warfare and rules on the protection of victims, many commentators have used “international humanitarian law” to include both the rules on the conduct of hostilities and those on the protection of victims. That is the practice of the ICJ, as evidenced for example, in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, judgment of 27 June 1986 and *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004 and of the International Committee of the Red Cross (ICRC). Others, including many armed forces, prefer the term the law of armed conflict to apply to both bodies of rules; E.g. UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, OUP 2004.

(15) Special Procedures refer to any individual or body addressing a human rights issue which report to the Commission on Human Rights. They include Special Rapporteurs (thematic and country), Working Groups, Independent Experts and Representatives of the Secretary-General. The manner of their appointment is not relevant for these purposes.

(16) Rules the function or purpose of which was to regulate the conduct of fighting go back a very long way. They start with the code of Sun Tzu, which is over 2,400 years old; Sun Tzu, *On the Art of War*; <http://www.kimsoft.com/polwar.htm>. Every ancient religion, including the three major monotheistic religions, contains principles restricting the conduct of war, for example by limiting the legitimate targets of attack. In the Middle Ages, principles of chivalry also contributed to the development of rules. In other words, the origin of the rules predates the development of the sovereign State. It should also be noted that many societies where conduct is subject to customary law also have rules regulating the conduct of hostilities; E.g. ICRC, *Spared from the Spear* – relating to Somalia. From the middle of the nineteenth century there has been the development of treaty law, in spasmodic bursts. The Russian authorities, led by the Tsar, played a vital role in the formulation of treaties dealing with the means and methods of warfare; E.g. the Declaration of St Petersburg 1868; for all treaties, see the web-site of the ICRC: www.icrc.org. At the domestic level, a code which was to serve as a model for other States was issued under the orders of President Lincoln during the American Civil War. It is known by the name of its author – the Lieber Code; *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*, 24 April 1863. At around the same time, the ICRC was established, as a private association under Swiss law. It acted as a catalyst for the creation of treaties dealing with the protection of victims of war, in other words the wounded and sick, the shipwrecked and prisoners of war. The treaty-making culminated in a series of consolidating and up-dating treaties in 1899 and 1907. There was very limited development in treaty law between 1907 and 1939, notwithstanding significant changes in technology, such as aircraft and submarines. Texts were agreed, such as *Rules concerning the Control of Wireless Telegraphy in Time of War and Air Warfare*. Drafted by a Commission of Jurists at the Hague, December 1922 - February 1923 and a *Treaty for the Limitation and Reduction of Naval Armaments*, (Part IV, Art. 22, relating to submarine warfare). London, 22 April 1930; these texts were not in force during World War II. One significant text adopted in that period was the 1925 Geneva Protocol for the Prohibition of the Use of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare. There were also further consolidating and up-dating treaties on the wounded and sick and prisoners of war, which appear to have made a significant difference on the western front of the European theatre of war in World War II. The judgment of the Nuremberg Tribunal, together with judgments adopted under Control Council Law No.10 in occupied Germany and those of the Tribunals in the Far East, helped to clarify the rules as they were in 1945. The principles affirmed in the Charter of the Nuremberg Tribunal were endorsed by the General Assembly; *Affirmation of the Principles of International Law recognised by the Charter of the Nuremberg Tribunal*. Resolution 95 (I) of the United Nations General Assembly, 11 December 1946. In 1949, again under the aegis of the ICRC, the four Geneva Conventions were adopted. The first three, which dealt with the wounded and sick, the shipwrecked and prisoners of war, consolidated and up-dated the previous law, in the light of recent experience. The fourth, the need for which had again been made clear during World War II, dealt with civilians in the power of an opposing belligerent and civilians in occupied territory. Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: *Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land*. The Hague, 18 October 1907 contained some provisions on occupation but those dealing with the relations between the occupying power and the civilian population were very rudimentary. The fourth Geneva Convention contains some provisions, in Part II, of application to civilian populations generally and principally concerning access to medical care; the bulk of the provisions, however, deal with civilians in the power of the other side. Until 1977, there had been no successful attempt to up-date the rules on the conduct of hostilities generally. This may have been partly attributable to the reluctance, after both the first and second world wars, to regulate a phenomenon which the League of Nations and later the United Nations were intended to eliminate or control. During this time the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in

