

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

### The Status of the Guantanamo Detainees

by

**Agnieszka Szpak\***

#### **Factual Background**

On September 11, 2001, a group of men who belonged to a terrorist organisation known as Al Qaida carried out an armed attack upon the U.S. that resulted in substantial material damage and loss of life by some three thousand people mostly civilians (exactly 3063 people), coming from 80 different countries. Leaders of Al Qaida and a large part of its membership and facilities were located within the territory of Afghanistan; almost all that country was controlled by the Taliban, the de facto government of Afghanistan. The Taliban refused to stop giving sanctuary to Al Qaida and hand over Osama bin Laden. As a result, on October 7, 2001, the U.S. and its allies attacked the armed forces of the Taliban and Al Qaida. The forces of the U.S. and the U.K. working with the forces of Northern Alliance (the previous government of Afghanistan, which controlled about 22% of its territory), quickly established control over much of Afghanistan.

On December 22, 2001, an interim Afghanistan government led by Hamid Karzai was installed and a permanent government (also led by H. Karzai) was chosen in June 2002. U.S. forces remain in Afghanistan today with the consent of the country's authorities.

A considerable number of soldiers belonging to both entities were killed or captured. These persons were captured in the course of international armed conflict which immediately gave rise to questions concerning their legal status and the protection to which they were entitled in accordance with international humanitarian law. On November 13, 2001, the U.S. President George W. Bush issued a Military Order on the Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War against Terrorism (Military Order)<sup>1</sup>. President Bush directed that any non-US citizen about whom he had made a written determination that such a person had, inter alia, engaged in, or conspired to commit, acts of international terrorism against the U.S., be detained and tried for violations of the laws of war and other applicable laws by military tribunals. The Order established Military Commissions for the purpose of such trials.

On January 11, 2002, the first group of 20 persons captured in Afghanistan arrived at the U.S. Camp X-Ray in Guantanamo Bay, Cuba. On that day the U.S. Secretary for Defence Donald Rumsfeld announced that detainees in Guantanamo would be held as "unlawful combatants" and not as prisoners of war<sup>2</sup>. A week later another group of detainees arrived and their number passed

---

\* Faculty of International Law, Nicolas Copernicus University, Toruń, Poland.

<sup>1</sup> Military Order available at: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html>

<sup>2</sup> Department of Defence (DoD) News Transcript, Secretary Donald Rumsfeld and Gen. Myers, 11 January 2002, available at: [http://www.defenselink.mil/transcripts/2002/t01112002\\_t0111sd.html](http://www.defenselink.mil/transcripts/2002/t01112002_t0111sd.html)

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

600<sup>3</sup>. There were also persons not captured on the battlefield such as six Algerians caught in Bosnia and transferred to Guantanamo Bay under the U.S. custody by reason of their links with Al Qaida. On February 7, 2002, President Bush determined the status of the detainees. The White House Secretary press announced that the President decided that:

- The United States is treating and will continue to treat all of the individuals detained at Guantanamo humanely and, to the extent appropriate and consistent with military necessity, in a manner consistent with the principles of the Third Geneva Convention of 1949;
- The Geneva Convention applies to the Taliban detainees, but not to the Al Qaida detainees;
- Al Qaida is not a state party to the Geneva Convention; it is a foreign terrorist group. As such, its members are not entitled to POW status;
- Although we never recognized the Taliban as the legitimate Afghan government, Afghanistan is a party to the Convention, and the President determined that the Taliban are covered by the Convention. Under the terms of the Geneva Convention the Taliban detainees do not qualify as POW's;
- Therefore, neither the Taliban nor Al Qaida detainees are entitled to POW status<sup>4</sup>.

High-level administration officials have characterized the detainees as “the worst of the worst”; President Bush has called them “bad people” and Secretary for Defence has labeled them “hard core, well-trained terrorists”<sup>5</sup>. But for two years the detainees hadn't been charged with crimes or released, there had been no hearings to determine the legal status of the detainees. In short there was a legal black hole<sup>6</sup>. The U.S. government refused to comply with the provisions of the 1949 Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War and made a blanket determination that all persons held at Guantanamo Bay were “unlawful combatants” not entitled to POW status and protection under the Geneva Convention.

### **Prisoner of War Status under the Third Geneva Convention.**

Under Article 2 (1) common to the four Geneva Conventions, an international armed conflict exists when hostilities unfold between two or more contracting parties. It is irrelevant whether a war was declared or whether the state of war is recognized by one of the parties. It is crucial for the applicability of the provisions of the Third Geneva Convention Relative to Treatment of Prisoners of War to determine the existence of **international** armed conflict [emphasis added]. The

---

<sup>3</sup> As for September 22, 2004, the number of detainees was approximately 549, according to Department of Defence news release, available at: <http://www.defenselink.mil/releases/2004/nr20040922-1310.html>

<sup>4</sup> White House, Fact Sheet on Status of Detainees at Guantanamo, 7 February 2002, available at: [http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02/print/20020207\\_13.html](http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02/print/20020207_13.html)

<sup>5</sup> United States: Guantanamo Two Years On, available at: [http://www.hrw.org/english/docs/2004/01/09/usdom6917\\_txt.htm](http://www.hrw.org/english/docs/2004/01/09/usdom6917_txt.htm)

<sup>6</sup> The term legal black hole was invented by J.Steyn, Guantanamo Bay: Legal Black Hole in: *International and Comparative Law Quarterly*, vol.53 (2004).

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

international armed conflict occurs when a war has been declared or the hostilities commence between two or more of the contracting parties, in other words states. International armed conflict is equated with an inter-state armed conflict. In a situation of Afghanistan the declaration of war was not delivered so the commencement of hostilities is deciding.

On 7 October 2001, the US attacked Al Qaida terrorists training camps and military instalations of the Taliban regime in Afghanistan. By doing so the US chose to territorialize the conflict, thus keeping it within the legal categories of Article 2 (1) of Geneva Conventions. The U.S. response was directed against the Taliban, representing de facto Afghanistan. Al Qaida acting under the control of the Taliban became a party to the conflict. The nexus between the Taliban and Al Qaida will be explored below. Although the US did not recognize the Taliban as a government of Afghanistan it did recognize that the Taliban regime was a party to the Conventions whereas Al Qaida was treated as an international terrorist organisation. Besides the recognition of a state or a government is irrelevant and has no bearing upon the existence of international armed conflict.

Article 1 of the Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land, Annexed to the Hague Convention (IV) of 1907, proclaims:

The laws, rights, and duties of war apply not only to armies, but also to militia and volunteer corps fulfilling the following conditions:

1. To be commended by a person responsible for his subordinates;
2. To have a fixed distinctive emblem recognizable at a distance;
3. To carry arms openly;
4. To conduct their operations in accordance with the laws and customs of war<sup>7</sup>.

Article 2 adds a provision entitled “levee en masse”, according to which:

The inhabitants of a territory which has not been occupied, who, on the approach of the enemy, spontaneously take up arms to resist the invading troops without having had time to organize themselves in accordance with Article 1, shall be regarded as belligerents if they carry arms openly and if they respect the laws and customs of war<sup>8</sup>.

Article 3 prescribes further:

The armed forces of the belligerent parties may consist of combatants and non-combatants. In the case of capture by the enemy, both have a right to be treated as prisoners of war.

The Third Geneva Convention contains the same provisions in Article 4, which reads as follows:

A. Prisoners of war, in the sense of the present Convention, are persons belonging to one of the following categories, who have fallen into the power of the enemy:

1. Members of the armed forces of a Party to the conflict as well as members of militias or volunteer corps forming part of such armed forces.

---

<sup>7</sup> The Hague Convention (IV) of 1907 Respecting the Laws and Customs of War on Land with annexed to it Regulations available at:

<http://www.icrc.org/ihl.nsf/385ec082b509e76c41256739003e636d/1d1726425f6955aec125641e0038bfd6?OpenDocument>

<sup>8</sup> Ibidem.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

2. Members of other militias and members of other volunteer corps, including those organized resistance movements, belonging to a Party to the conflict and operating in or outside their own territory, even if this territory is occupied, provided that such militias or volunteer corps, including such organized resistance movements, fulfil the following conditions:

- That of being commanded by a person responsible for his subordinates;
- That of having a fixed distinctive sign recognizable at a distance;
- That of carrying arms openly;
- That of conducting their operations in accordance with the laws and customs of war.

3. Members of regular armed forces who profess allegiance to a government or an authority not recognized by the Detaining Power.

4. Persons who accompany the armed forces without actually being members thereof, such as civilian members of military aircraft crews, war correspondents, supply contractors, members of labour units or of services responsible for the welfare of the armed forces, provided that they have received authorization from the armed forces which they accompany, who shall provide them for that purpose with an identity card similar to the annexed model.

5. Members of crews, including masters, pilots and apprentices, of the merchant marine and the crews of civil aircraft of the Parties to the conflict, who do not benefit by more favourable treatment under any other provisions of international law.

6. Inhabitants of a non-occupied territory, who on the approach of the enemy spontaneously take up arms to resist the invading forces, without having had time to form themselves into regular armed units, provided they carry arms openly and respect the laws and customs of war<sup>9</sup>.

Apart from the four conditions contained in Article 4 A(2), two further conditions can be inferred, namely:

- Belonging to an organized group;
- Belonging to a Party to the conflict<sup>10</sup>.

Article 5 contains a very important provision:

“(1) The present Convention shall apply to the persons referred to in Article 4 from the time they fall into the power of the enemy and until their final release and repatriation.

(2) Should any doubt arise as to whether persons, having committed a belligerent act and having fallen into the hands of the enemy, belong to any of the categories enumerated in Article 4, such persons shall enjoy the protection of the present Convention until such time as their status has been determined by a competent tribunal”<sup>11</sup>.

Do the Taliban armed forces and Al Qaida members qualify as prisoners of war? The Taliban fighters surely do qualify as POW's within the terms of Article 4 A (1) of GC III because they are “members of the armed forces of a Party to the conflict”. But despite the US acknowledgment that

---

<sup>9</sup> The Third Geneva Convention of 1949 Relative to the Treatment of Prisoners of War available at: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/385ec082b509e76c41256739003e636d/6fef854a3517b75ac125641e004a9e68?OpenDocument>

<sup>10</sup> In the same way: J. Toman, *The Status of Al Qaeda/Taliban Detainees under the Geneva Conventions*, in: *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 32 (2002), p.290; Y.Dienstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2004, p.36.

<sup>11</sup> GC III, op.cit.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

the Taliban were a party to the conflict, POW status was denied to those captured. This denial was based on their failure to meet so called combatancy requirements, which are:

- Being commanded by a person responsible for his subordinates;
- Having a fixed distinctive sign recognizable at a distance;
- Carrying arms openly;
- Conducting their operations in accordance with the laws and customs of war.

Secretary of Defence, D. Rumsfeld, said that “the Taliban [...] did not wear uniform, they did not have insignia, they did not carry their weapons openly and they were tied tightly at the waist to Al Qaida [...] they would not rise to the standard of a prisoner of war”<sup>12</sup>. But on the other hand, he characterized the detainees “as enemy combatants that we captured on the battlefield”<sup>13</sup>, so in other words – POW’s protected by the Third Geneva Convention.

First of all, there is an obvious misunderstanding in such an interpretation of Article 4 A(2) as those conditions apply only to irregulars but not to the armed forces of a party to the conflict. However in the case at issue, combatancy requirements were met. The circumstance that the leader of the Taliban, the Mullah Omar, is a spiritual leader does not invalidate the condition of a responsible command as long as he is able to maintain the type of discipline generally found in the armed forces. And even if the Mullah Omar did not know that the September 11 attacks would take place or did not know the details of it, as a responsible commander he could be held responsible for failing to prevent those attacks<sup>14</sup>.

Turning to the requirement of having a fixed distinctive sign recognizable at a distance, the Taliban wore black turbans, which could be regarded as the distinctive sign since it is fully accepted that a recognizable sign is less than a uniform<sup>15</sup>. Also the US Army Manual stands at the same position: “less than the complete uniform will suffice. A helmet or headdress which would make the silhouette of the individual readily distinguishable from that of an ordinary civilian would satisfy this requirement”<sup>16</sup>. Although those requirements are not relevant in relation to the armed forces of a party to the conflict, I think it is worth stating clearly that there were no grounds for the US administration to deny POW status to the Taliban armed forces. In case of a doubt Article 5 applies. The establishment of armed forces is part of the exercise of sovereignty and such armed forces are presumed to meet the combatancy conditions therefore the other state party to the conflict should not be able to deny the armed forces of another party the protection of POW by putting into Article 4 A(1) conditions which GC III did not put therein. The states are responsible for the conduct of force by their armed forces. When combatancy requirements seem not to be fulfilled international

---

<sup>12</sup> DoD, News Transcript, Secretary Rumsfeld Media Availability en Route to Camp X-Ray, 27 January 2002, available at: [http://www.defencelink/mil/transcripts/Jan.2002/t01282002\\_t0127sd2.html](http://www.defencelink/mil/transcripts/Jan.2002/t01282002_t0127sd2.html)

<sup>13</sup> DoD News briefing referred to in Amnesty International Memorandum. Memorandum available at <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGAMR510532002?open&of=ENG-USA>

<sup>14</sup> In the same way: Luisa Vierucci, Prisoners of War or Protected Persons quo Unlawful Combatants? The Judicial Safeguards to which Guantanamo Bay Detainees are Entitled, in: *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003).

<sup>15</sup> ICRC Commentary, available at:

<http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebCOMART?OpenView&Start=1&Count=150&Expand=3#3>

<sup>16</sup> Luisa Vierucci, op.cit., p.291.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

law holds the state responsible but does not deny that the armed forces are indeed those of that state, which means that POW status cannot be denied to such forces.

The legal status of Al Qaida members as POW's is more difficult to establish. It is mainly due to the lack of certainty on the type of links existing between Al Qaida and the Taliban. If Al Qaida members formed part of the armed forces of the Taliban, a party to the conflict, therefore they would be entitled to POW status in accordance with Article 4 A(1) of GC III. The Taliban and Al Qaida complemented each other, as bin Laden could provide resources to the Taliban while the Taliban could provide a safe haven to the former, especially that due to previous activities (series of terrorist acts<sup>17</sup>) Al Qaida were becoming more and more troubling to states. Despite demands made by the United Nations<sup>18</sup> and many states to hand over bin Laden, the Taliban refused, arguing that bin Laden was a guest and it was contrary to its religion to hand over a guest. Even after the September 11<sup>th</sup> attacks, the Taliban still refused to extradite bin Laden without evidence of his guilt. The refusal of the Taliban government to hand over Osama bin Laden for trial in the US tends to indicate the existence of a control type of relationship in the sense that the Taliban knowingly harboured bin Laden. Al Qaida's leader and Al Qaida itself were so integrated into the Taliban that it was unclear which was controlling the other. The September 11<sup>th</sup> attacks and holding the Taliban responsible for the actions of Al Qaida gives credence to the theory that they are intertwined. Such equation of Al Qaida with the Taliban not only solves a practical problem concerning the POW status but also resolves the question whether the UN Charter provisions on the use of force apply to non-state entities.

Turning to Al Qaida members as POW's, it should be noticed that the declared targets of the war were the Taliban and Al Qaida. For that reason, Al Qaida became a de facto party to the conflict. Although the GC III applies only to states, from the spirit of the Convention a conclusion can be drawn that in a situation where a non-state actor is recognized as an enemy in a war, GC III would also grant its protection to such a party. During the conflict in Afghanistan the Taliban and Al Qaida were so integrated that they could be treated as one and the same. They fought alongside each other making it difficult to distinguish between the Taliban and Al Qaida. In the spirit of GC III the nexus between those two was sufficient to subsume Al Qaida members into the armed forces of the Taliban. From the fact that the Taliban was the de facto government of Afghanistan and exercised control over 80% of the territory, we could deduce that Al Qaida operated under the control and protection of the Taliban. If the Taliban so desired, it could have taken more adverse approach towards Al Qaida. The consequence of that equation theory would be treating Al Qaida soldiers as members of militias and volunteer corps, forming part of armed forces of a party to the conflict and granting them POW status<sup>19</sup>. It must also be stressed that it is not international law that determines what kind of forces constitute a regular army but national law. Every state has a right to determine the structure or composition of its armed forces. They may even consist entirely of militias or volunteer corps; it is for the states to determine the issue.

---

<sup>17</sup> For example: the 1993 New York World Trade Center bombing, the 1998 bombing at US Embassies in Kenya and Tanzania, the 2000 bombing of the US ship USS Cole in Yemen, the 1996 bombing of the Khobar military complex in Saudi Arabia.

<sup>18</sup> SC Res. 1267 (1999) and 1333 (2000).

<sup>19</sup> In the same way: L. Azubuike, Status of Taliban and Al Qaeda Soldiers: Another Viewpoint, in: *Connecticut Journal of International Law*, vol. 19 (2003); also NGO's like Amnesty International, Human Rights Watch.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

The extension of POW status to Al Qaida soldiers would not diminish their criminal responsibility for previous terrorist acts up to and including September 11<sup>th</sup>. It would only insulate them from prosecution for the mere fact of fighting in Afghanistan. Those who committed war crimes should be punished but their crimes should not be used as an excuse to deprive others of the protection due POW's. The only unfavourable implication would be that those Al Qaida members who were not involved in prior terrorist actions would be entitled to release upon cessation of hostilities in Afghanistan. But after all, it should not be too high a price for doing a right thing and complying with the principle of humanitarianism.

However, the U.S. administration refused to grant POW status to Al Qaida members. As a justification it indicated that Al Qaida soldiers did not belong to the Taliban armed forces and they could be entitled to POW status only within the scope of Article 4 A(2) as members of other militias and volunteer corps, including those organized resistance movements, belonging to a Party to the conflict and operating in or outside their own territory, even if this territory is occupied, provided that they fulfill so called combatancy requirements, mentioned above. The US Secretary of Defence summarized the position of Al Qaida members in the conflict in Afghanistan in a following way:

“The Al Qaida is not a country. They did not behave as an army. They did not wear uniforms. They did not have insignia. They did not carry their weapons openly. They are a terrorist network. It would be a total misunderstanding of the Geneva Convention if one considers Al Qaida, a terrorist network, to be an army”<sup>20</sup>.

The U.S. should follow its own example from the Vietnam War when the POW status was granted to as many captured as possible, fully in conformity with the principle of humanitarianism and values embodied in GC III<sup>21</sup>.

Assuming that the combatancy requirements were applicable to Al Qaida soldiers, in the US view they would only meet two of them. The US position can be summarized as follows: concerning the first condition of being commanded by a person responsible for his subordinates, there seems to be no doubt that Al Qaida is an organized group with a responsible command. The solid cell structure enables mobilization of a high number of members and huge resources. The attacks of September 11<sup>th</sup> imply a strong organizational capability. But the US administration claims that on the contrary, Al Qaida fails to meet further three expressis verbis provided requirements. These conditions were not fulfilled by the persons who carried out the attacks on September 11<sup>th</sup>. They did not carry their arms openly, they deliberately aimed at mixing with civilian persons. The principle of their action was to act by surprise. The Al Qaida members had no distinctive sign as they operated clandestinely. Use of such methods of combat would deprive the Al Qaida members of POW status because it also contravenes the requirement of conducting its operations in accordance with the laws and customs of war. Turning to the conditions not explicitly expressed but inferred from Article 4 (belonging to

---

<sup>20</sup> Ibidem, p.295.

<sup>21</sup> G. H. Aldrich, The Taliban, Al Qaeda and the Determination of Illegal Combatants, in: *The American Journal of International Law*, vol. 96 (2002), p. 896.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

an organized group and belonging to a Party to the conflict), it must be stated that to belong to a Party to the conflict, a factual link is required.<sup>22</sup> According to the U.S. it would be rather difficult to furnish evidence for existence of the factual link, mentioned above. That means that the condition of belonging to a Party to the conflict was not met. Concerning the condition of belonging to an organized group, there seems to be no doubt about it being fulfilled as Al Qaida operates on a high level of organization. Although the units are independent of each other there is also a leading authority above these groups.

In short, the U.S. position is that the conditions of belonging to an organized group and being commanded by a person responsible for his subordinates were met by Al Qaida members, unlike the other requirements, which means that they are not entitled to POW status.

Are there any grounds to undermine some of the US arguments? Of course there are. US claims that Al Qaida soldiers did not have a distinctive sign but during the conflict in Afghanistan it did not disturb or prevent the American soldiers from fighting against Al Qaida by reason of not being able to distinguish between Al Qaida members and civilians. It means that the former indeed distinguished themselves from the latter. It would also imply that Al Qaida fighters carried their weapons openly and in this way contributed to being distinguishable. Referring to the condition of belonging to a Party to the conflict I refer to the earlier remarks where I tried to prove, that there is evidence for existence of a nexus between Al Qaida and the Taliban, representing de facto Afghanistan, sufficient to make Al Qaida a party to the conflict. However, if combatancy requirements were applicable to Al Qaida soldiers – but they should not, which should be stressed once again – they would not meet the condition of conducting its operations in accordance with the laws and customs of war. Not meeting only one condition strongly calls for treating Al Qaida in a similar way as the Taliban soldiers and granting them POW status. In no way would this hinder the prosecution of those responsible for war crimes or crimes against humanity.

At this point we have come to the term “unlawful combatants”, which was used by the Secretary of Defence, D. Rumsfeld to determine the position of the Guantanamo detainees. The term is not used as such by the Geneva Conventions or other humanitarian law treaties. It was created by the US Supreme Court in 1942 Ex parte Quirin Case in order to define the status of eight German soldiers who landed and committed acts of war in civilian clothes on the US territory. The Court stated that: “lawful combatants are subject to capture and detention as prisoners of war by opposing military forces. Unlawful combatants are likewise subject to capture and detention, but in addition they are subject to trial and punishment by military tribunals for acts which render their belligerency unlawful”<sup>23</sup>. It should be stressed, however, that when the concept of “unlawful combatants” was used by the US Supreme Court in Ex Parte Quirin, Geneva Convention III did not yet exist. For reasons explored above the term “unlawful combatant” has no place in international humanitarian law and the detainees should be accorded protection under the Third or the Fourth Geneva Convention. There is no intermediate status.

---

<sup>22</sup> Ibidem, p.292.

<sup>23</sup> Ibidem, p.295.



# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

### Article 5 Tribunals

According to Article 5 of the Third Geneva Convention “(1) the present Convention shall apply to the persons referred to in Article 4 from the time they fall into the power of the enemy and until their final release and repatriation. (2) Should any doubt arise as to whether persons, having committed a belligerent act and having fallen into the hands of the enemy, belong to any of the categories enumerated in Article 4, such persons shall enjoy the protection of the present Convention until such time as their status has been determined by a competent tribunal”.

This is an important provision which creates a temporary protection equal to that enjoyed by prisoners of war, for all persons who have committed a belligerent act and have fallen into the enemy’s hands, in case of doubt as to their belonging to one of the categories enumerated in Art. 4 of GC III.

GC III gives no indication concerning the type of tribunal or the rules it should apply in the process of status determination. As we read in the ICRC Commentary to the Geneva Conventions, “at Geneva in 1949, it was first proposed that for the sake of precision the term “responsible authority” should be replaced by “military tribunal”. This amendment was based on the view that decisions which might have the gravest consequences should not be left to a single person, who might often be of subordinate rank. The matter should be taken to a court, as persons taking part in the fight without the right to do so are liable to be prosecuted for murder or attempted murder, and might even be sentenced to capital punishment. This suggestion was not unanimously accepted, however, as it was felt, that to bring a person before a military tribunal might have more serious consequences than a decision to deprive him of the benefits afforded by the Convention. A further amendment was therefore made [...] stipulating that a decision regarding persons whose status was in doubt would be taken by a “competent tribunal”, and not specifically military tribunal”<sup>24</sup>.

The composition of the tribunal, its functioning, rules it will apply are left to the discretion of each High Contracting Party to GC III. The tribunal may be military, civil or administrative in nature (even a military commission) as long as the internationally accepted judicial standards are respected. That means that, most of all, such a “competent tribunal” should be independent, fair and impartial.

Why was Article 5 adopted if the provisions of Article 4 seemed to have been precise and adequate? It is true that the status of the majority will be decided by the application of Art. 4, but some persons falling in the hands of the enemy could be in the doubtful category. Again Commentary to the Geneva Conventions provides useful guidance. The aim of Art. 5 was to address situations where doubt arises as to whether a person belongs to one of the categories in Art. 4 and to prevent such determination decisions to be made by a single person, who might often be of subordinate rank. The reason for the adoption of Art. 5 clearly refers to individual cases. Such a status determination should be made on a case by case basis.

---

<sup>24</sup> ICRC Commentary, op.cit.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

The US government denied POW status to the Guantanamo detainees without judicial determination on the basis that no doubt existed. At first it was stated that Geneva Convention III was not applicable to all the detainees, then on 7 February 2002 the US President determined that GC applied only to members of the Taliban (but still POW status was denied). It means that there existed clear evidence of a doubt. As Richard Boucher, a spokesmen of the US Department of State, stated: "...the Geneva Convention says that if there is any doubt, then a competent tribunal should be convened to review these things. We don't think there is any doubt in this situation. The White House, in their announcements yesterday, I think, made quite clear why there is no doubt about Taliban people involved. All of these people have been screened several times before they were taken, and after they were taken to Guantanamo, and we don't think there is any doubt in these cases... I think...if there is any factual or reasonable basis for doubt, then of course we would be willing to review this. But at this point, we're not aware of anything in all these interviews that raises any doubt about these people...There was nothing in that examination of the facts of the situation that raises any doubts that would lead us to believe that they might qualify, and therefore we believe firmly that they don't. Now, should something come up that would change that, I'm sure we would review it"<sup>25</sup>.

It must be stressed, however, that there is nothing in the wording of Article 5 of GC III or the official ICRC Commentary that could suggest that the doubt is limited to the one entertained by the Detaining Power. ICRC in its Commentary makes clear that the Conventions should be interpreted broadly, including Art. 5. There are some indicators in favour of strong doubt existing among numerous international bodies and scholars.

The UN High Commissioner for Human Rights stated, on 16 January 2002, that:

"All persons detained in this context are entitled to the protection of international human rights law, in particular the relevant provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the Geneva Conventions of 1949. The legal status of the detainees, and their entitlement to prisoner-of-war (POW) status, if disputed, must be determined by a competent tribunal, in accordance with the provisions of Article 5 of the Third Geneva Convention. All detainees must at all times be treated humanely, consistent with the provisions of ICCPR and the Third Geneva Convention. Any possible trials should be guided by the principle of a fair trial, including the presumption of innocence, provided for in the ICCPR and the Third Geneva Convention"<sup>26</sup>. The Inter-American Commission's on Human Rights Decision on Request for Precautionary Measures is placed in the same line of reasoning. The Commission came to the conclusion that "precautionary measures are both appropriate and necessary in the present circumstances, in order to ensure that the legal status of each of the detainees is clarified and that they are afforded the legal protections commensurate with the status that they are found to possess, which may in no case fall below the minimum standards of non-derogable rights. On this basis, the

---

<sup>25</sup> Quote from J.Toman, *The Status of Al Qaeda/Taliban Detainees under the Geneva Conventions*, in: *Israel Yearbook on Human Rights* vol. 32 (2003), p.303.

