

THE COMBATANT STATUS OF THE GUANTANAMO DETAINEES

By

LOUIS-PHILIPPE F. ROUILLARD*

Following the September 11, 2001 terrorist attacks and in order to protect American lives and property, the Republic of the United States of America has undertaken several military and anti-terrorist actions in the past two years. As a result, persons connected to the Taliban regime in Afghanistan or the Al Qaeda terrorist network across the world have been killed or captured and held *incommunicado* in the US Naval Base at Guantanamo, Cuba. So far, the United States' government has refused to recognise some or all of these detainees as prisoners of war on the notion of citizenship and different interpretation of international law.

It has clearly stated its position that detainees at Guantanamo are persons associated with terrorism and therefore not entitled to either the full protection of the United States Constitution, nor to protections given by international humanitarian law. Some human rights and international humanitarian law standards have been acknowledged as basic minimum that are to be met, but no other protections were to be afforded.

This position has been presented in the medias on the basis of the notions of "enemy combatant", "unlawful combatant" and "acts of war". American civil rights activists have brought forward many questions regarding the status of these detainees, but most have done so on the basis of the right of *habeas corpus* and the Constitutional protections of the United States. But, conveniently, Guantanamo is not American soil: it is Cuban soil lent to the American government. Even the Cuban government states that it is still territory. As such, the jurisdiction of the American Constitution is claimed not to apply in this case.

Furthermore, based on notions dating from the Second World War, the US claims that there are no measures of protections that are to be afforded to the detainees. It states that international humanitarian law does not apply because the persons captured were either not party to the conflict, not combatant or not respecting the laws and customs of war. Confusing the very notion of "war" and muddling legal concepts, the US government has accomplished a most impressive act of magic: making people believe that American and international laws do not apply to these detainees. In fact, the US administration has made such a good use of confusion that hardly any article in the current literature fully addresses the international norms denied to the detainees. And of those who have dare confront the legal grounds upon which the United States government rests its case, there is such miscomprehension of humanitarian and of human rights that one is inclined to question the agenda behind the writings.

The present essay will therefore analyse the notion of combatant and the status of persons captured under arms in combat actions. It will differentiate between Taliban fighters captured in Afghanistan as well as Al Qaeda fighters captured alongside them during the combat operations undertaken by American and Coalition forces in Afghanistan. It will further differentiate between Al Qaeda members captured during the so-called "war on terrorism", especially those captured outside the theatre of war that was Afghanistan, in such places as Pakistan, the Philippines or the United States. Due to the complexity of the multiple American engagement and the difference of legal regime applicable to the United States and some of its allies (in particular the First and *Second Additional Protocols of 1977* for Canada in Afghanistan and the United Kingdom in Iraq), this essay will concentrate on the sole American legal perspective, with the *Geneva Conventions of 1949* as the applicable humanitarian law.

In doing so, it is hoped to deny some very disturbing twist of interpretation that the American government has tried to bring in international law and remain the United States that because they stand for higher and better values than their enemy, they must uphold the highest standard of justice and fairness – even to their most die hard enemies – by the full application of humanitarian law.

A STATE OF WAR?

The terrorist attacks of September 11, 2001 has killed an estimated 3,000 persons and wounded scores of others, not to mention the physical destruction and the psychological impact of an attack on American soil. These acts of cowardice were met with incredible courage by many. However, prejudice and racial abuse increased to unheard of level against persons of Arabic or Asian origin in North America. The US Government quickly established that the perpetrators of these terrorist attacks were members of the Al Qaeda network, a loose association of fundamentalist Islamists, guided and led by Osama Bin Laden. His whereabouts were traced to Afghanistan and the United States gave the Taliban regime, ruling Afghanistan under a fundamentalist interpretation of the Sharia, an ultimatum to deliver Bin Laden for him to be prosecuted¹.

Whether through lack of power or lack of will to do so, the Taliban regime did not deliver him. The United States subsequently invaded Afghanistan with the help of Afghan dissenting forces, in particular the Northern and Eastern Alliances. The Taliban fought a defensive campaign and was utterly crushed under the weight of American conventional weaponry and Special Forces tactics.

The first question that arises from these facts is whether a war existed at any time between September 11, 2001 and the end of combat operations in Afghanistan and its replacement by the UN-sanctioned, NATO-led peacemaking mission in Afghanistan. Indeed, the US were very quick to point out that it considered the terrorist attacks perpetrated against civilian and military targets as acts of war. Some authors definitely support the existence of a state of war from the moment these attacks were committed².

This interpretation is based on the chain of events leading to the September 11, 2001 attacks, including: the attempts to kill American troops in Aden on the way to Somalia in 1992, as well as the 1993 Mogadishu ambush that killed 19 US troops, the 1993 bombing of the World Trade Center, the bombing of the Khoba Towers American barracks in Saudi Arabia, the destruction of two American embassies in Africa and the bombing of USS Cole in Yemen³. It is also based on the perception that the scope of the act, killing more than 3,000 persons from more than 87 countries is in itself enough to warrant the interpretation of these attacks as acts of war⁴. As such, it is seen as a "war against terrorism" and the adoption of this new conception of war is deemed more expedient in dealing with the acquisition of evidence to prevent further acts of terrorism.

Such an interpretation is quite unsettling as it confuses cause and effects and certainly does not correspond to the current legal notion of war. Indeed, whether in American law or in international law, war as been defined as taken place only between States⁵. In fact, the mere proposition that war could be wage by individuals has been repeatedly and most vehemently decried by most if not all States⁶.

