



**Conseil économique
et social**

Distr.
GÉNÉRALE

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

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME
Sous-Commission de la promotion et de la protection
des droits de l'homme
Cinquante-septième session
Point 3 de l'ordre du jour provisoire

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, ÉTAT DE DROIT ET DÉMOCRATIE

**Document de travail sur les relations entre droits de l'homme
et droit international humanitaire**

Présenté par Françoise Hampson et Ibrahim Salama*

Résumé

Le présent document de travail se décompose en deux parties. La première, établie par M. Salama, traite de façon générale de la question des relations entre droits de l'homme et droit international humanitaire, en déterminant les domaines susceptibles d'être approfondis, en particulier quant à la prévention et au traitement institutionnel des violations dans des situations de conflit. La deuxième partie, établie par M^{me} Hampson, traite de la question de savoir si les deux régimes juridiques peuvent être applicables simultanément, à la lumière de la jurisprudence des organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme et des procédures spéciales. L'idée est que, lorsque le droit international humanitaire est applicable, il devrait être pris en considération par les organes chargés des droits de l'homme. L'étude porte ensuite sur la mesure dans laquelle le DDH est susceptible d'une application extraterritoriale, là encore compte tenu de la pratique des organes chargés des droits de l'homme. Le document se conclut par l'énoncé des domaines susceptibles de faire l'objet d'une étude plus approfondie. De l'avis des auteurs, il serait extrêmement souhaitable de créer un groupe de travail de la Sous-Commission chargé de ces questions.

* La longueur du présent document excédant les limites fixées par l'Assemblée générale, les notes de fin de document sont reproduites telles qu'elles ont été reçues en anglais.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
INTRODUCTION	1	3
PREMIÈRE PARTIE	2 – 37	3
Introduction	2 – 4	3
I. PRINCIPES ET PROBLÉMATIQUE.....	5 – 8	4
II. RENFORCEMENT MUTUEL POTENTIEL.....	9 – 23	5
III. PRÉCÉDENTS ET ANALOGIES	24 – 29	8
IV. CONCLUSION.....	30 – 37	10
DEUXIÈME PARTIE	38 – 94	12
Introduction	38 – 40	12
I. HISTOIRE ET NATURE DU DCA/DIH ET DU DDH	41 – 50	13
II. APPLICABILITÉ DU DDH ET DU DCA/DIH	51 – 77	15
III. APPLICABILITÉ EXTRATERRITORIALE DU DDH.....	78 – 92	21
IV. AUTRES QUESTIONS.....	93 – 94	24

INTRODUCTION

1. Dans sa décision 2004/118, la Sous-Commission a prié Françoise Hampson et Ibrahim Salama d'établir un document de travail sur les relations entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire. Le présent document est présenté en réponse à cette demande.

PREMIÈRE PARTIE

Introduction

2. «S'agissant de la législation existante, aucune génération n'a reçu plus grand patrimoine que la nôtre. Nous avons la chance d'avoir à notre disposition une charte internationale des droits de l'homme, réunissant notamment des normes remarquables visant à protéger les plus faibles d'entre nous, y compris les victimes de conflits ou de persécutions. ...Pourtant, si elles ne sont pas mises en œuvre, nos déclarations sonnent creux.». Ces phrases du Secrétaire général de l'ONU, figurant dans son rapport intitulé «Dans une liberté plus grande: développement, sécurité et respect des droits de l'homme pour tous»¹ expriment le dilemme devant lequel se trouve le mouvement de défense des droits de l'homme, la tragédie que vivent les victimes de violations des droits de l'homme et de violations du droit international humanitaire (DIH) et le problème sur lequel la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme doit se pencher et réfléchir.

3. Tout conflit armé, par définition, bafoue les fondements du droit moderne. L'idée d'assurer un minimum de respect des droits et de la dignité de l'homme en période de conflit armé continue de défier la communauté internationale. L'évolution scientifique, les armes de destruction massive, le terrorisme et nombre d'autres phénomènes transnationaux modernes rendent encore plus difficile de concilier des notions contradictoires comme l'ordre et le désordre, le droit et la force, la dignité humaine et la guerre, le pire de tous ces phénomènes étant incontestablement l'écart croissant entre progrès moral et avancées technologiques. Pour faire face à ces défis et combler cet écart, il est fondamental que la communauté de défense des droits de l'homme ne perde pas de vue les liens inextricables entre DDH (DDH), DIH et droit international des réfugiés qui, tous, émanent de la même préoccupation essentielle: assurer le respect de la dignité humaine en tous temps, lieux et circonstances. Il faut impérativement garder à l'esprit cette raison d'être essentielle pour donner un souffle nouveau au DIH.

4. Contrairement à ce que prévoient les principaux instruments du DDH, l'application du DIH n'est pas soumise au contrôle d'organes conventionnels ni d'aucun autre mécanisme viable et obligatoire chargé de la superviser et de contribuer, par le biais d'observations générales ou spécifiques, à son développement progressif. À une époque où le thème des droits de l'homme constitue le déterminant de la communauté internationale et le facteur clef de la politique internationale, il est inadmissible et injustifiable qu'un tel déficit de protection soit occulté par des distinctions artificielles et des arguments juridiques fallacieux. Même si l'on en conteste certaines implications, on ne saurait discuter l'idée fondamentale exprimée par le Secrétaire général dans la déclaration suivante: «on ne devrait, en aucun cas, permettre à un État d'invoquer un principe légal – pas même celui de la souveraineté – pour faire écran à un génocide, à des crimes contre l'humanité ou à des souffrances humaines généralisées»².

I. PRINCIPES ET PROBLÉMATIQUE

5. Aussi impressionnant qu'il puisse paraître, l'arsenal existant d'instruments juridiques relatifs à la protection des civils en période de conflit armé n'a pas apporté une protection suffisante sur le terrain. La communauté internationale continue d'être témoin de brutalités à grande échelle et de violations massives des droits de l'homme. Dans ce contexte, les relations entre DIH et DDH sont paradoxales en ce que la communauté internationale est de plus en plus consciente de la convergence entre ces deux séries de normes, alors qu'il existe par ailleurs un potentiel inexploité de complémentarité.

6. Le concept de *lex specialis* ne met pas le DDH et le DIH en situation d'exclusion mutuelle pour la totalité des deux séries de normes, qui sont deux branches complémentaires de la même discipline. La plupart des grandes atrocités humaines commises au cours de l'histoire, que ce soit durant un conflit armé ou non, ont débuté par des tendances, des idéologies, des actions sporadiques ou d'autres formes de phénomènes déclencheurs qui ont ensuite entraîné certains des pires crimes qu'ait jamais connus l'humanité. Ainsi, l'holocauste a débuté par une idéologie raciste et des faits sporadiques qui n'ont pas suscité de réactions jusqu'à ce que soient commises les atrocités que l'on connaît. Vu l'insuffisance de mécanismes de suivi et d'alerte rapide dont souffre le DIH, il est impératif d'étudier les possibilités de complémentarité institutionnelle et de renforcement mutuel entre les deux séries de normes.

7. S'il est vrai qu'il y a 60 ans, les moyens de communication étaient moins développés qu'actuellement, il faut aussi admettre que, même à l'époque moderne où l'on peut obtenir une multitude d'informations sur tous les sujets et événements, la réaction internationale à maintes violations généralisées des droits de l'homme peut être retardée du seul fait de l'absence de système de contrôle spécialisé efficace comportant, à la clef, une intervention internationale licite face à des situations graves et urgentes. Il ne s'agit pas seulement ici d'un conseil de sécurité réformé, appliquant les dispositions de la Charte, sans distinction, en toutes circonstances. Il importe aussi d'améliorer les mécanismes du DIH pour garantir le respect de ses dispositions avant que leur violation ne constitue une menace pour la paix et la sécurité internationales. La promesse solennelle, exprimée dans le préambule de la Charte, de «préserver les générations futures... d'indicibles souffrances» a été rompue au Rwanda, et ailleurs.

8. Une différence fondamentale entre le DIH et le DDH est que ce dernier jouit d'une protection supplémentaire du fait de l'action des organisations non gouvernementales (ONG) et du contrôle exercé par les institutions nationales de protection des droits de l'homme. Ces organismes, en plus de l'opinion publique et de la société civile dans son ensemble, jouent un rôle décisif pour aligner les pratiques des États sur les normes internationales relatives aux droits de l'homme. Manifestement, tous ces acteurs ont moins de possibilités d'accès à l'information et de liberté d'interaction avec les réalités des conflits armés. Il est donc nécessaire de compenser ce déficit de contrôle par une meilleure utilisation des mécanismes de protection des droits de l'homme dans des situations de conflit armé. Les écarts normatifs entre le DDH et le DIH n'excluent pas la nécessaire complémentarité institutionnelle entre ces deux branches de la même discipline visant à un objectif unique: assurer le respect de la dignité humaine en toutes circonstances. Certaines disparités entre le DIH et le DDH, ainsi que la nature des conflits armés, ont une incidence sur le rôle des ONG, qu'elles ont du mal à exercer en période de conflit armé. Quelles que soient les préoccupations en matière de sécurité, des notions propres au DIH comme les «nécessités militaires» et les «dommages collatéraux» ne sont pas facilement acceptables

dans un contexte «traditionnel» de DDH. D'où, peut-être, la nécessité d'une formation spéciale pour certaines ONG dans l'intérêt de la nécessaire complémentarité entre les normes du DIH et celles du DDH dans la pratique.