<sup>26</sup> Quote from the Amnesty International Memorandum to the US Government on the Rights of People in US Custody in Afghanistan and Guantanamo Bay, 22 April 2002. The Memorandum available at: <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGAMR510532002?open&of=ENG-USA>

# **Eastern European Humanitarian Law Journal**

## **Volume 2, Issue 2 (April 2005)**

Commission hereby requests that the United States take the urgent measures necessary to have the legal status of the detainees at Guantanamo Bay determined by a competent tribunal”<sup>27</sup>.

The International Commission of Jurists, an international non-governmental organization consisting of judges and lawyers from all regions and legal systems of the world working to uphold the rule of law and the legal protection of human rights, stated that the 7 February 2002 decision of the President to apply Geneva Convention to the conflict in Afghanistan but to deny POW status to the detainees was “incorrect in law”<sup>28</sup>.

Another example of existing doubts was a survey conducted, on 21 February 2002, by the War Crimes Project among the leading world experts in international humanitarian law. Its results showed that “most of the experts [...] believe that the Taliban should be granted POW status, citing Article 4 of the Third Geneva Convention, which defines prisoners of war as ‘members of armed forces of a Party to the conflict as well as members of militias or volunteer corps forming part of such armed forces’. Although there was disagreement about the legal status of Al Qaida who have been captured, most agreed that the Administration had not taken necessary steps under international law to determine their status...”<sup>29</sup>.

Also the most authoritative body on the provisions of the Geneva Conventions, the International Committee of the Red Cross, stated that there were “divergent views between the United States and the ICRC on the procedures which apply on how to determine that the persons detained are not entitled to prisoner of war status”<sup>30</sup>.

Concluding, there is strong and clear evidence that substantial doubt existed, in the form of opinion from many bodies such as the ICRC, the UNHCHR, the international humanitarian law experts surveyed by the War Crimes Project and the International Commission of Jurists. Also many non-governmental organizations, such as Amnesty International or Human Rights Watch, believe that the Guantanamo detainees should be granted POW status (the Taliban as well as Al Qaida members) and at the same time any dispute about their status must be determined by a competent tribunal, respecting due process rights and until such time the detainees must be presumed to be prisoners of war. The presidential decision of 7 February 2002 was illegal and there are no arguments to defend an opposite position. I am convinced that also Al Qaida fighters should be granted POW status also by reason of benefit of the doubt, which would in no way hinder the possibility of holding responsible those who committed war crimes or crimes against humanity. But despite my strong belief, in a present situation doubts and uncertainties should be clarified in accordance with Art. 5 of GC III. It is a far better, just and most of all lawful solution compared to a blatantly wrong status determination decision made by the President Bush.

---

<sup>27</sup> Inter-American Commission on Human Rights, Decision on Request for Precautionary Measures (Detainees at Guantanamo Bay, Cuba) available at: <http://www.humanrightsnow.org/oasconventiononguantanamodetainees.htm>

<sup>28</sup> Quote from the AI Memorandum, op.cit.

<sup>29</sup> Quote from the AI Memorandum, op.cit.

<sup>30</sup> Quote from the AI Memorandum, op.cit.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

### **The Applicability of the Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War**

In this part of the article, I would like to analyze the applicability of GC IV. There seems to be no doubts that members of the Taliban qualify as prisoners of war. However, controversies exist concerning the status of Al Qaida fighters. For reasons mentioned above I believe they should be granted POW status as well. But let us assume that Al Qaida members do not qualify as POW's. Does this mean that they are deprived of any protection? Is there legal vacuum? The answer is of course negative.

According to Article 4 of GC IV "persons protected by the Convention are those who, at a given moment and in any manner whatsoever, find themselves, in case of a conflict or occupation, in the hands of a Party to the conflict or Occupying Power of which they are not nationals. Nationals of a State which is not bound by the Convention are not protected by it. Nationals of a neutral State who find themselves in the territory of a belligerent State, and nationals of a co-belligerent State, shall not be regarded as protected persons while the State of which they are nationals has normal diplomatic representation in the State in whose hands they are. [...] Persons protected by the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field [...], or by the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea [...], or by the Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, shall not be considered protected persons within the meaning of the present Convention"<sup>31</sup>. According to the ICRC Commentary "the definition of protected persons [...] is a very broad one which includes members of the armed forces – fit for service, wounded, sick or shipwrecked – who fall into enemy hands. The treatment which such persons are to receive is laid down in special Conventions to which the provision refers. They must be treated as prescribed in the texts which concern them. But if, for some reason, prisoner of war status – to take one example – were denied to them, they would become protected persons under the present Convention"<sup>32</sup>.

Protected persons must fulfil certain nationality requirements. The person must not be a national of the party to the conflict under whose control he finds himself. This nationality limitation implies that civilians, nationals of US or allied forces who fall into the hands of their country's armed forces during the conflict in Afghanistan do not enjoy the full set of rights enumerated in GC IV.

A second nationality limitation is based on the existence of diplomatic relations. Pursuant to Art. 4(2) GC IV nationals of a neutral state who find themselves in the territory of a belligerent state, and nationals of a co-belligerent state, are not regarded as protected persons as long as state of their nationality maintains normal diplomatic relations with the state in whose hands they are. This provision may deprive, for example, Pakistani and British citizens in Afghanistan of the status of protected persons as long as those states maintain diplomatic relations with the US. In both exceptions those persons are subject to general protection of Part II of GC IV entitled "General

<sup>31</sup> The Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War available at: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/7c4d08d9b287a42141256739003e636b/6756482d86146898c125641e004aa3c5>

<sup>32</sup> ICRC Commentary, available at: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebCOMART?OpenView&Start=1&Count=150&Expand=4#4>

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

Protection of Populations against Certain Consequences of War”(inter alia the establishment of hospitals and safety zones and neutralized zones, the protection of civilian hospitals, protection of medical personnel, protection of transports of sick and wounded civilians and other especially vulnerable categories of persons on land, by sea or by air, free passage of aid consignments, the special protection of children, permission to exchange family news).

Civilians may not participate in hostilities with the exception of *levee en masse*. In this context Art. 5 (1) and (3) provide an important provision: “(1) where in the territory of a Party to the conflict, the latter is satisfied that an individual protected person is definitely suspected of or engaged in activities hostile to the security of the State, such individual person shall not be entitled to claim such rights and privileges under the present Convention as would, if exercised in the favour of such individual person, be prejudicial to the security of such State; (3) in each case, such persons shall nevertheless be treated with humanity and, in case of trial, shall not be deprived of the rights of fair and regular trial prescribed by the present Convention. They shall also be granted the full rights and privileges of a protected person under the present Convention at the earliest date consistent with security of State or Occupying Power<sup>33</sup>”. This provision means that by unlawful participation in hostilities a civilian person may not “claim such rights and privileges under the present Convention as would, if exercised in the favour of such individual person be prejudicial to the security of such State”. In other words, explaining this on a concrete example: during unlawful participation in hostilities the civilian forfeits his protection and exposes himself to attacks: such a civilian may no longer claim to be immune from attacks. If otherwise, we would reach a level of absurdity, when a person actively participating in hostilities, fighting without being allowed to do so, could not be attacked as a protected person. Still such an individual retains his status as a protected person and he does not become a combatant. It is *expressis verbis* stated in Art. 51(3) of Additional Protocol I of 1977, which reads as follows: “civilians shall enjoy the protection afforded by this section, unless and for such time as they take a direct part in hostilities<sup>34</sup>”. Although US is not a party to the Protocol this provision may be a helpful guidance for the clarification of Art. 5 of GC IV. It must be stressed that the fact that civilians have at some time taken direct part in the hostilities does not make them lose their immunity from attacks once and for all. If such civilians laid down their arms or having no longer means of defence they surrendered they must not be attacked.

What should also be stressed is the possibility to punish civilians for unlawful participation in hostilities. Art. 5 in addition, permits administrative detention for imperative security reasons and derogation from protected substantive rights of civilians within the territory of a state party to the conflict. In other words, Art. 5 allows for some derogation from the protective regime of GC IV for persons unlawfully engaged in active hostilities. If such persons did not fall under the Convention, such a provision would not have been necessary. The ICRC Commentary once again proves to be useful. In the context of punishment for unlawful participation in hostilities, it reads “there are certain cases about which some hesitation may be felt. We may mention, first, the case of partisans, to which Article 4 A(2) of the Third Convention refers. Members of resistance movements must fulfil certain stated conditions before they can be regarded as prisoners of war. If members of a resistance movement who have fallen into enemy hands do not fulfil those conditions, they must be

---

<sup>33</sup> GC IV, *op.cit.*

<sup>34</sup> AP I, *op.cit.*

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

considered to be protected persons within the meaning of the present Convention. **That does not mean that they cannot be punished for their acts**, but the trial and sentence must take place in accordance with the provisions of Article 64 and the Articles which follow it”<sup>35</sup> [emphasis added].

In the case of qualifying Al Qaida members as protected persons the US would be responsible for unlawfully detaining civilians outside an occupied territory for about 3 years after their captive. According to Arts. 49 and 76 of GC IV “(49) individual or mass forcible transfers, as well as deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not, are prohibited, regardless of their motive; (76) Protected persons accused of offences shall be detained in the occupied country, and if convicted they shall serve their sentences therein[...]”<sup>36</sup>. In accordance with the said provision in our case, civilians who fall into US hands in Afghanistan may not be held in Guantanamo, but only in Afghanistan. Whereas prisoners of war may be held in every corner of the earth, civilians should remain in an occupied country.

In conclusion, all persons held in Guantanamo must be either combatants (POW’s when in enemy hands) or civilians. Such a statement is emphasized in the ICRC Commentary to Art. 4 of GC IV, where we read: “Every person in enemy hands must have some status under international law: he is either a prisoner of war and, as such, covered by the Third Geneva Convention, a civilian covered by the Fourth Convention, or again, a member of the medical personnel of the armed forces who is covered by the First Convention. There is no intermediate status; nobody in enemy hands can be outside the law. We feel that that is a satisfactory solution – not only satisfying to the mind, but also, and above all, satisfactory from the humanitarian point of view”<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> ICRC Commentary, op.cit. Art. 64 and the ones that follow it refer to due process rights.

<sup>36</sup> GC IV, op.cit.

<sup>37</sup> ICRC Commentary, op.cit. This position was confirmed by the International Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) in its Celebici Judgement of 1998, in which the Tribunal stated: “It is important, however, to note that this finding is predicated on the view that there is no gap between the Third and the Fourth Geneva Conventions. If an individual is not entitled to the protection of the Third Convention as a prisoner of war (or the First or Second Convention) he or she necessarily falls within the ambit of Convention IV, provided that its article 4 requirements are satisfied”. The judgement is available at: <http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/cel-tj981116e-3.htm> (paragraph 271).

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

### L'APPLICABILITÉ DES NORMES DE DROIT DE LA PERSONNE LORS DE SITUATIONS D'EXCEPTION

par

**Louis-Philippe F. Rouillard\***

#### L'APPLICABILITÉ DES NORMES DE DROIT DE LA PERSONNE LORS DE CRISES OU DE CONFLITS ARMÉS

L'évolution de la protection des droits de la personne au niveau international revêt un caractère particulier qui mérite un examen en profondeur. Ces droits se distinguent largement des autres systèmes du droit international du fait de leurs inexisterces en tant que systèmes cohérents en 1945 pour devenir à l'aube du troisième millénaire un des systèmes de droit international des plus dynamiques au niveau de son développement.

Pourtant il est important de bien cerner le fait qu'il s'agit de plusieurs systèmes cohérents mais différents et non pas d'un système monolithique et homogène. Cette distinction porte précisément sur les différences de ces systèmes. Bien que chacun soit cohérent en soi, il n'existe pas un système supra-régional. Ainsi, on peut énumérer notamment le système voulu « universel » de l'*Organisation des Nations Unies* (ONU), les systèmes de l'*Organisation de l'unité africaine* (OUA), celui de l'*Union européenne* (UE), le système de protection de l'*Organisation des états américains* (OÉA), celui de la *Communauté des États indépendants* (CEI), le système de la Ligue arabe (LA) et les myriades de systèmes nationaux.

Chacun dispose de ses mécanismes particuliers, qui fonctionnent parfois très bien, d'autres fois moins. Toutefois, ce fonctionnalisme régional dispose de peu de normes d'applicabilité communes. D'aucun argumenteront les différences culturelles pour expliquer ces divergences, ce qui n'est pas déraisonnable au premier abord. Néanmoins, certaines normes des instruments internationaux de base, comme ceux de l'ONU, sont réputées être applicables à tous. Or, force est de constater que leur interprétation diffère largement selon l'organisation régionale.

Rien n'est plus véridique à ce niveau qu'en ce qui concerne l'applicabilité des normes de protection internationale des droits de la personne en situation d'exception, soit en temps de crises ou de conflits armés. Malgré la *Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948* et les instruments successifs, les normes juridiques applicables quant à cette protection demeurent une variable instable et mal définie.

Depuis 1945, plusieurs efforts ont été faits à maintes reprises pour tenter d'édifier un système cohérent de normes applicables en temps de paix comme en temps de tensions internes ou de conflits armés. Or, jusqu'ici les résultats sont peu probants. Toutefois, un professeur new-yorkais a offert une lueur d'espoir qui porte à croire que de telles normes intangibles et inaliénables peuvent être adoptées et appliquées de façon uniforme en temps de paix comme en temps de crises ou de conflits armés.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

Le professeur Theodore Meron a en effet proposé une nouvelle approche dans quelques articles ainsi que dans ses livres<sup>1</sup>, puis dans un texte présentant en 1991 une ébauche de telles normes<sup>2</sup>. Ce texte a été revu et corrigé en 1994 et a été adopté comme une résolution du Conseil économique et social de l'ONU<sup>3</sup>. Il tente de cette manière de combler le vide juridique qui existe quant à l'applicabilité des normes de protection des droits de la personne lorsque les instruments existants de cette protection deviennent inopérants du fait des réserves étatiques ou des dérogations permises par eux. En d'autres termes, le professeur Meron propose un instrument de protection qui ferait le pont entre l'applicabilité des régimes de protection internationale des droits de la personne et le droit international humanitaire applicable en temps de conflits armés. La présente recherche vise à examiner l'évolution de ce projet. Plus précisément, elle vise à comparer l'applicabilité des normes existantes face à celles que propose le professeur Meron pour en retirer les avantages et les inconvénients.

Dans ce but, il sera d'abord établi un court historique du développement des concepts de droit de la personne. Ensuite, un examen des systèmes universels et régionaux sera entrepris de manière à constater par la suite l'étendue du vide juridique. Finalement, il sera analysé le projet original sur une base comparative avec les instruments de protection internationale des droits de la personne. Tout en supportant le vecteur choisi par le professeur Meron, il sera examiné en conclusion une voie parallèle joignant de manière plus précise au niveau de leurs conceptions respectives les systèmes de droits de la personne et celui du droit international humanitaire.

### *ÉVOLUTION HISTORIQUE DE LA PROTECTION INTERNATIONALE DES DROITS DE LA PERSONNE*

Avant de s'attarder à son évolution, il est primordial de savoir de quoi il est question exactement. Comme il est souvent le cas en droit international, il ne semble pas exister une définition juridique unique pour cerner le sujet des droits de la personne. Pourtant, une large proportion des publicistes qui écrivent sur le sujet démontre que nous continuons à prendre pour acquis ce qui est partie de cette protection<sup>4</sup>. Le concept même en demeure contradictoire :

---

#### \* Éditeur – Eastern European Law Journals & Free World Publishing

<sup>1</sup> Le professeur Meron est professeur émérite à la *State University of New York (SUNY)*. Il est un collaborateur régulier du *American Journal of International Law* et écrit dans plusieurs autres revues spécialisées. Sans s'attarder dans le détail de leur contenu à ce stade de la présente recherche, il est opportun de remarquer cette série d'article des quinze années. On dénote notamment : T. Meron, « On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Right Laws », (1983) 77 A.J.I.L. 589; T. Meron, « Towards a Humanitarian Declaration of Internal Strife », (1984) 78 A.J.I.L. 859; T. Meron, « Combatting Lawlessness in the gray zone », (1995) 89 A.J.I.L. 215; ainsi que T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 263.

<sup>2</sup> Institute for Human Rights, *Declaration of Minimum Humanitarian Standards of 2 December 1990*, Åbo Akademi University, Turku/Åbo, 1991, 17 et publié dans T. Meron, « A declaration of Humanitarian Standards », (1991) 85 A.J.I.L. 375. [Ci-après *Déclaration de Turku*].

<sup>3</sup> Le projet de 1990 fut en effet transmis en 1994 au Comité des droits de la personne du Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies suite à la résolution E/CN.4/1994/26 du Sous-Comité sur la prévention de la discrimination et la protection des minorités de cette commission et adopté comme *Declaration of minimum humanitarian standards, revised by an expert meeting convened by the Institute for Human Rights*, Déc. CES, Doc. off. CES NU, 1995, Doc. NU E/CN.4/1995/116. [Ci-après *Declaration of Minimum Humanitarian Standards*]

<sup>4</sup> Dans l'ensemble de la bibliographie en annexe et à l'exclusion du *Lexique de termes juridiques*, les droits de la personne (human rights) ne sont définis que dans trois publications. Ainsi, « human rights law » est d'abord défini dans A. P. Rubin, « Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law » (Book Review), (1990) 31 Harv. Int'l L.J. 684 à la p. 686 comme « ... refers to whatever legal protection the international legal order gives to individuals or groups against the actions of their own officials. ». Dans N. Sing, *Enforcement of Human Rights in Peace and War and the Future of Humanity*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1986,



# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

« **Droits de l'homme. – DR. CONST.** 1° Selon la conception de la démocratie libérale : droits inhérents à la nature humaine, donc antérieurs et supérieurs à l'État et que celui-ci doit respecter non seulement dans l'ordre des buts mais aussi dans l'ordre des moyens. (...) 2° Selon la conception de la démocratie autoritaire (marxiste) : droits conquis par l'homme à la suite de l'instauration d'une société sans classes et donc sans exploitation de l'homme par l'homme. Tout ce qui favorise cette libération est bon, même une dictature, car ce qui importe ne sont pas les droits et libertés actuels (...) mais les droits et libertés futurs, seuls authentiques. »<sup>5</sup>

Comme on peut l'observer la conception culturelle ou idéologique influencera fortement la perception de ce que doit être inclut dans cette définition. De fait, la question culturelle porte immédiatement à aborder la question de l'universalité des droits de la personne. D'aucun présentent cette question comme un combat contre une hégémonie occidentale appréhendée. Bien qu'il ne fasse aucun doute que le débat en est un concernant l'individualisme perçu de l'occident face à un collectiviste plus présent dans les pays en voie de développement, l'opinion présentée ici est qu'il s'agit d'un non-débat. En grande partie, la question culturelle est un instrument politique manipulé pour permettre à des régimes de maintenir une main-mise sur des populations qui véritablement aspirent à un statut d'égalité dans le Concert des Nations. Ainsi :

*« In the transition from imperial to postimperial conditions, the cross-cultural reconstruction of human rights must involve some measures of (...) creollisation. What An-na'im has attempted for Islamic culture vis-à-vis Western culture must be also attempted for Western culture vis-à-vis all other major world culture. »<sup>6</sup>*

Puisque les droits de la personne sont inhérent à la personne humaine, il est clair que les critères de la protection internationale sont applicables à tous de manière égale et que l'idéologie ou la culture ne peut y avoir d'incidence, sinon cela reviendrait à abaisser la norme applicable de cette protection. Le but étant l'universalité, le moyen doit être le consensus sur les normes. Toutefois, ce consensus ne peut permettre d'abaisser les normes déjà existantes. C'est donc la définition présentée en 1° comme ligne directrice. Avant d'en arriver à l'analyse de la protection des droits de la personne en situations d'exception, il est important de comprendre la conception de ces droits dans un contexte historique et son lien avec le droit international humanitaire<sup>7</sup> :

*« Human rights should indeed be the same for all persons everywhere, at all times. In other words, the normative content of different international instruments should in principle be the same. There may, of course, be variations in formulations, due to differences in drafting or legal traditions, but the basic human rights and fundamental freedoms should be the same for all. Here, the touchstone is the Universal Declaration, which sets out, as the Preamble puts it 'a common standard of achievement for all people and all nations'. Hence, no regional system can be regarded as acceptable unless it is consistent with the norms and principles set out in the Universal Declaration. ».*

---

252 à la p. 1, l'auteur offre comme définition « Human rights may therefore be said to be those fundamental rights every man or woman inhabiting any part of the world should be deemed entitled merely by virtue of having been born a human being. » et finalement H.H. Almond Jr., « Human Rights in Armed Conflict – Interaction of Foreign policy and Law in War and Peace », dans H.H. Han, dir., *A World in Transition : Challenges to Human Rights, Development and World Order*, Washington (D.C.), University Press of America, 1979, 674 à la p. 37 qui les définis comme « ...the lawful rights of individuals or groups of individuals against those who are in authority. ».

<sup>5</sup> S. Guinchard et G. Montagnier, dir., *Lexique de termes juridiques*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1993 à la p. 213.

<sup>6</sup> B. de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense*, New York, Routledge, 1995, 614 à la page 351.

<sup>7</sup> A.H. Robertson et A.J. Merrills, *Human Rights in the World*, New York, Manchester University Press, 1989, 314 aux p. 222-223.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

Donc, si les mesures d'implémentation peuvent différer d'une région à une autre, il est hors de question que les normes de protection de droit de la personne soient différentes. Pour cette raison, l'argumentation suivante ne tiendra pas compte de différences culturelles, mais présentera une vision holistique de ces normes. En dépit des paradoxes et des différences qui peuvent les opposer, toutes les grandes religions et cultures du monde ont ceci de commun : elles traitent toutes de la responsabilité humaine d'un individu à l'autre. Par exemple, l'Hindouisme édicte clairement dans le *Manava Dharma Sûtra* (Traité des devoirs humains) l'importance de remplir ses devoirs terrestres sans distinctions et avec intérêt pour les souffrances des affamés, des malades, des sans abris et des malheureux. On engage spécialement à la compassion et à la charité<sup>8</sup>. Le Judaïsme, le Bouddhisme, l'Islam, la pensée de Confucius et la Chrétienté visent tous des préceptes comparables.<sup>9</sup> Cette influence religieuse se transcrit par la suite dans l'œuvre des philosophes politiques. Elle n'est nullement circonscrite à une région du monde. Avant que la civilisation grecque argumente l'existence d'une loi universelle de la nature, ou d'un droit divin présent dans toute la création, les philosophes chinois reconnaissaient déjà l'existence de devoirs universels et le besoin de leur reconnaissance des droits individuels dans la vie en société<sup>10</sup>.

Les Grecs établirent un système de droits applicables aux citoyens (*isotimia*), qui consistait principalement de l'égalité devant la loi (*isonomia*), dans les droits politiques (*isokratia*), dans le suffrage (*isopsephia*) et dans les droits civils (*isopoliteia*). Toutefois, ce furent les Romains qui développèrent l'ensemble du système des droits au travers d'une optique dialectique physique et éthique de l'univers. Cicero décrivit notamment cette vision d'une loi naturelle écrite des âges avant l'existence de toute loi écrite ou d'État. Au contact d'autres nations, ils créèrent un *lex corpus* qui transcendait les simples droits et obligations acquis par la citoyenneté, le *jus gentium*. Ce droit découlant du droit naturel présente ainsi une force juridique qui donne un statut civil à tout individu en tant que membre de la communauté mondiale dans son ensemble. Évidemment, ceci ne semble pas s'être appliqué aux esclaves, mais ils n'en demeurent pas moins que les fondations d'un droit universel est reconnu<sup>11</sup>.

Toutefois, avec le déclin de Rome, un recul important se fait sentir. En grande partie, ce recul est attribuable à l'Édit de Milan proclamé en 313 et qui engendrera la théorie de la guerre juste. Cet édit, en créant l'Alliance de l'Église et de l'État, justifie l'usage des armes si la cause est juste (la gloire de l'Église). Cette justification permet aux États de conquérir au mépris de la vie humaine<sup>12</sup>.

À la suite du déclin du féodalisme, le développement du commerce donne un pouvoir politique à une classe dite moyenne. Cette richesse populaire relative coïncide avec la Renaissance et la Réformation, qui elles ouvrent le chemin à l'émancipation spirituelle. Dans ce chaudron sous pression, les pressions politiques et économiques et l'intolérance religieuse amènent des conflits sociaux toujours plus sérieux, ainsi qu'une critique puissante des autorités en place. La révolte des barons résultant en la *Magna Carta* de 1215 illustre très bien ce développement de revendication de limite des pouvoirs des rois, tout comme le fait la *Magnus Lagaboters*

<sup>8</sup> P.G. Gordon, *The Evolution of International Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1998 398 à la p. 5.

<sup>9</sup> *Ibid.* aux p. 6 et 7.

<sup>10</sup> *Ibid.* à la p. 10.

<sup>11</sup> *Ibid.* aux p. 12-13.

<sup>12</sup> M. Alexie et P.H. Iliescu, « Quelques considérations sur la protection des droits de l'homme en période de conflits armés », (1976) 10 Revue roumaine d'études internationales 455 à la p. 455 [ci-après « Quelques considérations »].

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

*Landslov* du roi Magnus de Norvège qui elle obtient l'égalité de tous devant la loi<sup>13</sup>. Néanmoins, le renouveau religieux qui souffle sur l'Europe amène un remaniement des concepts sous des auspices plus divins. Ainsi, Saint-Thomas d'Aquin reprend le concept de loi naturelle pour l'adjoindre à l'autorité de Dieu. Dans la foulée de cette ferveur religieuse face à une révolution scientifique, il se crée dans les milieux intellectuels une croyance que la raison peut non seulement découvrir les lois physiques de la nature, mais aussi les lois de la nature dans les affaires humaines (éthique et justice). Dans cette nouvelle perspective, un juriste et diplomate présente en 1625, dans son œuvre *De jure belli et pacis* (Sur les lois de la guerre et de la paix), l'idée que la loi naturelle, physique et éthique, existe indépendamment du pouvoir politique et des autorités. Hugo Grotius proclame par le fait même que l'autorité politique et religieuse est le fait de l'homme et non de Dieu, et qu'en conséquence on peut en questionner ses lois et pratiques. Il énonce ainsi que les êtres humains dispose de certains droits inhérents qui les protègent et leur offre un traitement sans discrimination sur une base religieuse ou de statut civil. Dans cet ordre d'idée, cela revient donc à dire que ce ne sont pas les sujets qui existent pour le plaisir du prince, mais bien le prince qui existe pour diriger le royaume avec justice.

Cette contestation du droit divin alléguée par les rois font largement leur preuve dans les années qui suivent. Plusieurs documents accordant des droits aux individus voient ensuite le jour dont la *Petition of Rights* de 1628, l'acte d'*Habeas Corpus* de 1679 et *United Kingdom Bill of Rights* de 1689. Elle force aussi les philosophes politiques à prendre parti pour ou contre l'émancipation. Les pensées politiques de John Locke dans son *Deuxième traité sur le gouvernement* (1690) argumente qu'à l'état naturel l'homme, avant l'existence de sociétés régies possède des droits naturels. Les hommes sont donc nés libres et ont conséquemment le droit au plein usus de leurs droits naturels en parfaite égalité. La prémisse de cette déclaration tient évidemment du fait que les hommes ont formé des sociétés pour mieux assurer ces droits et non pour les abandonner à un souverain. Si un gouvernement, monarchique ou autre, viole ces droits naturels, alors le contrat existant entre le souverain et le peuple est nul et non avenue, donnant le droit au peuple de résister par la force s'il le faut<sup>14</sup>.