the event of armed conflict was concluded. In 1977 two Protocols to the Geneva Conventions of 1949 were adopted. Protocol I dealt with international armed conflicts. It up-dated provisions on the wounded and sick and, most importantly, formulated rules on the conduct of hostilities. The Protocol deals with the effects on land of land, aerial and naval warfare but does not otherwise address naval warfare. That area of law formed the object of study by a group of governmental experts and academics and resulted in the publication of *International Institute of Humanitarian Law* (Louise Doswald-Beck, ed.), San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea, Grotius Publications, CUP, 1995. Protocol II addressed high-intensity non-international armed conflicts and developed common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949, the first treaty provision to address conflicts not of an international character. In 1980 a convention on certain conventional weapons was adopted. It is usually known as the CCW. Its full title is Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects. Geneva, 10 October 1980. The most recent addition to the protocols addresses explosive remnants of war. The Convention was essentially an umbrella, under which sheltered Protocols on certain specific conventional weapons. Since 1990 there have been developments in treaty law and outside that framework. The former include further protocols to the CCW, the modification of the treaty itself to apply in situations both of international and non-international conflict, the Ottawa Convention on anti-personnel mines of 1997, a second protocol to the Hague Convention on Cultural Property, making the Convention applicable in situations of non-international conflict and the adoption of the Statute of the International Criminal Court. It is not enough that treaties are concluded if they are not then ratified. The four Geneva Conventions of 1949 have achieved nearly universal ratification. Protocol I of 1977 has been ratified by over 160 States and Protocol II by nearly 160 States. Nearly 100 States are parties to the 1980 CCW. Mere numbers are not necessarily significant. The Protocols have been ratified by certain specially affected States, such as France, the Russian Federation and the UK but not ratified by others, such as Iran, Iraq, the PRC and the USA. It is also necessary to remember that ratification is not necessarily accompanied by implementation, in law or in practice. Outside the treaty-making framework, the most important development has been the case-law generated by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), which have provided a model for other bodies, such as the Special Court in Sierra Leone. Finally, 2005 has seen the publication of the ICRC study on customary IHL; Henckaerts & Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, 2 vols., CUP, 2005. The ICRC was mandated to produce the study by a resolution of the 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent in 1995. Weapons of mass destruction, such as chemical, biological and nuclear weapons, are dealt with not as LOAC/IHL issues but are the subject of negotiation in the UN disarmament process.

(17) E.g. “Members of the armed forces of a Party to a conflict ... are combatants, that is to say, they have the *right* to participate directly in hostilities.”; Protocol I, Article 43.2 (emphasis added).

(18) International Covenant on Civil and Political Rights, Article 6.

(19) See generally, HRC General Comment 31, The nature of the general legal obligation imposed on States parties, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 29 March 2004.

(20) E.g. *Trial of Pakistani Prisoners of War (Pakistan v. India)*; by decision of 15 December 1973, the case was removed from the list. The treaty law relating to international conflicts envisages the possibility of inter-State civil claims; e.g. Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907, Article 3; Protocol I of 1977, Article 91..

(21) The enforcement provisions of the four Geneva Conventions are worded in the same way *mutatis mutandis*. By way of example, the enforcement provisions of the first Convention provide, “Art. 49. The High Contracting Parties undertake to enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions for persons committing, or ordering to be committed, any of the grave breaches of the present Convention defined in the following Article. Each High Contracting Party shall be under the obligation to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, such grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts. It may also, if it prefers, and in accordance with the provisions of its own legislation, hand such persons over for trial to another High Contracting Party concerned, provided such High Contracting Party has made out a *prima facie* case. Each High Contracting Party shall take measures necessary for the suppression of all acts contrary to the provisions of the present Convention other than the grave breaches defined in the following Article.

...

Art. 52. At the request of a Party to the conflict, an enquiry shall be instituted, in a manner to be decided between the interested Parties, concerning any alleged violation of the Convention.

...

Once the violation has been established, the Parties to the conflict shall put an end to it and shall repress it with the least possible delay.” Protocol I of 1977 builds on the earlier provisions by providing additional “grave breaches”. In addition, it spells out the responsibility of commanders for the enforcement criminal matters and for co-operation in enforcement (Articles 88 and 89).