II. RENFORCEMENT MUTUEL POTENTIEL

9. Toute violation du DIH est par définition une violation des droits de l'homme, bien qu'il ne suffise pas de faire respecter le premier pour garantir nécessairement le respect de tous les droits de l'homme. Le plein respect de la totalité des droits de l'homme devrait conduire, en dernière analyse, à supprimer au départ la nécessité de recourir à la protection du DIH. La Commission des droits de l'homme, dans sa résolution 2005/63 sur la protection des droits fondamentaux des personnes civiles en temps de guerre, a posé trois principes, à savoir: «que le DDH et le droit international humanitaire sont complémentaires et se renforcent l'un l'autre», que «la protection garantie par le DDH demeure dans les situations de conflit armé, eu égard aux circonstances dans lesquelles le droit international humanitaire s'applique en tant que *lex specialis*», et enfin «que les actes qui constituent une violation du droit international humanitaire... peuvent aussi constituer une violation flagrante des droits de l'homme». Ce sont là les trois piliers de complémentarité et du renforcement mutuel du DIH et du DDH. Cette complémentarité n'est pas seulement théorique, elle vaut également au niveau de l'application. Nous souscrivons à l'opinion émise par Rosemary Abi-Saab en ces termes:

«Si le droit humanitaire et le DDH ont comme objectif commun et identique la protection de la personne contre toute atteinte éventuelle à son intégrité personnelle, que ce soit en temps de guerre ou de paix, il n'est pas surprenant que ces deux branches du droit international se trouvent complémentaires... C'est un processus à double sens, dans lequel l'approche du droit humanitaire peut compléter ou remplacer l'approche des droits de l'homme pour protéger les personnes dans des situations où la protection des droits de l'homme est gravement limitée ou totalement suspendue... Au-delà de cette interpénétration évidente entre droits de l'homme et droit humanitaire dans la formulation et le contenu des règles et dans leur application pratique, l'articulation entre les deux peut être utile dans la perspective de leur mise en œuvre. Le recours aux droits de l'homme en tant que normes de droit international général applicables à toutes les situations, au-dessus et par-delà les obligations conventionnelles, contribuera à définir les obligations générales et leur violation éventuelle, ouvrant ainsi la voie à la condamnation de ces violations.»³.

10. La résolution 2005/63 n'est pas le premier signe de reconnaissance de la complémentarité du DIH et du DDH, elle n'est que l'indication d'un processus existant, cumulatif, de rapprochement entre deux branches de la même discipline. En maintes occasions auparavant, la Commission a donné mandat à des rapporteurs spéciaux, missions d'établissement des faits et commissions d'enquêtes établies lors de sessions ou de séances extraordinaires, à propos de questions de DIH dans différents contextes nationaux. Les exercices normatifs de la Commission ont aussi visé certaines questions de DIH comme les enfants dans les conflits armés.

11. Cette résolution reflète en fait la nécessité urgente et croissante d'adopter une nouvelle approche, tant du DIH que du DDH, centrée sur les victimes. Comme le souligne H. J. Heintze:

«La doctrine juridique souligne à juste titre que la protection des droits de l'homme, non seulement participe de la même philosophie que le droit international humanitaire,

mais peut aussi servir à combler les déficits de ce dernier. Les mécanismes sous-développés d'application du droit international humanitaire, qu'il faut bien qualifier d'assez inefficaces, font partie de ses principales faiblesses. Il n'est donc pas surprenant que, tant le Comité international de la Croix-Rouge que certains auteurs, aient à maintes reprises tenté d'utiliser les mécanismes d'application des traités des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, des traités relatifs au désarmement et des traités relatifs à l'environnement comme des exemples de moyens possibles pour assurer le respect du droit international humanitaire... L'établissement de rapports par les États est au centre de ces mécanismes.»⁴.

12. Le renforcement de l'efficacité du DIH et de sa complémentarité institutionnelle avec le DDH ne passe pas nécessairement par la modification des normes existantes ni par l'établissement de nouvelles normes. Les instruments existants, s'ils sont correctement utilisés et pleinement mis en œuvre, peuvent permettre d'atteindre ce but. Ainsi, la création de tribunaux internationaux ad hoc en matière pénale et de la Cour pénale internationale a permis de répondre aux violations brutales et sur une grande échelle tant du DIH que du DDH en diverses parties du monde; la poursuite des responsables de violations aussi graves peut entraîner un certain degré de dissuasion.

13. Néanmoins, la faiblesse essentielle des obligations imposées aux États au regard du droit pénal international est l'absence de contrôle des mesures prises par eux pour donner effet à leur engagement international de poursuivre au niveau national. Si le DDH a «emprunté» au DIH le principe *aut dedere aut judicare*, il ne contrôle pas encore son application. Pour d'évidentes raisons politiques, juridiques ou financières, les États peuvent hésiter à poursuivre leurs ressortissants pour des infractions commises en période de conflit armé et, même en cas de renvoi aux juridictions nationales aux fins de poursuite, ils peuvent tenter d'entamer l'impartialité de leurs propres magistrats à l'égard de telles affaires. Dans certains cas, les régimes successeurs ont donné la préférence à la réconciliation sur la responsabilité, d'où il est résulté une impunité pour les auteurs de violations graves du DIH et d'autres violations des droits de l'homme.

14. Il ne s'agit là que de deux exemples de domaines dans lesquels les mécanismes des droits de l'homme peuvent jouer un rôle pour combler le déficit de protection. Le DIH est relativement impuissant à imposer des sanctions pénales. Toute mesure de répression est subordonnée à l'accord des parties à un conflit, c'est-à-dire soumis au rapport de forces, ou à leurs tribunaux nationaux respectifs avec les limites que l'on connaît dans de tels cas. Seuls les mécanismes de protection des droits de l'homme peuvent avoir une assise juridique et un mandat général dans la plupart des cas où une protection est nécessaire. En exerçant ce mandat général dans le contexte de conflits armés, les mécanismes de protection des droits de l'homme peuvent démontrer que le DDH et le DIH sont des branches différentes de la même discipline et que la vision initiale de la Charte requiert leur complémentarité institutionnelle⁵.

15. La complémentarité institutionnelle du DIH et du DDH trouve également une importante base conceptuelle et juridique dans la clause Martens, aux termes de laquelle dans les cas non prévus par des obligations conventionnelles, en période de conflit armé, toutes les personnes civiles «restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique» (art. 1, par. 2, du Protocole additionnel (Protocole I) aux quatre Conventions de

Genève de 1949). Cette disposition du DIH a potentiellement une importance pratique et institutionnelle considérable.

16. De fait, dans son avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, la Cour internationale de Justice a estimé que la clause Martens «s'est révélée être un moyen efficace pour faire face à l'évolution rapide des techniques militaires» (par. 78 de l'avis). Plus que de simples orientations morales, les «principes de l'humanité et exigences de la conscience publique» sont donc des critères juridiquement contraignants par rapport auxquels il nous faut mesurer l'ensemble des actes, faits et politiques, au regard des droits de l'homme.

17. Dans son opinion dissidente, M. Shahabuddeen a affirmé que la clause Martens n'était pas seulement la confirmation du droit coutumier, mais qu'elle établissait aussi comme principes juridiques les «principes de l'humanité et exigences de la conscience publique». Il a de fait cité le jugement rendu en 1948 dans l'affaire *Krupp* par le tribunal militaire des États-Unis siégeant à Nuremberg selon lequel ce principe avait été érigé «en un critère juridique à appliquer dans l'hypothèse où les dispositions spécifiques de la Convention ... ne couvriraient pas certains cas...». De l'avis de M. Weeramantry, la clause Martens indique clairement que «derrière les règles précises qui ont déjà pu être élaborées, il existe un ensemble de principes généraux suffisamment bien établis pour être susceptibles d'application dans les situations qui ne sont pas encore régies par une règle particulière».

18. Il est évident que le développement du DDH accroît la fréquence des violations potentielles de la clause Martens. Plus la portée des normes relatives aux droits de l'homme s'élargit, plus s'élargit aussi l'application des «principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique». C'est pourquoi nous souscrivons à l'idée que la clause Martens a pour effet d'inverser l'hypothèse classique du droit international. Au regard tant du DDH que du DIH, on ne peut affirmer que ce qui n'est pas expressément interdit par une règle de droit est autorisé dans la pratique⁶.

19. Le fait de pouvoir faire respecter l'obligation des États de réprimer les violations du DIH par le biais des mécanismes pertinents de protection des droits de l'homme renforce incontestablement l'efficacité du DIH; c'est là l'indispensable facteur de dissuasion pour les auteurs des pires formes de violation des droits de l'homme commises dans le contexte, beaucoup plus dangereux pour les civils, d'un conflit armé. En réalité, le mouvement en faveur de la reconnaissance d'une responsabilité pénale individuelle pour des violations du *jus in bello* ne s'est pas encore accompagné d'un contrôle crédible de l'obligation incombant aux États de faire effectivement sanctionner juridiquement cette responsabilité individuelle.