Suit le « siècle des lumières » où, contrairement à la doctrine prédominante sous l'édit de Milan, la vie devint un but en soi<sup>15</sup>, Emer de Vattel suit le même précepte en publiant que la loi naturelle a donné à l'homme sa personnalité qui ne peut lui être enlevé car il a un droit naturel de vivre quelque part (sous réserve de la sécurité du royaume)<sup>16</sup>. La plupart des publicistes attribuent la création de l'humanitarisme à Rousseau. Or, comme il est énoncé plus haut, l'idée maîtresse provient plutôt de Locke<sup>17</sup>. Quoiqu'il en soit, la fin du 17<sup>e</sup> et le début du 18<sup>e</sup> voient la naissance de l'humanitarisme. Dans son traité sur l'organisation de la société humaine, *Du contrat social*, Rousseau s'oppose au *Léviathan* de Hobbes et du conservatisme régnant. De fait, reprenant les idées de Locke, Rousseau pousse le raisonnement pour dire que la guerre est une affaire d'États et où les citoyens ne sont que des instruments. Ce faisant, ils ont donc un droit à la vie. Cette idée révolutionnaire en soi est vu par plusieurs comme la source du droit international humanitaire et donc de la protection de la personne humaine en temps de conflits armés<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Gordon, *supra* note 8 à la p. 13.

<sup>14</sup> *Ibid.* aux p. 14 et 15.

<sup>15</sup> « Quelques considérations », *supra* note 12 à la p. 455.

<sup>16</sup> L.C. Green, *Human Rights in Emergency Situations*, Conference of the Canadian Council on International Law, Université d'Ottawa, 1978, 19 à la p. 1.

<sup>17</sup> *Supra*, note 8 à la p. 21.

<sup>18</sup> « Quelques considérations », *supra*, note 12 à la p. 455.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

Avec la Révolution française une situation particulière se crée : pour protéger la Révolution des pouvoirs réactionnaires, les Français inventent la levée en masse où tous les citoyens sont soldats au service de la patrie. Par le biais d'un enrôlement volontaire, qui devient ensuite obligatoire, les Français créent une masse armée qui regroupe l'ensemble de la Nation. À la bataille de Valmy, l'histoire de la guerre est changée pour toujours : pour la première fois une armée professionnelle est défaite sur le champ de bataille par des paysans. Les répercussions sont énormes : puisque les paysans et ouvriers prennent maintenant part au combat, comment distinguer entre combattant et non-combattant ? Le problème ressurgit sous une forme plus intéressante encore lors de l'ère napoléonienne, particulièrement lors de la campagne d'Espagne. Une force irrégulière de *guérilleros* prend une part active aux combats et contribue encore à semer la confusion sur les combattants<sup>19</sup>. Avec ces masses armées irrégulières et la nouvelle puissance de feu, la question du traitement des blessés prend rapidement de l'importance vu les quantités incroyables de blessés. Pour permettre leur traitement, le 19<sup>e</sup> siècle revoit l'apparition du concept de ritualisation de la guerre par lequel les belligérants s'entendent pour les soigner<sup>20</sup>. On reconnaît ainsi le droit fondamental à la vie qui évolue maintenant dans le cadre des conflits armés. Toutefois, ce droit à la vie est fortement concurrencé par l'avènement de nouvelle technologie et par le manque de définition précise du statut des combattants<sup>21</sup>.

Le cas de la Guerre de Sécession américaine (1860-1865) illustre bien ce problème. Alors que les *Confederate States of America* utilisent des armées régulières pour mener son combat, elles utilisent aussi des *bushwackers*, des irréguliers. Le statut juridique de ces civils qui prennent part au combat embarrasse fortement les USA. Pour déterminer le droit applicable en temps de conflit interne aux civils et combattants, les USA adoptent et publient le 24 avril 1864 le premier code de conduite qui codifie les notions des us et coutumes de la guerre, soit le *General Order 100 – Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*<sup>22</sup>. Alors que les concepts classiques du droit international humanitaire y sont codifiés, tels la nécessité militaire et la perfidie, on y retrouve clairement identifier les notions de droit à la propriété et à la sauvegarde de ses biens (article 24), mais plus important encore celles du droit à la vie :

«... [is] no longer murdered, enslaved or carried off to distant parts, and the inoffensive individual is as little disturbed in his private relations as the commander (...) can afford... »<sup>23</sup>.

Au même moment naît de la Croix-Rouge en 1863 et à sa première convention sur le traitement des blessés et des malades dans les armées en campagnes. Ces premières codifications influenceront surtout la *Déclaration de St-Petersbourg*<sup>24</sup> (1868), limitant l'usage d'armes rendant la mort inévitable, qui causent des maux superflus ou

<sup>19</sup> L.P.F. Rouillard, *Le droit des conflits armés*, 1<sup>ère</sup> éd., Kingston, Imprimeries de la Reine, 1999, 250 aux p. 16-17.

<sup>20</sup> « Quelques considérations », *supra* note 12 à la p. 458. Suivant les auteurs, en Europe seulement plus de 291 conventions furent signées au 19<sup>e</sup> siècle sur la question du traitement des blessés, malades et prisonniers de guerre.

<sup>21</sup> D'après V. Chkhikvadze, « Armed Conflicts and Human Rights », (1979) 11 *International Affairs*, 43 à la p. 43, Erich Fromm aurait calculé que entre 1500 av. J-C et 1860, au moins 8000 traité de « paix éternel » ont été proclamés... La plupart ne durant que deux ans.

<sup>22</sup> R. Baxter, « Human Rights in War », (1977) 31 *Bulletin of the American Society of Arts and Sciences*, 1 à la p. 5.

<sup>23</sup> *Laws of War : Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*, préparé par Francis Lieber, LL.D. Originellement nommé *General Orders No. 100*, Adjutant General's Office, 24 avril 1863, : Government Printing Office., reproduit dans R.S. Shelley Hartigan, *Lieber's Code & the Law of War*, Chicago, 1983, 158 à la p. 49.

<sup>24</sup> *Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of certain Explosive Projectiles*, (1868) 474 Martens Nouveau Recueil (ser. 1) 18, 138 R.T. Consol. 297 (entré en vigueur le 29 novembre/11 décembre 1868).

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

qui ne peuvent distinguer dans leurs effets entre combattants et non-combattants. Le concept de nécessité militaire y est aussi repris.

De ce point, on assiste donc à deux branches du droit protégeant les victimes en temps de conflits armés : le droit de Genève et le droit de la Haye. Le premier vise la protection des victimes alors que le second vise à réglementer les méthodes et moyens de combat. Le droit international humanitaire se dote par la suite de nombreux instruments jusqu'à la première guerre mondiale<sup>25</sup>. Après celle-ci plusieurs autres instruments furent adoptés sur les principes de leurs précurseurs, mais aucun n'apporte de changements radicaux<sup>26</sup>. Ce n'est que des suites de la deuxième guerre mondiale que le droit évolue. Mais à partir de ce point il évolue rapidement. Les procès de Nuremberg et de Tokyo sont la cause principale de ces changements, alors que l'ONU marque les premiers pas dans la création d'un nouvel ordre juridique international.

### **LA PROTECTION INTERNATIONALE DU DROIT DE LA PERSONNE**

La problématique de l'applicabilité des normes de protection de la personne en situations d'exception est issue de la question des droits auxquels il est permis de déroger dans les instruments internationaux. La plupart des instruments internationaux de cet ordre possèdent une clause dérogatoire qui permet aux États de faire abstraction à ses droits pour des d'urgence. Les instruments qui n'en possèdent pas, tel le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*<sup>27</sup> disposent de clauses limitatives reposant sur le principe de légalité. On retrouve ces clauses dérogatoires aux articles 4 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*<sup>28</sup>, 27 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*<sup>29</sup> et 15 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*<sup>30</sup>. À ces mesures, on peut ajouter les clauses dérogatoires de l'article 4(b) de la *Charte de la Ligue des États arabes*<sup>31</sup> et l'article 35(1) de la *Convention de la Communauté des États indépendants*<sup>32</sup>. Toutefois, la présente recherche se concentrera sur la *Déclaration universelle*, les *Pactes* de 1966, la *Convention américaine* et la *Convention européenne*. De plus, on retrouve des clauses limitatives à l'article 30 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*<sup>33</sup> et aux articles 9(2) et 10 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*<sup>34</sup>. Ainsi on retrouve à l'article 30 de la *Déclaration universelle* :

<sup>25</sup> *Conventions de la Haye de 1899, de la Convention de Genève de 1906 et des Conventions de la Haye de 1907.*

<sup>26</sup> *Protocole de Genève 1925, Conventions de Genève de 1929, Protocole de Londres de 1936, etc.*

<sup>27</sup> *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 19 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3, art. 9-14, R.T. Can. 1976 n°. 47 (Entré en vigueur le 23 mars 1976).

<sup>28</sup> *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, art. 9-14, R.T. Can. 1976 n°. 47 (Entré en vigueur le 23 mars 1976).

<sup>29</sup> *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 18 juillet 1978 O.A.S.T.S. n°. 36, 1144 R.T.N.U. 123 (Entré en vigueur le 18 juillet 1978). [Ci-après *Convention américaine*]. Le Canada n'y a pas adhéré.

<sup>30</sup> *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213, R.T.N.U. 221, S.T.E. 5 [Ci-après *Convention européenne*]. (Entré en vigueur le 1 novembre 1953 tel que modifiée par le Protocole 11).

<sup>31</sup> *Charte de la Ligue des États arabes*, 15 septembre 1994, traduction anglaise dans 18 Hum. Rts. L. J. (1997) 15. Approuvée en septembre 1994, elle n'est pas encore en vigueur.

<sup>32</sup> *Convention de la Communauté des États indépendants*. Adoptée en mai 1995, elle n'est pas encore en vigueur.

<sup>33</sup> *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. AG 217(III), Doc. off. AG NU, 3<sup>e</sup> sess., supp. n°. 13, Doc. NU A/810 (1948) 71. [Ci-après *Déclaration universelle*].

<sup>34</sup> *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, OUA Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. (1982) 58 (Entré en vigueur le 21 octobre 1986). [Ci-après *Charte africaine*].

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

« Aucune disposition de la présente déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant la destruction des droits et libertés qui y sont énoncées. »<sup>35</sup>.

Quant aux articles 9(2) et 10 de la *Charte africaine* ils présentent respectivement les limites « ...dans le cadre des lois et règlements... » et « ...sous réserve de se conformer aux règles édictées par la loi... »<sup>36</sup>. Le problème est donc de définir à la base ce qu'est une urgence ou encore les limites de la loi. Ainsi, l'article 27 (Suspension des garanties) de la *Convention américaine* définit une urgence comme étant un cas : « ... de guerre, de danger public ou dans une autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un État partie... » et poursuit en précisant que ces garanties peuvent être suspendues que « ...strictement en fonction des exigences du moment... »<sup>37</sup>. Par opposition, l'article 15 de la *Convention européenne* permet de prendre des mesures dérogatoires aux obligations qu'elle énonce « En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation... »<sup>38</sup>. Le problème de telles définitions est la latitude qu'elles laissent aux États lorsqu'ils désirent affirmer leur pouvoir ou faire main-mise sur une situation. L'exemple le plus probant en est la cause *Ireland v. United Kingdom*<sup>39</sup>.

Dans cette affaire, la portée de l'article 15 de la *Convention européenne* fut examinée suite à la requête du gouvernement irlandais, contre le Royaume-Uni, qui alléguait que la loi de 1922 sur les pouvoirs d'exceptions des autorités civiles et les pratiques systématiques utilisés par le gouvernement du Royaume-Uni brimaient les articles 2 (droit à la vie), 3 (droit de ne pas être torturé ou soumis à des traitements inhumains), 5 (droit à la liberté) et 14 (traitement humain sans discrimination) de la *Convention européenne*. Il est à noter qu'au moment de cette affaire, seuls les *Protocole à la Convention de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n° 1* et *2* étaient en vigueur<sup>40</sup>. Se référant à l'article 15 (clause dérogatoire), le gouvernement irlandais argumenta que les mesures britanniques dépassaient largement le cadre de cet article qui limite la portée de la dérogation « ...dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international. »<sup>41</sup>. Le gouvernement irlandais renchérit dans une deuxième requête que la loi de 1972 sur l'Irlande du Nord, attribuant de larges pouvoirs au Parlement de l'Irlande du Nord quant à l'utilisation des forces britanniques, était en contravention de l'article 7 (*nullum crimen sine lege*) de la *Convention européenne*. La cour européenne, se basant sur l'affaire de *Chypres*<sup>42</sup>, de l'affaire *grecque*<sup>43</sup> et de l'affaire *Lawless*<sup>44</sup>, jugea que :

<sup>35</sup> *Déclaration universelle*, supra note 33, article 30.

<sup>36</sup> *Charte africaine*, supra note 34, articles 9(2) et 10.

<sup>37</sup> *Convention américaine*, supra note 29, article 27.

<sup>38</sup> *Convention européenne*, supra note 30, article 15.

<sup>39</sup> *Ireland c. United Kingdom*, [1978] 17 I.L.M. 680.

<sup>40</sup> Par opposition, les autres dispositions sont entrés en vigueur aux dates suivantes : *Protocole n° 3*, le 21 septembre 1970; *Protocole n° 4*, le 2 mai 1968, *Protocole n° 5*, le 20 décembre 1971; *Protocole n° 6*, le 1<sup>er</sup> mars 1985; *Protocole n° 7*, le 1<sup>er</sup> novembre 1988; *Protocole n° 8*, le 1<sup>er</sup> janvier 1990; *Protocole n° 9*, le 1<sup>er</sup> octobre 1994, *Protocole n° 10*, le 25 mars 1995 et le *Protocole n° 11*, le 1<sup>er</sup> novembre 1998.

<sup>41</sup> *Convention européenne*, supra note 30 à l'article 15.

<sup>42</sup> *Chypres c. Turquie*, cette affaire ne fut pas examiner quant au fond, les procédures d'examen ayant été arrêté à la demande conjointe des deux gouvernements Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, *Résolution 59(12)*, *Annuaire de la Commission européenne des droits de l'homme*, vol. 11, 690, 20 avril 1953.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

« Les limites du pouvoir de contrôle de la cour se manifestent avec une clarté particulière dans le domaine de l'article 15. Il incombe d'abord à chaque État contractant, responsable de la vie de sa nation, de déterminer si un danger public le menace, et dans l'affirmative, jusqu'où il faut aller pour le dissiper. (...) les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence d'un pareil danger et l'étendue des dérogations nécessaires pour le conjurer. L'article 15, par. 1, leur laisse en la matière une large mesure d'appréciation (...) Les États ne jouissent pas pour autant d'un pouvoir illimité dans ce domaine. Chargée, avec la Commission, d'assurer le respect de leurs engagements, la Cour a compétence pour décider s'ils ont excédé la « stricte mesure » des exigences de la crise. La marge nationale d'appréciation s'accompagne d'un contrôle européen. »<sup>45</sup>.

La cour a conséquemment débouté le gouvernement irlandais et reconnu que les actions britanniques n'avaient pas excédé les strictes mesures nécessaires des exigences de la situation<sup>46</sup>. L'État est donc tributaire de discrétion sur l'étendue des dérogations qu'il entreprend. Cette situation où l'État est à la fois juge et partie, quoique sujet à révision judiciaire, crée une situation pour le moins dangereuse. Comme le remarque Green, puisque la cour :

« ... held that the burden of proof was on the complainant, and that the standard to be applied was 'beyond reasonable doubt' (...) the chances of a Party being found guilty of wrongly declaring an emergency are somewhat remote... »<sup>47</sup>

Il signale de plus que pas même un *obiter dictum* ne suggère que la cour ait pu être convaincue si, dans l'exercice de sa discrétion, le gouvernement du Royaume-Uni avait excédé et continué d'excéder la portée des restrictions imposées par l'article 15<sup>48</sup>. La cour semble adopter le même raisonnement que dans l'affaire du *SS Wimbledon*<sup>49</sup> où la cour émit l'opinion qu'elle ne peut ni ne doit contempler une telle situation.

Ceci est à l'opposé du système inter-américain, où la *Convention américaine* ne s'est pas vue offrir de décision de la cour en ce qui pourrait constituer une guerre, un danger public ou une situation de crise qui menace la l'indépendance ou la sécurité de l'État, mais où la cour a eut à émettre un avis consultatif sur ce qui pourrait la constituer. Dans l'affaire *Habeas Corpus in Emergency Situations*<sup>50</sup>, la cour inter-américaine présente les conditions qui justifieraient une suspension des droits et libertés en invoquant l'article 27 de la *Convention*

<sup>43</sup> *Affaire grecque*, *Annuaire de la Commission européenne des droits de l'homme*, vol. 11, 701, 1967. Suite à quatre requêtes séparées de la Norvège, du Danemark, de la Suède et des Pays-Bas, une procédure avortée similaire à celle de l'affaire de *Chypres* fut entreprise.

<sup>44</sup> *Affaire Lawless*, Cour Eur. D.H. (Sér. A), n<sup>os</sup> 1, 2 et 3. Cette affaire se distingue du fait de la définition de la cour de ce que constitue un « danger public menaçant la vie de la nation ». La cour détermine qu'il s'agit d'une «... situation de crise ou un danger exceptionnel qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée en communauté composant l'État. ».

<sup>45</sup> *Ireland c. United Kingdom*, *supra* note 39 à la p. 68.

<sup>46</sup> A.S. Calogeropoulos-Stratis, *Droit humanitaire et droit de l'homme : la protection de la personne en période de conflit armé*, Genève, Institut Universitaire des Hautes Études Internationales, 1980, 258 à la p. 81.

<sup>47</sup> Green, *supra* note 16 à la p. 5.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> *Affaire du SS Wimbledon*, (1923) C.P.J.I. (Sér. A), n<sup>o</sup> 1, 163 à la p. 180.

<sup>50</sup> *Habeas Corpus in Emergency Situations*, Avis consultatif OC-8/87, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A), 1, 27 I.L.M. 519. [Ci-après *Habeas Corpus*].

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

*américaine*. Dans cette affaire, la cour prend une approche directe et énonce clairement que ces droits ne peuvent être niés que si les circonstances ne laissent que le recours à cette suspension pour préserver les valeurs les plus importantes d'une société démocratique<sup>51</sup>. La cour met donc d'abord et avant le principe de légitimité du système démocratique comme principe directeur de l'utilisation des mesures dérogatoires. Elle ajoute de plus dans le même paragraphe que la suspension des garanties ne peut pas être dissociée de « l'exercice effectif de la démocratie représentative » et que tout emploi des suspensions dans le but de miner un système démocratique est un usage illégitime de l'article 27. Il est de l'opinion de la cour l'opinion que ces droits ne peuvent être suspendus que si les conditions les plus strictes de l'article 27(1) de la *Convention américaine* sont remplies. Elle énonce sans ambages :

«... rather than adopting a philosophy that favors the suspension of rights, [it] establishes the contrary principle, (...) rights are to be guaranteed and enforced unless very special circumstances justify the suspensions of some, and that some rights may never be suspended, however serious the emergency. »<sup>52</sup>.

Contrairement à l'opinion de la cour européenne qui semble permettre la latitude à l'État sous réserve de révision judiciaire subséquente, la cour inter-américaine émet à l'avance son intention d'appliquer une interprétation *stricto sensu* des clauses de suspension de l'article 27. De plus, la cour ne permet pas la suspension proprement dite des droits ; elle en autorise seulement la suspension ou la limitation de l'exercice complet et effectif de ces droits. Les droits en tant que tels ne peuvent être suspendus d'après la cour parce qu'ils sont inhérents à l'être humain<sup>53</sup>. Ils sont donc inaliénables en soi<sup>54</sup>.

Ces approches des systèmes inter-américain et européen se voient distancés en partie par l'approche de la *Charte africaine*. Il est important de spécifier *en partie*, puisque si l'approche de la *Charte africaine* a été nouvelle lors de sa création, elle n'est plus la seule à réunir les droits et les obligations des individus, ni les droits économiques, sociaux et culturels dans un système régional de protection des droits de la personne. Ainsi, la *American Declaration on the Rights and Duties of Man* incorpore respectivement à ces articles XIII, XXIX, XXX, XXXI et XXXIV le droit aux bénéfices de la vie culturelle de sa communauté (XIII); le droit à la sécurité sociale (XVI), le devoir d'un comportement individuel qui permet le développement du potentiel des autres (XXIX); le devoir de support entre parents (particulièrement l'aide aux enfants et l'honneur dû aux parents) (XXX); le devoir de recevoir une éducation primaire au minimum (XXXI) et le devoir de servir la communauté et la nation (XXXIV)<sup>55</sup>. Le *Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union*<sup>56</sup> incorpore aussi certaines de ces notions. Dans une mesure restreinte de la vie culturelle et intellectuelle, la *Charte de la Ligue des États arabes* reconnaît quant à elle dans son article 35, que :

<sup>51</sup> *Ibid.* à la p. 38, para. 20.

<sup>52</sup> *Ibid.* aux p. 38 et 39, para. 21.

<sup>53</sup> *Ibid.* à la p. 37.

<sup>54</sup> A.L. Svenson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, Coll. International Studies in Human Rights, vol. 54, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, 780 à la p. 254

<sup>55</sup> *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, O.É.A. Rés. XXX, adoptée à la Neuvième Conférence Internationale des États américains, reproduit dans *Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System*, (1992) OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6, 1. Elle n'est toutefois pas encore en vigueur.

<sup>56</sup> Il est à noter que bien qu'il ne soit pas encore en vigueur, le *Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 28 juillet 2000, CHARTE 4422/00 proposé par le Praesidium inclut les droits économiques et sociaux à l'article 31. Une attention particulière y est donné quant à l'application « familiale » de cet article.



# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

« Citizens have a right to live in an intellectual and cultural environment in which Arab nationalism is a source of pride, in which human rights are sanctified and in which racial, religious and other forms of discrimination are rejected and international cooperation and the cause of world peace are supported. »<sup>57</sup>.

Il est toutefois exact de prétendre que la *Charte africaine* semble accorder une prédominance à ces droits et que la dialectique des droits individuels par opposition à celui des peuples comporte une vision plus collectiviste que les instruments des Amériques ou de l'Europe. Néanmoins, la rédaction des articles 9(2) et 10 force à demander si la protection de la *Charte africaine* n'est pas qu'illusoire<sup>58</sup>. La question n'est pas qu'abstraite : en déterminant la véritable force limitative des restrictions basées sur le principe de la légalité tel que présenté dans ces articles, on peut découvrir si la *Charte africaine* est un document juridique applicable ou un instrument politique servant les fins des régimes moins démocratiques de l'ensemble du continent. Le problème de la *Charte africaine* est que la *Commission africaine sur les droits de l'homme et des peuples* n'a pas eut à ce jour à ce prononcer sur cette question. Néanmoins, son article 60 fourni un principe directeur qui pourrait l'aider à acquérir une force juridique :

« La Commission s'inspire du droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples, (...) des (...) instruments africains relatifs aux droits de l'homme et des peuples, (...) de la Charte des Nations Unies, de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine, de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, des dispositions des autres instruments adoptés par les Nations Unies et par les pays africains dans le domaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que des dispositions de divers instruments adoptés au sein d'institutions spécialisées des Nations Unies dont sont membres les parties à la présente Charte. »<sup>59</sup>

De plus, son article 61 tente d'étendre la portée juridique en édictant :

« La Commission prend aussi en considération, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, les autres conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États membres (...), les pratiques africaines conformes aux normes internationales relatives aux droits de l'homme et des peuples, les coutumes généralement acceptées comme étant le droit, les principes généraux de droit reconnus par les nations africaines ainsi que la jurisprudence et la doctrine. »<sup>60</sup>

Il est important de noter qu'un protocole tentant d'établir une cour africaine a été écrit, mais son article 7 reprend *expressis verbis* les notions de la *Charte africaine* en édictant que dans ses délibérations: «...the Court shall be guided by the provisions of the Charter and the applicable principles stipulated in Articles 60 and 61 of the Charter. »<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> *Charte de la Ligue des États arabes*, supra note 31, article 35.

<sup>58</sup> Robertson, supra note 7 à la p. 209.

<sup>59</sup> *Charte africaine*, supra note 34, article 60.

<sup>60</sup> *Ibid.*, article 61.

<sup>61</sup> *Protocol to the African Charter on the Establishment of the African Court on Human and Peoples' Rights*, (1997) AU/LEG/MIN/AFCHPR/PROT.1 rev.2.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

Il faut donc déterminer le principe de la légalité en soi à partir des autres instruments. Une analyse de A.L. Svensson-McCarthy permet de définir la « légalité »<sup>62</sup>. À la base, la question est à savoir quelles sont les sources de lois qui sont incluses dans ce principe. Au niveau universel, ce sont principalement les articles 29 et 30 de la *Déclaration universelle* qui est concerné, la question de la légalité ne posant pas de problèmes sérieux lors de l'élaboration du *Pacte sur les droits civils et politiques*, ni celle du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* de 1966<sup>63</sup>. Dans le cas de l'article 29 et 30, le débat quant au principe de légitimité concernait surtout les premières propositions édictant que les droits ne pouvaient être limités que par la loi. Plusieurs pays du *Commonwealth* britannique trouvaient cette phrase trop limitative dans le pouvoir résiduel qu'elle conférait aux États. L'argument principal était qu'il existe plus que les moyens de la loi pour imposer des limites justifiées à l'exercice des droits mentionnés dans la déclaration et que trop souvent la loi elle-même est la source des infractions aux droits de la personne. Ces pays y préféraient plutôt une mention de la justice qui, à leurs yeux, étaient d'un ordre supérieur à la loi. Après maintes discussions, l'article 29 incorpora tout de même la notion de loi à son paragraphe 2, mais le critère de satisfaction juste des exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général lui fut adjoint. De plus, ces pays s'interrogeaient à savoir si cette notion n'incluait que les lois statutaires ou aussi les notions non-écrites de *common law*. Elle inclut tout ce qui émane de l'autorité législative<sup>64</sup>.

En définitive, ceci résulte en un concept qui impose une norme légale pré-établie d'application générale pour limiter les droits qui sont mentionnés, mais qui implique aussi que cette norme doit émaner d'une autorité législative compétente. Ceci protège l'individu des actes arbitraires de l'exécutif ou du judiciaire. Ensuite, le critère de satisfaction juste des exigences citées ci-haut garantie que ces limitations ne sont légitime que si elle rencontre les normes dans une société juste et démocratique. Puisque la *Déclaration universelle* fait une référence expresse à la *Charte des Nations Unies* en disant à son article 29(3) que ces droits et libertés ne peuvent être exercées contrairement à ses buts et principes, il ressort de plus que la notion de légitimité au niveau universel a un sens spécifique et indépendant<sup>65</sup>.

Au niveau régional, la question de légalité se pose dans l'article 30 de la *Convention américaine* : « *The restrictions (...) may not be applied except in accordance with the laws enacted for reasons of general interest and in accordance with the purposes for which such restrictions have been established.* »<sup>66</sup>. Cette question fut rapidement réglée, de façon unanime, par l'avis consultatif de la cour inter-américaine demandé par le gouvernement de l'Uruguay :

« [it] means a general legal norm tied to the general welfare, passed by democratically elected legislative bodies established by the Constitution, and formulated according to the procedures set forth by the constitutions of States Parties for that purpose... »<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> Svensson-McCarthy, *supra* note 54. Elle consacre un chapitre entier à l'analyse de ce concept au niveau universel et régional, offrant une large perspective qui circonscrit clairement cette notion.