(22) Kalshoven, F., *State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces*, 40 ICLQ (1991) 827; see also the contributions of Kalshoven, David and Greenwood in H. Fujita, I. Suzuki, K. Nagano (eds), *War and Rights of Individuals*, Nippon Hyoron-sha Co, Ltd. Publishers, Tokyo, 1999. There are usually two different types of problem with such claims. First, if claiming against the offending State, the claim will have to be brought in its own courts. Before the courts of other States, the claim would hit the barrier of sovereign immunity; *Al-Adsani v. the United Kingdom*, 35763/97, ECHR, judgment of 21 November 2001; with regard to claims brought against individual State agents, as opposed to the State itself, see Foakes & Wilmshurst, *State Immunity: the United Nations Convention and its effect*, Chatham House, ILP BP 05/01, May 2005. In many States, rules of domestic law on jurisdiction prevent foreigners bringing claims arising out of the extra-territorial conduct of their armed forces. Second, it is common, at the end of an international conflict, for States to make arrangements for compensation. It is possible that such arrangements will provide for claims to be brought by individuals; e.g. under the United Nations Compensation Commission, which deals with claims arising out of the Iraqi invasion and occupation of Kuwait. Where that is not the case, if there were an independent possibility of individual claims, States would not, by their agreement, be able to determine once and for all their reciprocal commitments. The Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law (E/CN.4/RES/2005/35), recently adopted by the Commission, need to be understood against this background. Certain States have reservations as to the applicability of the Basic Principles to violations of LOAC/IHL.

(23) There are other reasons why individuals bring claims, such as obtaining vindication of what they have claimed occurred, where the State is denying the applicant’s version of events, or in an attempt to obtain the truth or to secure accountability.

(24) A trust fund is to be established for the benefit of victims of crimes under Article 79 of the Statute.

(25) E.g. Suter K.D., “An enquiry into the meaning of the phrase “Human Rights in Armed Conflicts”, *Rev. de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, XV (3-4), 1976, p.393; Meyrowitz H., “Le Droit de la guerre et les droits de l’homme”, *Rev. du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Etranger*, 5, 1972, p.1059.

(26) E.g. Meron T., *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, CUP, 1987; *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, OUP, 1989.

(27) See for example the use made of human rights in the case of *Tadic*, (IT-94-1) Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeal Chamber, ICTY, 2 October 1995; on the usefulness of HRsL for the ICRC, see Pejic J., *The Law of Armed Conflict: Problems and Prospects*, Chatham House, 18-19 April 2005, summary of proceedings, pp.42-45.

(28) *Human Rights in Armed Conflicts*. Resolution XXIII adopted by the International Conference on Human Rights. Teheran, 12 May 1968.

(29) E.g. Resolution 1592 on the Situation concerning the Democratic Republic of Congo, S/RES/1592 (2005), adopted on 30 March 2005.

(30) ICJ, Advisory Opinion, July 8, 1996, para.25.

(31) ICJ, Advisory Opinion, 9 July 2004.

(32) *Ibid*, para.106.

(33) An article and a protocol to the Convention on the Rights of the Child expressly address an issue which arises in situations of conflict – the conscription or recruitment of child soldiers and their participation in conflict; Convention on the Rights of the Child, Article 38 and second optional protocol. The Convention against Torture addresses a phenomenon that is prohibited in all circumstances. LOAC/IHL prohibits the infliction of torture or cruel or inhuman or degrading treatment or punishment in both international and non-international conflicts. In the case of CEDAW, CERD and the Convention on Migrant Workers, the treaty bodies may have to address the issue indirectly.

(34) CCPR/C/21/Rev.1/Add.11. To the best of the author’s knowledge, no State has commented on the General Comment. This is in contrast to the situation after the HRC adopted General Comment 24 on reservations to human rights treaties. Three States, France, the UK and the USA, criticised certain paragraphs in that General Comment. Where a State does not object to a General Comment, especially where that particular State has in the past criticised a General Comment, that may be thought to imply, if not approval, at least non-objection. This is particularly important in the case of General Comments 29 and 31; see further below.

(35) “The Covenant requires that even during an armed conflict measures derogating from the Covenant are allowed only if and to the extent that the situation constitutes a threat to the life of the nation.”; *ibid*, para.3, emphasis added. The immediately preceding sentence makes it clear that “armed conflict” is being used to describe a situation in which LOAC is applicable; “During armed conflict, whether international or non-international, rules of international humanitarian law become applicable and help, in addition to the provisions in article 4 and article 5, paragraph 1, of the Covenant, to prevent the abuse of a State’s emergency powers.” Dennis, in the context of an article disputing the extra-territorial applicability of HRsL, cites evidence from the negotiating record with regard to ICCPR Article 4 which in fact supports the continued applicability of non-derogable HRsL in time of war.