¹ Security Council demanded that "the Taliban turn over Usama bin Laden without further delay to appropriate authorities in a country where he has been indicted," SC Res. 1267, UN SCOR, 4051st mtg., UN Doc. S/RES/1267 (1999) 2, and that they "stop providing sanctuary and training for international terrorists and their organizations," SC Res. 1214, UN SCOR , 3952nd mtg., UN Doc. S/RES/1214 (1998) 2, and "take appropriate effective measures to ensure that the territory under its control is not used for terrorist installations and camps." SC Res. 1333, UN SCOR, 4251st mtg., UN Doc. S/RES/1333 (2000) 2. Moreover, the Security Council noted that the failure of the Taliban to comply with Resolution 1214's obligation of cooperation to bring indicted terrorists to justice constituted a threat to international peace and security, thereby making Chapter VII applicable.

² « The New Enemy », *The Globe and Mail*, (15 September 2001) 15.

³ Wedgwood, Ruth, « Military Commissions ; Al Qaeda, Terrorism and Military Commissions », (2002) 96 *A.J.I.L.* 328 at 330.

⁴ *Idem.*

⁵ Alexander, Keith S., «In the Wake of September 11th : The Use of Military Tribunals to Try Terrorists », (2003) 78 *Notre Dame Law Review* 885 at 895 as to American law : « ...the Supreme Court in 1800 defined war as « every contention by force between two nations, in external matters, under the authority of their respective governments... », citing *Bas v. Tingy*, 4 U.S. (4 Dall.) 37, 40 (1800). See also Drumbl, Mark A., « Victimhood in Our Neighbourhood : Terrorist Crime, Taliban Guilt, and the Asymmetries of the International Legal Order», (2002) 81 *North Carolina Law Review* 1 at 27, interstate context may be clouded by the fact that Article 51 mentions armed attacks, not armed attacks by a state.

⁶ *Ibid.*, at p. 27 footnote 85. "The [U.N.] Charter was drafted on an assumption that all force was inter-state and that it governed inter-state relations" citing Duffy, H., « Responding to September 11: The Framework of International Law », (Oct. 2001) 11 at <http://www.interights.org>. Giorgio Gaja observes: « When stating the conditions for individual and

Some commentators nonetheless affirm that the attacks of September 11, 2001 were of such scope and that the link between Al Qaeda and Afghanistan was such that for all effects and purposes the attacks were in fact committed by a State⁷. Failing acceptance of this interpretation, some commentators suggest that the *Charter of the United Nations* is a living document and as such can adapt itself to a new form of violence that should constitute an armed attack and therefore an act of war⁸. This perception is supported by some commentators who argue that the nature of war has changed and therefore the legal interpretation should change with it. Such interpretation has been set upon the traditional vision of war as an extension of politics by other means, as expressed by Carl von Clausewitz in his famous – and unfinished but posthumously published in 1832 book – “On War”. This definition is presented as meeting the criterion of the FBI’s own definition of terrorism, therefore further supporting a redefinition of war⁹.

Others further argue in favour of such a view based upon the new doctrinal views of major Western armies. These arguments are set upon confused legal and secular notions and muddle international law generally and international humanitarian law especially. For example, one author affirms that international humanitarian law defines some acts as illegal warfare and that the use of incendiary and attacks on civilians are clearly illegal under international humanitarian law. He concludes that the attacks of September 11, 2001 were severe enough to constitute war crimes¹⁰, therefore justifying the US government in prosecuting Al Qaeda member in military commissions. That the author did not bother to prove the existence of a state of war, nor of a war, without which humanitarian law is inapplicable. It does not seem to be of any concern to him. The scope of the attack seems enough to warrant his interpretation. But that is not what international, nor have US courts determined before.

While it is true that a declaration of war is not required, the notion of war and indeed that of civil war includes some prerequisite. In the case of war, there is no doubt that the actors concerned are High Contracting Parties to the *Geneva Conventions*¹¹ - States that have signed the *Conventions* or the other which are not Party to the

collective self-defence, neither Article 51 of the UN Charter nor Article 5 of the NATO Treaty specifies that an "armed attack" has to originate from a state. However, this condition may be taken as implicit Moreover, armed attack is a subcategory of aggression, as explicitly said in the French text of Article 51 of the Charter, and also aggression clearly has to come from a state. » in Gaja, G., « In What Sense was There an "Armed Attack"? », (2002) *European Journal of International Law Discussion Forum*, at <http://www.ejil.org/forum> (last visited Nov. 11, 2002). See also Megret, F. « War"? Legal Semantics and the Move to Violence », (2002) 13 *European Journal of International Law* 361 at 379 (noting that "self-defence was clearly only ever meant to be against states"). One immediate exception to the interstate requirement is the fact that armed attacks can occur in internal civil war, as organized insurgency movements can initiate armed attacks against a state government. See Slaughter, A.-M. and Burke-White, W. « An International Constitutional Moment », (2002) 43 *Harvard International Law Journal* 1 at 8.

⁷ Dumb, *supra*, note 5 at 27.

⁸ Schrijver, Nico J., « Responding to International Terrorism : Moving the Frontiers of International Law for ‘Enduring Freedom’ ? », (2001) 48 *Netherlands International Law Review* 271 at 284, cited in Dumb, *supra*, note 4 at 27.