<sup>63</sup> *Ibid.* aux p. 54 et 59 respectivement.

<sup>64</sup> *Ibid.* à la p. 58.

<sup>65</sup> *Ibid.* aux p. 58 et 59.

<sup>66</sup> *Convention américaine*, *supra* note 27 à l'article 30.

<sup>67</sup> *The Word 'Laws' in Article 30 of the American Convention on Human Rights*, Avis consultatif, OC-6/86, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A), No. 6, 1 à la p. 37. De plus, la cour opine : « [in] a democratic society, the principle of legality is inseparably linked to that of legitimacy by virtue of the international system that is the basis of the Convention as it relates to the 'effective exercise of

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

Pour la cour inter-américaine, il existe un lien inséparable entre légalité, institutions démocratiques et la primauté du droit. Elle s'en tient aux principes de l'affaire *Habeas Corpus*<sup>68</sup>.

La *Convention européenne* interprète la notion de légalité suivant des lignes similaires. Ainsi, suivant l'arrêt *Silver and Others*<sup>69</sup>, la cour européenne confirme la notion de ses arrêts précédents où « conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi » s'interprètent d'abord comme une référence au fait que ces interférences aux droits de la personne doit avoir une fondation juridique *a priori* dans la législation nationale. *A priori*, parce que la cour ne confirme que plus tard que cela inclut les notions de *common law* ainsi que celles des lois statutaires<sup>70</sup>. Le concept de légalité établit une norme minimale de respect de la loi nationale dans l'interprétation des instruments nationaux quant aux clauses dérogatoires. Or, cette norme est pour le moins fragile dans les pays ayant une constitution qui centralise les pouvoirs, l'État étant tributaire de la légalité. En restreignant la portée des protections données par la législation nationale, il peut contourner ce critère. En adoptant la vision limitative au travers de la *Déclaration universelle* et autres instruments internationaux, la *Charte africaine* offre donc une échappatoire qui laisse à penser que tant que les problèmes nationaux ne seront pas réglés, sa protection est illusoire.

S'il est établi le caractère restrictif des clauses dérogatoires, il reste à établir leurs portées. Suivant les systèmes et leurs instruments, il est important de définir si ces clauses visent les mêmes droits et les limitent dans la même mesure. Au niveau de la *Déclaration universelle*, il est démontré qu'il ne s'agit pas de clause dérogatoire, mais de l'application du principe de légalité, qui revient à faire de la législation nationale la limite des dérogations possibles. Il en va de même avec la *Charte africaine* et du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*<sup>71</sup>. Les instruments qui nous intéressent sont donc les *Convention américaine* et *Convention européenne*. L'article 27(2) de la *Convention américaine* édicte :

« 2. La disposition précédente n'autorise pas la suspension des droits déterminés dans les articles suivants: 3 (Droit à la reconnaissance de la personnalité juridique); 4 (Droit à la vie); 5 (Droit à l'intégrité de la personne); 6 (Interdiction de l'esclavage et de la servitude); 9 (Principe de légalité et de rétroactivité); 12 (Liberté de conscience et de religion); 17 (Protection de la famille); 18 (Droit à un nom); 19 (Droit de l'enfant); 20 (Droit à une nationalité); 23 (Droits politiques). Elle n'autorise pas non plus la suspension des garanties indispensables à la protection des droits susvisés. »<sup>72</sup>.

Par opposition, l'article 15(2) de la *Convention européenne* qui :

---

*representative democracy*, which results in the popular election of legally created organs, the respect of minority participation and furtherance of the general welfare, inter alid... », *Ibid.* à la p. 35.

<sup>68</sup> *Habeas Corpus*, supra note 50.

<sup>69</sup> *Silver and Others*, Cour Eur. D.H. (Sér. A), n° 61, 1 à la p. 33.

<sup>70</sup> *The Sunday Times*, Cour Eur. D.H. (Sér. A), n° 30 1 à la p.30.

<sup>71</sup> *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, supra note 27, articles 4 et 5(2). Respectivement: «... l'État ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi... » et «...Il ne peut être admis aucune restriction ou dérogation aux droits fondamentaux de l'homme reconnus ou en vigueur dans tout pays en vertu de lois, de conventions, de règlements ou de coutumes, sous prétexte que le présent Pacte ne les reconnaît pas ou les reconnaît à un moindre degré. ».

<sup>72</sup> *Convention américaine*, supra note 29 à l'article 27(2).

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

« (...) n'autorise aucune dérogation à l'article 2 [peine de mort], sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3[torture ou traitements inhumains], 4 (paragraphe 1) [esclavage] et 7[*nullum crimen sine lege*]. »<sup>73</sup>

Quant au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, son article 4(2) édicte :

« 2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6 [droit à la vie], 7 [torture ou traitements inhumains ou dégradants], 8 (par. 1 et 2) [esclavage et servitude], 11[emprisonnement pour engagement contractuel], 15[*nullum crimen sine lege*], 16[personnalité juridique] et 18[liberté de pensée, de conscience et de religion]. »<sup>74</sup>

Sur une base comparative<sup>75</sup>, on peut donc représenter schématiquement la protection offerte par ces instruments dans le tableau ci-bas en citant les droits qui ne peuvent être suspendus, limité ou autrement enfreint dans les systèmes où ils sont applicables.

Si l'on fait une synthèse de ces droits qui ne sont pas passibles de limitations ou de suspension, on découvre aisément que les seuls droits qui semblent universellement reconnus, en adjoignant comme seul et même document les deux *Pactes* de 1966, vu leurs portées différentes, sont : le droit à la vie, l'interdiction de la torture, des traitements inhumains ou dégradants, l'interdiction de l'esclavage et les principes de légalité et de non-rétroactivité. De plus, à l'intérieur même du principe de légalité, il est pertinent de noter qu'aucune protection ne couvre le droit à un jugement équitable et la *Convention européenne* ne contient pas de

<sup>73</sup> *Convention européenne*, supra note 30 à l'article 15(2).

<sup>74</sup> *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, supra note 28, article 4(2).

<sup>75</sup> DISPOSITION	DÉCLARATION UNIVERSELLE*	PACTE DROITS CIV ET POL	PACTE SUR LES DROITS ECOSOC	CONVENTION EUROPÉENNE	CHARTRE AFRICAINE	CONVENTION AMÉRICAINE
DRT À LA VIE	ARTICLE 3	ARTICLE 6		ARTICLE 2	ARTICLE 4	ARTICLE 4
INTERDICTION TORTURE, TRAITEMENTS INHUMAINS	ARTICLE 5	ARTICLE 7		ARTICLE 3	ARTICLE 4 ET 5	ARTICLE 5(1)
INTERDICTION ESCLAVAGE & SERVITUDE	ARTICLE 4	ARTICLE 8(1) & (2) RESPECTIVEMENT		ARTICLE 4(1)	ARTICLE 5	ARTICLE 6
LEGALITÉ ET RÉTROACTIVITÉ	ARTICLE 11(2)	ARTICLE 15		ARTICLE 7	ARTICLE 7(2)	ARTICLES 8(1) ET 9
PERSONNALITÉ JURIDIQUE	ARTICLE 6	ARTICLE 16			ARTICLE 5	ARTICLE 3 ET 24
LIBERTÉS PENSÉES, CONSCIENCE & RELIGION	ARTICLE 18	ARTICLE 18			ARTICLE 8	ARTICLE 12
DETTES (NON) EMPRISONNEMENT		ARTICLE 11				
PROTECTION DE LA FAMILLE					ARTICLE 18	ARTICLE 17
DRT À UN NOM						ARTICLE 18
DRT DE L'ENFANT						ARTICLE 19
DRT NATIONALITÉ	ARTICLE 15					ARTICLE 20
DRTS POLITIQUES	ARTICLE 21				ARTICLE 13	ARTICLE 23
LIB. D'EXPRESSION	ARTICLE 19				ART. 9(2)	
DROITS ECOSOC	ARTICLE 22		ARTICLE 1			
DRT ÉDUCATION PRIMAIRE	ARTICLE 26		ARTICLES 13(2)(a) ET 14		ARTICLE 17	
DRT VIE CULTURELLE	ARTICLE 27		ARTICLE 15			
ÉGALITÉ DE SEXES	ARTICLE 1	ARTICLE 3	ARTICLE 3			ARTICLE 24

\* Ce tableau est basé en partie sur celui présenté par Calogeropoulos-Stratis, supra note 46, p. 131. Toutefois, il présente ici l'ensemble des grands instruments dans un seul tableau comparatif.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

reconnaissance de la personnalité juridique<sup>76</sup>. On peut donc distinguer au sein des droits jouissant d'une protection indépendamment des *rationae temporis* et *conditionis*, deux catégories de droits : les « droits fondamentaux » et le « minimum irréductible de la protection de la personne humaine ». Dans les droits fondamentaux, on retrouve les droits qui sont protégés contre les limitations dans le seul champ d'applicabilité de ses instruments. Dans les droits qui constituent le « minimum irréductible de la protection de la personne », on retrouve le noyau dur des droits de la personne : les droits fondamentaux *stricto sensu*<sup>77</sup>. L'ensemble des autres droits ne survit pas en situation d'exception. Ils sont applicables qu'en temps de paix.

Or, s'ils peuvent être invoqués de façon universelle, leur force de loi demeure à être déterminée. En effet, dans le régime du droit international, tous les documents légaux n'ont pas nécessairement un caractère impératif sur ses signataires, suivant l'adhésion ou la ratification. Il faut d'abord distinguer l'importance de ces textes selon la source du droit international qu'elle représente<sup>78</sup>. La source première, en ce qui concerne les systèmes de protection de droit de la personne, est évidemment celle qui démontre le consentement explicite des États à être liés, soient les conventions. Or, il faut distinguer les déclarations faites au niveau international des traités internationaux et des conventions régionales multilatérales ou des traités bilatéraux.

Ceci pose dès lors la question de la force juridique de la *Déclaration universelle*. À ce sujet, trois thèses sont avancées. La première donne à la *Déclaration universelle* une force juridique dans la mesure où ses dispositions se fondent sur les obligations étatiques de la *Charte des Nations Unies*<sup>79</sup>. La seconde lui donne une force juridique limitée, mais qui n'est pas impérative en soi; dans le cas où une mesure étatique lui serait contraire, elle ne serait pas *ipso facto* entachée de nullité. Une telle violation sera relevée à la charge de l'État qui n'y remédie pas. La dernière thèse veut qu'elle soit comme tout autre et n'ai pas de force juridique<sup>80</sup>. Dès les années 1960, certains argumentent un caractère supérieur de la *Déclaration universelle* vu son acceptation à l'unanimité<sup>81</sup>. Cette acceptation sans opposition serait :

«... une volonté commune des États, une *opinio juris*, et sa violation par un État mettrait en jeu sa responsabilité morale en violant l'éthique internationale (...) il ne faudrait pas voir comme une simple résolution, mais comme un instrument -sans force contraignante obligatoire- qui a acquis un tel caractère de façon à entraîner pour les États un engagement moral incontestable, surtout après une pratique

<sup>76</sup> *Ibid.* à la p. 132. La protection limitée du droit à un jugement équitable se retrouve aux articles 10 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 14 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 6 de la *Convention européenne*, 7 de la *Charte africaine* et 8 de la *Convention américaine*.

<sup>77</sup> *Ibid.* à la p. 135.

<sup>78</sup> P.J. LaRose-Edwards, *Universal Human Rights Law*, thèse de maîtrise en droit, University of Wales, 1986, non publiée. L'auteur présente sept sources en ordre hiérarchique, soit : Traités, coutumes, principes généraux, décisions judiciaires, publicistes, droit naturel et les organisations inter-gouvernementales.

<sup>79</sup> *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7.

<sup>80</sup> Calogeropoulos-Stratis, *supra* note 46, p. 120.

<sup>81</sup> K. Suter, "An Inquiry of the Phrase : "Human Rights in Armed Conflicts" ", *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre* (Bruxelles), XV-3-4, 1976, 393 à la p. 399. Il y cite notamment le professeur Louis B. Sohn qui déjà en 1969 affirmait : « *In a relatively short period, the Universal Declaration of Human Rights has thus become a part of the constitutional law of the world community and, together with the Charter of the United Nations, it has achieved the character of a world law superior to all other international instruments and domestic laws.* ».

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

conventionnelle en la matière prouvant que son impact a dépassé de loin l'influence d'une simple décision de l'Assemblée générale... »<sup>82</sup>.

Cet argument est supporté par une partie des académiciens et praticiens du domaine à l'époque, qu'ils soient de l'Ouest ou de l'Est. Ainsi, Blitchenko déclare formellement en 1971 :

« ...il est universellement reconnu que la *Déclaration universelle* (...) est un document de caractère obligatoire qui a non seulement une valeur morale, mais également une force juridique (...) Ceci implique la conclusion selon laquelle l'application des dispositions de la *Déclaration universelle* (...) est également obligatoire pour les États (...) en état de conflit armé. »<sup>83</sup>.

Ceci est quelque peu prématuré et fait abstraction des clauses limitatives car :

« *The Travaux préparatoires make it clear that the overwhelming majority of the speakers did not intend (...) the Declaration to become a statement of law or of legal obligations, but a statement of principles devoid of any obligatory character, and which would have moral force only.* »<sup>84</sup>.

Lillich poursuit en mentionnant que si dans certains débats on retrouve une suggestion que la *Déclaration universelle* soit considérée comme un complément de la *Charte des Nations Unies* comme instrument authentique d'interprétation, ou encore une formulation des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, au sens de l'article 38(1)(c) du *Statut de la Cour Internationale de Justice*<sup>85</sup>, cet argument souffre juridiquement de fondements. Il affirme ainsi que l'Assemblée générale ayant adoptée la *Déclaration universelle* n'a pas l'autorité constitutionnelle pour interpréter la *Charte des Nations Unies*. Quant à la question de sa reconnaissance comme une formulation des principes généraux de droit, elle pose aussi de sérieux problèmes quant à son fond. En effet, si l'on peut prendre une interprétation libérale de l'article 38(1)(c) du *Statut de la Cour Internationale de Justice* pour reconnaître plusieurs des dispositions de la *Déclaration universelle* comme des principes généraux de droit, on ne peut pas supporter l'argument que cette déclaration représente une codification de ces principes<sup>86</sup>.

Conséquemment, on doit donc distinguer la force légale des traités auxquels les États apposent leur signature par le biais de leurs plénipotentiaires et qu'ils incorporent à leur législation nationale par leur ratification de celle des déclarations auxquels les États adhèrent. Alors que les premiers ont une force juridique opposable aux États, les secondes sont un engagement moral, sans une force juridique opposable.

<sup>82</sup> Calogeropoulos-Stratis, *supra* note 46, p. 121.

<sup>83</sup> I.P. Blitchenko, « Conflits armés et protection des droits de l'homme », *Revue de droit contemporain* (Bruxelles), 18, 1971, 23 à la p. 27. Il s'appuie principalement sur les conclusions de la Conférence internationale qui a souligné que « la Déclaration universelle (...) traduit un accord général des peuples du monde quant aux droits inaliénables et inaltérables de chaque homme et constitue un engagement pour les membres de la communauté internationale. ». *Ibid.* à la p. 27.

<sup>84</sup> R.B. Lillich, *International Human Rights*, 2<sup>ème</sup> éd., Toronto, Little, Brown & Company, 1991, 1062 à la p. 121.

<sup>85</sup> *Statut de la Cour Internationale de Justice*, 1 R.T.N.U. xvi, à l'article 38(1)(c). [Ci-après *Statut*].

<sup>86</sup> Lillich, *supra* note 84 à la p. 122.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

C'est pourquoi le régime applicable de la *Déclaration universelle* demeure pour le moins controversé. Ceci est d'autant plus vrai du fait du mécanisme de contrôle de son respect au travers de la *Résolution 1503*<sup>87</sup>. Cette résolution consiste en une procédure d'examen des plaintes d'infractions aux droits et libertés fondamentales au niveau universel. Toutefois, la portée de cette résolution est parfois méprise. Il ne s'agit pas de donner au Conseil économique et social un pouvoir de condamnation des États, mais plutôt d'un pouvoir d'enquête et de réconciliation. On ne peut donc pas attribuer une force juridique sur le fait de l'existence d'un moyen d'enquête, puisque celui-ci repose sur la volonté de coopération des États<sup>88</sup>. Il n'en est toutefois pas de même en ce qui concerne les *Pactes* de 1966, car ceux-ci sont des conventions ratifiées par les États et leur sont donc opposables. Toutefois, le mécanisme universel qu'il établit est faible<sup>89</sup>. La Commission qui examine les communications reçues ne peut se borner qu'à faire une constatation de la violation et ceci qu'après s'être assuré que tous les recours internes ont été épuisés<sup>90</sup>. La protection des droits de la personne au niveau universel est donc passablement limitée. Il en résulte que seuls les instruments régionaux déjà examinés sont applicables. Avec les clauses déroatoires et limitatives, il est clair qu'ils ne sont applicables qu'en temps de paix.

### *LE DROIT HUMANITAIRE APPLICABLE DANS LES CONFLITS ARMÉS*

Pour pallier à cette situation, le droit humanitaire applicable dans les conflits armés (DCA), souvent nommé droit international humanitaire (DIH), protège certains des droits de la personne du fait de son champ d'application limité aux situations de conflits armés. Toutefois, ce régime comporte plusieurs lacunes. Sa structure sépare nettement le temps de paix des situations d'exception. Néanmoins, toutes les situations d'exception ne justifient pas l'application de l'ensemble du DCA. Reposant d'un côté sur le « droit de Genève », soit le droit international humanitaire proprement dit, visant la protection des victimes des conflits armés, et de l'autre sur le « droit de la Haye », soit la réglementation des moyens et méthodes de combat, le DCA a une structure bicéphale. Il est divisible et subdivisé selon le type de conflit, ses belligérants ainsi que les *rationae conditionis, tempis et loci*<sup>91</sup>. Les protections du droit de Genève tentent de maintenir les droits fondamentaux de la personne aux travers de ses conventions et protocoles<sup>92</sup>. Toutefois, son champ d'application

<sup>87</sup> Conseil économique et social, *Procedure for dealing with communications relating to violations of human rights and fundamental freedoms*, Doc. off. CES NU, 1970, 1693<sup>e</sup> séance plén., Doc. NU E/1970/1503/SR.1693.

<sup>88</sup> M. El Kouhene, *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et en droit de l'homme*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, 258 à la p. 221.

<sup>89</sup> Par le biais du *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Rés. AG 2200A (XXI), Doc. off. AG NU, 21<sup>e</sup> sess., supp. n<sup>o</sup>. 16, Doc. NU A/6316 (1966) 302 (entrée en vigueur le 23 mars 1976) et aujourd'hui complété par le *Deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort*, Rés. AG 44/128, 1989, annexe, supp. n<sup>o</sup>. 49, Doc. NU A/44/49, 207 (entrée en vigueur le 11 juillet 1991). Le Canada a ratifié le premier *Protocole facultatif* le 19 mai 1976.

<sup>90</sup> El Kouhene, *supra* note 88 à la p. 214.

<sup>91</sup> Rouillard, *supra* note 19 aux p. 18, 184 et 185.

<sup>92</sup> *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949*, 75 R.T.N.U. 31; *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949*, 75 R.T.N.U. 85; *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949*, 75 R.T.N.U. 287; *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949*, 75 R.T.N.U. 287, (toutes quatre entrées en vigueur le 21 octobre 1950). [Ci-après *Convention I, II, III et IV*]. Signées par le Canada le 12 août 1949 et entrées en vigueur le 14 mai 1965. ; *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 1125 R.T.N.U. 3 et le *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, 1125 R.T.N.U.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

se limite à quatre situations : conflits armés internationaux, conflits armés non-internationaux, conflits armés non-internationaux internationalisés et situations de crises. Son applicabilité dépend de l'intensité du conflit, son étendue et ses participants.

Ainsi, dans le cas du conflit armé international, les *Convention I, II, III et IV* s'applique aux États qui les ont ratifiés du fait du champ d'application de l'article 2 commun à chacune des conventions, de même que le *Protocole I*, du fait de son article 1(3)<sup>93</sup>.

Dans le cas des conflits armés non-internationaux, conflits qui sont de plus en plus prédominants, la situation devient plus difficile car il faut d'abord différencier faire l'évaluation de l'intensité du conflit et de l'organisation de ces belligérants pour savoir si l'article 3 commun aux quatre conventions de 1949 s'adjoint au *Protocole II*. Ceci ressort de la définition de chacun de ces articles. Quant à l'article 3, il est souvent qualifié de « mini-convention », car il contient les droits de la personne protégée<sup>94</sup>. Il est un minimum irréductible. Or, comme il ressort de la lecture de l'article, on y reprend notamment les quatre droits inaliénables qui forment le minimum des droits irréductibles en situation de paix<sup>95</sup> en plus de tenter d'en élargir la portée. Le *Protocole II* comporte aussi cette protection minimale, mais accompagnée de nouvelles dispositions élargissant encore plus sa portée, à son article 4<sup>96</sup>. La logique est évidemment facile à comprendre : c'est en temps d'exceptions que la

---

609 (tous deux entrés en vigueur le 7 décembre 1978). [Ci-après *Protocole I* et *Protocole II*]. Signées par le Canada le 12 décembre 1977 et entrée en vigueur le 20 novembre 1990.

<sup>93</sup> Ibid. *Convention I, II, III et IV* à l'article 2 : « En dehors des dispositions qui doivent entrer en vigueur dès le temps de paix, la présente Convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles. La Convention s'appliquera également dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute

Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire. Si l'une des Puissances en conflit n'est pas partie à la présente Convention, les Puissances parties à celle-ci resteront néanmoins liées par elle dans leurs rapports réciproques. Elles seront liées en outre par la Convention envers ladite Puissance, si celle-ci en accepte et en applique les dispositions. » [Nous soulignons] ; et *Protocole I* à l'article 1(3) : « Le présent Protocole, qui complète les Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre, s'applique dans les situations prévues par l'article 2 commun à ces Conventions. ».

<sup>94</sup> Ibid. à l'article 3 commun aux quatre conventions de 1949 : « En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international (...), chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes :

1) Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue. A cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, (...): a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices; b) les prises d'otages; c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants; d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables (...).

2) Les blessés et les malades seront recueillis et soignés. Un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, pourra offrir ses services aux Parties au conflit. Les Parties au conflit s'efforceront, de mettre en vigueur par voie d'accords spéciaux tout ou partie des autres dispositions de la présente Convention. L'application des dispositions qui précèdent n'aura pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit. »

<sup>95</sup> *Supra*, note 75.

<sup>96</sup> *Protocole II*, *supra* note 92 à l'article 4 : « Article 4 -- Garanties fondamentales :

1. Toutes les personnes qui ne participent pas directement ou ne participent plus aux hostilités, qu'elles soient ou non privées de liberté, ont droit au respect de leur personne, de leur honneur, de leurs convictions et de leurs pratiques religieuses. Elles seront en toutes circonstances traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable. Il est interdit d'ordonner qu'il n'y ait pas de survivants.



# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

protection du droit de la personne devient le plus important vu les dérogations normalement accordées par les instruments de protection des droits de la personne. Toutefois, cette protection varie selon le conflit.

Ainsi, l'article 3 commun des conventions de 1949 est la protection de base *sine qua non*, applicable dès l'irruption d'acte de violence organisée. Ainsi, tout conflit armé à caractère non-international impliquant des combattants gouvernementaux contre des forces dissidentes entraîne l'application immédiate des protections qu'il offre. Il n'en va pas de même pour l'application du Protocole II. Celui-ci ne devient applicable que si les conditions de l'article 1(1) sont remplies :

« ... [s'ils] se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permet de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole. »<sup>97</sup>.

Il faut donc que les forces dissidentes aient une structure hiérarchique, incluant l'imposition d'un système disciplinaire, sous le commandement d'un ou de responsables. Mais, plus important encore, elles doivent contrôler efficacement un territoire qui permet la conduite d'opérations militaires continues et concertées. Or, les forces dissidentes n'atteignent normalement ce stade opérationnel qu'à la « phase de libération »<sup>98</sup>.

De plus, il faut distinguer les conflits armés non-internationaux des conflits armés non-internationaux internationalisés. C'est ce qui ressort d'abord de l'affaire du Nicaragua<sup>99</sup> et qui est confirmé avec quelques

---

2. Sans préjudice du caractère général des dispositions qui précèdent, sont et demeurent prohibés en tout temps et en tout lieu (...): a) les atteintes à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental des personnes, en particulier le meurtre, de même que les traitements cruels tels que la torture, les mutilations ou toutes formes de peines corporelles; b) les punitions collectives; c) la prise d'otages; d) les actes de terrorisme; e) les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur; f) l'esclavage et la traite des esclaves (...); g) le pillage; h) la menace de commettre les actes précités.

3. Les enfants recevront les soins et l'aide dont ils ont besoin et, notamment: a) ils devront recevoir une éducation, y compris une éducation religieuse et morale, telle que la désirent leurs parents ou, en l'absence de parents, les personnes qui en ont la garde; b) toutes les mesures appropriées seront prises pour faciliter le regroupement des familles momentanément séparées; c) les enfants de moins de quinze ans ne devront pas être recrutés dans les forces ou groupes armés, ni autorisés à prendre part aux hostilités; d) la protection spéciale prévue par le présent article pour les enfants de moins de quinze ans leur restera applicable s'ils prennent directement part aux hostilités en dépit des dispositions de l'alinéa c et sont capturés; e) des mesures seront prises, si nécessaire et, chaque fois que ce sera possible, avec le consentement des parents ou des personnes qui en ont la garde à titre principal en vertu de la loi ou de la coutume, pour évacuer temporairement les enfants du secteur où des hostilités (...), et pour les faire accompagner par des personnes responsables de leur sécurité et de leur bien-être.

<sup>97</sup> *Ibid.* à l'article 1(1).

<sup>98</sup> Rouillard, *supra* note 19 à la p. 188. Le développement de la guérilla tient en quatre phases : 1) préparatoire, 2) d'organisation progressive, 3) libération et 4) imposition d'un système étatique d'administration. Si la guérilla n'arrive pas à franchir l'étape 2 pour réaliser l'étape 3, le mouvement est condamné à mourir car seule la phase de libération peut faire perdre le contrôle aux forces gouvernementales. Sinon, le mouvement demeure catégorisé comme organisation terroriste et ne peut se voir reconnaître la protection de l'article 1(1) puisqu'il tombe dans la zone d'exception du champ d'application en accord avec l'article 1(2) du *Protocole II* : « Le présent Protocole ne s'applique pas aux situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues, qui ne sont pas considérés comme des conflits armés. ».