States were expressly trying to ensure that the article was consistent with the general international rules regarding the non-applicability of legal obligations in time of war, unless the obligation provided for continued applicability. The UK legal adviser suggested that the purpose of Article 4 was to prevent States from arbitrarily derogating from human rights obligations “in time of war”. War, unlike armed conflict, is a technical term and can only exist between two States. The annotation prepared by the Secretary-General again suggested that the function of Article 4 was to make express provision for limited continued applicability “in time of war”. This evidence does not address extra-territorial applicability but continued applicability in situations of conflict. Dennis M., “Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation”, 99 AJIL (2005) p. 119 at pp.137-8.

(36) “Although it is not the function of the Human Rights Committee to review the conduct of a State party under other treaties, in exercising its functions under the Covenant the Committee has the competence to take a State party’s other international obligations into account when it considers whether the Covenant allows the State party to derogate from specific provisions of the Covenant.”; *ibid*, para.10.

(37) “As certain elements of the right to a fair trial are explicitly guaranteed under international humanitarian law during armed conflict, the Committee finds no justification for derogation from these guarantees during other emergency situations.”; *ibid*, para.16.

(38) “In order to protect non-derogable rights, the right to take proceedings before a court to enable the court to decide without delay on the lawfulness of detention, must not be diminished by a State party’s decision to derogate from the Covenant.”; *ibid*, para.16.

(39) *Ibid*, Footnote 9 in para. 16 states in part “See the Committee’s concluding observations on Israel (1998) (CCPR/C/79/Add.93), para. 21: “... The Committee considers the present application of administrative detention to be incompatible with articles 7 and 16 of the Covenant, neither of which allows for derogation in times of public emergency The Committee stresses, however, that a State party may not depart from the requirement of effective judicial review of detention.” It should be noted that certain States, whilst not apparently objecting in principle to the possible applicability of the two legal regimes, have objected to particular manifestations of it. So, for example, the Netherlands objected to attempts by the HRC to raise events in Srebrenica; UN Doc. CCPR/CO/72/NET/Add.1, para. 19 (2003) cited in Dennis; note 35, p.125, footnote 47. This is a particularly interesting case because it is not clear that LOAC/IHL is applicable in peace support operations.

(40) ICJ, note 31, para.112 – the Court expressly endorsed the Committee’s view.

(41) E.g. Report of the Special Rapporteur (Mr. Felix Ermacora) on the Situation of Human Rights in Afghanistan, A/49/650, November 8, 1994; Situation of Human Rights in Afghanistan, General Assembly Resolution A/RES/49/207, March 6, 1995. See also, Report of the Special Rapporteur on Extra-Judicial, Summary or Arbitrary Executions, E/CN.4/2004/7, December 22, 2003, paras. 26-32; specific situations referred to include belligerent occupation (Israel and the Occupied Territories) and international armed conflict (military operations in Iraq in the spring of 2003, which at some point became a military occupation), as well as internal conflicts; Report of the Independent Expert on the situation of human rights in Afghanistan, Mr. Cherif Bassiouni, E/CN.4/2005/122, 11 March 2005; the Report of John Dugard, the Special Rapporteur on the Question of the Violation of Human Rights in the Occupied Arab Territories, including Palestine, E/CN.4/2004/6, September 8, 2003, which refers to particular principles of both HRsL and IHL; Report of the

Independent Expert on the question of the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism (Mr. Robert K. Goldman), E/CN.4/2005/103, 7 February 2005. The Special Rapporteurs on Extra-Judicial, Summary or Arbitrary Executions routinely include in the reports references to the law of armed conflicts, as well as to human rights law. The difficulties which arise in relation to this particular mandate from a failure to take into account LOAC/IHL are illustrated by a comment of a former Special Rapporteur; "Governments must not resort to aerial bombing, use of snipers or pre-emptive strikes. The international community should take note of this growing tendency to use excessive force;" E/CN.4/2004/7, December 22, 2003, para. 96.2.

(42) Report of the Working Group on Arbitrary Detention, (E/CN.4/2003/8), December 16, 2002, paras. 61-64. Two separate issues have been of concern to the Working Group: detentions within the USA after 9/11 effected under powers under immigration law and detentions in Guantanamo Bay. The discussion here concerns only the latter category. The United States has provided information in the case of at least some persons detained within the United States; E/CN.4/2004/3/Add.1, p.20, opinion 21/2002. This suggests that it is deliberately drawing a distinction between the two categories of detainees.