⁹ Keith, *supra*, note 4 at 895. He defines terrorism as « the unlawful use of force or violence against persons or property to intimidate or coerce a government, the civilian population, or any segment thereof, in furtherance of political or social objectives. » citing Crona, S.J. and Richardson, N.A., « Justice for War Criminals of Invisible Armies: A New Legal and Military Approach to Terrorism », (1996) 21 *Oklahoma City University Law Review* 349 at 371 quoting Terrorist Research and Analytical Center, U.S. Dept. of Justice, *Terrorism in the United States 1982-1992*, 1992 at 20. and professor Christopher Blakesley who : « identified five elements of what constitutes terrorism. They are : (1) the perpetration of violence by whatever means; (2) against "innocents"; (3) with intent to cause the consequences of the conduct or with wanton disregard for its consequences; (4) for the purpose of coercing or intimidating an enemy (government or group) or otherwise to obtain some political, military, or religious benefit; [and] (5) without justification » citing Blakesley, C.L. « Terrorism, Law, and Our Constitutional Order », (1989) 60 *Colorado Law Review* 471 at 480. Also see the *International Convention Against the Taking of Hostages*, signed at New York, December 18, 1979 ; *International Convention for the Suppression of Terrorist Bombing*, adopted by the General Assembly December 15, 1997 ; *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*, adopted by the General Assembly December 9, 1999 ; *International Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft*, 860 UNTS 105, entered into force Oct. 14, 1971; *International Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons*, opened for signature at New York, December 14, 1973.

¹⁰ Evans, Christopher M., « Terrorism on Trial : The President's Constitutional Authority to Order the Prosecution by Military Commission », (2002) 51 *Duke Law Journal* 1831 at 1847.

¹¹ The *Geneva Conventions* are : *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 75 U.N.T.S. 31 (entered into force Oct. 21, 1950), [hereafter First Geneva Convention]; *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, 75

Conventions but are held accountable as to the respect of the notions of *jus cogens* contained in them¹². Civil wars are not recognised under the *Geneva Conventions*. They are however recognised under the *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II)*.¹³ The United States of America have not ratified the *First* or the *Second Additional Protocol*. It would be rich for them to claim the existence of a state of war which they do not recognise by treaty. Furthermore, a civil war under *Protocol II* is one between the armed forces of a High Contracting Party against dissenting or other organised armed forces group. This is clearly not the case between Al Qaeda and the United States., since Al Qaeda is neither a dissenting force nor another organised armed forces group. It is a foreign organisation of a terrorist nature. Wars that include foreign factions or control from foreign countries do not remain civil war, but become “internationalised” non-international armed conflicts; in effect becoming international armed conflicts. The International Tribunal for the former Federal Republic of Yugoslavia has clearly established this in its *Tadic* case¹⁴. But again, that is not the case with Al Qaeda.

Such confusion is compounded by the lack of precise international definition of what terrorism is. Indeed, while there exist treaties on particular aspects of terrorism, there is no clear and large view of what constitute terrorism¹⁵. And this confusion is further helped by opinions of commentators that the United Nations Security Council resolution 1368, stating that this resolution clearly established the right of self-defence of the United States due to the occurrence of an armed attack against American soil¹⁶. That notion of self-defence and the invocation of NATO’s article 5 prove for some the existence of a war since the right of self-defence is invoked. Meanwhile, it must be pointed out that none of the UNSC resolutions prior of succeeding to resolution 1368 speak of a war. Nor does the NATO press release speak of a war¹⁷. This intellectual gymnastic is made on an assumption.

Finally, some authors present the war against terrorism as an actual war that requires the extension of the notion of war to terrorist attacks to protect national security, to better legislate the rule of evidence and to obtain custody of alleged terrorists as well as the protection of juror, witnesses and court personnel during prosecution. Such arguments are unconvincing. National security certainly requires protection of sensitive information, but persons in custody will be missed by their co-conspirators. Their custody is no secret. Nor is the information they hold. By definition, the terrorists will take for granted that their enemy knows what the person captured knows. It is simple and expedient logic. The source of the information may well need to be protected, but the truth is that there are not 300 persons in a secret at a time. And there are not 300 plots for 300 detainees. Therefore, it is reasonable to understand that there is no need to hold that many person *incommunicado* without access to a lawyer for fear of divulgence of information since it is what the government wants.

U.N.T.S. 85 (entered into force Oct. 21, 1950), [hereafter Second Geneva Convention] ; *Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War*, 75 U.N.T.S. 135, entered into force Oct. 21, 1950 [hereafter *Third Geneva Convention*] ; and *Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, 75 U.N.T.S. 287 (entered into force Oct. 21, 1950), [hereafter Fourth Geneva Convention].

¹² See International Committee of the Red Cross, *Customary Rules of International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

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)*, 1125 U.N.T.S. 609, entered into force Dec. 7, 1978

¹⁴ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (1995), case IT-94-1-AR72 (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, First Instance), on line at : <http://www.un.org/icty/tce14.htm> (last visited January 14, 2004) reversed and decided in *Prosecutor v. Dusko Tadic*, (1999), case IT-94-1-AR72, (International Tribunal for the former Yugoslavia, Appeal Chamber), on line at : <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/main.htm>, (last visited January 14, 2004).

¹⁵ Addicott, J. F., « Legal and Policy Implications for a New Era : "War on Terror" », (2002) 4 *The Scholar : St. Mary's Law Review on Minority Issues* 209 at 212. The author cites Some examples of specific antiterrorist conventions include: *The Convention on Offenses and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft (Tokyo Convention)*, T.I.A.S. No. 159 (1963); *Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft (Hague Convention)*, 22 U.S.T. 1641, T.I.A.S. No. 7192 (1971); *Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation (Montreal Convention)*, T.I.A.S. 7570 (1973); *Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons, Including Diplomatic Agents (New York Convention)*, T.I.A.S. 8532 (1976-77); *International Convention Against the Taking of Hostages (Hostages Convention)*, 34 UN GAOR Supp. 39, UN. Doc. A/34/39 (1979) 23.