<sup>99</sup> *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, [1986] C.I.J. Rec. 1086. [Ci-après *Nicaragua*]

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

modifications dans l'affaire *Tadic*<sup>100</sup>. En effet, dans le cas de conflits armés non-internationaux, telles les guerres par combattants interposés de la guerre froide, il est fréquent qu'un État-tiers qui n'est pas partie au conflit supporte l'un des protagonistes. Ce fut le cas des rebelles *contras*, supportés par les États-Unis lors de la guerre civile au Nicaragua. La Cour internationale de justice (C.I.J.) a différencié dans cette affaire le lien de dépendance des *contras* du contrôle effectif américain sur leurs actions<sup>101</sup>. À partir de cette différenciation, la C.I.J. détermine qu'à l'intérieur d'un conflit armé, la participation d'un État-tiers peut entraîner une internationalisation du conflit, mais à l'égard de cet État seulement. Ainsi, dans le cas du Nicaragua, les *contras* combattaient dans un conflit armé non-international et étaient soumis aux règles de l'article 3 commun seulement, alors que les États-Unis étaient soumis à l'application complète des *Conventions I, II, III et IV*<sup>102</sup>. On observe alors l'application du régime juridique selon le statut des participants aux opérations. Ceci fut confirmé en première instance dans l'arrêt *Tadic*. Comme dans l'affaire du Nicaragua, le Tribunal Pénal pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de 1<sup>ère</sup> instance, a analysé le contexte sous l'angle de la question à savoir si les forces serbes de Bosnie-Herzégovine demeuraient sous le contrôle effectif du gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie (RFY) en vue de déterminer si les violations graves étaient imputables à cette dernière<sup>103</sup>. La Chambre de 1<sup>ère</sup> instance a déterminé que la RFY ne pouvait se voir imputer la responsabilité. Toutefois, la Chambre d'appel a pris une autre approche, se demandant si les actes accomplis par des personnes qui ne sont pas des agents de l'État entraînent la responsabilité de cet État, internationalisant le conflit armé non-international et le rendant un conflit armé international. Ceci entraînerait l'imputabilité des violations graves du DIH<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> *Procureur c. Dusko Tadic* (1995), Affaire n° IT-94-1-AR72 (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de 1<sup>ère</sup> instance), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/tce14.htm>> (date d'accès : 28 novembre 2000). [Ci-après *Tadic*].

<sup>101</sup> *Nicaragua*, *supra* note 99 au para. 115 : « United States participation, even if preponderant or decisive, in the financing, organizing, training, supplying and equipping of the contras, the selection of its military or paramilitary targets, and the planning of the whole of its operation, is still insufficient in itself, on the basis of the evidence in the possession of the Court, for the purposes of attributing to the United States the acts committed by the contras in the course of their military or paramilitary operations in Nicaragua. All forms of United States participation mentioned above, and even the general control by the respondent State over a force with a high degree of dependency on it, would not in themselves mean, without further evidence, that the United States directed or enforced the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian (...). Such acts could well be committed by members of the contras without the control of the United States. For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed... ». [Nous soulignons]

<sup>102</sup> *Ibid.* au para. 219 : « The conflict between the contras' forces and those of the Government of Nicaragua is an armed conflict which is "not of an international character". The acts of the contras towards the Nicaraguan Government are therefore governed by the law applicable to conflicts of that character; while the actions of the United States in and against Nicaragua fall under the legal rules relating to international conflicts... »

<sup>103</sup> *Tadic*, *supra* note 100 au para. 588 : «...must consider the essence of the test of the relationship between a de facto organ or agent, (...) and its controlling entity or principal, as a foreign Power, namely the more general question whether, even if there had been a relationship of great dependency on the one side, there was such a relationship of control on the other that, on the facts of the instant case, the acts of the VRS, including its occupation of opstina Prijedor, can be imputed to the (...) Federal Republic of Yugoslavia ... ». [Nous soulignons].

<sup>104</sup> *Procureur c. Dusko Tadic*, (1999), Affaire n° IT-94-1-AR72, (Tribunal Pénal pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/main.htm>>, (date d'accès : 30 novembre 2000) au para. 104 : « ...the question is that of establishing the criteria for the legal imputability to a State of acts performed by individuals not having the status of State officials. In the one case these acts, if they prove to be attributable to a state, will give rise to the international responsibility of that State; in the other case, they will ensure that the armed conflict must be classified as international... ». [Ci-après *Tadic* (Appel)].

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

En confrontant le test de responsabilité de l'affaire du Nicaragua, la Chambre d'appel distingue dans *Tadic (Appel)* les situations où un État mandate un individu pour commettre un acte illégal, des situations où un État mandate ce même individu à commettre des actes légaux, mais où cet individu agit *ultra vires* de son mandat. Dans ce cas, la Chambre d'appel soutient que l'article 10 du *Projet sur la responsabilité des États de la Commission de Droit International* impute malgré tout la responsabilité à l'État<sup>105</sup>. La Chambre d'appel affirme donc qu'à plus forte raison, cette responsabilité est encourue lorsque l'État mandate un groupe et qu'un individu de ce groupe commet un acte en violation du droit de la personne ou du droit international humanitaire, que cet acte soit mandaté ou *ultra vires*<sup>106</sup>. En conséquence, la Chambre d'appel a renversé la décision de la Chambre de première instance, déterminant que la République fédérale de Yougoslavie était en situation de contrôle effectif et qu'elle a donc la responsabilité des actions de ses agents. *Tadic* fut donc reconnu comme un agent de l'État et le conflit se trouvait donc internationalisé du fait de la responsabilité internationale de la République fédérale de Yougoslavie. L'ensemble des conventions était dès lors applicable. Si les *Protocoles I et II* avaient été ratifiés, le *Protocole I* aurait été le régime juridique international applicable.

Ceci complète donc le cercle, permettant d'élargir la protection des victimes des conflits armés par l'action de l'article 75 du *Protocole I*<sup>107</sup>. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que le *Protocole I* est additionnel aux

<sup>105</sup> *Rapport de la Commission de Droit International sur les travaux de sa trente-deuxième session*, Doc. off. CDI NU, 32<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/35/10, (1980) 31 à l'article 10.

<sup>106</sup> *Tadic (Appel)*, supra note 104 au para. 121 : « *This kind of State control over a military group and the fact that the State is held responsible for acts performed by a group independently of any State instructions, or even contrary to instructions, to some extent equates the group with State organs proper. Under the rules of State responsibility, as restated in Article 10 of the Draft on State Responsibility as provisionally adopted by the International Law Commission, a State is internationally accountable for ultra vires acts or transactions of its organs. In other words it incurs responsibility even for acts committed by its officials outside their remit or contrary to its behest. The rationale behind this provision is that a State must be held accountable for acts of its organs whether or not these organs complied with instructions, if any, from the higher authorities.* ». [Nous soulignons].

<sup>107</sup> *Protocole I*, supra note à l'article 75 : « Article 75 -- Garanties fondamentales : (...) »

2. Sont et demeureront prohibés en tout temps et en tout lieu les actes suivants, qu'ils soient commis par des agents civils ou militaires : a) les atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental des personnes, notamment : i) le meurtre; ii) la torture sous toutes ses formes, qu'elle soit physique ou mentale; iii) les peines corporelles; et iv) les mutilations; b) les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, la prostitution forcée et toute forme d'attentat à la pudeur; c) la prise d'otages; d) les peines collectives; et e) la menace de commettre l'un quelconque des actes précités.

3. Toute personne arrêtée, détenue ou internée pour des actes en relation avec le conflit armé sera informée sans retard, dans une langue qu'elle comprend, des raisons pour lesquelles ces mesures ont été prises. (...)

4. Aucune condamnation ne sera prononcée ni aucune peine exécutée à l'encontre d'une personne reconnue coupable d'une infraction pénale commise en relation avec le conflit armé si ce n'est en vertu d'un jugement préalable rendu par un tribunal impartial et régulièrement constitué, qui se conforme aux principes généralement reconnus d'une procédure judiciaire régulière comprenant les garanties suivantes : a) la procédure disposera que tout prévenu doit être informé sans délai des détails de l'infraction qui lui est imputée et assurera au prévenu avant et pendant son procès tous les droits et moyens nécessaires à sa défense; b) nul ne peut être puni pour une infraction si ce n'est sur la base d'une responsabilité pénale individuelle; c) nul ne sera accusé ou condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international qui lui était applicable au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier; d) toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie; e) toute personne accusée d'une infraction a le droit d'être jugée en sa présence; f) nul ne peut être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable; g) toute personne accusée d'une infraction a le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge; h) aucune personne ne peut être poursuivie ou punie par la même Partie pour une infraction ayant déjà fait l'objet d'un jugement définitif d'acquiescement ou de condamnation rendu conformément au même droit et à la même procédure judiciaire; i) toute personne accusée

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

*Conventions* de 1949. Il faut donc qu'il élargisse des protections auparavant dévolues par les *Conventions*. Or, le seul article donnant une protection comparable à celles des instruments de protection des droits de la personne est l'article 3 commun et celui débute en édictant : « En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes... »<sup>108</sup>. Est-ce à dire qu'en l'absence de ratification du *Protocole I*, les protections énoncées à cet article sont inopérantes ? Non. La réponse se trouve à la fois dans le *Statut du Tribunal Pénal sur l'ex-Yougoslavie*<sup>109</sup>, à son article 2 et dans l'arrêt de la Chambre d'appel de l'affaire *Tadic*. En incorporant les notions de l'article 3 commun des *Conventions* à l'article 2 de son *Statut*, puis en reconnaissant la possibilité d'internationalisation d'un conflit, la Chambre d'appel confirme *de facto* que l'article 3 s'applique aussi bien dans les conflits armés internationaux que dans ceux non-internationaux.

Or, si cette protection couvre les trois cas qui ont été couverts à ce point, elle s'arrête au temps d'exception qui ne font pas partie intégrante des cas d'application reconnus par le *Protocole II* ou qui ne rencontre pas l'intensité nécessaire pour être considéré comme un conflit armé. Alors que les systèmes de protection de droit de la personne sont limités ou suspendus dans leurs effets, les protections offertes par le droit international humanitaire demeure inopérante. C'est ici que se trouve le vide juridique de l'applicabilité des normes de protection de droit de la personne : le « *Merón Gap* ».

### **LE VIDE JURIDIQUE ET LES MOYENS POUR LE COMBLER : LE PROJET DU PROFESSEUR MERON**

Le vide juridique existant lors des situations d'exception porte à la base sur la différence des champs d'application des instruments de protection de droit de la personne et de ceux du droit international humanitaire,

---

d'une infraction a droit à ce que le jugement soit rendu publiquement; j) toute personne condamnée sera informée, au moment de sa condamnation, de ses droits de recours judiciaires et autres ainsi que des délais dans lesquels ils doivent être exercés.

5. Les femmes privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé seront gardées dans des locaux séparés de ceux des hommes. Elles seront placées sous la surveillance immédiate de femmes. Toutefois, si des familles sont arrêtées, détenues ou internées, l'unité de ces familles sera préservée autant que possible (...).

6. Les personnes arrêtées, détenues ou internées pour des motifs en relation avec le conflit armé bénéficieront des protections accordées par le présent article jusqu'à leur libération définitive, leur rapatriement ou leur établissement, même après la fin du conflit armé.

7. Pour que ne subsiste aucun doute en ce qui concerne la poursuite et le jugement des personnes accusées de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité, les principes suivants seront appliqués : a) les personnes qui sont accusées de tels crimes devraient être déférées aux fins de poursuite et de jugement conformément aux règles du droit international applicable; et b) toute personne qui ne bénéficie pas d'un traitement plus favorable en vertu des Conventions ou du présent Protocole se verra accorder le traitement prévu par le présent article, que les crimes dont elle est accusée constituent ou non des infractions graves aux Conventions ou au présent Protocole.

8. Aucune disposition du présent article ne peut être interprétée comme limitant ou portant atteinte à toute autre disposition plus favorable accordant, en vertu des règles du droit international applicable, une plus grande protection aux personnes couvertes par le paragraphe 1. »

<sup>108</sup> *Conventions I, II, III et IV, supra* note 92 à l'article 3.

<sup>109</sup> *Statut du Tribunal Pénal pour la poursuite des personnes responsables de violations graves du Droit international humanitaire commises dans les territoires de l'ex-Yougoslavie depuis 1991*, 25 mai 1993, originellement publié dans *Rapport du Secrétaire-général en accord avec le paragraphe 2 de la Résolution du Conseil de Sécurité 808(1993)*, (S/25704), approuvé par le Conseil de sécurité par la Résolution 827 (1993) du 25 mai 1993 et reprise dans A. Bouvier et M. Sassoli, *How Does Law Protect in War ?*, Genève, Comité International de la Croix Rouge, 2000, 1492 à la p. 1150. [Ci-après *Statut*].

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

tel que décrit ci-haut. Toutefois, le champ d'application n'est pas le seul obstacle important à l'établissement de normes minimales de protection de droit de la personne lors de ces situations d'exception. En plus des limitations et des dérogations de ces instruments, on doit aussi considérer le statut juridique des groupes armés non-étatiques face aux systèmes de protection de droit de la personne et le vice fondamental de ces instruments même, du fait de leur manque de spécificité<sup>110</sup>.

Quant au statut juridique des groupes armés non-étatiques, il faut d'abord observer que le niveau d'organisation et de sophistication de ces groupes varie extrêmement d'un conflit à l'autre et au sein même de ce conflit selon les phases de sa progression<sup>111</sup>. Ces groupes ne sont pas, à proprement parler, liés par les traités internationaux de droit de la personne. Les mécanismes universels et régionaux n'ont juridiction que sur le comportement des États. Les systèmes de protection de droit de la personne sont compris somme protégeant l'individu face aux actions de l'État, non pas entre individus. Bien que le préambule de la *Déclaration universelle* et les deux *Pactes* de 1966 reconnaissent l'obligation individuelle de promouvoir les droits de la personne humaine, il n'est pas clair de déterminer sur cette base si cela inclut aussi l'obligation légale des individus quant aux violations de ce droit<sup>112</sup>. Bien que de telles obligations aient existés sur une base individuelle dans quelques traités (p. ex. l'esclavage, le génocide), le secrétaire-général met en garde contre une imputation trop rapide en ce sens car cela risquerait de donner une légitimité à une répression contre les membres de ces groupes armés qui serait elle-même contraire aux principes de la protection de droit de la personne<sup>113</sup>.

De plus, les systèmes de protection sont eux-même viciés par le manque de spécificité des droits les plus fondamentaux qu'ils sont sensés protéger. Par contraste, les articles pertinents du droit international humanitaire décrit clairement ces droits et leur étendue. Néanmoins, ils ne sont pas applicables en temps d'exception alors que ceux des systèmes de protection des droits de la personne sont sensés être inaliénables. Pourtant, ils ne sont mentionnés qu'en des termes généraux laissant libre cours à interprétation<sup>114</sup>. Ce vide juridique est donc un abîme où se perd les droits les plus important des individus. Incapable de spécifier leur étendue, ni leur juridiction au regard des instruments normalement applicables indépendamment de la situation, puis incapable d'enjamber le gouffre par la mesure palliative qu'est le droit international humanitaire, les situations d'exception entraînent la mise à merci des personnes face à l'État qui décide de prendre des mesures drastiques pour assurer la survie de son régime politique.

Pourtant, cette situation est reconnue depuis longtemps. C'est d'ailleurs pourquoi il est si aberrant de voir le peu de progrès qui ont été fait dans ce domaine. D'autant plus que dès 1968, le problème se voit attribuer une reconnaissance implicite dans la *Résolution XIII* résultant de la *Conférence internationale des droits de*

<sup>110</sup> *Minimum Humanitarian Standards, Analytical Report of the Secretary-General Submitted Pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1997/21*, Doc. off. CES NU, 53<sup>e</sup> sess., Doc. NU E/CN.4/1998/87 (1998). [Ci-après *Analytical Report*].

<sup>111</sup> Rouillard, *supra* note 19 à la p. 194 : « (687) Dans l'ensemble, le problème des forces dissidentes au début de leur mouvement est simplement une question de ressource. (...) elles n'ont pas d'infrastructures pour détenir les combattants capturés ou les soigner. (688) (...) C'est pourquoi au début il y a souvent des massacres de PG (...) puisqu'ils n'ont pas prévu ce problème et ne connaissant pas d'obligations internationales obligeant le traitement humain, ils éliminent le problème à la source en exécutant les PG. ».

<sup>112</sup> *Analytical Report, supra* note 110 au para. 62.

<sup>113</sup> *Ibid.* au para. 64.

<sup>114</sup> *Ibid.* au para. 66.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

*l'homme*, tenue à Téhéran du 22 avril au 1 mai de cette année<sup>115</sup>. Malgré ce signal de départ, très peu d'actions concrètes suivent cette déclaration. En fait, aucune n'est prise pendant plus de vingt ans. Pourtant, les commentateurs et publicistes doctrinaires sont conscients de l'existence de cette lacune importante des systèmes de protection des droits de la personne. Mais, dans l'ensemble, personne n'apporte de solutions réalistes pour combler ce vide. D'où l'intérêt des travaux du professeur Meron sur la question.

Dans ses publications et conférences, Theodore Meron s'attaque à plusieurs sujets du droit de la personne et du droit humanitaire. On dénote d'abord une tendance à délimiter l'étendue du gouffre pour en comprendre la portée. Puis, au début des années 1980, on remarque une nette volonté de créer un cheminement juridique qui forcerait la reconnaissance des normes de droit de la personne en temps d'exception. Puisqu'il est peu probable d'en venir à un traité entre les blocs occidental et oriental au cœur de la guerre froide est, il cherche une interprétation nouvelle de la coutume et des traités existants pour faire progresser le débat. Avec la *Déclaration de Turku*<sup>116</sup>, il entreprend avec l'aide de l'*Institute for Human Rights* de faire adopter une résolution déclarant des normes humanitaires minimales qui seraient également applicables en temps de paix, en temps de conflits armés et en temps d'exception. Ces droits seraient intangibles et inaliénables, basés sur les traités et résolutions déjà existants pour consacrer son statut obligatoire sur les États. La démarche qu'il entreprend est implicite dans son livre *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*<sup>117</sup>. Comme le titre l'indique, il tente de faire reconnaître les normes communes de droit de la personne et celles du droit international humanitaire comme normes coutumières. Son argumentation prend plusieurs voies différentes pour arriver à cette convergence.

La première voie qu'il tente est celle de la reconnaissance des normes de protection de droit de la personne en droit international humanitaire comme *jus cogens*. Vu le caractère quasi-universel<sup>118</sup> des *Conventions* de 1949, il soutient qu'au moins une partie de leurs dispositions ont atteint ce statut. Sur cette base, il affirme que les normes de protection de droit de la personne qui y sont énoncées sont opposables à tous, y compris les États qui ne sont pas parties aux *Conventions*, ou même à ceux qui tenteraient de dénoncer ces *Conventions*. Sur ce dernier point, une telle dénonciation ne saurait être reconnue, le droit des traités rendant non-avenue toute déclaration interprétative ou réserve incompatible avec les buts et principes de ce traité<sup>119</sup>. De plus, la *Convention de Vienne* dispose d'une *lex specialis* à son article 60(5) qui interdit toute suspension des dispositions relatives aux droits de la personne dans un traité à caractère humanitaire même lorsque ces dispositions normatives n'ont pas le statut de droit coutumier, qui et reposent sur une base conventionnelle<sup>120</sup>.

<sup>115</sup> *La proclamation de Téhéran, l'Acte final de la Conférence internationale des droits de l'homme*, 1968/XXIII, 1968, U.N. Doc. A/CONF. 32/41, 3 à l'article 10 : « 10. Le déni massif des droits de l'homme qui résulte de l'agression et des conflits armés, aux conséquences si tragiques, cause d'indicibles détresses humaines et engendre les réactions qui pourraient plonger le monde dans des conflits toujours croissants. Il incombe à la communauté internationale de coopérer pour éliminer de tels fléaux... ».

<sup>116</sup> *Supra* note 3.

<sup>117</sup> Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, *supra* note 1. [Ci-après Meron, *Norms*].

<sup>118</sup> Avec la ratification des *Conventions* par l'Émirat à l'été 2000, seules les Îles Cooke et les Îles Marshall ne sont pas parties aux *Conventions*, amenant le total des pays partis à 191 sur 193 États officiellement reconnus. Il est à souligner qu'aucune des deux exceptions ne possède de forces armées autres que leurs forces constabulaires.

<sup>119</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, (1969) 331 R.T.N.U. 1155, à l'article 19 (entré en vigueur le 27 janvier 1980). [Ci-après *Convention de Vienne*].

<sup>120</sup> *Ibid.* à l'article 60(5).

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

Il supporte ensuite la création de normes internationales au travers d'une accumulation des sources susceptibles de les créer. Il appuie son argumentation sur l'affaire du Nicaragua où la C.I.J. a différencié dans leurs effets les normes conventionnelles et les normes coutumières même si les premières sont une codification des secondes. La C.I.J. détermine que même si un État dénonce un traité en vertu de l'article 19 de la *Convention de Vienne*, l'article 43 de cette même convention édicte qu'une telle dénonciation ne permet en aucun cas à un État de se soustraire de ses obligations en vertu du droit international, indépendamment du traité<sup>121</sup>. Donc, si la norme coutumière est codifiée dans un traité et que ce traité est dénoncé, la norme coutumière continue d'exister parallèlement à la norme conventionnelle et doit être suivie<sup>122</sup>. Or, la reconnaissance de ces normes coutumières existe dans la codification de la clause Martens :

« La dénonciation vaudra seulement à l'égard de la Puissance dénonçante (sic). Elle n'aura aucun effet sur les obligations que les Parties au conflit demeureront tenues de remplir en vertu des principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique. »<sup>123</sup>.

Les principes de droit des gens, usages entre nations civilisées et lois de l'humanité sont certes le *lex corpus* international dans lequel évolue la coutume. La clause Martens va plus loin : elle y associe aussi les exigences de la conscience publique. C'est aussi ce que tente de faire Meron en créant un poids, sinon juridique, au moins moral qui forcerait les États à reconnaître comme universelles les normes de protection de droit de la personne. Il se base sur l'affaire *Barcelona Traction*<sup>124</sup>, où la C.I.J. reconnaît les obligations *erga omnes*, c'est-à-dire applicables à l'égard de tous. Dans les cas des protections de droit de la personne, tous les États peuvent voir les obligations minimales contenues dans l'article 3 commun aux quatre *Conventions* comme étant dans leur intérêt légal pour la sauvegarde de leurs ressortissants à l'étranger. Ceci ressort de l'interprétation de l'article 1 commun des *Conventions*, qui édicte l'obligation de respecter et de faire respecter ces *Conventions* en toutes circonstances<sup>125</sup>. L'interprétation qui résulte de l'affaire *Barcelona Traction* suggère que les obligations de respecter et de faire respecter *erga omnes* sont celles qui sont acceptées dans le corpus général du droit international ou encore celles qui sont incorporées dans les instruments internationaux à caractère universel ou quasi-universel<sup>126</sup>. Puisque l'article 3 commun est reconnu de façon quasi-universelle, sinon universelle, il est clair qu'il réside dans la seconde catégorie. Meron argumente que ces droits sont d'un ordre éthique si élémentaire et sont repris dans de si nombreux instruments de protection de droit de la personne que la convergence de ces normes de base forme en fait un droit coutumier applicable en situation d'exception. Le but est de faire de même avec les autres droits fondamentaux pour les incorporer au minimum irréductible. Ce que Meron tente de recréer, par la reconnaissance de la clause Martens, l'inclusion de normes reconnues comme *jus cogens* et comme étant *erga omnes*, est en fait la notion de *jus gentium*<sup>127</sup>. Il veut recréer un système de droit éthique, basé sur un ensemble de règles juridiques provenant du droit naturel et applicable à tous. En effet, dans le développement de son chapitre sur les normes de droit de la personne comme droit coutumier, il affirme que

<sup>121</sup> *Ibid.* à l'article 43.

<sup>122</sup> Meron, *Norms*, *supra* note 1 aux p. 6 et 7.

<sup>123</sup> *Conventions*, *supra* note 92 aux articles communs 63 de la *Convention I*; 62 de la *Convention II*; 142 de la *Convention III* et 158 de la *Convention IV*.

<sup>124</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd.* (Belgique c. Espagne), [1970] C.I.J. Rec. 3, 32.

<sup>125</sup> *Convention I, II, III et IV*, *supra* note 92 à l'article 1.

<sup>126</sup> Meron, *Norms*, *supra* note 1 à la p. 31

<sup>127</sup> *Ibid.* à la p. 188 où il affirme que les obligations *erga omnes* datent d'au moins Hugo Grotius,

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

l'un des avantages de cette reconnaissance consiste à enchâsser ces normes vus leur caractère déjà reconnu de droit naturel, donc inhérent à l'individu<sup>128</sup>, ce qui en fait une norme à laquelle les États ne peuvent déroger. De plus, l'autorisation par plusieurs instruments, dont la *Charte africaine*, de puiser ses principes dans d'autres instruments est un indice certain des avantages du *jus gentium* de choisir les normes qui sont les plus favorables à l'individu pour la sauvegarde de ses droits fondamentaux. Ce faisant, ces instruments prônent non pas le caractère distinctif culturel, mais bien l'universalité de leur application. Ceci devient encore plus véridique lorsque l'on interprète ces instruments à la lumière des obligations *erga omnes* de la *Charte des Nations Unies*, contenus aux articles 55 et 56<sup>129</sup>. Or, c'est le manque de spécificité de ces droits qui est problématique.

Alors que la *Charte des Nations Unies* et la *Déclaration universelle* tracent les grandes lignes, ce sont les myriades d'autres instruments, auxquels peu d'États sont généralement parties, qui en déterminent les obligations précises. C'est pourquoi Meron argumente plutôt en faveur de la création de normes au travers de l'article 38(1)(c) du *Statut de la Cour Internationale de Justice*<sup>130</sup>. En appliquant les principes généraux du droit, la C.I.J. permet la maturation des normes pour qu'elles soient incorporées comme *jus cogens* dans un système de *jus gentium*. Sa démarche vise donc à multiplier les références à des documents de protection des droits de la personne pour que leurs normes soient progressivement incorporées dans les jugements des cours internationales et qu'elles soient finalement reconnues comme ayant une force juridique obligatoire sur les États. C'est ce qu'il tente d'accomplir au travers de la *Déclaration de Turku*.

### LA DÉCLARATION DE TURKU

Tel que le stipule le *Background Paper* introductif de la *Declaration of Minimum Humanitarian Standards*<sup>131</sup>, le concept d'une déclaration sur des normes minimales humanitaires a émergé au début des années 1980. Le document préparatoire a été finalisé à la *Norwegian Institute of Human Right* à Oslo en 1987. Ce document fut ensuite examiné et approuvé par un second comité d'experts à la *Abo Akademi University Institute for Human Rights* à Turku en Finlande du 30 novembre au 2 décembre 1990. Pour autant que la présente recherche ait pu le déterminer, il n'existe à ce moment aucune monographie ou article de périodique pertinent analysant le détail de cette déclaration. Il s'agit donc ici d'une argumentation nouvelle et première qui pourra servir de base sur une discussion future de cette déclaration.

Ce premier document de dix-huit articles incorpore visiblement les éléments nécessaires à sa reconnaissance à long terme tels qu'expliqués ci-haut. On note d'abord à son préambule la notion d'universalité au sens où un lien direct est établi entre la *Déclaration de Turku* et la *Charte des Nations Unies* ainsi que la *Déclaration universelle* dès son introduction :

<sup>128</sup> *Ibid.* à la p. 80

<sup>129</sup> *Charte des Nations Unies*, *supra* note 79 aux articles 55(1)(c) et 56. L'article 55(1)(c) édicte que les nations Unies favoriseront : « ...c. Le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion. ». L'article 56 rend cet engagement *erga omnes* en édictant : « Les Membres s'engagent, en vue d'atteindre les buts énoncés à l'article 55, à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation. ».