(43) The United States has ratified the International Covenant on Civil and Political Rights. It has not entered a notice of derogation in relation to its activities since 9/11. On the implications of a failure to derogate, see further below.

(44) Letter dated 2 April 2003 from the Permanent Mission of the United States of America to the United Nations Office at Geneva addressed to the secretariat of the Commission on Human Rights, E/CN.4/2003/G/73, 7 April 2003.

(45) Opinion 5/2003, Opinions adopted by the Working Group on Arbitrary Detention, E/CN.4/2004/3/Add.1, 26 November 2003, pp.33-35; the Opinion was adopted on 8 May 2003. The British position, in relation to those detained in Iraq, is significantly different from that of the US. The UK acknowledges the applicability of the UDHRs to all detainees. It expressly rejects the idea that PoWs and security detainees have protection under human rights treaty law, notably the ICCPR. It does not do this on the basis that the situation is one in which LOAC/IHL is applicable but rather on the basis that those particular detainees are recognised as being protected by Geneva Conventions III and IV and those protections are being afforded them. It did not appear to reject the applicability of the ICCPR to criminal detainees. This approach, unlike that of the US, is consistent with that taken by the ICJ. See generally Report of the Working Group on Arbitrary Detention, E/CN.4/2005/6, 1st December 2004, especially at paras. 6-9. See also the UK's 4th periodic report to CAT, the list of issues, the statement, the response and the concluding observations. It is not clear whether the UK accepts the scrutiny of human rights mechanisms to ensure that the rights under the Geneva Conventions are being respected.

(46) Opinion 5/2003, Opinions adopted by the Working Group on Arbitrary Detention, E/CN.4/2004/3/Add.1, 26 November 2003, pp.33-35, para.12. The US refused to provide information about the four cases, interestingly apparently citing reasons of national security rather than lack of jurisdiction; Report of the Working Group on Arbitrary Detention, E/CN.4/2004/3, 15 December 2003, para.19.

(47) E.g. Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 60.5, dealing with the consequences of a material breach.

(48) The US Operational Law Handbook 2004 (Berger, Grimes & Jensen, Eds.) contains a chapter dealing expressly with human rights law. It finds those rules of HRsL which represent

customary international law to be applicable to US armed forces, including when acting extra-territorially. It states that, for reasons of domestic US law, because the treaties are not self-executing, treaty obligations are not applicable extra-territorially; see further below. In its second periodic report to CAT, 6 May 2005, the US explains the steps it has taken to give effect to its obligations, including in relation to detainees in Iraq, at least some of whom were clearly protected under LOAC/IHL. There is no suggestion that CAT has no jurisdiction on account of the applicability of LOAC/IHL; <http://www.state.gov/g/drl/rls/45738.htm#additional>.

(49) The African Commission on Human and Peoples' Rights has addressed situations of conflict. The African Charter does not contain a derogation clause but the Commission takes the situation in a State into account when dealing with individual applications or country missions.

(50) OAS.Treaty Series No. 36, 1144 UNTS123, entered into force July 18, 1978.

(51) 119 UNTS 3, entered into force December 13, 1951; amended by Protocol of Buenos Aires, 721 UNTS 324.

(52) Habeas corpus in emergency situations, Advisory Opinion OC-8/87 of January 30, 1987 and judicial guarantees in states of emergency, Advisory Opinion OC-9/87 of October 6, 1987.

(53) *Abella v. Argentina*, Case 11.137, Report N° 55/97, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 271 (1997).

(54) *Las Palmeras v. Colombia*, Preliminary Objections, Judgment of February 4, 2000.

(55) Judgment of November 25, 2000, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 70 (2000).

(56) *Ibid*, para. 209.

(57) They include the four inter-State cases brought by Cyprus against Turkey, the individual applications brought against Turkey arising out of its occupation of northern Cyprus and arguably Part III, section II of the fourth Geneva Convention was applicable to the facts in *Issa and others v. Turkey*, 31821/96, admissibility decision of May 30, 2000; decision of second Chamber, 16 November 2004; see also *Bankovic and others v. Belgium and 16 other members of NATO*, 52207/99, Admissibility Decision of 12 December 2001.