20. Dans la même perspective de complémentarité, la question des réparations allouées aux victimes de violations est un autre domaine important dans lequel les normes et instruments de protection des droits de l'homme peuvent beaucoup contribuer à atténuer les souffrances des victimes de violations tant du DDH que du DIH, que ces violations aient été commises en temps de paix ou en période de conflit armé.

21. Un autre domaine important de convergence et de complémentarité croissantes entre DIH et DDH est l'attention de plus en plus grande portée par le Conseil de sécurité à des questions mettant en cause des violations, tant du DIH que du DDH, qui constituent des menaces à la paix et à la sécurité internationales. Ce fait a conduit le Secrétaire général, dans ses plus récentes

propositions de réforme, à la conclusion suivante: «Le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme doit jouer un rôle plus actif dans les délibérations du Conseil de sécurité et de la commission pour la consolidation de la paix qu'il est proposé de créer, une attention particulière devant être accordée à l'application des dispositions pertinentes des résolutions du Conseil.»⁷.

22. Il va de soi que nous souscrivons à cette recommandation dans la mesure où elle souligne l'importance du respect des droits de l'homme, en tant que pilier important, tant de la prévention des conflits que de la consolidation de la paix. Cela ne vaut que s'il est démontré que les violations des droits de l'homme ont atteint une ampleur qui menace la paix et la sécurité internationales. De plus, le «rôle plus actif» qu'est appelé à jouer le Haut-Commissaire aux droits de l'homme à cet égard ne peut être exercé qu'à la demande du Conseil de sécurité. Le rôle du Haut-Commissaire dans ce domaine extrêmement sensible ne peut être rempli de manière crédible que s'il repose sur la meilleure utilisation possible de l'ensemble des organes conventionnels de défense des droits de l'homme et procédures spéciales. Ces mécanismes constituent l'«arsenal humanitaire» du Haut-Commissaire, son «armée active» de protection, sa base institutionnelle et une source de constatations et de légitimité.

23. En d'autres termes, pour que le Haut-Commissaire aux droits de l'homme joue un rôle croissant dans le domaine de la paix et de la sécurité dans la perspective des droits de l'homme, la surveillance du respect des normes pertinentes du DIH doit associer le Haut-Commissariat aux droits de l'homme, en coordination avec le CICR. Le Haut-Commissaire n'est pas censé ajouter simplement aux délibérations du Conseil de sécurité le poids politique ou moral dont il jouit effectivement en vertu de la Charte et de la résolution créant le Haut-Commissariat. La valeur ajoutée de sa contribution devrait consister à introduire dans les débats une dimension institutionnelle des droits de l'homme, établir des preuves crédibles fournies par les mécanismes de protection des droits de l'homme, proposer des moyens de recours dans la perspective du DIH et du DDH, et étayer ainsi les composantes droits de l'homme de la résolution des conflits et de la consolidation de la paix par des arguments juridiquement solides.

III. PRÉCÉDENTS ET ANALOGIES

24. De nombreuses études ont porté sur la pratique des mécanismes de protection des droits de l'homme dans le domaine du DIH, et l'analyse de nombreux précédents fait globalement ressortir une tendance croissante à traiter les questions de DIH dans le cadre d'une perspective commune DIH et DDH, les approches et méthodologies variant en fonction des particularités de chaque situation.

25. De plus en plus, le Conseil de sécurité aborde conjointement le DIH et le DDH. Le mandat du Conseiller spécial du Secrétaire général chargé de la prévention des génocides, qui collabore étroitement avec le Haut-Commissaire et les procédures spéciales de protection des droits de l'homme, constitue à cet égard un précédent important. Le Conseil de sécurité a invité le Secrétaire général «à lui communiquer des informations et analyses provenant d'organismes des Nations Unies concernant les cas de violations graves du droit international, notamment du droit international humanitaire et des droits de l'homme, ainsi que les situations comportant un risque de conflit qui ont pour origine, entre autres, des différends ethniques, religieux et territoriaux, la pauvreté et l'absence de développement, et se déclare résolu à consacrer un

examen attentif à de telles informations et analyses ayant trait à des situations qui, à son avis, constituent une menace pour la paix et la sécurité internationales»⁸.

26. La résolution 1591/2005 du Conseil de sécurité concernant le Darfour est un autre précédent important d'où peuvent être tirées des analogies utiles dans l'intérêt des objectifs communs du DDH et du DIH. Dans cette résolution, le Conseil a visé et condamné, non seulement les responsabilités de l'État soudanais, mais aussi celles de toute personne, désignée par un comité créé conformément à l'article 28 du Règlement intérieur provisoire du Conseil qui, au vu d'informations communiquées par différentes sources, «fait obstacle au processus de paix, constitue une menace pour la stabilité au Darfour et dans la région, viole le droit international humanitaire ou le droit international relatif aux droits de l'homme ou commet d'autres atrocités».

27. Ce précédent conduit évidemment à la question suivante: quel est le seuil d'atrocités qui doit déclencher une réaction du Conseil de sécurité liant les deux séries de règles, en vue de faire respecter les normes du DIH et des droits de l'homme? Un autre problème se pose immédiatement: même si l'on accepte, aux fins du débat, que les souffrances humaines puissent être classées suivant l'échelle des atrocités, il n'en demeurerait pas moins inadmissible que la communauté internationale, avec son arsenal impressionnant de normes relatives aux droits de l'homme et au droit international humanitaire, reste silencieuse, passive ou inefficace face aux tout premiers signes de ce qui risque de se transformer en violations massives des droits de l'homme, en quelque partie du monde que ce soit. C'est là, à notre avis, le chaînon manquant et un nouveau droit: le droit à une protection institutionnelle, le droit des victimes de conflits armés à la pleine protection de toutes les institutions compétentes qui peuvent et doivent atténuer leurs souffrances, directement ou indirectement.

28. Pour assurer le respect des droits de l'homme dans tous les pays et en toutes circonstances, il faut demander aux mécanismes compétents de défense des droits de l'homme de suivre tous les cas de conflit armé, de caractère national ou international, en vue de déceler et de décourager toutes les violations éventuelles du DDH et du DIH. Nous souscrivons à l'avis de Hans-Joachim Heintze, selon lequel

«les recherches font ressortir une convergence entre la protection offerte respectivement par le DDH et le droit international humanitaire. Les deux séries de normes peuvent être appliquées à des conflits armés en vue de parvenir à la plus grande protection possible au sens de la clause Martens. La conséquence pratique la plus importante qui en découle est la possibilité de faire respecter le droit international humanitaire. Vu l'insuffisance des mécanismes d'application de ce droit et le fait que, dans ce domaine, les procédures d'établissement de rapports par les États et de plaintes individuelles ne sont pas envisageables dans l'immédiat, les procédures existantes de protection des droits de l'homme ont d'autant plus d'importance pratique. On peut conclure des premières timides décisions dans lesquelles le droit international humanitaire a été appliqué que: "Bien que la pratique des instances des droits de l'homme soit limitée, elle apporte un complément bienvenu à la panoplie, sans conteste limitée, des moyens internationaux disponibles pour contraindre les parties à un conflit armé à respecter le droit international humanitaire. Voilà qui met clairement en évidence les effets pratiques et utiles de la convergence des droits de l'homme et du droit international humanitaire"»⁹.

29. La lutte contre la torture est un autre domaine de complémentarité entre le DDH et le DIH. Des actes de torture peuvent être commis en période de paix ou de conflit armé. Il faut coordonner l'action des mécanismes de surveillance de l'application du DIH et des mécanismes compétents dans le domaine des droits de l'homme pour assurer la protection la plus efficace possible des victimes de torture. Le droit international humanitaire et le DDH ont l'un et l'autre contribué de manière spécifique à la lutte contre la torture. Nous souscrivons à l'idée selon laquelle «en l'état actuel, le droit international montre que les instruments de droit humanitaire et ceux des droits de l'homme offrent un ensemble complet de normes et de procédures relatives à la prévention et la répression des actes de torture et à la réparation de tels actes. Aujourd'hui, les faiblesses constatées dans l'une peuvent bien souvent être compensées en invoquant des instruments relevant de l'autre»¹⁰.

IV. CONCLUSION

30. Les considérations qui précèdent conduisent à examiner les questions et options ci-après.

31. Avec l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948, la dignité de tout être humain est devenue un élément central de référence dans le système juridique international. Ce fait a conduit à l'élaboration d'un système international de protection, tant normatif qu'institutionnel. Ce système continue de progresser en dépit des controverses idéologiques, de la sélectivité et de la politisation qui font partie intégrante des politiques humanitaires et des droits de l'homme. Ces facteurs négatifs devraient être contrebalancés par un accroissement du rôle des organes conventionnels, des procédures spéciales, de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme et des ONG qui, tous, peuvent influencer les normes relatives aux droits de l'homme plus que toute autre branche du droit international. Ces défenseurs de la promesse solennelle visant à préserver les générations futures d'indicibles souffrances peuvent et doivent appuyer la tendance croissante des deux traditions, DDH et DIH, à converger de manière solidement fondée et pratiquement utile et réalisable. Dans la plupart des cas, les deux séries de normes sont applicables parallèlement mais, parfois, elles peuvent être complémentaires¹¹. Cette complémentarité ne peut que renforcer la protection des droits de l'homme en toutes circonstances, un objectif dans lequel M. George Abi-Saab voit «la plus grande conquête du droit international d'après-guerre»¹².