<sup>130</sup> *Statut*, *supra* note 85 à l'article 38(1)(c) édicte que la Cour, est soumis aux « ...c. principes généraux de droit reconnus par les nations civilisés... ».

<sup>131</sup> *Declaration of minimum humanitarian standards, revised by an expert meeting convened by the Institute for Human Rights*, *supra* note 3 à la p. 8.



# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

« Recalling the reaffirmation by the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights of faith in the dignity and worth of the human person... »<sup>132</sup>.

On y voit immédiatement la tentative de faire reconnaître les normes de protection au niveau universel. Ensuite, la *Déclaration de Turku* s'attarde en détail sur les problèmes inhérents de la structure des systèmes protection de droit de la personne en ce qu'ils sont inadéquats pour préserver les droits fondamentaux lors de situations d'exception, délimitant son champ d'intérêt particulier, mais non pas son champ d'application. En effet, l'énumération des situations d'exception est reprise à son article 1, mais celui-ci indique clairement que les normes minimales qui y sont énoncés ne peuvent faire l'objet de dérogation en aucune circonstance. Il précise que ces normes sont applicables qu'un état d'urgence ait été déclaré ou non<sup>133</sup>.

D'une façon inattendue, quoique déjà abordée dans ses colloques, mais qui ne semblait pas être une des parties des plus importantes du projet de Meron<sup>134</sup>, l'article 2 de la *Déclaration de Turku* édicte que ces normes seront respectées et appliquées par tous, incluant les individus, groupes et autorités, sans tenir compte de leur statut juridique et sans discrimination. Or, la question de la responsabilité étatique par rapport à celle de la responsabilité individuelle était l'un des facteurs des plus importants lors de l'affaire *Tadic* ; le fait que la République fédérale de Yougoslavie ne s'était pas vue imputé la responsabilité des actions de *Tadic* avait fait en sorte que le Tribunal Pénal, en première instance, a acquitté *Tadic*, alors qu'il était clairement prouvé qu'il avait commis les actions reprochées<sup>135</sup>. Bien que ceci fut renversé par la Chambre d'appel, il n'en demeure pas moins que la décision de première instance démontre une ambiguïté quant à la responsabilité individuelle par rapport à celle de l'État. L'article 2 établit donc un précédent notable qui innove sur la question de la responsabilité de violation des normes de droit de la personne et qui sera certainement suivi dans les prochains instruments internationaux.

L'article 3 vient ensuite établir les normes auxquelles nul ne peut déroger. Elle conserve à son paragraphe 1 les notions du droit international humanitaire quant au respect de la personne, dans un traitement humain sans discrimination de par son honneur, ses convictions et ses pratiques religieuses que l'on retrouve à l'article 75(1) du *Protocole I* et à l'article 4(1) du *Protocole II*<sup>136</sup>. Toutefois, on y ajoute les notions de liberté de pensée et de conscience que l'on ne retrouve que dans les instruments de protection de droit de la personne<sup>137</sup>. Son paragraphe 2 décrit ensuite les actes qui sont et demeurent proscrits, soient : a) les violences à la vie, la santé, le bien-être physique et mental (incluant le meurtre, la mutilation, la torture, le viol ainsi que tout traitement inhumain, cruel ou dégradants et les outrages à la dignité personnelle); b) les punitions collectives contre les personnes et leur propriété; c) la prise d'otages; d) la pratique, la permission ou la tolérance de disparitions involontaires, incluant l'enlèvement ou la détention non reconnue; e) le pillage; f) les privations intentionnelles de biens nécessaires à la survie tels la nourriture, l'eau potable et les médicaments; g) la menace ou l'incitation à commettre les actes ci-mentionnés. Il est intéressant à ce stade de remarquer que la *Déclaration de Turku* suit

<sup>132</sup> *Déclaration de Turku*, supra note 2 au préambule.

<sup>133</sup> *Ibid.* à l'article 1.

<sup>134</sup> T. Meron, « State Responsibility for Violations of Human Rights », (1989) 83 *American Society of International Law*, 372 à la p. 372.

<sup>135</sup> *Tadic*, supra note 100.

<sup>136</sup> Respectivement : *Supra* note 107 et note 96.

<sup>137</sup> Aux articles 18 de la *Déclaration universelle* et de la *Convention européenne*, 8 de la *Charte africaine* et 12 de la *Convention américaine*.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

la structure des *Conventions de Genève* de 1949, en ce que son article premier définit le respect de la déclaration, le second son champ d'application et son troisième les droits irréductibles qui sont protégés. Toutefois, elle s'en détache à partir de ce troisième article. En effet, les paragraphes (2)(a) et (c) de cet article couvrent bien les points (a), (b) et (c) du paragraphe 2 de l'article 3 commun des *Conventions* et il couvre l'ensemble des points énumérés aux articles 11 et 75(2) du *Protocole I* et 4(2) du *Protocole II* sauf deux points : la protection contre les peines corporelles que l'on retrouve à l'article 75(2)(a)(iii) du *Protocole I* et les protections contre les actes terroristes et l'esclavage ou la servitude que l'on retrouve respectivement aux paragraphes 2(d) et 2(g) de l'article 4 du *Protocole II*. On n'y retrouve donc pas les protections particulières des enfants et des femmes ainsi que les garanties judiciaires. On a plutôt opté pour la formule du *Protocole II* qui sépare par article chacune de ces dispositions. Par contre, on y ajoute la question des disparitions involontaires, qui ne se retrouve dans aucun texte de droit international humanitaire<sup>138</sup> et celle des privations de bien nécessaires à la survie, que l'on retrouve dans les articles 54 du *Protocole I* et 14 du *Protocole II*. Ainsi, l'article 4 garantit les droits pour les personnes détenues, incluant la reconnaissance de leur détention et leur droit de communication avec l'extérieur et le droit d'*habeas corpus*.

L'article 5 consacre pour sa part des principes primordiaux de droit humanitaire : l'inviolabilité des personnes ne prenant pas une part active à des actes de violence et, lorsque des personnes prennent une part active, le critère de proportionnalité doit être respecté<sup>139</sup>. Toutefois, alors que le but de la *Déclaration de Turku* est de fonder en des normes communes applicables le droit de Genève et le droit de la personne, une anomalie se glisse au paragraphe 3 de cet article. On y édicte que les méthodes et moyens prohibés d'utilisation dans les conflits armés ne peuvent être employés en aucune circonstance. Or, ceci découle directement du droit de la Haye, concernant la réglementation des méthodes et moyens de combat. Mais, ce qui est un peu plus inquiétant, est la formulation de l'article : « *Weapons or other material or methods prohibited in international armed conflicts must not be employed in any circumstances.* »<sup>140</sup>. Le choix de ces termes est dangereux. En effet, il suffit de penser à la *Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction*<sup>141</sup> pour en appréhender les effets. Cette convention interdit l'usage des armes chimiques en tout temps. Toutefois, elle dispose d'une clause d'exception concernant les armes anti-émeute, au sein desquelles on peut mentionner le gaz lacrymogène et le poivre de cayenne en jet liquide<sup>142</sup>. Celles-ci sont permises à des fins de maintien de l'ordre public. Or, la *Déclaration de Turku* s'appliquerait dans toutes les circonstances, donc en temps d'exception où les moyens de lutte anti-émeutes sont les plus susceptibles d'être utilisés. Suivre cet article équivaldrait à ne laisser aux forces de l'ordre que le choix du bâton et du canon d'arrosage ou encore celui de la puissance des armes à feu. Il serait prudent d'en inviter la révision.

<sup>138</sup> Mais qui fait l'objet de la *Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearances*, Rés. AG NU, 47/133., Doc. off. NU, 47<sup>e</sup> sess., 1992, Supp. n° 49, Doc. NU A/47/49, 207.

<sup>139</sup> De loin le précepte fondamental, la proportionnalité dicte qu'il doit y avoir une balance entre les moyens utilisés et l'objectif visé. Si les conséquences prévisibles sont disproportionnées, l'attaque doit être suspendue.

<sup>140</sup> *Déclaration de Turku*, supra note 2 à l'article 5(3).

<sup>141</sup> *Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction*, 13 janvier 1993. [Ci-après *Convention de Paris*].

<sup>142</sup> *Ibid.* à l'article 1(5), qui interdit l'emploi d'agents anti-émeute comme moyen de guerre (donc d'utilisation au combat) et à l'article 2(9)(d) qui édicte : « On entend par des 'fins non interdites par la présente convention' : (...) d) Des fins de maintien de l'ordre public, y compris de lutte anti-émeute sur le plan intérieur. ».

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

La déclaration poursuit à son article 6 en interdisant l'utilisation de la terreur, par la menace de commission ou la commission de violences. Ceci reprend les dispositions de l'article 51(2) du *Protocole I* et 13(2) du *Protocole II*. Il en va de même avec l'article 7 qui interdit les déplacements forcés, comme le font les articles 49 de la *Convention IV* et 58(1)(a) du *Protocole I* en relation avec l'article 49 précité, puis comme le fait l'article 17 du *Protocole II*. Ces articles ne présentent pas de difficultés d'interprétation et énoncent clairement les obligations.

Toutefois, une novation surgit à l'article 8, qui définit les droits des individus quant à la peine de mort. L'interdiction d'exécuter une sentence de mort contre une femme enceinte, les mères de jeunes enfants ou contre des enfants sous l'âge de 18 ans, de même que l'attente d'un délai de six mois avant l'exécution d'une telle sentence semblent une reprise des articles 68 de la *Convention IV*, 76(3) et 77(5) du *Protocole I* ainsi que de l'article 6(4) du *Protocole II*. Pourtant, un examen des dispositions citées permet de demander s'il ne s'agit pas d'un recul face au droit international humanitaire applicable dans les conflits armés. Alors que l'article 68 de la *Convention IV* interdit le prononcé d'une sentence de mort contre les enfants de moins de dix-huit ans, l'article 76(3) du *Protocole I* en interdit l'exécution contre une femme enceinte ou une jeune mère, mais pas le prononcé. Quant à l'article 77(5) du *Protocole I*, il suit les lignes de l'article 68 de la *Convention IV*. Puis, l'article 6(4) du *Protocole II* en interdit le prononcé contre des enfants de moins de dix-huit ans, mais pas contre une femme enceinte ou une jeune mère. Il est plutôt dommage que l'article 8 interdise à son paragraphe 3 l'exécution de la sentence sur ces personnes, mais pas le prononcé. Si la question peut paraître un point de sémantique, il est en réalité important : en effet, un des principes directeurs qui doit primer sur tout autre dans l'élaboration des textes est de ne jamais baisser le niveau d'une norme de protection. Ceci établi un précédent qui peut tenter les éléments les plus conservateurs à rétablir le niveau de protection par une correction à la baisse. De plus, le paragraphe 3 souffre d'une erreur sémantique quant au choix de mot en édictant : « *In countries which have not yet abolished the death penalty, sentences of death shall be carried out only for the most serious crime...* »<sup>143</sup>. Le but étant de diminuer le recours à la sentence capitale, le verbe *can* ou *may* (pouvoir) devrait être utilisé.

On retrouve à l'article 9 les normes de protection des garanties judiciaires. Ceci reprend les notions des articles 3(d) commun des *Conventions* de Genève, 75(4) du *Protocole I* et 6(2) du *Protocole II*. Bien que ces normes remplissent toutes celles énumérées à l'article 6(2) du *Protocole II*, en inversant simplement l'alinéa (c) de cet article avec l'alinéa (g) de l'article 9 de la déclaration, il demeure inquiétant une fois de plus que la barre a été abaissée comparativement avec les normes de l'article 75(4) du *Protocole I*. En effet, cet article comporte quatre normes de plus qui sont fondamentales, soit : la question de litispendance ou de chose jugée; le droit de contre-examen; le droit à une sentence publique et le droit d'information des recours d'appel et des délais de ces recours après condamnation<sup>144</sup>.

L'article 10 se préoccupe des droits de l'enfant en édictant qu'ils doivent être traités avec la mesure de protection requise par leur statut de mineur. Ceci reprend les grandes lignes des articles de la *Convention IV* concernant le traitement des enfants, mais il est curieux que se soit justement les grandes lignes qui sont énoncées et non pas les droits spécifiques, alors que le problème d'applicabilité des normes de protection

<sup>143</sup> *Déclaration de Turku*, supra note 2 à l'article 8(3).

<sup>144</sup> *Protocole I*, supra note 107 à l'article 75(4) aux alinéas (g), (h), (i) et (j).

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

relèvent normalement de ce manque de spécificité<sup>145</sup>. Le côté positif de cet article est la mesure spécifique concernant l'interdiction d'enrôler des enfants n'ayant pas atteint l'âge de 15 ans<sup>146</sup>.

L'article 11 vise quant à lui les conditions d'internement pour des raisons de sécurité étatique et reprend les termes de l'article 5 de la *Convention IV*.

L'article 12 combine la protection pour les blessés et les malades, accordant un droit à la protection et au traitement humain ainsi que celui de recevoir des soins. Il édicte que ces droits lui sont dus que la personne ait pris ou non part à des actes de violence, établissant ainsi le lien avec la notion de combattant hors de combat que l'on retrouve aux articles 3(1) commun des *Conventions*, 41 et 75(1) du *Protocole I* et 4(1) du *Protocole II*. On y reprend aussi la notion de triage, énonçant que la seule discrimination possible dans l'attente des soins est celle fondée sur la gravité de la blessure<sup>147</sup>. Ceci est intrinsèquement lié à l'obligation de rechercher et recueillir les blessés, malades et personnes manquantes dans les meilleurs délais qui est énoncé à l'article 13 de la déclaration<sup>148</sup>.

De la même manière, l'article 14 de la déclaration reconnaît le droit au personnel médical, sanitaire et religieux de porter secours et d'être respecté dans leur devoir, et que ce devoir doit être respecté<sup>149</sup>.

L'article 15 offre une porte ouverte aux organisations humanitaires lors de situations d'exceptions, alors que sous les *Conventions* et *Protocoles*, seule l'existence d'un conflit armé pouvait permettre cette implication<sup>150</sup>. Cet article pourrait avoir des répercussions très sérieuses<sup>151</sup> car cette porte ouverte semble être un encouragement à un métissage des mandats des organisations de protection de droit de la personne et celles de droit international humanitaire, alors que le débat devrait s'engager avec beaucoup de circonspection.

---

<sup>145</sup> Les articles 50 (droits aux soins et à l'éducation en territoire occupé) et 51 (interdiction du travail obligatoire) auraient pu être clairement édictés sans entraîner de tollé puisque se sont des droits quasi-universels.

<sup>146</sup> Respectant notamment les dispositions de la *Déclaration des droits de l'enfant*, Rés. AG NU 1386 (XIV), supp. n° 16, 1959, Doc. NU A/4354, 19; de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, Rés. AG NU 44/25, annexe, supp. n° 49, 1989, Doc. NU A/44/49, 167 ainsi que celles des articles 77(2) du *Protocole I* et 4(3)(c) du *Protocole II*. Il est toutefois regrettable que la protection de l'article 77(2) du *Protocole I* n'ait pas été soutenue car elle oblige les parties à sélectionner les enfants dans ces situations selon la tranche d'âge la plus âgée entre 15 et 18.

<sup>147</sup> Reprenant ainsi les dispositions des articles communs 12(3) des *Conventions I et II*, ainsi que celles des articles 10(2) du *Protocole I* et 7(2) du *Protocole II*.

<sup>148</sup> Et qui reprend *verbatim* les notions des articles 15 de la *Convention I*, 18 de la *Convention II*, 17 et 33 du *Protocole I* ainsi que de l'article 8 du *Protocole II*.

<sup>149</sup> *Déclaration de Turku*, supra note 2 à l'article 14(1) *in fine* : « They shall not be compelled to carry out tasks which are not compatible with their humanitarian mission. », reprenant ainsi les termes exacts des articles 15(2) du *Protocole I* et 9(2) du *Protocole II*.

<sup>150</sup> Articles 142 de la *Convention IV*, 70 du *Protocole I* et 18 du *Protocole II*.

<sup>151</sup> Lorsque l'on pense à l'élargissement du mandat d'*Amnistie Internationale* (AI) pour inclure le cas des enfants-soldats on commence à percevoir un entrecroisement des mandats des organisations de protection de droit de la personne et celles de droit international humanitaire. Le présent débat du *Comité International de la Croix-Rouge* (CICR) quant à savoir si les délégués doivent dénoncer les violations des droits de l'homme, s'il se termine par l'affirmative, pourrait voir le CICR oeuvrant à la sauvegarde des droits de la personne en situation d'exception et AI au secours de certains combattants en temps de conflit armé. Compte tenu de l'étiement des ressources présentes sur le terrain, alors qu'il n'existe aucun conflit « majeur », soit de haute intensité de combat, laisse à croire que dans une telle situation un déficit de ces ressources suivrait.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

L'article 16 inclut une notion de droit de protection des droits des groupes, minorités et peuples, incluant leur dignité et leur identité. Cette inclusion semble pour le moins s'inspirer des travaux qui ont mené à la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques*<sup>152</sup>, quoique adopter en 1993. La protection des minorités et la notion de groupe s'y retrouve expressément, donnant à penser que cette inclusion vise le lien avec cette nouvelle déclaration. Ceci correspond avec l'intention de Meron de créer une interdépendance entre les instruments pour en faire reconnaître les principes généraux. D'autant plus que le préambule de cette déclaration ne ménage pas ses propres références<sup>153</sup>.

Il est important de noter que l'article 17 vient apporter une précision capitale pour l'adoption des normes de la *Déclaration de Turku*. Il édicte que le respect de ces normes n'affecte en rien le statut légal de toute autorité, groupe ou personne impliquée dans une situation d'exception. Cette notion est primordiale pour en assurer l'universalité car les États jalourent leur souveraineté et surtout craignent fortement que l'application de toute norme internationale envers des groupes dissidents puisse servir comme outil de reconnaissance. Ceci reprend les termes des articles 3(2) *in fine* commun des *Conventions* de Genève et 3 du *Protocole II*.

Finalement, l'article 18 édicte sans détours à son paragraphe 1 que rien dans cette déclaration ne saurait limiter des droits offerts dans d'autres instruments internationaux. À son paragraphe 2, il énonce dans une des dispositions les plus claires et agressives qui soit :

« 2. *No restriction upon or derogation from any of the fundamental rights of human beings recognized or existing in any country by virtue of law, treaties, regulations, custom, or principles of humanity shall be admitted on the pretext that the present standards do not recognize such rights or that they recognize them to a lesser extent.* »<sup>154</sup>.

En réitérant le caractère excluant toute limitation ou dérogations aux dispositions de cette déclaration confirme l'intention des rédacteurs de vouloir élargir le minimum irréductible par la voie des instruments internationaux.

Cette description et les commentaires qui sont énoncés ici concernent donc cette première déclaration. Or, elle fut révisée à Oslo en 1994 et les changements suivant y furent apportés pour son adoption comme *Declaration of Minimum Humanitarian Standards* par la sous-commission sur la prévention de la discrimination et la protection des minorités, qui fait partie intégrante de la Commission sur les droits de l'homme, organe du Conseil économique et social de l'ONU.

<sup>152</sup> *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, Rés. AG NU 47/135, annexe, supp. n° 49, 1993 Doc. NU A/47/49, 210.

<sup>153</sup> *Ibid.* au préambule : « Désireuse de promouvoir le respect des principes contenus dans la *Charte*, la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, la *Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction* et la *Convention relative aux droits de l'enfant*, ainsi que dans d'autres instruments internationaux pertinents qui ont été adoptés sur le plan universel ou régional et dans ceux qui ont été conclus ... ».

<sup>154</sup> *Déclaration de Turku*, *supra* note 2 à l'article 18.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

### LA DECLARATION OF MINIMUM HUMANITARIAN STANDARDS

Cette déclaration diffère peu de la *Déclaration de Turku* et les commentaires présentés demeurent valides, à l'exception de l'article 8(3) où le verbe *shall* est remplacé par le verbe *may*.

Les changements apportés à la première déclaration résultent non pas de différences d'interprétation juridique, mais plutôt d'une évolution adaptatrice aux conflits qui ont émergés au début de la décennie des années 1990. Comme le *Background Paper* le cite : « *Because of the most recent conflicts, the words 'ethnic, religious and national conflicts' have been added in all pertinent paragraphs.* [Après examen, ce sont les articles 1(1), 15 et 17] »<sup>155</sup>.

Le premier changement structurel se situe à l'article 1 qui se voit ajouter un second paragraphe. Le paragraphe 2 de l'article 18 de la *Déclaration de Turku* lui est transposé pour s'assurer de la limpidité du concept de non-dérogação.

Ensuite, l'article 7 se voit aussi attribué un second paragraphe de nature nouvelle : le droit de demeurer en place. Issu du droit des réfugiés, il signale l'intention d'avoir un instrument qui projette l'interdépendance des sources conventionnelles des normes de protection de la personne.

L'article 15 se voit maintenu, mais dispose du droit à l'accès et à l'aide aux victimes pour les organisations internationale. Ce droit existait déjà dans les articles précités du droit international humanitaire. Toutefois, le commentaire demeure applicable dans son ensemble.

Un nouvel article 18 est introduit qui comporte l'obligation pour tout gouvernement, toute organisation intergouvernementale et toute organisation non-gouvernementale ainsi que leurs agents de faire respecter en totalité la déclaration.

De même, un nouvel article 19 inclut la notion de responsabilité individuelle quant à la violation du droit international humanitaire. Bien que cette addition doit être félicitée, car elle évite totalement le débat de l'affaire *Tadic*, elle laisse songeur devant le fait qu'elle n'inclut pas les violations du droit de la personne. Alors que l'ensemble de la déclaration semble vouloir faire converger ces deux droits, cet article les dissocie radicalement au point de vue de la responsabilité. Cet article est à mon sens le plus grand pas en avant et le plus grand échec de la déclaration. Bien qu'évidemment les problèmes qui résulteraient de l'inclusion de la responsabilité individuelle pour les violations de droit de la personne forcerait une nouvelle approche dans les mécanismes de protection, il apparaît clairement que ces réformes sont requises et que de tels changements seraient pour le mieux.

Enfin, la *Declaration of Minimum Humanitarian Standards* inclut l'article 20, qui reprend l'article 18, son paragraphe 1 en moins.

<sup>155</sup> *Declaration of Minimum Humanitarian Standards*, supra note 3 à la p. 8.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

### CONCLUSIONS

La présente recherche cherchait d'abord à déterminer l'étendue du vide juridique séparant l'applicabilité des systèmes de protection de droit de la personne et du droit international humanitaire lors de situation d'exception, pour ensuite analyser la démarche du projet du professeur Meron sur une base comparative avec les instruments de protection de droit de la personne.

Il ressort de cette recherche que le vide juridique en situations d'exception peu être beaucoup plus large qu'il est souvent cru. Bien que les systèmes de protection des droits de la personne protègent théoriquement les droits fondamentaux, il est clair que cette protection repose en grande partie sur le bon vouloir des États. Par le biais des clauses dérogatoires et l'interprétation des clauses limitatives, un État peut aisément circonvenir ces systèmes.

À la base, il n'existe que quatre droits qui font partis du minimum irréductible : le droit à la vie, l'interdiction de la torture, des traitements inhumains ou dégradants, l'interdiction de l'esclavage et les principes de légalité et de non-rétroactivité. Pour cette raison, le projet d'un instrument international fondant les principes de droit de la personne et ceux du droit humanitaire pour assurer une protection efficace en situation d'exception trouve tout son sens. Toutefois, la création d'un tel instrument qui peut être opposable aux États demeure difficile à concevoir. La résurrection d'un système de *jus gentium* peut être une voie, mais ces efforts se buteraient immédiatement aux juristes positivistes. Quant à la création des normes irréductibles sur la base des principes généraux du droit, encore faut-il que la C.I.J. soit disposées à les créer.

L'idée d'une déclaration ayant de multiples références à des instruments en vue de créer une interdépendance des traités internationaux est certainement une approche qui vaut d'être entreprise comme il a été fait. Toutefois, cette approche demeure sujette aux mêmes embûches qu'un système de *jus gentium* ou l'interprétation des principes généraux. Elle est dépendante d'une diffusion qui n'est pas garantie et dépend sur trop de facteurs pour être efficace à court terme par ces proches moyens. Car, au premier abord, il est évident que la *Declaration of Minimum Humanitarian Standards* est un pas de géant en avant. Toutefois, il s'agit d'un pas de géant qui s'arrête devant un mur. Le cas de son article 19 est probant : on ose faire le premier pas, mais on s'arrête là où le débat commence réellement.

Le défi n'est pas simplement de créer un instrument qui regroupe les principes du droit international humanitaire et celles du droit de la personne pour les proclamer applicables en tout temps. Le véritable défi consiste en la création d'un système efficace de sanctions pour les violations du droit de la personne. Pour y arriver, le débat doit se présenter non pas sous l'angle de la dualité de deux branches distinctes du droit international mais sous une vision commune de ces droits. En lieu et place de tenter de réconcilier par des instruments ces droits, il serait beaucoup plus profitable de les voir comme un seul et même droit : le droit de la personne.

Le droit international vise la protection des victimes de conflits armés. Qu'est-ce donc, sinon la protection des droits de la personne ? Pour parvenir à imposer une reconnaissance des droits fondamentaux comme étant inaliénables dans leur ensemble, on se doit de repenser la structure même du droit de la personne pour y inclure comme branche spécialisée le droit international humanitaire. En faisant le pont entre ces notions, les droits fondamentaux seraient reconnus comme quasi-universels, puisqu'ils le sont déjà en temps de conflit armés. Or,

# **Eastern European Humanitarian Law Journal**

## **Volume 2, Issue 2 (April 2005)**

si le pont est fait structurellement dans l'abstrait et que le droit de la personne est un droit qui vise principalement l'état de paix, on fait alors le lien de ces droits sur l'ensemble du spectre : de la paix à la guerre en passant par les situations d'exception. Ceci voudrait aussi dire que lors de situations d'exception, les violeurs des normes de protection de droit de la personne seraient passible de condamnation individuelle devant les instances existantes de protection de ces droits.

Maintenant qu'il existe une déclaration de normes humanitaires minimales, il importe de le diffuser dans le but de la faire reconnaître comme principe général du droit international.

Néanmoins, les spécialistes du domaine de protection de droit de la personne se doivent d'étudier en profondeur un changement structurel de cette protection pour faire en sorte qu'avec une pression cumulative, les États n'aient d'autres choix que de reconnaître comme applicables en tout temps et particulièrement en situations d'exception les droits fondamentaux comme normes intangibles et inaliénables.



# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

### BIBLIOGRAPHIE

#### JURISPRUDENCE

- Affaire des réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc*, (1924) R.S.A.N.U. II, 641.  
*Affaire du Détroit de Corfou*, Rec. C.I.J., 1949, 4.  
*Affaire du droit de passage en territoire indien* (Portugal c. inde), Rec. C.I.J., 1960, 6.  
*Affaire du Lotus*, (France c. Turquie), (1927) C.P.I.J. Rec. Série A, no. 9, p.28.  
*Affaire du Plateau continental de la mer du Nord* (R.F.A. c. Danemark et Pays-Bas), Rec. C.I.J., 1969, 4.  
*Affaire du SS Wimbledon*, (1923) C.P.J.I. (Sér. A), n° 1, 163.  
*Affaire grecque*, *Annuaire de la Commission européenne des droits de l'homme*, vol. 11, 701, 1967.  
*Affaire Lawless*, Cour Eur. D.H. (Sér. A), n° 1, 2 et 3.  
*Affaire relative à l'usine de Chorzow*, C.P.J.I., Rec. Série A, no. 7.  
*Avis consultatif de la Cour Internationale de Justice du 8 juillet 1996 : Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, [1996], no. 95, C.I.J., <http://www.dfait-maeci.gc.ca/francais/foreignp/disarm/agavis.txt>.  
*Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd.* (Belgique c. Espagne), [1970] C.I.J. Rec. 3, 32.  
*Case concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, [1986] C.I.J. Rec. 1086.  
*Chypres c. Turquie*, Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, *Résolution 59(12)*, *Annuaire de la Commission européenne des droits de l'homme*, vol. 11, 690, 20 avril 1953.  
*Danzig Railway Officials*, [1928] C.P.I.J.  
*Habeas Corpus in Emergency Situations*, Avis consultatif OC-8/87, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A), 1, 27 I.L.M. 519.  
*Ireland c. United Kingdom*, [1978] 17 I.L.M. 680.  
*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial Incident at Lockerbie*, (Lybia v. U.S.), 1992 I.C.J.  
*Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, C.I.J. Rec.1949, 174.  
*Silver and Others*, Cour Eur. D.H. (Sér. A), n° 61, 1.  
*The Caroline*, (1837) (2 Moore 409 I R.A.I. 681)  
*The Sunday Times*, Cour Eur. D.H. (Sér. A), n° 30, 1.  
*The Word 'Laws' in Article 30 of the American Convention on Human Rights*, Avis consultatif, OC-6/86, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A), No. 6, 1

#### DOCTRINE

##### **Monographies**

- P. Bretton, *Le droit de la guerre*, Paris, Armand Colin, 1970, 95 pp.  
D.W. Bowett, *Self-Defense in International Law*, New York, Frederick A. Praeger, 1958.  
I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963.  
E. de Vattel, *The Laws of Nations or the Principles of Natural Law*, Washington, Carnegie Intitution of Washington, 1916.  
A.S. Calogeropoulos-Stratis, *Droit humanitaire et droit de l'homme : la protection de la personne en période de conflit armé*, Genève, Institut Universitaire des Hautes Études Internationales, 1980.  
J. Castonguay, *Les casques bleus au Rwanda ---*  
R. Clayton, *The Law of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1998.  
S. Dadidson, *Grenada*, Avebury, Aldershot, 1989.  
Y. Distein, *War, Agression amd Self-Defense*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1994.  
H.E. Eccles, *Military Concepts and Philosophy*, New Brunswick (NJ), Rutgers University Press, 1965.  
B.Ehrenreich, *Blood Rites*, New York, Metropolitan Books, 1997.  
M. El Kouhene, *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et en droit de l'homme*, Boston, Martinus Nijhoff Publisher, 1986.  
C. Émanuelli, *Droit international public*, tome I, 2<sup>e</sup> éd., coll. « Bleue », Montréal, Édition Wilson & Lafleur, 1993.  
C. Émanuelli, *Les actions militaires de l'ONU et le droit international humanitaire*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997.  
C. Émanuelli, *Les casques bleus : policiers ou combattants ?*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997.  
T. Finlay, *The Blue Helmets' First War ? ---*

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

- P.G. Gordon, *The Evolution of International Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1998.
- H. Grotius, *De Jure ac Pacis Libri Tres*, vol. II, bk. I, Washington, Carnegie Endowment for International Peace.
- S. Guinchard et G. Montagnier, dir., *Lexique de termes juridiques*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1993.
- R. Holmes, *The World Atlas of Warfare*, Londres, Pinguin, 1988.
- U. Ketpar-Smer, « À propos du droit d'ingérence », *Mélanges en l'honneur de Nicéphore Logothète*, Inconnu, Inconnu.
- P.J. LaRose-Edwards, *Universal Human Rights Law*, thèse de maîtrise en droit, University of Wales, 1986, non publiée.
- F. Lieber, *Laws of War : Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*, originellement publié sous *General Orders No. 100*, Adjutant General's Office, Government Printing Office, 1863.
- R.B. Lillich, *International Human Rights*, 2<sup>ème</sup> éd., Toronto, Little, Brown & Company, 1991, 1062.
- R.B. Lillich, *Humanitarian Intervention and the United Nations*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1973.
- R.B. Lillich, *The Use of Force, Human Rights and general International Legal issues*, *U.S. Naval War College Studies*, vol. 62, Newport (RH) Naval War College Press, 1980.
- F.X. de Lima, *Intervention in International Law*, Uitgeverij Pax Nederland, Den Haag, 1971.
- T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1991.
- R.L. O'Connell, *The Ride of the Second Horseman*, Oxford, Oxford University Press, 1997.
- I. Peanson, *Manual of the Terminologie of the Law of Armed Conflict and of International Humanitarian Organisations*, Bruxelles, Bruylant, 1989.
- A.H. Robertson et A.J. Merrills, *Human Rights in the World*, New York, Manchester University Press, 1989.
- L.P.F. Rouillard, *POF 488- Le droit des conflits armés*, 1<sup>ère</sup> éd., Kingston, Imprimeries de la Reine, 1999.
- R.S. Shelley-Hartigan, *Lieber's Code & the Law of War*, Chicago, 1983.
- N. Sing, *Enforcement of Human Rights in Peace and War and the Future of Humanity*, Boston, Martinus Nijhoff Pub, 1986.
- B. de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense*, New York, Routledge, 1995.
- A.L. Svenson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, Coll. International Studies in Human Rights, vol. 54, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.
- M. Torelli, *Le droit international humanitaire*, Coll. Que sais-je ?, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, Presse Universitaire de France, 1989.
- R. Tuck, *The Right of War and Peace : Political Thoughts and the International Order from Grotius to Kant*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

### Ouvrages collectifs

- H.H. Almond Jr., « Human Rights in Armed Conflict – Interaction of Foreign policy and Law in War and Peace », dans H.H. Han, dir., *A World in Transition : Challenges to Human Rights, Development and World Order*, Washington (D.C.), University Press of America, 1979.
- A. Bouvier et M. Sassoli, *How Does Law Protect in War ?*, Genève, Comité International de la Croix Rouge, 2000, 1492.
- CICR & The Henry Dunant Institute, *Bibliography of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, 2<sup>ème</sup> édition, Genève, CICR, 1987.
- R. Guilien et J. Vincent, *Lexique de termes juridiques*, 9<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 1993.
- W. Langley, *Encyclopedia of Human Rights issues since 1945*, New York, Greenwood, 1999.
- A. Randelzhofer et C. Thomuscat, *State Responsibility and the Individual Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1999.

### Articles

- , « International Human Rights Law », ---, no. AMICUS 854026
- , « Interrelationships in the Implementation... », (1983) 33 (1) *American university L. Rev.*, 117.
- M. Alexie et P.H. Iiescu, « Quelques considérations sur la protection des droits de l'homme en période de conflits armés », (1976) 10 *Revue roumaine d'études internationales* 455.
- C.M. Bassiouni, « The Proscribing Function of... », (1982) 9 *Yale J. of World Public Order*, 1.
- C.M. Bassiouni, « Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Rights », (1996) 59 *L. and Contemp. Prob.*, 1.
- R. Baxter, « Human Rights in War », (1977) 31 *Bulletin of the American Society of Arts and Sciences*, 1.
- B.M. Benjamin, « Unilateral Humanitarian Intervention : legalising the use of force to prevent human right atrocities », (1993) 16 *Fordham International Law Journal*, 609.
- D. Bills, « International Human Rights and Humanitarian Intervention », (1996) 31 (1) *Texas Int'l L.J.* 107.
- I.P. Blitchenko, « Conflits armés et protection des droits de l'homme », *Revue de droit contemporain*, 18, 1971, 23.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

- Y. de Brière, « Évolution de la doctrine et de la pratique en matière de représailles », (1928) 22 (ii) R.C.A.D.I., 237.
- B.F. Burmester, « On Humanitarian Intervention : The New World Order and Wars to Preserve human rights », (1994) Utah Law Review, 269.
- M.L. Burton, « Legalising the Sublegal :A Proposal for Codifying a Doctrine of Humanitarian Intervention », (1996) 85 The Georgetown L. J., 417.
- V. Chkhikvadze, « Armed Conflicts and Human Rights », (1979) 11 *International Affairs*, 43.
- F. Dufresne, « Obligation des états en situation d'urgence nationale », (1999-2000) 31 (2) Ottawa L. Rev., 299.
- T.O. Elias, « New Perspective », (1981) 10 Denver J. Int'l L. & Pol., 409.
- C. Ellerman, « Command Sovereignty Gives Way to Concern of Humanity », (1993) 26 Vanderbilt J. Transnat'l L., 341.
- C. Émanuelli, « La Convention sur la Sécurité du Personnel des nations Unies et du Personnel Associé : des Rayons et des Ombres », (1995) 99 (4) R.G.D.I.P. 849.
- C. Émanuelli, « L'immunité souveraine et la coutume internationale », (1984) 22 Canadian Yearbook of International Law, 26.
- C.E. Evans, « The Concept of 'Threat to Peace' and Humanitarian Concerns : Probing the Limits of Chapter VII of the U.N. Charter », (1995) 5 Transnational Law and Contemporary Problems, 213.
- P. Fauteux, « Droit d'ingérence et non-intervention », (1992) *Conseil Canadien de droit international*, 161.
- C.G. Fenwick, « Intervention : Individual and Collective », (1945) 39 A.J.I.L., 645.
- L.E. Fielding, « Taking the Next Step in the Development of Human Rights; the Emerging Right of Humanitarian Assistance to Restore Democracy », (1995) 5 (2) Duke J. of Comp. & Int'l L. 329.
- J.E. Fink, « From Peacekeeping to Peace Enforcement : The Blurring of the Mandate for the Use of Force in Maintaining International Peace and Security », (1995) 19 Maryland Journal of International Law and Trade, 1.
- J.-P. Fonteney, « The Customary International Law Doctrine of Humanitarian Intervention », (1974) 4 California Western International Law Journal, 203.
- J.A. Gallant, « Humanitarian Intervention and Security Council Resolution 688 : a Reappraisal in Light of a Changing World Order », (1992) 7 The American University J Int'l. L. and Pol., 881.
- E. Giraud, « La théorie de la légitime défense », (1934) 49 (iii) R.C.A.D.I., 691.
- E. Giraud, « Le respect des droits de l'homme dans la guerre internationale et la guerre civile », (1958) 74 Revue Générale du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger, 208
- R.E. Gordon, « Humanitarian Intervention by the United Nations : Iraq, Somalia and Haiti », (1996) 31 Texas International Law Journal, 42.
- C. Greenwood, « International Law and the United States' Air Operation Against Lybia », (1987) 89 *Western Virginia Law Review*, 936.
- B. Kausikan, « Asian versus 'Universal' Human Rights », (1997) 7 Responsive Community, 9.
- G. Kervarec, « L'intervention d'humanité : principes de non-intervention », (1998) 32 Revue Juridique Thémis, 77.
- S. Kloeffler, « The Syrian Crisis, 1860-1861 », (1985) 23 Canadian Yearbook of International Law, 246.
- D.M. Kresock, « Ethnic Cleansing in the Balkans : The Legal Foundations of Foreign Intervention », (1994) 27 Cornell International Law Journal, 203.
- E.A. Laing, « The Contribution of the Atlantic Charter to Human Rights and Humanitarian Universalism », (1989) 26 (1) Williamette L. Rev., 113.
- R. B. Lillich, « The Role of the Security Council in Protectiong Human Rights », (1995) 3 (1-1) Tulane J. Int'l and Comp. L., 1.
- D. Littman, « Universal Human Rights and 'Human Rights in Islam' », (1999) 45 Midstream, 2.
- S. Lopatkiewicz, « Human Rights and Armed conflicts : Confliting Views », (1973) 67 (5) Am. Soc. Int'l. L. Proceedings, 141.
- C. Lysaght, « The Scope of Protocol II and its Relation to common article 3 (GC 49) and Other Human Rights Instruments », (1983) 33 (1) American University L. Rev., 9-27 & 41-51.
- S. MacBride, « Human Rights in Armed Conflicts : The Interrelationship between Humanitarian Laws and the Laws of Human Rights », (1970) IX-2 Rev. De droit pénal militaire et de droit de la guerre, 373.
- J.-B. Marie, « International Instruments Relating to Human Rights », (2000) 21 (il-3) Hum. Rgts. L. J. 91.
- B. R. McCaffrey, « Role of the Amred Forces in the Protection and Promotion of Human Rights », (1995) 149 Military L.Rev., 229.
- T. Meron, « Human Rights Law Making », (1989) 83 A.J.I.L. 663.
- T. Meron, « Henry's War & Sheakespeare's Law », (1996) 35 J. of Brit. Studies, 542.
- T. Meron, « International Law & Literature », (1997) 91 Am. Society of Int'l L., 116.
- T. Meron, « Bloody Constraint : War and Chivalry in Sheakspeare », (1998-99) 31 N.Y.U. J. of int'l L. and Politics, 664.
- T. Meron, « Democracy, Rule of Law and Admission to the Council of Europe », (1996) 26 Israel Y.B. on Hum. Rgts. 137.
- T. Meron, « The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law », (1996) 90 A.J.I.L., 238.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

- T. Meron, « Internationalization of Criminal Law », (1995) 89 Am. Soc. Of int'l L. Proceedings, 297.
- T. Meron, « The Time Has Come for the U.S. to Ratify A.P. 1 », (1999) 88 A.J.I.L., 678.
- T. Meron, « War crimes in Yugoslavia and the Development of International Law », (1994) 88 A.J.I.L., 78.
- T. Meron, « International Criminalization of Internal Atrocities », (1995) 89 A.J.I.L., 554.
- T. Meron, « Rape as a Crime under I.H.L. », (1993) 87 A.J.I.L., 424.
- T. Meron, « Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law », (1990) 31 Havard Int'l. L. J., 685.
- T. Meron, « Human Rights in Internal Strife », --- 28 Columbia J. of Transnat'l L., 847.
- T. Meron, « On Customs and Antecedents of the Martens Clause in Mediaval and Renaissance Ordinances of War »,-----.
- T. Meron, « State Responsibility for Violations of Human Rights », (1989) 83 Am. Soc. Of Int'l. L. Proceedings, 372.
- T. Meron, « Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law », (1991) 11 Boston College Thrid World L. J., 393.
- T. Meron, « Application of Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts », (1991) 85 Am. Soc. Of Int'l. L. Proceedings, 83.
- T. Meron, « On a Hierarchy of International Human Rights » (1986) 80 A.J.I.L., 1.
- T. Meron, « War Crimes Law Comes of Age », (1998) 92 A.J.I.L., 462.
- T. Meron, « Contribution of ad hoc Tribunals to International Law », (1998) 13 Am. University Int'l L. Rev., 1509.
- T. Meron, « Francis Lieber's Code and Principles », (1997) 36 Columbia J. of Transnat'l L., 269.
- T. Meron, « From Nuremburg to the Hague », (1995) 149 Military L. Rev., 107.
- T. Meron, « A Declaration of Minimum Humanitarian Standards », (1991) 85 A.J.I.L., 375.
- T. Meron, « Geneva Conventions as Customary Laws », (1987) 81 A.J.I.L., 348.
- T. Meron, « Common Rights of Mankind in Gentili, Grotius and Suarez, (1991) 85 A.J.I.L., 110.
- T. Meron, « Normative Impact on international Law of the I.T.F.Y. », (1994) 24 A.J.I.L., 163.
- T. Meron, « Extraterritoriality of Human Rights Treaties », (1995) 89 A.J.I.L., 1
- T. Meron, « A declaration of Humanitarian Standards », (1991) 85 A.J.I.L. 375.
- T. Meron, « Combatting Lawlessness in the gray zone », (1995) 89 A.J.I.L. 215.
- T. Meron, « On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Right Laws », (1983) 77 A.J.I.L. 589.
- T. Meron, « State Responsibility for Violations of Human Rights », (1989) 83 Am. Soc. of Int'l L., 372
- T. Meron, « Towards a Humanitarian Declaration of Internal Strife », (1984) 78 A.J.I.L. 859.
- T. Meron, «The Martens Clause, principles of humanity and the dictats of public conscience», (2000) 94 A.J.I.L. 78.
- T. Meron, « The Humanization of Humanitarian Law », (2000) 94 A.J.I.L. 239.
- J. Mougeon, « L'intervention internationale à titre humanitaire », (1994) 121 Journal du droit international, 645.
- J. Mzarek, « Prohibition of the use of force and threath of force : self-defense and Self-Help in International Law », (1989) 27 Canadian Yearbook of International Law, 81.
- V.P. Nanda, « Tragedies in Northen Iraq, Liberia, Yugoslavia and Haiti – Revisiting the Validity of Humanitarian Intervention under International Law », (1992) 20 Denver J. Int'l. L. and Pol., 305.
- K. Parker, « Human Rights and Humanitarian Law », (1985) 7 (3) Whittier L. Rev., 675.
- K.K. Pease et D.P. Forsythe, « Human Rights, Humanitarian Intervention and World Politics », (1993) 15 Hum. Rgts. Quarterly, 290.
- J. A. Perkins, « The Right of Counter-Intervention », (1987) 17 Georgia Journal of International and Comparative Law, 171.
- D. Petrasek, « Moving Forward on the Development of Minimum Humanitarian Standards », (1998) 92 (3) A.J.I.L. 557.
- R. Provost, « Reciprocity in Human and Humanitarian Law », (1994) 65 Brit. Y. of Int'l L., 383.
- R. Quentin-Baxter, « Human Rights and Humanitarian Law : Confluence of Conflict ? », (1985) 9 Australian Y.B. Int'l L., 94.
- J. Quigley, « The Legality of the United States Invasion of Panama », (1990) 15 *Yale Journal of International Law*, 278.
- W.M. Reisman, « Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law », (1990) 84 American Journal of International Law, 866.
- M.J. Reppas, « The Lawfulness of Humanitarian Intervention » (1997) 9 St-Thomas L. Rev., 463.
- R. Riggs, « The Grenada Intervention : A Legal Analysis », (1985) 109 Military Law Review, 1.
- A. Rougier, « La théorie de l'intervention d'humanité », (1910) *Revue générale de droit international public*, 468.
- A. P. Rubin, « Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law » (Book Review), (1990) 31 Harv. Int'l L.J. 684.
- D. Schindler, « Human Rights and Humanitarian Law », (1982) 31 (4) American University L. Rev., 935.
- O. Schacter, « The Right of States to use armed force », (1984) 82 Michigan Law Review, 1601.
- D.J. Scheffer, « Toward a modern doctrine of humanitarian intervention », (1992) 23 The University of Toledo Law Review, 253.
- D. Simon et L.A. Sicilianos, Linos Alexandros, « La contre-violence unilatérale », (1986) 32 *Annuaire français de droit international*, 53.
- S.G. Simon, « The Contemporary Legality of Unilateral Intervention », (1993) 24 California Western International Law Journal, 117.

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

- K. Suter, "An Inquiry of the Phrase : "Human Rights in Armed Conflicts" ", *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre* (Bruxelles), XV-3-4, 1976, 393
- F. M. Thomas et N.S. Rodley, Nigel S., « After Bangladesh : The Law of Humanitarian Intervention by Military Force », (1967) 67 *A.J.I.L.*, 275.
- C.H. Waldock, « The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law », (1952) 81 *Recueil des cours de l'académie de droit international*, pp.451.
- G.T. Ware, « The Emerging Norm of Humanitarian Intervention and Presidential Decision Directive 25, (1997) 44 *Naval L. Rev.*, 1.
- M.L. Warren, « Operational Law : A Concept Matures », (1996) 152 *Military L. Rev.*, 33.

### Conférences

L.C. Green, *Human Rights in Emergency Situations*, Conference of the Canadian Council on International Law, Université d'Ottawa, 1978.

### Thèses

- A.S. Thompson *The policy of intervention : Haïti, Human Rights and the Influence of the International Community*, thèse de maîtrise, University of Western Ontario, Master abstract international vol. 38-01 page 0036, 1999.
- F.R. Abiew, *Revisiting the Right of Humanitarian Intervention in International Law*, mémoire de maîtrise, Edmonton (AB), Faculty of Graduate Studies and Research, University of Alberta, 1993.
- M.M. de Joya, *Intervention, Either Collective or Individual, on the Grounds of Humanity, is Justifiable, and Should Be Recognized as a Settled Rule of International Law*, mémoire de maîtrise, Yale University Law Department, Yale University, 1907.
- M. Ewing, *Justifying Humanitarian Intervention*, mémoire de maîtrise, Montréal, Institute of Comparative Law, McGill University, 1993, 102 pp.

### DOCUMENTATION INTERNATIONALE

#### Traités

- Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, OUA Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 *I.L.M.* (1982) 58 (Entré en vigueur le 21 octobre 1986).
- Convention de la Communauté des États indépendants*. Adoptée en mai 1995, elle n'est pas encore en vigueur.
- Charte de la Ligue des États arabes*, 15 septembre 1994, traduction anglaise dans 18 *Hum. Rts. L. J.* (1997) 15. (Approuvée en septembre 1994, elle n'est pas encore en vigueur).
- Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7.
- Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949*, 75 *R.T.N.U.* 31. (entrée en vigueur le 21 octobre 1950)
- Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 18 juillet 1978 O.A.S.T.S. n°. 36, 1144 *R.T.N.U.* 123 (Entré en vigueur le 18 juillet 1978).
- Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949*, 75 *R.T.N.U.* 85. (entrée en vigueur le 21 octobre 1950)
- Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949*, 75 *R.T.N.U.* 287. (entrée en vigueur le 21 octobre 1950)
- Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949*, 75 *R.T.N.U.* 287. (entrée en vigueur le 21 octobre 1950).
- Convention de Vienne sur le droit des traités*, (1969) 331 *R.T.N.U.* 1155, à l'article 19 (entré en vigueur le 27 janvier 1980).
- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213, *R.T.N.U.* 221, S.T.E. 5 (Entré en vigueur le 1 novembre 1950 tel que modifiée par le Protocole 11).
- Convention relative aux droits de l'enfant*, Rés. AG NU 44/25, annexe, supp. n° 49, 1989, Doc. NU A/44/49, 167.
- Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction*, 13 janvier 1993.
- Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of certain Explosive Projectiles*, (1868) 474 *Martens Nouveau Recueil* (ser. 1) 18, 138 *R.T. Consol.* 297 (entré en vigueur le 29 novembre/11 décembre 1868).
- Deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort*, Rés. AG 44/128, 1989, annexe, supp. n°. 49, Doc. NU A/44/49, 207 (entrée en vigueur 11 juillet 1991).

# **Eastern European Humanitarian Law Journal**

## **Volume 2, Issue 2 (April 2005)**

*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 19 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3, art. 9-14, R.T. Can. 1976 n° 47 (Entré en vigueur le 23 mars 1976).

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, art. 9-14, R.T. Can. 1976 n° 47 (Entré en vigueur le 23 mars 1976).

*Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 1125 R.T.N.U. 3. (entré en vigueur le 7 décembre 1978).

*Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, 1125 R.T.N.U. 609 (entré en vigueur le 7 décembre 1978).

*Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Rés. AG 2200A (XXI), Doc. off. AG NU, 21<sup>e</sup> sess., supp. n° 16, Doc. NU A/6316 (1966) 302 (entrée en vigueur le 23 mars 1976)

### **Documents officiels de l'Organisation des Nations Unies**

De Cuellar, Secretary General of the United Nations J. Perez, Secretary General Address at the Université de Bordeaux, Report of the Secretary General's Work on the Work of the Organisation, U.N. Press Release SG/SM/4560 (1991), 1991, 13 pp.

*Définition de l'agression*, Rés. AGNU 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974

*Control Council Law no.10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*, 20 December 1945, 1 TWC xvi, Taylor, Report, 250 ; 1, Friedman 908 ; 1 Friedman 9 ; Levie, Documents, 304

*Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, AGNU Rés. 2625 (XXV), 1970.

*Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des États et la protection de leur indépendance politique et de leur souveraineté*, AGNU Rés. 2131 (XX), 21 décembre 1965.

*Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, (1970), Rés. 2625 (XXV)

*Examen des principes de droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, AGNU Rés. 1815 (XVII), 1962

Conseil économique et social, *Procedure for dealing with communications relating to violations of human rights and fundamental freedoms*, Doc. off. CES NU, 1970, 1693<sup>e</sup> séance plén., Doc. NU E/1970/1503/SR.1693.

*Déclaration des droits de l'enfant*, Rés. AG NU 1386 (XIV), supp. n° 16, 1959, Doc. NU A/4354, 19.

*Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, Rés. AG NU 47/135, annexe, supp. n° 49, 1993 Doc. NU A/47/49, 210.

*Declaration of minimum humanitarian standards, revised by an expert meeting convened by the Institute for Human Rights*, Déc. CES, Doc. off. CES NU, 1995, Doc. NU E/CN.4/1995/116.

*Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearances*, Rés. AG NU, 47/133., Doc. off. NU, 47<sup>e</sup> sess., 1992, Supp. n° 49, Doc. NU A/47/49, 207.

*Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. AG 217(III), Doc. off. AG NU, 3<sup>e</sup> sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71.

*La proclamation de Téhéran, l'Acte final de la Conférence internationale des droits de l'homme*, 1968/XXIII, 1968, U.N. Doc. A/CONF. 32/41, 3

*Minimum Humanitarian Standards, Analytical Report of the Secretary-General Submitted Pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1997/21*, Doc. off. CES NU, 53<sup>e</sup> sess., Doc. NU E/CN.4/1998/87 (1998).

*Statut de la Cour Internationale de Justice*, 1 R.T.N.U. xvi.

*Statut du Tribunal Pénal pour la poursuite des personnes responsable de violations graves du Droit international humanitaire commises dans les territoires de l'ex-Yougoslavie depuis 1991*, 25 mai 1993, originellement publié dans *Rapport du Secrétaire-général en accord avec le paragraphe 2 de la Résolution du Conseil de Sécurité 808(1993)*, (S/25704), approuvé par le Conseil de sécurité par la Résolution 827 (1993) du 25 mai 1993.

### **Documents d'organisations internationales**

*Manuel du Mouvement international de la Croix Rouge et du Croissant Rouge*, Genève, CICR/Fédération internationale des Sociétés de la Croix Rouge et du Croissant Rouge, 1994

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

Ministère de la défense nationale, L'armée de terre du Canada, Ottawa, Groupe de communication du Canada, 1998, 134 pp.  
*American Declaration of the Rights and Duties of Man*, O.É.A. Rés. XXX, adoptée à la Neuvième Conférence Internationale des États américains, reproduit dans *Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System*, (1992) OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6, 1

*Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 28 juillet 2000, CHARTE 4422/00.

Institute for Human Rights, *Declaration of Minimum Humanitarian Standards of 2 December 1990*, Åbo Akademi University, Turku/Åbo, 1991.

*Protocol to the African Charter on the Establishment of the African Court on Human and Peoples' Rights*, (1997) AU/LEG/MIN/AFCHPR/PROT.1 rev.2.