(58) *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, 57947/00, 57948/00 and 57949/00, judgment of 24 February 2005 and two other cases involving three applicants in which judgment was given on the same day. The cases concern incidents which arose during military operations in Chechnya. The Russian Constitutional Court has determined that the situation falls within Protocol II to the Geneva Conventions; Judgment of the Constitutional Court of the Russian Federation of 31 July 1995 on the constitutionality of the Presidential Decrees and the Resolutions of the Federal Government concerning the situation in Chechnya, European Commission for Democracy through Law of the Council of Europe, CDL-INF (96) 1.

(59) E.g. at certain times the situation in Northern Ireland and south-east Turkey; the governments in question denied that the situation constituted an "armed conflict".

(60) E.g. *Brogan & others v. UK*, ECHR, 11209/84, 11234/84, 11266/84, judgment of November 29, 1988 and *Aksoy v. Turkey*, ECHR, 21987/93, judgment of December 18, 1996, on periods of detention when investigating terrorist crimes; *Kaya v. Turkey*, ECHR, 22729/93, judgment of February 19, 1998, on carrying out autopsies in situations of conflict.

(61) The fact that this occurs in some cases but not others raising a very similar issue suggests that whether LOAC/IHL is used may depend on the individual judge or member of the secretariat responsible for the case e.g. contrast *Ergi*, ECHR, 23818/94, judgment of July 28, 1998 where the legal issue was handled consistently with LOAC/IHL and *Ozkan & others*, ECHR, 21689/93, judgment of April 6, 2004, where no attention at all appears to have been paid to LOAC/IHL; see paras. 103-6 & 305-6. In the Chechen cases, note 58, the ECHR appears to have used a law enforcement test, rather than a LOAC/IHL test in para. 171 but it did take into account the need for precautions in attack. It is not clear whether in non-international conflicts a party can target the fighters of the other side without the need for them to be posing a threat. In international conflicts, combatants can be targeted at any time. It is not clear whether that is also the case for civilians taking a direct part in hostilities in a non-international conflict, particularly since they can only be targeted for such time as they are participating

(62) In the first two cases brought by Cyprus against Turkey, the Commission determined that, as Turkey had not derogated, the only grounds for detention were those set out in Article 5 of the Convention. This meant that the detention of PoWs was unlawful; 6780/74 & 6950/75, Report of the Commission, adopted on 10 July 1976; two members of the Commission suggested that LOAC/IHL became applicable by virtue of the facts and should have been taken into account with or without derogation.

(63) See history, note 16 above.

(64) Note 34 and accompanying text.

(65) In the case of the initial American operations in Afghanistan in October 2001, there is no doubt that there was an international armed conflict between the USA and its allies and the Afghan authorities (the Taliban), assisted by Al Qaida. Common Article 2 of the Geneva Conventions 1949 makes it clear that it is not necessary for a State to recognise its opponent as the legitimate authority; it is sufficient for it to be the de facto authority in control of the State. There was presumably, at the same time, a non-international conflict between the Taliban and the Northern Alliance, unless the latter were fighting as part of the American armed forces. At some point, the American forces were present with the consent of the newly installed authorities. From then on, it would appear that there has been a non-international conflict between the US armed forces and the remnants of the Taliban and Al Qaida; Pejic J., "Terrorist Acts and Groups: A Role for International Law?", LXXV BYIL (2004), forthcoming, p.1. At the time of the drafting of common Article 3, it would appear that the negotiating parties assumed that the conflict occurred between a non-State party and the State whose territory it was; Pictet J. (Ed.) Commentary to the Geneva Conventions of 1949, 4 volumes, 1952, 1960, 1960 and 1958, ICRC; commentary to common Article 3. There is nothing on the face of the provision, however, that precludes its applicability between a non-State group and a State operating with the consent of the territorial State. At what point did the conflict shift from being international to being non-international; was it with the installation of President Karzai, with his endorsement by the Loya Jirga or only after elections? Similar difficulties arise in relation to Iraq. It started out as an international armed conflict and then a belligerent occupation. At what point did the coalition forces cease to be occupying forces or do they in fact remain occupying forces, if the notion of the consent to their presence of sovereign Iraqi authorities is something of an illusion? If an intense military operation occurs during a military occupation, as was the case at Falluja, is that subject to the law and order powers of the occupying power or to the provisions on the conduct of hostilities in Protocol I or customary law? The ICJ addressed the question in an ambiguous way in the Advisory Opinion on the Wall, note 31 at para. 124. It is not clear whether the Court was saying that, at the relevant time, the provisions on the conduct of

hostilities were not applicable on the facts or whether it was suggesting that, as a matter of law, once territory is occupied the rules on the conduct of international operations are no longer applicable, presumably meaning that they must take place in accordance with the law and order authority of the occupying power. Further problems arise in the case of isolated individual attacks, such as the attack in Yemen by the American predator drone; Pejic, art. cit., pp. 17-18. It may have been an armed attack but did it constitute an armed conflict?