32. En attendant d'autres études sur les moyens de parvenir à cet objectif, on pourrait dans un premier temps recommander à la Commission d'inviter toutes ses procédures thématiques spéciales, dans le cadre de leurs mandats respectifs, à se pencher sur les situations de conflit armé actuel ou potentiel et d'intégrer les questions pertinentes de DIH dans leurs activités et rapports. «En l'état actuel des choses, il paraît essentiel de faire une utilisation polyvalente des procédures existantes. Vu le chevauchement entre la protection offerte par les normes relatives aux droits de l'homme et le droit international humanitaire, une telle utilisation semble possible.»¹³. On peut également recommander à la Commission de demander à tous les États membres qui connaissent des situations de conflit armé d'adresser des invitations permanentes aux titulaires de mandats thématiques, dans le cadre de leur engagement de «respecter et faire respecter» la quatrième Convention de Genève «en toutes circonstances», conformément à l'article premier commun des Conventions de Genève.

33. On peut aussi encourager les organes conventionnels de protection des droits de l'homme à envisager de demander aux États membres des rapports complémentaires traitant particulièrement de la question des droits de l'homme dans des situations tant de tensions internes que de conflit armé international. Dans tous les cas, la portée de l'examen de questions de DIH par un mécanisme de défense des droits de l'homme devrait être limitée à la composante humanitaire du problème, à l'exclusion de ses dimensions politiques. Cette limite touchant à la méthodologie et à la compétence est impérative pour éviter toute politisation du DIH.

34. Peut-être faudrait-il également envisager de recommander à la Commission qu'elle prie les États parties aux quatre Conventions de Genève de 1949 d'organiser régulièrement des réunions thématiques pour examiner les problèmes spécifiques touchant, de manière générale, à l'application de ces conventions. La réunion d'experts consacrée à l'examen de problèmes propres à l'application de la quatrième Convention de Genève, qui s'est tenue à Genève en 1998, a constitué un précédent utile à cet égard. Il s'agissait d'une réunion thématique qui ne visait aucune situation particulière, et c'est ainsi qu'il faudrait conduire d'éventuelles futures réunions de ce type. Les procédures spéciales de protection des droits de l'homme pertinentes devraient être conviées à ces réunions périodiques d'experts, en vue d'améliorer la compréhension et de mieux tirer parti de l'échange d'expériences entre les différents acteurs et organisations participant à l'action humanitaire.

35. Pour mieux comprendre, sous l'égide de la Commission des droits de l'homme, les liens entre DDH et DIH, il faudrait peut-être envisager de créer un groupe de travail de la Sous-Commission (sans doute en remplacement d'un groupe de travail existant qui serait supprimé après avoir rempli son mandat) qui serait chargé d'examiner les questions multidisciplinaires que pose le DIH par rapport au DDH et de servir de conseil pour rendre plus complémentaire et plus structuré le dialogue avec les États membres, le CICR et les ONG à cette fin. Dans une communauté internationale en expansion privée d'autorité législative et confrontée à des défis existentiels, de tels débats interdisciplinaires structurés sont plus importants que jamais.

36. Ce dialogue structuré peut être le moyen d'assurer la coordination et la complémentarité entre l'action des procédures spéciales de protection des droits de l'homme dans le contexte de conflits armés et les activités du CICR. Il n'y aurait pas lieu de changer les méthodes de travail du CICR à cet égard. Les mandats respectifs des différents acteurs ne souffrent d'aucune ambiguïté et la coordination internationale des différentes perspectives de l'action humanitaire ne peut que renforcer son efficacité. Comme l'a déclaré M. Sommaruga, ancien Président du CICR, dans son allocution d'ouverture de la vingt-sixième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge le 4 décembre 1995: «L'ampleur croissante de la tâche et la multiplication des acteurs rendent plus nécessaire que jamais le renforcement du processus de concertation horizontale engagé entre les diverses organisations à vocation humanitaire. À l'intérieur du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, le CICR a pour rôle d'assumer la coordination de l'action humanitaire dans le contexte des conflits armés. Que ce soit avec les diverses composantes de notre Mouvement ou ses autres partenaires sur le terrain, c'est dans un esprit d'ouverture, de complémentarité et de solidarité que le CICR approche cette concertation, ce dialogue permanent, dans le respect des mandats de chacun.»

37. Faute d'un organe permanent de contrôle du DIH, les tribunaux internationaux ad hoc compétents en matière pénale et, plus tard, la Cour pénale internationale, ainsi que les organes compétents de l'ONU, voire certaines juridictions nationales, sont appelés à jouer un rôle important dans l'interprétation des normes du DIH. Aucune structure, à l'échelon international, ne tire parti de ces contributions juridictionnelles importantes. C'est pourquoi il serait utile de rassembler ces décisions et interprétations juridictionnelles en tant que source auxiliaire de droit souple, indicateur possible de futures normes coutumières et instrument pratique d'identification des «principes de l'humanité et exigences de la conscience publique». La création proposée d'un groupe de travail de la Sous-Commission sur les droits de l'homme en période de conflit armé peut être un moyen de renforcer ce processus de développement progressif du DIH. Ce n'est là qu'un exemple du rôle que peut jouer une telle instance pour déterminer les chaînons manquants entre la communauté du DIH et celle des droits de l'homme, et combler les déficits de protection existants. Cette nouvelle instance de concertation et de dialogue devrait être un organe spécialisé chargé uniquement de conduire des études thématiques et de formuler des propositions à l'intention de la Commission, par l'entremise de la Sous-Commission, quant aux moyens de renforcer la complémentarité institutionnelle entre deux ensembles importants de normes et d'instruments ayant pour axe de convergence la dignité humaine, tout en respectant leurs différences et particularités normatives.

DEUXIÈME PARTIE

Introduction

38. La deuxième partie du présent document commence par clarifier la terminologie avant d'examiner l'histoire et la nature des deux régimes juridiques. Elle étudie leur applicabilité simultanée, puis envisage une question distincte mais connexe, à savoir la mesure dans laquelle le DDH s'applique hors du territoire national d'une partie à un conflit. Enfin, elle recense les difficultés potentielles.

Terminologie

39. Trois expressions différentes sont parfois utilisées pour décrire les règles applicables durant les périodes des conflits: les lois de la guerre, le droit des conflits armés et le droit international humanitaire¹⁴. Dans le présent document, le sigle DCA/DIH sera utilisé pour décrire l'ensemble des règles spécifiquement applicables dans les situations de conflit. Ces règles régissent ce qui se passe durant un conflit. Elles sont tout à fait distinctes des règles déterminant la licéité du recours à la force armée. Le présent document ne concerne absolument pas ces dernières. Les règles applicables durant un conflit s'appliquent que le recours à la force armée soit licite ou non.

40. La présente partie du rapport traite du DDH, par opposition aux droits de l'homme plus généralement entendus. Elle traite donc à la fois du droit conventionnel des droits de l'homme et des règles établies dans le cadre du fonctionnement des mécanismes de la Charte. La plupart de ces mécanismes ont des mandats très spécifiques, comme c'est le cas des procédures spéciales¹⁵. La Commission et la Sous-Commission ont par contre des mandats très généraux.

I. HISTOIRE ET NATURE DU DCA/DIH ET DU DDH

A. Histoire des régimes juridiques

41. L'histoire des règles régissant la conduite durant les conflits est sensiblement différente de celle du DDH¹⁶.

42. L'histoire du DCA/DIH indique:

- Que cet ensemble de règles a des origines très anciennes;
- La mesure dans laquelle au moins les conflits internationaux sont régis par des dispositions conventionnelles;
- Que la reconnaissance de l'existence d'un important corpus de droit coutumier relatif aux conflits internationaux est relativement récente;
- Que les États sont prêts à élargir l'application des traités de DCA/DIH, mis à part les dispositions concernant le statut des combattants, aux conflits non internationaux; et
- Que jusqu'à récemment, le seul mécanisme existant pour faire respecter ce droit était celui du droit pénal interne.

43. Les normes de ce qui, au niveau international, est généralement compris comme constituant le DDH sont nées au niveau national. Elles faisaient parfois partie du droit commun, comme dans le cas de l'*habeas corpus* en Angleterre, et parfois d'un règlement constitutionnel, comme dans le cas de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en France. Il n'est pas douteux que l'étape la plus importante dans la formation du droit international relatif aux droits de l'homme a été l'énoncé des droits de l'homme dans la Charte des Nations Unies, y compris la référence à une commission des droits de l'homme, et l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Depuis 1945, des traités très divers ont été élaborés dans le domaine des droits de l'homme aux niveaux régional et international. La Commission des droits de l'homme a joué un rôle crucial dans la mise en place d'autres mécanismes, comme les rapporteurs et groupes de travail thématiques et de pays.