### MÉDIAS ÉLECTRONIQUES

#### **Internet**

*Procureur c. Dusko Tadic* (1995), Affaire n° IT-94-1-AR72 (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de 1<sup>ère</sup> instance), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/tce14.htm>> (date d'accès : 28 novembre 2000).

*Procureur c. Dusko Tadic*, (1999), Affaire n° IT-94-1-AR72, (Tribunal Pénal pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : Nations Unis <<http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/main.htm>>, (date d'accès : 30 novembre 2000)

# Eastern European Humanitarian Law Journal Volume 2, Issue 2 (April 2005)

## INTERNAL TENSIONS AND DISTURBANCES AND GENERAL PRINCIPLES OF HUMANITARIAN LAW

by

ALEXANDRU MOCANU\*

From early on it should be stressed that internal tensions and disturbances fall outside the application of international humanitarian law, unless the hostilities reach the level of an armed conflict. If not, the situation is to be qualified as either an internal tension or disturbance. The documents of international humanitarian law clearly state that they „shall not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature, as not being armed conflicts”.<sup>1</sup> Though these situations do not fall under the scope of humanitarian law, they are of a great humanitarian interest, since they can generate human problems “on a par with those of civil war”.<sup>2</sup> Moreover, the internal tensions and disturbances mark the lowest threshold of the international humanitarian law applicability, what makes it necessary a clear distinction between non-international armed conflicts and the above mentioned situations.

### CLARIFYING THE CONCEPTS

The Additional Protocol II (particularly, the paragraph 2 of the article 1) is the first international instrument to mention tensions and disturbances<sup>3</sup>, by expressly excluding such situations “from its field of application as these are not considered as armed conflicts”.<sup>4</sup> The purpose of bringing these situations up in the text of the Protocol “was to define the lower threshold of the concept of armed conflict”.<sup>5</sup> It should be mentioned that there is no unanimous opinion about the field of application of this provision. For instance, during the Diplomatic Conference on the Confirmation and Development of International Humanitarian Law, the delegation of the Federal Republic of Germany expressed itself against the extension of this paragraph to the Common Art. 3, too: “An essential element of this article, which constitutes a compromise solution which was difficult to reach, is the fact that its existing conditions of application are not modified. This is clearly expressed in article 1 paragraph 1 of Protocol II. It also applies to paragraph 2 of the same article. Consequently, the negative definition of the term armed conflict in paragraph 2 applies only for Protocol II, not to Article 3 common to the

---

\* Student at the Master of Law (LL.M.), Law Faculty of the Free International University of Moldova.

<sup>1</sup> Additional Protocol to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), of 8 June 1977 (Article 1, paragraph 2).

<sup>2</sup> Hans-Peter Gasser, *International Humanitarian Law – An Introduction*, separate print from Hans Haug, Humanity for All, The International Red Cross and Red Crescent Movement, Henry Dunant Institute, Haupt, 1993, p. 77.

<sup>3</sup> Commentary on the Additional Protocol II (Sylvie-S. Junod, Bruno Zimmermann), paragraph 4478, [www.icrc.org/ihl.nsf/b466ed681ddfcd241256739003e6368/15781c741bald4dcc12563cd00439e89?OpenDocument](http://www.icrc.org/ihl.nsf/b466ed681ddfcd241256739003e6368/15781c741bald4dcc12563cd00439e89?OpenDocument)

<sup>4</sup> *Ibidem*, paragraph 4471;

<sup>5</sup> *Ibidem*, paragraph 4473;



# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

Geneva Conventions”.<sup>6</sup> However, the Federal Republic of Germany abstained from giving a definition to the armed conflict that would fall under the application of the common Article 3.<sup>7</sup>

The definitions of “tensions” and “disturbances” are rather unclear, most authors lumping them together without making any difference and illustrating them by giving an non-exhaustive list of examples: riots, such as demonstrations without a concerted plan from outset; isolated and sporadic acts of violence, as opposed to military operations carried out by armed forces or armed groups; other acts of a similar nature, including, in particular, large scale arrests of people for their activities or opinions.<sup>8</sup>

On the basis of its vast experience, the ICRC developed some definitions of the terms “internal tensions” and “disturbances” for the purpose of practical use. Subsequently ICRC has shared the definitions with the Conference of Government Experts in 1971. Thus, the situation qualified as internal disturbance can be described as “...a confrontation within the country, which is characterized by a certain seriousness or duration and which involves acts of violence, but there is no non-international armed conflict. These acts can assume various forms, all the way from the spontaneous generation of acts of revolt to the struggle between more or less organized groups or the authorities in power. In these situations which do not necessarily degenerate into open struggle, the authorities in power call upon extensive police forces, or even armed forces, to restore internal order. The high number of victims has made necessary the application of a minimum of humanitarian rules”.<sup>9</sup>

Some of commentators uphold that internal tensions differ from internal disturbances in that in the latter the rebels are sufficiently organized and identifiable, whereas in internal tensions the opposition is rarely organized to any visible extent.<sup>10</sup>

During the same Conference of Government Experts, the ICRC identified the characteristics of internal tensions:

- large scale arrests;
- a large number of “political” prisoners;
- the probable existence of ill-treatment or inhuman conditions of detention;
- the suspension of fundamental judicial guarantees, either as part of the promulgation of a state of emergency or simply as a matter of fact;
- allegations of disappearances;

Experts state that, although all the above-mentioned characteristics may be simultaneously cumulated, the mere existence of one of them is sufficient to qualify a situation as internal tension.<sup>11</sup> Internal tensions could be said to include conflict situations of different nature (political, religious, racial, social, economic, etc), but also the sequels of armed conflict or of internal disturbances.

<sup>6</sup> *Ibidem*, paragraph 4473, endnote 23;

<sup>7</sup> Эрик Давид, *Принципы права вооруженных конфликтов*, Москва, Международный Комитет Красного Креста, 2000, стр. 106.

<sup>8</sup> Commentary on the Additional Protocol II, paragraph 4474.

<sup>9</sup> *Ibidem*, paragraph 4475.

<sup>10</sup> Pietro Verri, *Dictionary of the International Law of Armed Conflict*, ICRC, 1992, p. 113.

<sup>11</sup> Кристоф Свинарски, *Основные понятия и институты международного гуманитарного права как система защиты человека*, Международный Комитет Красного Креста, Москва, 1997, стр. 26.

# **Eastern European Humanitarian Law Journal**

## **Volume 2, Issue 2 (April 2005)**

### **INTERNAL TENSIONS AND DISTURBANCES AND NON-INTERNATIONAL ARMED CONFLICTS**

So, there is a difference between the concept of internal tension and that of internal disturbance, the main criteria being the level of intensity. It should be noted that the same criteria serve the distinction between the latter and the notion of armed conflict. The situation could be qualified as an internal disturbance without it reaching the level of an armed conflict when the state uses armed force to maintain order. When force is used as a preventive measure to maintain respect for law and order there are internal tensions that do not amount to internal disturbances.<sup>12</sup> What should be kept in mind is that both internal tensions and, especially, internal disturbances are not armed conflicts.

The Inter-American Commission on Human Rights considered a case where it had to distinguish internal disturbances and tensions from a non-international armed conflict: the *La Tablada* case. This case dealt with an incident in a Buenos Aires Province (Argentina), called La Tablada, between an organized armed group and the La Tablada Regiment No. 3 in 1989 in which 29 people lost their lives, an operation alleged to have lasted for thirty minutes. The Commission laid down certain criteria in order to determine the existence of internal disturbances and tensions:

- Disturbances are not based on a concerted intent and are not controlled by a political leader;
- Disturbances are of an isolated and sporadic nature;
- Disturbances are characterized by mass arrests due to political differences and behavior. Such internal disturbances or tensions do not, as the Commission observed, trigger the applicability of Article 3 common to the Geneva Conventions.<sup>13</sup>

As we can easily see, the Commission simply confirmed the position of ICRC stated in its Commentary on the AP II. Finally it concluded that incident which occurred in La Tablada was a non-international armed conflict according to the article 3 common to the Geneva Conventions.

Although the distinction between the situations of non-international armed conflict and those of internal disturbances or tensions is a legal reality, the borderline between them is not always too clear. The criteria of open and collective armed actions between armed groups is almost useless, because it may become subject of various interpretations depending on political purposes followed by those who are to assess a specific situation.<sup>14</sup>

### **HUMAN RIGHTS LAW AND STATE OF EMERGENCY**

Nevertheless, one should keep in mind that national legislation and norms of human rights law contained in international instruments apply to the crises described above. But it is generally agreed that governments may depart from some of their obligations arising from human rights instruments, if a state of emergency is declared.

<sup>12</sup> Commentary on the Additional Protocol II, paragraph 4477.

<sup>13</sup> *La Tablada Case*, Inter-American Commission on Human Rights, Case No. 11.137: Juan Carlos Abella, Argentina/November 18, 1997, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6 rev., 13 April, 1998, Paragraph 149, <http://www.cidh.org/annualrep/97eng/argentina11137.htm>.

<sup>14</sup> Эрик Давид, *Op. cit.*, стр. 107; See also: Phenyó Keiseng Rakate, *The shelling of Knin by the Croatian Army in August 1995: A police operation or a non-international armed conflict?*, International Review of the Red Cross, 31-12-2000, p. 1037-1052;

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

However, there are certain rules related to declaration of the state of emergency:<sup>15</sup> 1) the seriousness of the situation must be such that, in order to maintain public order and avoid a threat to the very existence of the State, recourse to emergency legislation is inevitable; 2) in order to provide sturdier guarantees, this legislation should have already existed before the crises arises, and it should include mechanisms to monitor implementation before or after; 3) it must also be designed to be applied as an interim measure; 4) the declaration of a state of emergency should be made known to the other States.<sup>16</sup> Moreover, according to the Draft Articles on State Responsibility<sup>17</sup>, a government may invoke a state of emergency<sup>18</sup> only if it „is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril”.<sup>19</sup>

As to the international instruments of human rights protection, some of them,<sup>20</sup> provide expressly for the possibility to depart from the established rules. However, most of instruments that authorize such restrictions enumerate the fundamental non-derogatory rules, from which it is forbidden to depart in any circumstances. These usually include the right to life, the prohibition of slavery, the prohibition of inhuman, cruel and degrading treatment, and especially torture. They are also enshrined in the constitutions of many States. A continuous effort has been undertaken by the International Court of Justice in stress upon the importance of such rules, describing them in various instances as „elementary considerations of humanity”<sup>21</sup>, „rules concerning the basic rights of the human person”<sup>22</sup> and classifying them as *erga omnes* obligations, making them part of the general international law. Having this in mind, the International Law Commission stated that „nothing (...) precludes the wrongfulness of any act of a State which is not in conformity with an obligation arising under a preemptory norm of general international law”.<sup>23</sup>

### THE “GRAY AREA” AND PRINCIPLES OF HUMANITARIAN LAW

Although the victims of internal tensions and disturbances are continuously enjoying a minimum of inalienable rights, guaranteed by international conventions, these guarantees have less protective power than article 3 common to the Geneva Conventions, which, besides murder, torture, cruel, humiliating and degrading

<sup>15</sup> Djamchid Momtaz, *The minimum humanitarian rules applicable in periods of internal tension and strife*, International Review of the Red Cross no 324, p. 455-462;

<sup>16</sup> Most human rights instruments comprising derogation clauses require member states making use of them to inform immediately the other states of the provisions from which they have departed and their grounds for doing so. (See: International Covenant on Civil and Political Rights (1966), article 4 paragraph 3, European Convention for the Protection of human Rights and Fundamental Freedoms (1950), article 15 paragraph 3).

<sup>17</sup> Draft Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, November 2001, (extract from the Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-sixth session, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10), chp. IV.E.1), Article 25, paragraph 1 (a), [http://www.un.org/law/ilc/texts/State\\_responsibility/responsibilityfra.htm](http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibilityfra.htm).

<sup>18</sup> “Necessity”, in the wording of the Draft Articles.

<sup>19</sup> Draft Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, Article 25, paragraph 1 (a).

<sup>20</sup> International Covenant on Civil and Political Rights (1966), European Convention for the Protection of human Rights and Fundamental Freedoms (1950).

<sup>21</sup> *The Corfu Channel Case* (United Kingdom v. Albania), International Court of Justice (Merits), paragraph 215, [http://www.icj-cij.org/icjwww/icasces/icc/icc\\_ijudgment/iCC\\_ijudgment\\_19490409.pdf](http://www.icj-cij.org/icjwww/icasces/icc/icc_ijudgment/iCC_ijudgment_19490409.pdf)

<sup>22</sup> *Case concerning Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgium v. Spain). International Court of Justice, 1962-1970.

<sup>23</sup> Draft Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, Article 26;

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

treatment, taking of hostages, also prohibits „the passing of sentences and the carrying out the executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guaranties which are recognized as indispensable by civilized peoples”. This last prohibition corresponds in a certain extend to the right to a fair trial<sup>24</sup> which falls in the category of those rights that can make object of some restrictions in situations of internal tensions or disturbances. Here the doctrine identified a „gray area” either of international human rights law<sup>25</sup> or of international humanitarian law, since, paradoxically, the victims of the crisis situations like internal tensions or disturbances enjoy less protection than would have during an armed conflict.<sup>26</sup>

This is why today there is much talk around the issue of broadening certain rules of international humanitarian law to cover internal tensions and disturbances. Many authors make reference to indirect or unofficial application of humanitarian law, or more specifically of principles of this branch of law, to these situations. Such an application would not rely on positive norms of humanitarian law, but only on the „similar mechanisms instituted by the international society, what leads to the possibility of application by analogy.<sup>27</sup> Although the instruments of international humanitarian law clearly stipulate that they do not apply directly to any situation of internal tension, or to internal disturbances, the fundamental principles of the Geneva Conventions may serve as a model of legal framework or a point of reference for the development of rules deigned for such crisis situations. This is a clear example of application by analogy or, even, indirect applicability of international humanitarian law”.<sup>28</sup> Relevant, in this regard, is the jurisdiction of the International Court of Justice, which judging on basis of the principle *a fortiori*<sup>29</sup> or *a majori ad minus*<sup>30</sup>, concluded in the Corfu Channel case<sup>31</sup> that elementary considerations of humanity have a more absolute nature in time of peace than in time of war.

The question was first raised in 1949 at the Diplomatic Conference<sup>32</sup> called to adopt the new Geneva Conventions<sup>33</sup>, particularly during the deliberations on Article 3 common, when many of the delegations expressed their fear that its field of application, due to the lack of any definition of the non-international armed conflict and of any conditions of its applicability, may extend to any act of force. However, according to the ICRC’s interpretation, the fact of applying Article 3, which is strictly humanitarian in character, „does not limit in any way the governments’ right to suppress a rebellion using all the means – including arms – provided for under its own laws” and in no way give any „right to special protection or any immunity, whatever it may be” to

<sup>24</sup> International Covenant (article 9 and 14), European Convention (article 6), American Convention on Human Rights (article 8).

<sup>25</sup> Djamchid Momtaz, *Op. cit.*

<sup>26</sup> Эрик Давид, *Op. cit.*, стр. 152.

<sup>27</sup> Кристоф Свинарски, *Op. cit.*, стр. 25.

<sup>28</sup> Кристоф Свинарски, *Op. cit.*, стр. 26.

<sup>29</sup> Argument by which a rule enacted for a certain situation extends to a case not regulated expressly, because the reasons had in mind in adopting that rule are more obvious in this particular case.

<sup>30</sup> Argument, according to which what is prohibited during an armed conflict, certainly continues to be prohibited in peace time.

<sup>31</sup> *The Corfu Channael Case* (United Kingdom v. Albania), International Court of Justice (Merits), [http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/icc/icc\\_ijudgment/iCC\\_ijudgment\\_19490409.pdf](http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/icc/icc_ijudgment/iCC_ijudgment_19490409.pdf)

<sup>32</sup> The Diplomatic Conference for the Establishment of International Conventions for the Protection of Victims of War, Convened by the Swiss Federal Council (as trustee of the Geneva Conventions), Geneva, April 21 – August 12, 1949.

<sup>33</sup> Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field; Geneva Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea; Geneva Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War; Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in time of War; August 12, 1949;

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

rebels.<sup>34</sup> This approach is in keeping with the ICRC's role of intermediary, which it played since 1918<sup>35</sup> in internal violence, with the aim of protecting the fundamental rights and ensuring respect for the human dignity of the individual. The basis for the ICRC's intervention in situations of internal tensions or disturbances is the „right of initiative” codified in the Statutes of the Movement<sup>36</sup>, certain Resolutions of International Conferences of the Red Cross and the Red Crescent<sup>37</sup> and traditional ICRC practice, accepted by a large number of States.<sup>38</sup> Due to the right of initiative, the ICRC delegates can, with the consent of the governments, provide its services, visit places of detention holding persons deprived of their liberty in connection with the tensions and disturbances, and where necessary, improve their conditions of detention.

The International Court of Justice described the rules laid down by the Article 3 common to the four Geneva Conventions as „general principles of humanitarian law”.<sup>39</sup> There is no doubt that these principles are able to increase protection of people affected by internal tensions and disturbances by filling out the „gray area” of international human rights law in terms of ensuring, apart from the inalienable safeguards enshrined in human rights instruments, all judicial guarantees recognized as indispensable to civilized people.<sup>40</sup>

Henceforward, the rules contained in Article 3, as well as provisions of article 75 of the Protocol I, Additional to the Geneva Conventions<sup>41</sup>, clearly inspired from Human Rights Law, had been taken as basis for several drafts prepared as individual initiatives in order to improve the level of protection of people caught up in internal tensions and disturbances. Among the firsts is the Declaration drafted in 1984 by Theodor Meron<sup>42</sup> and the non-binding *Code of Conduct* drawn up in 1988 by Hans-Peter Gasser.<sup>43</sup> In particular should be cited the efforts posed by the Institute for Human Rights at the University of Turku/Åbo from Finland, which drawn up in 1990 the *Declaration of Minimum Humanitarian Standards*<sup>44</sup>. Another step in this regard was made by the Organization for Security and Co-operation in Europe by adopting the *Moscow Declaration*, which strengthened the idea of grouping together the fundamental rights of the individual set out by human rights law

<sup>34</sup> Commentary on the Geneva Convention (I) of 12 August 1949, published under the general editorship of Jean S. Pictet, Geneva, ICRC, 1952, p. 56, 61; Commentary on the Geneva Convention (II) of August 1949, p. 36, 38-39, Commentary on the Geneva Convention (III) of the 12 August 1949, p. 40, 43-44, Commentary on the Geneva Convention (IV) of 12 August 1949, p. 39, 44;

<sup>35</sup> The first ICRC visits to security detainees took place in Russia (1918) and Hungary (1919), but it was mainly after the Second World War that the ICRC visits to persons detained in their own countries became widespread. See: Marion Harroff-Tavel, *Action taken by the International Committee of the Red Cross in situations of internal violence*, International Review of the Red Cross No. 294, May-June 1993, p. 195-220.

<sup>36</sup> Statutes of the Red Cross and Red Crescent Movement, Article 5, paragraph 2(d) and 5, paragraph 3.

<sup>37</sup> In particular, Resolution XIV of the 10<sup>th</sup> International Conference of the Red Cross (Geneva, 1921), Resolution VI of the 24<sup>th</sup> International Conference of the Red Cross (Manila, 1981). See: Marion Harroff-Tavel, *Op. cit.*, footnote 12.

<sup>38</sup> Marion Harroff-Tavel, *Op. cit.*

<sup>39</sup> *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), International Court of Justice, Merits (judgement of 27 June 1986), paragraph 220, [http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/inus/inus\\_ijudgment/inus\\_ijudgment\\_19860627.pdf](http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/inus/inus_ijudgment/inus_ijudgment_19860627.pdf)

<sup>40</sup> Djamchid Momtaz, *Op. cit.*

<sup>41</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977.

<sup>42</sup> See: Theodor Meron, *Towards a Humanitarian Declaration on Internal Strife*, American Journal of International Law, Vol. 78, 1984, p. 859-868.

<sup>43</sup> See: Hans-Peter Gasser, *A Measure of Humanity in Internal Disturbances and Tensions: Proposal for a Code of Conduct*, International Review of the Red Cross, 1988, p. 38-58.

<sup>44</sup> Declaration of Minimum Humanitarian Standards, Turku, 2 December, 1990, <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/1990b.htm> (University of Minnesota, Human Rights Library).

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

and international humanitarian law in a single instrument intended to improve protection of people affected by internal tensions and disturbances.<sup>45</sup> A set of similar documents were adopted in the UN framework, particularly the Analytical Report of the Secretary-General submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1997/21, as the result of the International Workshop held in Cape Town, South Africa in September 1996, in order to identify the common rules of human rights and humanitarian law that are applicable in all circumstances.<sup>46</sup>

### *CONCLUSION*

Even though the international humanitarian law stipulates that it does not apply to internal tensions and disturbances, there is still much confusion around the lower threshold of non-international armed conflicts. Because of the lack of precise criteria distinguishing sporadic violence from internal armed conflicts, governments often deny that a situation achieved the level of a non-international armed conflict, triggering humanitarian law application. However, the ICRC, that showed a continuous interest in the situations that challenge the human dignity just as an armed conflict, developed a doctrine that shed some light on these concepts. Nevertheless, tensions and disturbances include a large spectrum of crisis situations that make less visible the borderline between them and armed conflicts. Moreover, individuals caught up in internal tensions and disturbances lack the level of protection afforded by international humanitarian law to the victims of an armed conflict, even though a State may wish to call upon armed forces to restore the internal order. This paradox is because the States preserved the right to depart from some of their international human rights obligations by virtue of the state of emergency they may deem necessary to declare. In spite of some existing rules for a state of emergency to be declared and a “hard core” of human rights that a State must ensure respect for in any circumstances, this minimum of inalienable human rights provide less guarantees than the Article 3 common to the four Geneva Conventions of 1949. This is why, on several occasions proposals have been made to extend the application of some general principles of humanitarian law to situations of internal tensions and disturbances for the purpose of enhancing protection of human dignity.

### **Bibliography:**

#### **International Documents:**

1. American Convention on Human Rights, Adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November 1969, <http://www.cidh.org/Basicos/basic3.htm>.
2. Analytical Report of the Secretary-General on Minimum Humanitarian Standards, UN Doc. E/CN.4/1998/87, January 5, 1998.

<sup>45</sup> Moscow Declaration of 3 October, 1991, Conference on Security and Co-operation in Europe, <http://www.osce.org/docs/english/1990-1999/hd/mosc91e.pdf>.

<sup>46</sup> Analytical Report of the Secretary-General on Minimum Humanitarian Standards, UN Doc. E/CN.4/1998/87, January 5, 1998 (from Marco Sassòli, Antoine A. Bouvier, *How Does Law Protect in War?, Cases, documents and Teaching Materials on Contemporary Practice on International humanitarian Law*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1999, pp. 523-544).

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

3. Declaration of Minimum Humanitarian Standards, Turku, 2 December, 1990, <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/1990b.htm> (University of Minnesota, Human Rights Library).
4. Draft Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, November 2001, (extract from the Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-sixth session, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10), chp. IV.E.1), Article 25, paragraph 1 (a), [http://www.un.org/law/ilc/texts/State\\_responsability/responsabilityfra.htm](http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsability/responsabilityfra.htm).
5. European Convention for the Protection of human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4 November, 1950, <http://conventions.coe.int/treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CL=ENG>
6. Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 12 August, 1949, <http://www.icrc.org/ihl>.
7. Geneva Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 12 August, 1949, <http://www.icrc.org/ihl>.
8. Geneva Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, 12 August, 1949, <http://www.icrc.org/ihl>.
9. Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in time of War; 12 August, 1949, <http://www.icrc.org/ihl>.
10. International Covenant on Civic and Political Rights, adopted by General assembly Resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, <http://www.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>.
11. Moscow Declaration of 3 October, 1991, Conference on Security and Co-operation in Europe, <http://www.osce.org/docs/english/1990-1999/hd/mosc91e.pdf>.
12. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, <http://www.icrc.org/ihl>.
13. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, <http://www.icrc.org/ihl>.
14. Statutes of the Red Cross and Red Crescent Movement, adopted by the 25th International Conference of the Red Cross at Geneva in October 1986 and amended by the 26th International Conference of the Red Cross at Geneva in December 1995, <http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/iwpList74/C5FFEE6255B8DDEBC1256B66005BBCCC>.

### Legal Commentaries:

# Eastern European Humanitarian Law Journal

## Volume 2, Issue 2 (April 2005)

1. Commentary on the Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, of 12 August 1949, published under the general editorship of Jean S. Pictet, Geneva, ICRC, 1952.
2. Commentary on the Geneva Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, of 12 August 1949, published under the general editorship of Jean S. Pictet, Geneva, ICRC, 1960.
3. Commentary on the Geneva Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War, of 12 August 1949, published under the general editorship of Jean S. Pictet, Geneva, ICRC, 1960.
4. Commentary on the Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, of 12 August 1949, published under the general editorship of Jean S. Pictet, Geneva, ICRC, 1958.
5. Commentary on the Additional Protocol II (Sylvie-S. Junod, Bruno Zimmermann), [www.icrc.org/ihl](http://www.icrc.org/ihl).
6. Djamchid Momtaz, *The minimum humanitarian rules applicable in periods of internal tension and strife*, International Review of the Red Cross no 324, pp. 455-462;
7. Hans-Peter Gasser, *International Humanitarian Law – An Introduction*, separate print from Hans Haug, Humanity for All, The International Red Cross and Red Crescent Movement, Henry Dunant Institute, Haupt, 1993.
8. Marion Harroff-Tavel, *Action taken by the International Committee of the Red Cross in situations of internal violence*, International Review of the Red Cross No. 294, May-June 1993, pp. 195-220.
9. Phenyó Keiseng Rakate, *The shelling of Knin by the Croatian Army in August 1995: A police operation or a non-international armed conflict?*, International Review of the Red Cross, 31/12/2000, pp. 1037-1052.
10. Pietro Verri, *Dictionary of the International Law of Armed Conflict*, ICRC, 1992.
11. Кристоф Свинарски, *Основные понятия и институты международного гуманитарного права как система защиты человека*, Международный Комитет Красного Креста, Москва, 1997.
12. Эрик Давид, *Принципы права вооруженных конфликтов*, Москва, Международный Комитет Красного Креста, 2000.

### Cases

1. *The Corfu Channel Case* (United Kingdom v. Albania), International Court of Justice (Merits), paragraph 215, [http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/icc/icc\\_ijudgment/iCC\\_ijudgment\\_19490409.pdf](http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/icc/icc_ijudgment/iCC_ijudgment_19490409.pdf).



# **Eastern European Humanitarian Law Journal**

## **Volume 2, Issue 2 (April 2005)**

2. *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), International Court of Justice, Merits (judgement of 27 June 1986), paragraph 220, [http://www.icj-cij.org/icjwww/icses/inus/inus\\_ijudgment/inus\\_ijudgment\\_19860627.pdf](http://www.icj-cij.org/icjwww/icses/inus/inus_ijudgment/inus_ijudgment_19860627.pdf).
3. *La Tablada Case*, Inter-American Commission on Human Rights, Case No. 11.137: Juan Carlos Abella, Argentina/November 18, 1997, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6 rev., 13 April, 1998, Paragraph 149, <http://www.cidh.org/annualrep/97eng/argentina11137.htm>.