¹⁶ Wedgwood, *supra*, note 3 at 329 citing SC Res. 1368 (Sept. 12, 2001), 40 *ILM* 1277 (2001).

¹⁷ NATO, « Statement by the North Atlantic Council » , Press Release 124, (Sept. 12, 2001) in (2001) 40 *ILM* at 1267.

And historical precedents do not justify the arguments proposed. Israel has occupied Arab lands for more than 30 years and refuses to recognise a state of war with the Palestinian Authority as it is not a State. The same situation can be evoked for myriads of conflicts past and present, including the IRA in Northern Ireland.

As well, national security rarely requires the use of martial law or emergency measures. In fact, indefinite or repeated states of alert create fatigue and laxism that result in human errors and fatal mistakes. The oft-cited comparison with Pearl Harbour is indeed quite applicable in this case as the repeated alerts created a confusion in a large part to blame with the poor reaction of American forces that day. In the case of September 11, 2001, normal law enforcement agencies are very much presumed to have had enough information to act but decided not to; with the disastrous consequences of September 11, 2001. The report is due in May 2004 and there are words leaking already that evidence were of sufficient quantity and quality to obtain a warrant and to hold alleged terrorists. This would have in fact prevented the attacks. But agents either choose to ignore the evidence or did not comprehend the full powers they already had or were trying to set a trap for a bigger terrorist. Whichever is the case, the fault lies not with the system prior to September 11, 2001 but with the use of that system by persons in law enforcement agencies. Their gamble did not pay.

As for the protection of court personnel, judges, jurors and witnesses, the current situation is nothing different from trial of mafia members in Italy, nor of Columbian or Mexican drug barons. These persons must be protected, by force of arms if necessary, but that does not mean that a state of war exists between the State or the cartels, despite the term “war on drugs” and the use of armed forces of the US and of Columbia. Nor does the fact that psychopathic murderer, even of the means and obvious intelligence of a Bin Laden, claims the existence of a state of war against the United States create such a legal state of war. He is not the representative of a State. He is not associated with a State, having in fact been rejected by many and exiled as a non-citizen, and certainly his word does not carry the weight of a nation. It carries the frustrations and fears of thousands, whether real or perceived, but it remains the word of a private person who is in fact inconsequential to international actors. It is not because a maniac somewhere declares war on a State that a state of war is created. Only a maniac representing a State and empowered to do so can create a war.

TALIBAN STATUS

Taliban as combatants

The status of Taliban fighters captured during military operations in Afghanistan and now detained in Guantanamo results from article 4 of the *Third Geneva Convention*¹⁸. But its interpretation in US policies does

¹⁸ *Third Geneva Convention, supra*, note 11 at article 4: « Article 4 : 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.
 2. Members of other militias and members of other volunteer corps, including those of 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:
 - (a) That of being commanded by a person responsible for his subordinates;
 - (b) That of having a fixed distinctive sign recognizable at a distance;
 - (c) That of carrying arms openly;
 - (d) 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. (...)
- B. The following shall likewise be treated as prisoners of war under the present Convention:
1. Persons belonging, or having belonged, to the armed forces of the occupied country, if the occupying Power considers it necessary by reason of such allegiance to intern them, even though it has originally liberated them while hostilities were going on outside the territory it occupies, in particular where such persons have made an unsuccessful attempt to rejoin the armed forces to which they belong and which are engaged in combat, or where they fail to comply with a summons made to them with a view to internment.
 2. The persons belonging to one of the categories enumerated in the present Article, who have been received by neutral or non-belligerent Powers on their territory and whom these Powers are required to intern under international law, without

not meet the spirit nor the letter of humanitarian law. The US adopted the view that it was engaged in an international armed conflict, in accordance with article 2 common to the four *Geneva Conventions*¹⁹, but refutes that it confronted lawful combatants or that they should be granted prisoner of war status.

Some of the Taliban personnel captured in Afghanistan were transferred to Guantanamo Bay and denied prisoner of war status even though they were “treated” as combatant. The US government defended its decision with changing discourse but finally by saying that since the US did not recognise the Taliban regime as a legitimate government, Afghanistan was not a continued party to the *Third Geneva Convention*. As a result, none of Guantanamo Bay detainees, including the Taliban, can benefit from prisoner of war status.

Such reasoning demonstrates a very poor juridical understanding of international law. The theory of *tabula rasa* in cases of State succession has long been squashed²⁰. It further leads to questions as article 4(3) clearly states that the *Third Geneva Convention* applies to members of armed forces of government not recognised by the detaining Power²¹.

On February 7, 2002, President Bush declared that the *Third Geneva Convention* was applicable to Taliban forces and that there existed a state of war between two parties to the *Conventions*²². As a result the *Conventions* were applicable to Taliban detainees, but not to Al Qaeda detainees. Yet, Taliban fighters have not been granted prisoner of war status; the extension of some humane benefits of the *Conventions* has been granted to them, not the protection befitting a combatant on grounds of collaborations with Al Qaeda.