44. Les caractéristiques les plus frappantes du DDH par rapport au DCA/DIH sont les suivantes:

- Sa relative jeunesse au niveau international;
- La mise en place de mécanismes pour contrôler l'application des normes de fond en même temps qu'elles étaient élaborées; et
- La création de mécanismes de la compétence desquels relèvent tous les États Membres de l'Organisation des Nations Unies et pas seulement les États qui ratifient les traités.

B. Nature des régimes juridiques

45. Le but ultime des deux régimes juridiques est en gros le même, mais ils cherchent à le réaliser de manières radicalement différentes. Il ne serait probablement pas possible de fusionner les deux corpus de règles; en outre, ça n'est pas souhaitable, car l'on perdrait ce faisant les avantages de régimes juridiques spécialement conçus à leurs fins particulières. Si ces régimes visent tous deux à éviter que des êtres humains ne soient tués ou blessés et des biens détruits inutilement, le point de départ du DCA/DIH est le droit du soldat de tuer¹⁷. Le point de départ du DDH est l'interdiction de priver arbitrairement quelqu'un de sa vie et l'obligation de protéger le droit à la vie¹⁸. La différence dans la nature juridique des deux régimes est reflétée dans toute une série d'importantes différences juridiques qu'il est facile de méconnaître.

46. Le DDH est de nature fondamentalement civile, par opposition à pénale. Il consiste en des obligations, à la charge des États, auxquelles ceux-ci doivent donner effet dans leurs constitution, législation, réglementation, pratique et politique¹⁹. L'accent est mis sur la relation entre la victime et l'État, et non l'auteur.

47. Au niveau interétatique, le DCA/DIH peut être appliqué sous forme d'obligations de droit international civil, par exemple devant la Cour internationale de Justice²⁰. Les dispositions conventionnelles elles-mêmes et le contenu et la nature des normes de fond montrent clairement que c'est principalement au moyen du droit pénal interne, du droit pénal interne d'États tiers et du droit pénal international que le respect des normes doit être assuré²¹. L'accent est mis sur la violation et l'auteur de celle-ci, non sur la victime. Le droit pénal comprend le droit pénal militaire et le droit pénal civil. On ne peut donc pas dire qu'il n'existe pas de mécanisme pour assurer le respect du DCA/DIH, mais le fait est que ce mécanisme n'a pas été souvent utilisé.

48. La différence fondamentale entre le procès civil et le procès pénal est souvent reflétée dans les règles de procédure et les règles de preuve généralement applicables, notamment les normes régissant la preuve et la charge de celle-ci.

49. Si le DCA/DIH prévoit des demandes d'indemnisation entre États, il ne prévoit pas expressément la possibilité pour les individus de présenter de telles demandes, même si aucune de ses dispositions ne les interdit²². Il est vraisemblable que l'une des raisons pour lesquelles les personnes se disant victimes de violations du DDH qui sont aussi des violations du DCA/DIH exercent de plus en plus la faculté de présenter une plainte individuelle que leur confère le DDH est qu'elles ne disposent pas de recours efficace en DCA/DIH²³. Ce problème a été envisagé dans le Statut de la Cour pénale internationale²⁴ mais il reste à voir comment cela fonctionnera en pratique.

50. Il est clair que si ces deux régimes juridiques peuvent prendre des formes sensiblement différentes, ils visent à faire face à des problèmes similaires et sont complémentaires. C'est ce qu'a confirmé la Commission qui, dans sa résolution 2005/63, a déclaré que le DDH et le droit international humanitaire sont complémentaires et se renforcent l'un l'autre et que «la protection garantie par le DDH demeure dans les situations de conflit armé, eu égard aux circonstances dans lesquelles le droit international humanitaire s'applique en tant que *lex specialis*» et a souligné, au paragraphe 1, que «les actes qui constituent une violation du droit international humanitaire... peuvent aussi constituer une violation flagrante des droits de l'homme». Il est

donc nécessaire d'examiner l'applicabilité des deux régimes juridiques afin de déterminer s'il est des circonstances dans lesquelles ils sont tous deux applicables.

II. APPLICABILITÉ DU DDH ET DU DCA/DIH

51. Le point de savoir s'il existe un problème pratique, par opposition à académique, en ce qui concerne la relation entre les deux régimes juridiques dépend des réponses qu'on donne à deux questions. La première est celle de savoir si le DDH et le DCA/DIH s'excluent mutuellement. La seconde, qui est liée à la première mais en est distincte, est celle de la mesure dans laquelle l'État a des obligations en matière de droits de l'homme hors du territoire national. Ces questions seront examinées séparément.

52. Historiquement, la première question a été controversée, au moins dans les milieux académiques qui, dans les années 70, ont beaucoup écrit à cet égard. Les spécialistes du DCA/DIH avaient tendance à faire valoir que le DDH ne s'appliquait qu'en temps de paix et que le DCA/DIH était le seul ensemble de règles applicables dans les situations de conflit²⁵. Les spécialistes des droits de l'homme estimaient plutôt, quant à eux, que le DDH demeurerait applicable dans toutes les circonstances, quoique de manière différente²⁶.

53. La question a revêtu une importance pratique réelle lorsque les organes des droits de l'homme, en particulier ceux compétents pour examiner des plaintes individuelles, ont dû s'intéresser à des violations qui s'étaient produites dans des situations de conflit et qui étaient directement liées au conflit. Plutôt que d'examiner cette question à la lumière du développement chronologique de la jurisprudence, son analyse sera structurée sur une base institutionnelle.

54. Il semble y avoir trois possibilités théoriques: i) si le DCA/DIH s'applique de droit, le DDH ne s'applique pas, ii) l'applicabilité du DCA/DIH de droit n'a absolument aucun effet sur l'applicabilité et l'application du DDH ou, possibilité intermédiaire, iii) chacun des deux régimes demeure applicable et chacun doit tenir compte de l'autre.

55. La question est en l'occurrence celle de l'applicabilité du DDH dans les situations de conflit armé. Il faut néanmoins se souvenir que les instances appliquant principalement le DCA/DIH, comme le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le Tribunal pénal international pour le Rwanda et le CICR, peuvent aussi être appelées à se demander si le DDH demeure applicable²⁷. La complémentarité fonctionne dans les deux sens.

56. Depuis 1968 et l'adoption par l'Assemblée générale de sa résolution 2444 (XXIII) sur le respect des droits de l'homme durant les conflits armés, l'Assemblée a à maintes reprises utilisé la terminologie des droits de l'homme²⁸ dans ses résolutions concernant des situations de conflit. Ces dernières années, le Conseil de sécurité a mentionné de plus en plus souvent tant les droits de l'homme que le droit international humanitaire dans les situations de conflit²⁹. On pourrait y voir une indication de l'acceptation politique du fait que les deux régimes peuvent être applicables dans la même situation.

57. La Cour internationale de Justice s'est penchée deux fois sur la question, d'abord dans son avis consultatif sur la *Licéité de l'emploi ou de la menace d'armes nucléaires*³⁰ et, plus récemment, dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*³¹. Dans ce dernier avis, la Cour a expressément examiné

les régimes juridiques applicables dans la situation dont elle était saisie. Elle a confirmé l'application *de jure* de la quatrième Convention de Genève et ensuite examiné l'applicabilité du DDH.

«De manière plus générale, la Cour estime que la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est par l'effet de clauses dérogatoires du type de celle figurant à l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter: certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme; d'autres enfin relever à la fois de ces deux branches du droit international. Pour répondre à la question qui lui est posée, la Cour aura en l'espèce à prendre en considération les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l'homme et, en tant que *lex specialis*, le droit international humanitaire.»³²

Il est clair que la *lex specialis* n'est pas utilisée pour écarter le DDH. Sa mention indique plutôt que les organes compétents en matière de droits de l'homme doivent interpréter les normes en la matière à la lumière du DCA/DIH.

Organes internationaux de surveillance de l'application des traités.

58. Les organes internationaux de surveillance de l'application des traités ont eu eux-mêmes à se pencher sur la question. Pour des raisons de place, seuls seront analysés les commentaires du Comité des droits de l'homme et du Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Il convient toutefois de noter que d'autres organes de surveillance de l'application des traités ont aussi eu à examiner directement ou indirectement la question³³.

59. Pour rendre son avis, la Cour s'est appuyée pour l'approuver sur la pratique actuelle du Comité des droits de l'homme. La question de la relation entre le DDH et le DCA/DIH s'est souvent posée relativement à des dérogations.

60. En 2001, le Comité des droits de l'homme a adopté l'observation générale n° 29 (2001) sur l'état d'urgence³⁴. Le Comité a tout d'abord indiqué clairement que le Pacte peut s'appliquer dans des situations où le droit des conflits armés est applicable³⁵. Il a ensuite expliqué qu'il était compétent en ce qui concerne les autres régimes juridiques pouvant être applicables en même temps que le Pacte³⁶.