(66) LOAC/IHL treaties are not drafted in the same way as HRsL and cannot be interpreted in the same way. The *Abella* case, note 53, shows that a human rights body is perfectly capable of applying LOAC/IHL properly, when it has the requisite expertise.

(67) US Operational Law Handbook (2004), note 48, pp. 48-49; Dennis M., note 35.

(68) In addition to general comments 15 and 31 and the case-law before human rights bodies, there is a human rights treaty designed to protect foreigners, the International Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers.

(69) Under the law of state responsibility, States are responsible to other States for the treatment of nationals of the other. This is not based on the individual rights of the victim but rather treats the individual as a species of state property.

(70) *Bankovic*, note 57; Dennis, note 35.

(71) *Cyprus v. Turkey*, note 62.

(72) In the second US periodic report to CAT, note 48, the US sets out the measures it has taken to protect detainees in Afghanistan and Iraq. The UK accepted the applicability of HRsL to common criminals in Iraq in its dialogue with the Working Group on Arbitrary Detention, note 45. The 17 respondent Governments in the case of *Bankovic*, note 57, stated that the Convention was applicable to persons detained outside national territory; para. 37.

(73) The case-law will be examined in the context of that particular question. The totality of the case-law represents the evidence that applicability of HRsL extra-territorially cannot be rejected in principle. It should also be noted that the ICJ Advisory Opinion, note 31, concerned the applicability of HRsL outside national territory, in territory occupied by Israel. The issue of the circumstances in which a person outside national territory is nevertheless within the jurisdiction for the purposes of HRsL specifically in the context of military operations is the subject-matter of litigation in various States, including Italy and the Netherlands. In the case of the UK, such an issue has arisen in relation to deaths at the hands of British armed forces in Iraq during the period of military occupation; *Al-Skeini et al. v. Sec. of State for Defence*, [2004] EWHC 2911; both sides are appealing the decision of the High Court.

(74) Under Article 2 of the ICCPR, a State undertakes to respect and ensure the rights of “all individuals within its territory and subject to its jurisdiction”. The HRC has in recent times interpreted “and” disjunctively; general comment 31, note 19. Article 2 of CAT provides that States will take measures to prevent “acts of torture in any territory under its jurisdiction”; it is unusual in that the focus is not on the individual victim. Article 22 of CAT provides for petitions from “individuals subject to its jurisdiction”. There is no analogous provision in the CESCR, but the Committee has interpreted the Covenant as applying to an occupying power in occupied territory, a view which has been endorsed by the ICJ. Under Article 1 of the American Convention, States undertake to respect the rights of “all persons subject to their jurisdiction”. There is no general jurisdictional clause in the African Charter on Human and Peoples’ Rights. The Protocol establishing the African Court defines

the jurisdiction of the Court but not that of the High Contracting Parties. Under Article 1 of the ECHR, States undertake to “secure to everyone within their jurisdiction” the rights under the Convention.

(75) Note 19, para.10.

(76) This is subject to a significant qualification. Under LOAC/IHL, an occupying power is not allowed to change the law in place in the territory, except where it is necessary to do so for its own security; Hague Convention IV (1907), annex Article 43; Geneva Convention IV, Article 64. In a situation of military occupation, by definition the territory “is actually placed under the authority of the hostile army” and “[t]he occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised”; Hague Convention IV (1907), Annex, Article 42; emphasis added.

(77) HRC Concluding Observations on Periodic Reports of Israel, UN Doc.CCPR/C/79/Add.93, para.10; CCPR/CO/78/ISR, para. 11; of Syria, CCPR/CO/71/SYR, para. 10 and of Morocco CCPR/C/79/Add.113, para.9 and CCPR/CO/82/MAR, 1 December 2004, paras. 8 & 18; ECHR: the inter-State litigation between Cyprus and Turkey culminating in 25781/94, judgment of 10 May 2001 and the individual applications against Turkey arising out of the situation in northern Cyprus such as the case of *Loizidou*, ECHR, 15318/89, judgment of 18 December 1996.