The US Administration has affirmed that Taliban fighters were unlawful combatants and therefore not granted the protections of prisoners of war. The degree of their unlawfulness depended upon the period when one asked the Administration, but three main reasons evoked were: 1) that the Taliban were not armed forces in the sense of the Geneva Conventions, 2) that they could not fall within the category of militias because they did not wear distinctive signs and 3) that they did not respect the laws of war.

In a country in the mist of a civil war for 23 years, the Taliban regime won a clear military victory in 1996, overrunning its opponents and establishing effective control over the vast majority of the country. The Taliban had a rank structure, some military training and were empowered by a government exercising effective control over the territory and population of most of Afghanistan. Their main task was obviously to protect Afghanistan from enemies – as perceived by the Taliban regime – from within and without²³. The Taliban was not an armed force organised along modern army lines, but they were nonetheless submitted to a chain-of-command linked to the central government of the Taliban. The central command of such an entity may be argued and some may be tempted to differentiate between members of a standing army and active militias. To this end, the lack of uniform is pointed out.

prejudice to any more favourable treatment which these Powers may choose to give and with the exception of Articles 8, 10, 15, 30, fifth paragraph, 58-67, 92, 126 and, where diplomatic relations exist between the Parties to the conflict and the neutral or non-belligerent Power concerned, those Articles concerning the Protecting Power. Where such diplomatic relations exist, the Parties to a conflict on whom these persons depend shall be allowed to perform towards them the functions of a Protecting Power as provided in the present Convention, without prejudice to the functions which these Parties normally exercise in conformity with diplomatic and consular usage and treaties (...) » .

¹⁹ *Geneva Conventions, supra*, note 11 at article 2 : «Art 2. In addition to the provisions which shall be implemented in peace time, the present Convention shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them. The Convention shall also apply to all cases of partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party, even if the said occupation meets with no armed resistance.

Although one of the Powers in conflict may not be a party to the present Convention, the Powers who are parties thereto shall remain bound by it in their mutual relations. They shall furthermore be bound by the Convention in relation to the said Power, if the latter accepts and applies the provisions thereof. »

²⁰ Dallier, P. and Pellet, A., *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2002 at 417 and 538 to 543.

²¹ *Third Geneva Convention, supra*, note 11 at article 4(3).

²² Murphy, S.D., «Contemporary Practice of the United States Relating to International Law », (2002) 96 *AJIL* 461 at 476.

²³ Stein, «Artillery Lends Dignity to What Otherwise Would Be a Common Brawl : An Essay on Post-Modern Warfare and the Classification of Captured Adversaries », (2002) 14 *Pace International Law Review* 133 at 148.

But this question is a blatant technical justification that violates not only the spirit of humanitarian law, but that of common military sense. If a uniform was so definitely hard to differentiate, it then leads to ask how Coalition forces can be so certain of the body count of killed Taliban fighters when communicating the results of operations to the press. How does one see the difference between a dead Taliban fighter and a dead civilian? The answer is clearly that there is a way to distinguish them. Reports from service personnel indicates that while a modern military uniform may not be the common attire of the Taliban, they nonetheless had a distinctive garb and that the black turban was seen to be as a primarily Taliban symbol²⁴. This is in itself satisfies clearly not only the spirit but the letter of article 4 of the *Third Geneva Convention*.

Furthermore, the qualification of somebody as an illegal or unlawful combatant has nothing to do with the fact that he was wearing the right uniform or not. The status of combatant is the licence of persons to kill and wound and destroy property lawfully under the laws and customs of war. Wearing the wrong uniform or no uniform at all does not make a person an unlawful combatant : it makes it a combatant and, if captured, a prisoner of war which will retain his status of prisoner of war before, during and after his trial for violations of humanitarian law. Saying that they are unlawful combatant because of their not wearing the right uniform is confusing cause and effects. And the same applies to the respect of the laws of armed conflicts.

Concerning that respect, there are many legal issues linked to this. The two most important concern: 1) the fact that there is a procedure to punish violations of the international humanitarian law which has so far not been respected, with the effect of denying prisoner of war status to combatants obviously protected by the *Third Geneva Convention*, in itself a violation; and 2) an interpretation of collective guilt is not legal under international law and not used since the International Military Tribunals of Nuremberg and Tokyo.

The presumption of guilt on account of belonging to a State organisation judged as criminal has not been done since the enactment of Article 9 of the 1945 *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal*²⁵. If some have revised history and seen this as victors' justice, it is nonetheless a fact that a law was created to severely punish the atrocities of the Second World War²⁶. This has permitted a very clear precedent and a legal basis for prosecuting those accused. While the detention conditions of the high ranking members of the Party and military standing trial were certainly of a certain rude, defending parties had access to councils and were allowed more freedoms

²⁴ Broomes, J.W., «Maintaining Honor in Troubled Times: Defining the Rights of Terrorism Suspects Detained in Cuba », (2002) 42 *Washburn Law Journal* 107 at 127.

²⁵ *Nuremberg Rules, in Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, 82 U.N.T.S. 279, entered into force Aug. 8, 1945 [hereafter *London Agreement*]: « ... Art. 9. At the trial of any individual member of any group or organization the Tribunal may declare (in connection with any act of which the individual may be convicted) that the group or organization of which the individual was a member was a criminal organization. After receipt of the Indictment the Tribunal shall give such notice as it thinks fit that the prosecution intends to ask the Tribunal to make such declaration and any member of the organization will be entitled to apply to the Tribunal for leave to be heard by the Tribunal upon the question of the criminal character of the organization. The Tribunal shall have power to allow or reject the application. If the application is allowed, the Tribunal may direct in what manner the applicants shall be represented and heard... ». See also *In re Ohlendorf and Others (Einsatzgruppen Trial)*, (1948) 15 *Annual Digest* 667.