61. Le Comité a aussi indiqué que lorsqu'il examine la nécessité de telle ou telle mesure dérogeant au Pacte, il peut tenir compte du droit des conflits armés³⁷. Mais ceci n'explique pas comment il interprétera un acte ou une mesure qui est compatible avec le droit des conflits armés mais que l'on pourrait considérer comme violant le DDH. Les dispositions les plus importantes à cet égard sont l'interdiction, à laquelle il ne peut être dérogé, de priver arbitrairement quelqu'un de sa vie (art. 6) et l'interdiction de la détention arbitraire (art. 9) susceptible, elle, de dérogations. S'agissant des droits des personnes détenues, le Comité estime qu'il joue un rôle vital en relation avec l'interdiction, non susceptible de dérogations, de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. C'est pourquoi, il considère que certains

éléments de l'article 9, susceptible de dérogations, ne sont en fait pas susceptibles de dérogations³⁸. L'observation générale donne un exemple de l'application de ce principe³⁹.

62. L'observation générale envisage expressément l'utilisation du droit des conflits armés dans deux buts: pour déterminer s'il est interdit à un État de prendre telle ou telle mesure particulière, et pour déterminer la nécessité d'une mesure qu'un État souhaite prendre dans une situation d'urgence. Dans les deux cas, il s'agit de veiller à la conformité avec le droit des conflits armés. Selon l'observation générale, le Comité des droits de l'homme peut examiner toute allégation de violation des droits de l'homme relevant de sa compétence, même dans des situations de conflit armé. Elle n'explique pas dans quelles mesures le Comité pourrait utiliser le droit des conflits armés pour interpréter l'étendue d'une obligation de fond; par exemple pour déterminer en quoi consiste «priver quelqu'un arbitrairement de sa vie». Il semblerait que l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice exige du Comité des droits de l'homme qu'il tienne compte du DCA/DIH lorsqu'il détermine que quelqu'un a été privé arbitrairement de sa vie dans des circonstances où le DCA/DIH est applicable. Ce principe serait applicable même dans des conflits armés non internationaux.

63. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels estime à l'évidence que les États doivent rendre compte de telles politiques, même lorsque le DCA/DIH est applicable, puisqu'il a demandé à Israël des comptes au sujet des politiques appliquées dans les territoires occupés⁴⁰. Il est également clair que pour Israël, lorsque le DCA/DIH est applicable, le DDH ne l'est pas.

Procédures internationales spéciales

64. Un bon nombre de mandats ont trait à des problèmes qui se posent dans des situations de conflit, par exemple la torture, les exécutions sommaires, arbitraires et extrajudiciaires, la détention arbitraire, les déplacements de personnes à l'intérieur de leur propre pays et les disparitions. Les mandats concernant des pays existent ou ont existé pour l'Afghanistan, l'Iraq, le Soudan, la Somalie, le Libéria et les territoires palestiniens occupés depuis 1967. Les rapports des rapporteurs chargés des pays en situation de conflit et les résolutions de l'Assemblée générale visant ces mandats font régulièrement référence au DDH et au droit des conflits armés, habituellement en des termes assez généraux⁴¹.

65. Souvent, les titulaires de mandat peuvent relater une allégation et une explication donnée par le gouvernement mais ne peuvent parvenir à une conclusion parce que les faits sont contestés. Une procédure spéciale est toutefois différente à cet égard: de par la nature de son mandat, elle peut adopter des conclusions parce que la violation alléguée concerne l'application d'un droit dont l'existence ne peut être contestée. La procédure spéciale en question est le Groupe de travail sur la détention arbitraire.

66. Dans son rapport pour 2002, le Groupe de travail a donné son avis général en ce qui concerne les détentions à Guantánamo Bay (voir E/CN.4/2003/8)⁴². Il a déclaré qu'il existait un doute quant au statut des détenus, qui ne peut être déterminé que par un tribunal, comme le prévoit l'article 5 de la troisième Convention de Genève, et non par une décision de l'exécutif. En d'autres termes, le Groupe de travail a invoqué le DCA/DIH. Si un tribunal décidait qu'un individu n'a pas droit au statut de prisonnier de guerre, l'intéressé serait protégé par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, notamment ses articles 9 et 14⁴³. Le Groupe de travail a déclaré expressément qu'il n'était pas compétent pour décider si un détenu avait droit

au statut de prisonnier de guerre. L'avis en question ne dit pas si, premièrement, les dispositions du Pacte sont pertinentes s'agissant d'interpréter la troisième Convention de Genève (par exemple les caractéristiques d'un «tribunal compétent» au sens de l'article 5 de cette convention), ni si le Groupe de travail serait compétent pour veiller à la conformité de la détention avec la Convention, dans la mesure où celle-ci écarte l'application du Pacte.

67. Les États-Unis ont répondu (E/CN.4/2003/8/Add.1)⁴⁴. Ils ont tout d'abord déclaré que le Groupe de travail n'était pas compétent pour connaître de problèmes relevant du droit de la guerre. Ils ne se sont pas penchés sur la possibilité que le DDH puisse s'appliquer aux détenus non protégés par le DCA/DIH. Ils ont simplement affirmé que la situation en question relevait du DCA/DIH, même si les détenus n'étaient pas protégés par ce droit, et qu'en conséquence le DDH n'était pas applicable.

68. Ultérieurement, le Groupe de travail a été appelé à examiner le cas de quatre des détenus de Guantánamo Bay⁴⁵. Il a conclu que leur détention violait la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁴⁶. Il est donc permis de penser que les détenus qui ne sont pas protégés par la troisième Convention de Genève sont protégés par le DDH.

69. Ainsi, il apparaît que si deux États (Israël et les États-Unis) considèrent que lorsque le droit des conflits armés est applicable le DDH ne l'est pas, la Cour internationale de Justice, les organes internationaux de surveillance de l'application des traités et les procédures internationales spéciales ne considèrent pas qu'il s'agit d'une alternative dont les deux branches s'excluent. Lorsque le droit des conflits armés est applicable, le DDH peut l'être aussi, en particulier lorsque des individus ne bénéficient pas de la protection que leur accorde le premier. La plupart des États, à en juger par leurs réponses aux organes de surveillance et aux procédures spéciales, ne déclarent pas catégoriquement qu'il s'agit d'une alternative mais peuvent contester l'applicabilité du DDH dans des situations particulières.

70. Il est nécessaire d'examiner si Israël et les États-Unis peuvent invoquer de manière répétée le principe selon lequel, au moins en ce qui les concerne, l'applicabilité du DCA/DIH exclut celle du DDH. Il est premièrement difficile de déterminer si cette doctrine peut s'appliquer dans le domaine du DDH. Il y a d'autres cas dans lesquels l'applicabilité de la règle de droit international habituelle peut être modifiée s'agissant des traités à caractère humanitaire⁴⁷. Plus fondamentalement, on peut douter sérieusement de la persistance de leur objection⁴⁸. En effet, ni Israël ni les États-Unis n'ont fait de réserve ou de déclaration excluant expressément l'application du DDH lorsque le DCA/DIH est applicable. On aurait pu s'attendre à ce qu'ils formulent non seulement des réserves lors de la ratification mais aussi des objections aux observations générales qui traitent directement ou indirectement de ce problème. Ceci est particulièrement vrai des États-Unis, qui ont critiqué l'observation générale n° 24 mais n'ont fait aucun commentaire sur les observations générales n°s 29 et 31. De plus, le fait que les instructions aux forces armées d'un État visent l'applicabilité du DDH ne semble pas compatible avec une objection persistante. Même si l'on pensait que cette doctrine est applicable, elle ne le serait pas s'agissant des dispositions du DDH qui ont acquis le statut de *ius cogens*.

Organes régionaux de surveillance de l'application des traités

71. Pour des raisons de place, seule la jurisprudence de deux des organes régionaux sera examinée, et ce de manière très succincte⁴⁹. La Commission interaméricaine des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme sont compétentes en vertu de la Convention américaine des droits de l'homme⁵⁰. De plus, la Commission interaméricaine a compétence en vertu de la Charte de l'Organisation des États américains (OEA) et de la Déclaration américaine des droits de l'homme⁵¹. La Commission a établi des rapports de pays dont bon nombre avaient trait à des situations de conflit. La Cour a rendu deux avis consultatifs sur des situations de conflit⁵². Dans ce contexte, les trois plus importantes affaires dont elle a été saisie dans le cadre de la Convention sont l'affaire *Abella*⁵³, l'affaire *Las Palmeras*⁵⁴ et l'affaire *Bámaca Velásquez*⁵⁵. La Commission interaméricaine a montré qu'elle était prête à appliquer expressément les règles pertinentes du DCA/DIH. La Cour a jugé que les dispositions pertinentes des Conventions de Genève pouvaient être prises en considération pour interpréter la Convention américaine, mais la Commission et la Cour peuvent seulement constater une violation du DDH et non une violation du DCA/DIH⁵⁶. Ceci donne à penser que ce droit sert de fondement lorsque l'on analyse un droit énoncé dans la Convention et n'est pas seulement utilisé pour confirmer une analyse fondée sur le DDH.