(78) Contrast concluding observations on the third and fourth periodic reports of Israel, note 77. In the third report, the HRC pointed to “... the long-standing presence of Israel in these territories, Israel’s ambiguous attitude towards their future status, as well as the exercise of effective jurisdiction by Israeli security forces therein”; para.10, emphasis added. In the fourth report, the HRC stated “... the provisions of the Covenant apply to the benefit of the population of the Occupied Territories, for all conduct by the State party’s authorities or agents in those territories that affect the enjoyment of rights enshrined in the Covenant and fall within the ambit of State responsibility of Israel under the principles of public international law”; para.11, emphasis added.

(79) *Ilascu & others v. Moldova & the Russian Federation*, with Romania intervening, ECHR, 48787/99, Judgment of 8 July 2004; the view of the Court may have been affected by the fact that Russian forces were responsible for the original act of detention.

(80) ECHR, 31821/96, admissibility decision of May 30, 2000; decision of second Chamber, 16 November 2004.

(81) *Behrami v. France*, 71412/01, ECtHR, 16 September 2003; the case has been communicated to the French government. One child was killed and another injured when a cluster weapon exploded in the French area of operations in Kosovo; see generally HRC, General Comment 31, note 19.

(82) HRC 29 July 1981, UN Doc.A/36/40, 176; Communication No.52/1979, CCPR/C/13/D/52/197.

(83) IACHR Report No. 109/99, Case No. 10,951, 29 September 1999, Ann. Rep. IACHR 1999.

(84) Center for Constitutional Rights:
http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september_11th/docs/3-13-02%20IACHRAoptionofPrecautionaryMeasures.pdf

(85) ECHR, 46221/99, judgment of 12 March 2003; Grand Chamber judgment of May 12, 2005, para.91. This decision postdates that in *Bankovic*, note 57.

(86) *Lopez Burgos*, note 82, para 12.2, emphasis added. This is further confirmed in the separate opinion of Mr. Tomuschat.

(87) Note 57.

(88) E.g. In the *Ilascu* case, note 79, different violations were found against Moldova and Russia; contra *Bankovic*, note 57.

(89) *Disabled Peoples' International et al v. United States*, Case 9213, Inter-Am. C.H.R. 184, OEA/ser. L/V/II.71, doc. 9 rev. 1 (1987) (Annual Report 1986-1987).

(90) *Salas and others v. the United States*, IACHR Report No.31/93, Case No. 10,573, 14 October 1993, Ann. Rep. IACHR 1993, 312.

(91) *X v Federal Republic of Germany* (Application No 1611/62; 25 September 1965), 8 Ybk ECHR, p.158 at 169; *WM v Denmark*, 17392/90, admissibility decision of 14 October 1992.

(92) *Varnava & others v. Turkey*, 16064/90 & others, admissibility decision of April 14, 1998.

(93) Note 82.

(94) Such a test has the additional advantage of being consistent with the law of State responsibility. It also ensures that applicants complaining of the same acts under the same control of the same State agents are treated in the same way, whether the harm occurs within or outside national territory. E.g. *Isiyok v. Turkey*, 22309/93, admissibility decision of 3 April 1995; friendly settlement of 31 October 1997; the alleged violation was the harm that resulted from aerial bombardment. It would seem somewhat strange if whether or not a victim is within the jurisdiction of a State depends on which side of the border the missile falls. It would also ensure that victims of aerial attack would be subject to the same jurisdictional criterion as victims of ground attack. If the test used is control of the victim, as opposed to control over the infliction of the alleged violation, ground forces may be found to be in control of the applicant, as in the *Issa* case, note 57, but it is difficult to see how airborne forces could be, even when that person is intentionally targeted. The difficulty with the admissibility decision of the ECHR in the case of *Bankovic*, note 57, is that it appears to make jurisdiction dependent on the colour of the uniform or on the type of weapon used.

(95) E.g. the common practice, prohibited under LOAC/IHL, of removing the ears of dead opponents as some form of trophy; e.g. *Akkum, Akan and Karakoc v. Turkey*, ECHR, 21894/93, judgment of March 24, 2005.