²⁶ Other charges made about the legitimacy of the IMT concerned the absence of presumption of innocence or that of a possibility of acquittal ; no definition of what a war of aggression consisted of existed ; the laws of Germany were legal through their own system and the IMT provided for disobedience in the Armed Forces of Nations due to the refutation of the defense of superior orders (See *In re Goering and Others*, (1946) 13 *Annual Digest* at 221, *In re Altstötter and Others*, (1947) 14 *Annual Digest* at 286 and *In re Takashi Sakai*, (1946) 13 *Annual Digest* at 223). However, in the accusation of judgement made *ex post facto*, one must point out that the Allied had since 1942 been very clear in their warning to Axis forces regarding atrocities. The declaration of President Roosevelt to punish atrocities on August 21, 1942 and repeated on October 7, 1942, and the *Moscow Declaration of October 1943*, <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/wwii/moscow.htm>, (last opened 7 January, 2004), stating : «...three Allied powers, speaking in the interest of the thirty-two United Nations, hereby solemnly declare : (...) those German officers and men and members of the Nazi party who have been responsible for or have taken a consenting part in the above atrocities, massacres and executions will be sent back to the countries in which their abominable deeds were done in order that they may be judged and punished (...) Let those who have hitherto not imbrued their hands with innocent blood beware lest they join the ranks of the guilty, for most assuredly the three Allied powers will pursue them to the uttermost ends of the earth and will deliver them to their accusers in order that justice may be done. » was limpid on the matter.

than the current detainees at Guantanamo Bay who, for all their alleged crimes, have committed nothing on the scale of Nazism and Imperialist Japan.

In fact, while the condition may have been severe in some lights, defendants at Nuremberg were given many rights, including that of counsel or to defend themselves and the right of cross-examination. Meanwhile, Taliban fighters who are nothing more than common infantrymen have been refused even access to counsel and their respective individual offences have yet to be given to them in a clear bill of charges.

It is important to bring forth a precision at this point: Taliban fighters held at Guantanamo Bay are not held for acts of terrorism. They are held for potential aid and abetting of terrorists. Their detention is theoretically in order to "...protect the United States and its citizens, and for the effective conduct of military operations and prevention of terrorist attacks..."²⁷, as put forth in Section 2 of *Executive Order 13* since it defines the individuals subject to this order as either a member of Al Qaeda, or persons engaged in, aiding or abetting, or conspiring to commit acts of international terrorism, or harbouring one of these persons. None of this order concerns combatants of armed forces²⁸.

Furthermore, this order concerning terrorism, which is in itself a matter of criminal law, as been decreed by the President of the United States of America in his authority as Commander in Chief of the Armed Forces of the United States of America. Such an order should therefore concern military matters and not criminal law. Yet, the order continues to cite that persons detained under this order shall be tried by a military commission²⁹. Upon seeing the inclusion of trial by a military commission, one would be inclined to think that a proper procedure determining the status of the detainee is enacted and that the spirit and the letter of humanitarian are applied. Nothing could be further from the truth. A military commission under American law is not the equivalent of a court martial. A military commission is a type of military tribunal but is governed by a specific – and *ad hoc* – set of rules and procedures. By doing so, the United States are actually taking away from the jurisdiction of the civilian legal system the right of appeal and the judiciary powers of the US Supreme Court, making the President last authority for revision³⁰, which is not a guarantee of fairness.

That is not to say that military commission cannot be functional and impartial. In the case of the International Military Tribunal for Major War Criminals of the European Axis, the tribunals set up through the *London Agreement* of August 8, 1945 handed verdicts one year later, resulting in the death sentences of 12 former high-ranking Nazis³¹. As for the Tokyo trials, 24 of the 25 defendants were convicted and had a sentence of death carried out. While a strong majority were declared guilty, there is still a marvel in the fact that non-guilty verdicts were actually given at all. Despite the accusation of victor's justice, facts and numbers compels to marvel at an attempt to fair and full trial. Moreover, military commissions conducted for lesser war criminals led to the prosecution of 1672 cases in Europe with 1416 convictions³² and 996 trials in Japan with 856 convictions³³. Therefore, one could argue that military commission could be fair and just.

Still, the views of the United States on the matter and its treatment of detainees at Guantanamo do not support such impartiality. Presuming that all detainees are persons associated with the deeds deemed under the jurisdiction of a military commission as stipulated in *Military Order 13*, and that extra-territoriality of American law does apply to them, there is a disturbing confusion between naming someone a combatant and then refusing prisoner of war status on the basis of the commission of war crimes.

²⁷ *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, Executive order of November 13, 2001, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/2001111327.html> (last opened 2 dec 2003) [hereafter *Military Order 13*], at section 1(e).

²⁸ *Ibid.*, at Section 2(1).

²⁹ *Ibid.*, at Section 4.

³⁰ Maddox, H.A., « After the Dust Settles : Military Tribunal Justice for Terrorists After September 11, 2001 » , (2002) 28 *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation* 421 at 422 and 423.

³¹ In accordance with the *London Agreement*, *supra*, note 25.

³² In accordance with *Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*, 3 *Official Gazette Control Council for Germany* 50-55 (1946).

³³ Janik, A.A., « Prosecuting Al Qaeda : America's Human Rights Policy Interests Are Best Served By Trying Terrorists Under International Tribunals », (2002) 30 *Denver Journal of International Law and Policy* 498 at 502.