72. L'ancienne Commission européenne des droits de l'homme et l'ancienne et l'actuelle Cour européenne des droits de l'homme ont été appelées à se pencher sur des allégations de violation de la Convention européenne des droits de l'homme dans des situations de conflit armé international⁵⁷, de conflit armé non international d'une intensité extrême⁵⁸ et dans des situations où on pouvait légitimement arguer que l'article 3 commun aux Conventions de Genève était applicable⁵⁹. De surcroît, la Cour est actuellement saisie d'affaires découlant d'opérations de maintien de la paix. La Cour n'a jamais évoqué l'applicabilité du DCA/DIH. Elle a, à l'occasion, déclaré qu'elle était consciente des situations dans lesquelles la Convention était appliquée mais elle l'a fait dans le cadre de l'application du DDH⁶⁰. Néanmoins, dans certains cas, on constate qu'elle n'ignore pas le type d'analyse qui serait menée dans le cadre du DCA/DIH⁶¹. Il existe une raison, particulière à la Convention européenne, de tenir compte du DCA/DIH. Les dispositions concernant le meurtre illicite et la détention illicite sont rédigées différemment aux articles 6 et 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La Commission européenne des droits de l'homme donne une liste exhaustive des seuls motifs pour lesquels il peut être recouru à la force de manière potentiellement létale et des seuls motifs pour lesquels une personne peut être détenue. Dans ces conditions, ne pas reconnaître l'applicabilité du DCA/DIH aboutit à des résultats ridicules, à tout le moins lorsque l'État n'y a pas dérogé⁶².

73. On a jusqu'ici supposé aux fins de l'analyse que le DCA/DIH était applicable. Si, dans de nombreuses situations, le fait que ce droit est applicable et les parties de ce droit qui sont applicables apparaissent clairement, ce n'est pas toujours le cas. Différentes règles s'appliquent selon que la situation est un conflit armé international, un conflit non international aigu ou un conflit armé qui n'a pas un caractère international⁶³. Établir l'applicabilité du DCA/DIH pose deux types différents de problèmes. Le premier est essentiellement politique. En particulier dans les situations de conflit interne, il est fréquent que les États ne veuillent pas admettre que l'article 3 commun aux Conventions de Genève est applicable. L'observation générale n° 29 donne à penser que le Comité des droits de l'homme est conscient du problème⁶⁴.

74. Le deuxième type de difficulté est plus fondamental. Il peut y avoir des raisons juridiques de contester l'applicabilité du DCA/DIH. Ceci a des chances de se produire au seuil minimal d'applicabilité de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et à la limite entre l'applicabilité de cet article et celle du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève. Il y a d'autres situations dans lesquelles des difficultés se posent, comme lorsqu'il a fallu déterminer quand le conflit en Afghanistan, qui était international, est devenu un conflit non international⁶⁵.

75. Il n'y a pas d'organe chargé de qualifier un conflit et de déterminer l'applicabilité du DCA/DIH lorsque les combats sont en cours. Si, en général, l'organe chargé de surveiller l'application des traités ou la procédure spéciale saura si le DCA/DIH est applicable et s'il doit être appliqué en tant que *lex specialis*, cela peut être plus difficile à déterminer dans certaines situations.

76. La jurisprudence permet réellement de penser que:

- Le DDH, sous réserve de dérogations éventuelles, demeure applicable dans les situations où le DCA/DIH est applicable;
- Dans les situations de conflit, en particulier celles qui ont le champ de bataille pour théâtre, les organes chargés des droits de l'homme devraient interpréter les normes du DDH à la lumière du DCA/DIH, vu comme *lex specialis*;
- Des difficultés sont probables si un organe des droits de l'homme ne tient pas compte du DCA/DIH;
- Il semble peu probable que le principe d'objection persistante soit applicable, soit par principe soit eu égard aux faits;
- Les membres des organes chargés de surveiller l'application des traités et les procédures spéciales concernés devraient soit être formés au DCA/DIH s'ils pensent qu'ils en ont besoin, soit avoir des spécialistes du DCA/DIH à leur disposition⁶⁶.

77. Pour ce qui est de l'applicabilité simultanée du DCA/DIH, il n'y a pas en principe de raison de distinguer entre conflits internes et conflits internationaux. Soit l'applicabilité du DCA/DIH rend le DDH inapplicable, soit elle ne rend pas ce droit inapplicable. Tout donne à penser qu'elle ne le rend pas inapplicable. Une distinction entre conflits internationaux et conflits non internationaux pourrait néanmoins résulter de la réponse à la question suivante. Si ses obligations en matière de droits de l'homme ne lient un État qu'à l'intérieur de son territoire national, les seules circonstances dans lesquelles aussi bien le DCA/DIH que le DDH pourraient être applicables seraient, premièrement, les conflits internes et, deuxièmement, en relation avec les actions menées sur le territoire national durant un conflit armé international.

III. APPLICABILITÉ EXTRATERRITORIALE DU DDH

78. Dans de nombreux cas, le chevauchement potentiel entre DDH et DCA/DIH concerne des situations dans lesquelles le conflit survient sur le territoire national. La question de l'applicabilité extraterritoriale du DDH ne se pose pas. Il y a toutefois d'autres cas où il est allégué que les forces armées d'un État violeraient le DDH hors du territoire national. Ces forces pourraient être engagées dans un conflit armé de caractère international ou non, être présentes dans le cadre d'une opération de soutien de la paix ou, avec l'accord de l'État hôte, à titre provisoire ou permanent. En d'autres termes, la question de l'applicabilité extraterritoriale du DDH peut concerner des situations de conflit, mais pas exclusivement. Elle n'est pas même limitée aux forces armées. D'autres agents de l'État, comme le personnel diplomatique, peuvent accomplir des actes hors du territoire national qui seraient supposés violer le DDH.

79. Les adversaires de l'applicabilité du DDH hors du territoire national avancent trois arguments distincts. Le premier est que le DDH est censé ne s'appliquer qu'aux relations entre un État et ses ressortissants⁶⁷. La difficulté, avec cet argument, est que les étrangers présents sur le territoire national bénéficient incontestablement de la protection du DDH⁶⁸. On avance alors qu'il y a d'autres moyens, en droit international, de protéger les ressortissants étrangers contre les actes extraterritoriaux d'un État⁶⁹. Si toutefois le DDH s'applique aux étrangers à l'intérieur du territoire national, c'est que leur caractère étranger n'est pas en soi un motif de privation de la protection du DDH. D'autres font valoir que le contexte particulier dans lequel le DDH est applicable tient à la nature du contrôle exercé par un État sur son territoire et sur des personnes ou la population dans son ensemble. Si, cependant, il exerce un contrôle identique ou analogue hors du territoire national, il n'est pas justifié d'opérer une distinction sur cette base.

80. Le deuxième argument concerne les implications de l'absence de dérogation au DDH par les États lorsqu'ils conduisent des opérations militaires extraterritoriales⁷⁰, ce qui laisserait supposer qu'ils ne pensent pas que leurs obligations au regard du DDH soient d'application extraterritoriale. Il y a deux objections à cet argument. Tout d'abord, l'absence de dérogation ne signifie pas que les États ne soient pas tenus de déroger, s'ils souhaitent obtenir l'avantage correspondant. Dans le seul cas où la question s'est posée directement, la Commission européenne des droits de l'homme a estimé que la Convention était applicable hors du territoire national et qu'elle s'appliquait dans sa totalité, dès lors que l'État n'y avait pas dérogé⁷¹. Deuxièmement, les États ne se sont en général pas opposés à l'applicabilité extraterritoriale en dehors du domaine militaire, par exemple dans le cas d'actes du personnel diplomatique ou de mises en détention effectuées par des agents de l'État⁷².

81. Le troisième argument concerne non pas le principe général de l'applicabilité mais les circonstances dans lesquelles le DDH pourrait être susceptible d'une application extraterritoriale. Il n'y aurait aucune base, en droit ou en pratique, permettant de penser que le DDH n'est pas applicable en principe hors du territoire national, mais les questions porteraient sur les circonstances dans lesquelles le DDH est applicable, et la mesure dans laquelle il l'est dans ces circonstances⁷³.

82. La plupart des traités relatifs aux droits de l'homme contiennent une disposition aux termes de laquelle les États s'engagent à accorder la protection des droits en cause aux personnes relevant de leur juridiction. La formulation précise varie⁷⁴. La question est donc de déterminer quand une personne «relève de la juridiction» d'un État, nonobstant le fait que l'acte critiqué ait

été accompli hors du territoire national. La juridiction suppose l'affirmation de l'autorité, *de facto* ou *de jure*. Cette autorité peut être législative, judiciaire ou exécutive. Dans son observation générale n° 31 (2004), la Commission des droits de l'homme a déclaré qu'un État partie «doit respecter et garantir à quiconque se trouve sous son pouvoir ou sous son contrôle effectif les droits reconnus dans le Pacte même s'il ne se trouve pas sur son territoire»⁷⁵. On peut étudier la jurisprudence sous l'angle de trois critères: contrôle territorial, contrôle sur la personne du requérant et contrôle sur la perpétration de la violation alléguée. Il importe de souligner que, même lorsqu'une affaire relève de fait d'une catégorie, il se peut que cela ne constitue pas la base de la décision de l'organe de défense des droits de l'homme.