This is because article 5 of the *Third Geneva Convention* clearly states that in any case of doubts as to the category to which he belongs the presumption shall be that he is indeed a prisoner of war until a competent tribunal determines otherwise³⁴. The unilateral declaration of Taliban fighters as unlawful combatants without even having this presented to any sort of tribunal is a violation of humanitarian law and one for which the authorities deciding it will have to be held accountable. It is not the equivalent of a grave breach as defined in article 130 of the *Third Geneva Convention*³⁵, but it is nonetheless a breach that leaves the US government opened to litigation in international courts.

Furthermore, article 85 of the *Third Geneva Convention* states that combatants that are prosecuted for acts committed before their capture shall retain, even if convicted, the benefits of the *Third Geneva Convention*³⁶. Only the reservations to article 85 made by the USSR (now Russia by way of State succession), Poland, Hungary and the Democratic People's Republic of Korea at the time of signature concerns the refutation of the applicability of the protections of prisoners-of-war to those convicted of war crimes or crimes against humanity. Until such a conviction is declared by a competent tribunal, these countries accept the application of prisoner of war protections. The United States can hardly claim that the situation has changed, even more so as they have never made a reservation to article 85 of the *Third Geneva Convention*.³⁷

To avoid getting entangled in this debate, the US government pleads that the Taliban fighters detained are not combatants in the first place and that therefore they are not protected under the terms of the *Third Geneva Convention*. While this is disproved above, let's consider this argument.

Talibans as civilians/unlawful combatants

Since the United States have ratified all four *Geneva Conventions* and that we are under the hypothesis that combatant and prisoner of war status are refused to the detainees, they must therefore be of a specific legal category with rights and obligations attached. Indeed, there is such a category and that is the whole of the *Fourth Geneva Convention*, relating to the protection of civilians. If one refutes the argument that Taliban fighters were combatants and argues that they are unlawful combatants, this means they are civilians who have taken up arms unlawfully. Therefore, regardless of the acts committed prior capture, they are protected by the terms of the *Fourth Geneva Convention*.

The *Geneva Conventions* are clear in the procedure and the effects of illegal combatants. While the term "unlawful" or "illegal" combatant does not exist officially in humanitarian law, it has been in use since at least the 19th century. And in conflicts before, such as the American War of Independence, militias were deemed illegal combatants by Regular officers and dealt with swiftly in many cases. Since then, and especially after the Second World War where partisans movement in Russia, Yugoslavia, Greece, France, Norway and Denmark proved very cumbersome for the occupying forces, the *Geneva Conventions* have brought new protections and the term "protected persons" to differentiate between the legal combatants and the persons not deemed

³⁴ *Third Geneva Convention, supra*, note 11 at article 5 : « Article 5 - 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. 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. »

³⁵ *Ibid.* at article 130 : « Article 130 - Grave breaches to which the preceding Article relates shall be those involving any of the following acts, if committed against persons or property protected by the Convention: wilful killing, torture or inhuman treatment, including biological experiments, wilfully causing great suffering or serious injury to body or health, compelling a prisoner of war to serve in the forces of the hostile Power, or wilfully depriving a prisoner of war of the rights of fair and regular trial prescribed in this Convention. »

³⁶ *Ibid.* at article 85 : « Article 85 - Prisoners of war prosecuted under the laws of the Detaining Power for acts committed prior to capture shall retain, even if convicted, the benefits of the present Convention. »

³⁷ Sassoli, M and Bouvier A.A., *How Does Law Protect in War ?*, Geneva, International Committee of the Red Cross, 1999 at 591-592.

combatants but to be nonetheless afforded protections under the *Conventions*. This is the case of all persons in the hands of an occupying Power³⁸.

One principle of humanitarian law is very simple: nobody should remain outside the law. A person detained must have a legal status³⁹. And it is clear at article 5 of the *Fourth Geneva Convention* that civilians who have unlawfully participated in hostilities, whether they are saboteurs, spies or persons under definite suspicion of activities hostile to the Occupying Power, are entitled to the protections of this *Convention*⁴⁰. And those protections include the core protections of article 3 common to all *Geneva Conventions*⁴¹ as well as the full rights and privileges of the *Fourth Geneva Convention*⁴².

³⁸ *Fourth Geneva Convention, supra* note 11 at article 4(1) : «Article 4 - 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. The provisions of Part II are, however, wider in application, as defined in Article 13.

Persons protected by the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of August 12, 1949, or by the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea of August 12, 1949, or by the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949, shall not be considered as protected persons within the meaning of the present Convention.»

³⁹ Pictet, J., *Commentaries* at: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/b466ed681ddfcfd241256739003e6368/18e3ccde8be7e2f8c12563cd0042a50b?OpenDocument>: «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 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. »

⁴⁰ *Fourth Geneva Convention, supra*, note 11 at article 5 : «Article 5 - 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.

Where in occupied territory an individual protected person is detained as a spy or saboteur, or as a person under definite suspicion of activity hostile to the security of the Occupying Power, such person shall, in those cases where absolute military security so requires, be regarded as having forfeited rights of communication under the present Convention. 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 the security of the State or Occupying Power, as the case may be. »

⁴¹ *Ibid., supra*, note 11 at article 3 (common to all *Geneva Conventions*) : « Article 3 - In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions:

1. Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria.

To this end, the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons:

- (a) Violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture;
 - (b) Taking of hostages;
 - (c) Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment;
 - (d) The passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples.
2. The wounded and sick shall be collected and cared for.