Contrôle territorial

83. Le contrôle territorial peut prendre la forme d'une occupation militaire, d'un contrôle sans occupation ou d'un contrôle provisoire. Dans le cas d'une occupation militaire, l'État est à même de garantir les droits de l'homme comme sur son territoire national⁷⁶. Le Comité des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme ont affirmé que la puissance occupante est responsable de la protection des droits de l'homme dans le territoire occupé⁷⁷. La Cour européenne des droits de l'homme a indiqué clairement que la responsabilité de l'État s'étend non seulement aux actes de ses propres agents mais à ceux de toutes les autorités, comme ce serait le cas sur le territoire national. S'agissant du Comité des droits de l'homme, on ne voit pas bien s'il retient comme motif que les individus relèvent de la juridiction de la puissance occupante, ou que la protection des droits de l'homme relève de la responsabilité de la puissance occupante en vertu du droit de la responsabilité de l'État⁷⁸.

84. La Cour européenne des droits de l'homme a aussi retenu la responsabilité d'un État qui joue un rôle important dans les affaires d'une entité non reconnue, mais qui ne pourrait pas être considéré comme puissance occupante en vertu du DCA/DIH. Dans l'affaire *Ilascu et autres*, elle a jugé la Russie responsable des actes commis par ses forces armées en Transnistrie⁷⁹. Dans l'affaire *Issa et autres c. Turquie*, la Cour a franchi une étape supplémentaire et envisagé la possibilité d'un contrôle provisoire du territoire⁸⁰.

85. Il peut se poser une question de contrôle territorial lorsque les forces armées d'un État sont chargées d'un secteur particulier dans une opération de soutien de la paix⁸¹.

Contrôle sur la personne d'un requérant

86. Il existe une jurisprudence constante des organes de défense des droits de l'homme selon laquelle une personne relève de la juridiction d'un État lorsqu'elle est détenue par des agents de cet État hors du territoire national. Ils insistent sur le contrôle exercé par l'État sur la personne détenue, mais cela ne constitue pas nécessairement la base de la décision. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *López Burgos*, le Comité des droits de l'homme a conclu que le mari de la requérante relevait de la juridiction de l'Uruguay lorsqu'il a été torturé, initialement en Argentine, par les forces de sécurité uruguayennes⁸². La Commission interaméricaine des droits de l'homme a dû se pencher sur une question analogue à propos de personnes détenues par les forces des États-Unis durant l'intervention à Grenade. Dans l'affaire *Coard and others*, la Commission a conclu que le critère était de savoir si la personne est soumise à l'autorité et au contrôle de l'État⁸³. Un critère analogue a été employé à propos des détenus de Guantánamo Bay⁸⁴. Le Gouvernement des États-Unis s'est opposé à l'exercice de la compétence

de la Cour Commission en arguant que la situation était régie par le DCA/DIH. De même, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que le chef du PKK, Oçalan, relevait de la juridiction de la Turquie dès qu'il s'était trouvé sous le contrôle des forces de sécurité turques au Kenya⁸⁵.

87. Le fondement de l'analyse du Comité des droits de l'homme n'était pas le fait de la détention.

«La mention à l'article premier du Protocole facultatif des "particuliers relevant de sa juridiction" ... il ne s'agit pas dans ledit article du lieu où la violation a été commise mais de la relation entre l'individu et l'État *dans le cas d'une violation* de l'un des droits énoncés dans le Pacte, où qu'elle ait été commise.»⁸⁶ (italiques ajoutés).

Les affaires examinées jusqu'à présent mettaient en cause des victimes se trouvant en un lieu de détention. La Cour européenne des droits de l'homme a élargi le sens de la détention dans l'affaire *Issa et autres c. Turquie*⁸⁷, où il était allégué que les proches des requérants auraient été déplacés sous le contrôle exclusif de soldats turcs.

88. Dans les cas de détention, il a été conclu que la victime relevait de la juridiction de l'État à raison de violations liées à la détention, comme une détention prétendument illicite ou des allégations de mauvais traitement. Une personne peut relever de la juridiction d'un État à certaines fins et de celle d'un autre à d'autres fins. La juridiction ne s'analyse pas en tout ou rien⁸⁸.

Contrôle sur la perpétration de la violation alléguée

89. Dans certains cas, les organes chargés des droits de l'homme ont conclu que les victimes relevaient de la juridiction de l'État, mais pour des raisons autres que celles examinées jusqu'ici. Il s'agit, dans deux de ces cas, de décisions de la Commission interaméricaine. La première concernait des décès causés par le prétendu bombardement d'un hôpital psychiatrique au cours de l'intervention des États-Unis à Grenade⁸⁹. La seconde visait des cas de décès et de blessures causés par des tirs opérés de manière irréfléchie et aveugle durant l'opération des États-Unis au Panama⁹⁰. La Commission a soulevé d'office la question de l'extraterritorialité, bien qu'aucune clause juridictionnelle ne figure dans la déclaration américaine et que les États-Unis ne l'aient pas soulevée, et a conclu qu'elle avait compétence pour connaître de la question.

90. Dans le contexte européen, les affaires mettaient principalement en cause des actes du personnel diplomatique, mais il ne s'agissait pas de la responsabilité d'un État pour des actes survenus dans les locaux diplomatiques. L'ancienne Commission des droits de l'homme a estimé que le contrôle exercé par un agent de l'État sur une action ou une décision censée violer les droits du requérant était suffisant pour que ce dernier relève de la juridiction de l'État⁹¹. La décision initiale sur l'admissibilité dans l'affaire *Issa* est peut-être plus compréhensible en tant qu'application de ce principe. On ne voit pas bien si la décision sur l'admissibilité dans l'affaire *Varnava et autres* repose sur la détention ou sur un autre motif⁹².

91. L'analyse du Comité des droits de l'homme dans l'affaire *López Burgos* est le seul moyen de concilier tous ces cas⁹³. En d'autres termes, ce qui permet de déterminer si un requérant relève de la juridiction d'un État c'est la relation entre la personne, les agents de l'État et l'acte censé

constituer la violation. Si l'État contrôle la perpétration de la violation alléguée et s'il était ou aurait dû être prévisible que le requérant serait victime de cet acte, le requérant relève de la juridiction de l'État⁹⁴.

92. Il est clair que:

- Dans certaines circonstances, un État peut être responsable, au regard du DDH, des actes et omissions d'agents de l'État hors du territoire national;
- Dans un territoire soumis à une occupation militaire, l'État est responsable des actes de toutes les autorités et pas seulement de son propre personnel;
- Dans d'autres circonstances, un État n'est responsable des actes et omissions d'agents de l'État que s'ils contrôlent la perpétration de la violation alléguée et s'il était ou aurait dû être prévisible que la victime aurait à souffrir de l'acte ou de l'omission.

Il convient de noter que l'applicabilité du DDH ne suffit pas pour qu'il y ait violation. En outre, lorsque le DCA/DIH est applicable, le DDH doit être interprété à la lumière des autres règles applicables.

IV. AUTRES QUESTIONS

93. Il y a une multitude de questions particulières qui ne peuvent être traitées dans le cadre du présent document de travail mais dont on peut penser qu'elles méritent d'être approfondies. Toutes concernent l'application, par opposition à l'applicabilité, du DDH dans des circonstances où le DCA/DIH est également applicable. Il s'agit notamment des questions suivantes:

- a) L'interdiction des meurtres arbitraires et la protection du droit à la vie:
 - i) Les circonstances dans lesquelles une personne peut être prise pour cible;
 - ii) Les précautions à prendre pour planifier une attaque;
 - iii) Les relations entre le principe de proportionnalité du DDH et l'interdiction des attaques aveugles et des attaques de nature à causer des dommages disproportionnés aux civils au regard du DCA/DIH;
 - iv) L'étendue de l'obligation de mener à bien une enquête effective au sujet de meurtres, et la portée de cette obligation dans des circonstances où le DCA/DIH est applicable;
- b) L'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants:
 - i) En quoi les méthodes de guerre, armes et pratiques peuvent conduire à un traitement inhumain⁹⁵;

ii) En quoi les peines collectives, interdites en vertu du DCA/DIH, pourraient être censées constituer des peines cruelles ou inhumaines;

c) Les disparitions et les personnes portées disparues en temps de guerre: relations éventuelles entre les obligations du DCA/DIH relatives aux personnes disparues en temps de guerre et l'obligation au regard du DDH de prévenir les disparitions, d'y mettre fin et d'enquêter à leur sujet;

d) La détention: dans quelle mesure les obligations relatives à la détention au regard du DDH, comme le droit à l'*habeas corpus* et le droit à un conseil, sont applicables aux conditions de détention dans le cadre du DCA/DIH;

e) L'accès aux soins médicaux: relations entre les dispositions détaillées du DCA/DIH concernant l'accès aux soins médicaux et la protection du personnel médical et le DDH;

f) Le droit à un recours: question de savoir si le droit à un recours reste applicable dans le contexte de conflits et qu'elles en sont les implications.

D'autres questions possibles sont notamment les suivantes:

g) Mise en œuvre:

i) De mesures visant à prévenir les violations;

ii) De mesures visant à faire appliquer les règles, après coup;

h) Institutions:

i) Les ONG et les situations de conflit;

ii) Le Haut-Commissariat aux droits de l'homme et le DCA/DIH;

iii) Autres questions institutionnelles;

94. D'autres questions pourraient incontestablement être ajoutées.

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. Fuijta, 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 CDESCR, 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%20IACHRAAdoptionofPrecautionaryMeasures.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 *López 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.