An impartial humanitarian body, such as the International Committee of the Red Cross, may offer its services to the Parties to the conflict.

The Parties to the conflict should further endeavour to bring into force, by means of special agreements, all or part of the other provisions of the present Convention.

The application of the preceding provisions shall not affect the legal status of the Parties to the conflict. »

⁴² *Fourth Geneva Convention, supra*, note 11, article 5 *in fine*.

Article 3 is part of *jus cogens* and the protections of the *Fourth Geneva Convention* are *erga omnes*. However, even if *erga omnes*, a close reading of article 5 of the Fourth Geneva Convention does present some exceptions of importance: 1) 'definite' suspicion of hostile activities is enough to hold a protected person *incommunicado* as it is being done at Guantanamo Bay and 2) it presents a distinction between the rights and privileges that must be afforded to the detainee.

Presuming purity of intent on the part of the detaining Power, the case of the detainees at Guantanamo may indeed justify their being held *incommunicado*. It was the intent of the Commission drafting the article that this was meant as a security tool of the Occupying Power in order not to tip off the group with which the detainee may have been working in order to secure capture or elimination of the co-conspirators⁴³. However, article 136 of the *Fourth Geneva Convention* already provides for a delay of two weeks before communication may be made by the detainee or someone on his behalf. In all probability, somebody will have noticed the absence of a person after two weeks and presumed his capture or death within his irregular formation or underground network⁴⁴.

As for the distinction between the rights and privileges, it is not worth getting into the debate of which constitutes a right and which constitutes a privilege as the obligation to treat humanely the detainee already encompasses the notions contained in articles 37 and 38 such as medical attention and chaplain visits⁴⁵. The fact is that despite the exceptions made and the provision for the security of the occupying power, there is nothing that curtails the rights of the detainees as to the basic human rights imbedded within the *Geneva Conventions* at article 3. And these rights also contain the right to a fair and regular trial, as part of the full rights and privileges granted by the *Convention* and applicable at the earliest date consistent with the security of the Occupying Power. Under this approach, it is also clear that the detainees at Guantanamo Bay have a right to the basic norms of judicial due process. Indeed, under article 71 and 72 of the *Fourth Geneva Convention*, they have not only the right to a fair trial but also a right to have the charges against them presented to them in writing in a language they understand and the Protecting Power shall be made ware of these charges with the particulars contained in article 71 as well as a right to access legal council and have witnesses called for their defence. Moreover, the detainee convicted under such a trial as a right of appeal (article 73) and the Protecting Power has to be notified of the grounds upon which a death penalty of a sentence of imprisonment of more than two years may be given to a detainee (article 74)⁴⁶. But even more important, detainees are to be detained in the occupied country, which is not the case at Guantanamo Bay⁴⁷.

From this comparison, it is clear that the United States have actually a vested interest in declaring these persons combatants and prisoner of war rather than "unlawful combatants", which they are not. If the United States government persist in breaching humanitarian law, cases must be taken by the Protecting Power to international

⁴³ Diplomatic Conference, *Remarks and Proposals*, Geneva, 1949 at 68, reproduced at <http://www.icrc.org/ihl.nsf/b466ed681ddfcd241256739003e6368/12409217ce36c309c12563cd0042a5e0?OpenDocument> ; « Diplomatic Conference several delegations explained that in their opinion provision would have to be made for certain exceptions in the case of spies and saboteurs. They pointed out that the effectiveness of the [p.53] measures taken to deal with enemy agents and saboteurs depended on the secrecy of the proceedings; it was inconceivable that a State which had arrested one or more enemy agents should be obliged to announce their capture and let the persons under arrest correspond with the outside world and receive visits; the situation was the same in the case of saboteurs and also, in occupied territories, in that of members of underground organizations. »

⁴⁴ *Fourth Geneva Convention*, *supra*, note 11 at article 136.

⁴⁵ *Ibid.* at articles 37 and 38.

⁴⁶ *Ibid.*, at article 71 to 74.

⁴⁷ *Ibid.* at article 76 : «Protected persons accused of offences shall be detained in the occupied country, and if convicted they shall serve their sentences therein. They shall, if possible, be separated from other detainees and shall enjoy conditions of food and hygiene which will be sufficient to keep them in good health, and which will be at least equal to those obtaining in prisons in the occupied country.

They shall receive the medical attention required by their state of health.

They shall also have the right to receive any spiritual assistance which they may require.

Women shall be confined in separate quarters and shall be under the direct supervision of women.

Proper regard shall be paid to the special treatment due to minors.

Protected persons who are detained shall have the right to be visited by delegates of the Protecting Power and of the International Committee of the Red Cross, in accordance with the provisions of Article 143.

Such persons shall have the right to receive at least one relief parcel monthly. »

instances. There is however one loophole that the American government may well desire to exploit to bring Taliban to justice, and that is the case of what it has dubbed “enemy combatants” and foreign nationals who have joined the Taliban as fighters.

Taliban as “enemy combatants”

First, it must be said that enemy combatants is not a notion of international law. It is a purely interpretative legal term of the United States Supreme Court following cases presented to it since the American Civil War. The notion of enemy combatant applies only to American nationals who have fought against the Republic of the United States of America. And this term has been applied only in the context of military commissions created by the Federal government. As for the Federal government’s record on military commissions, it is spotted to say the least.

Military commissions used since Civil War have given grounds to important *stare decisis* from the US Supreme Court, but these decisions have been highly political and certainly very controversial. When the right of *habeas corpus* was suspended by the Lincoln administration and persons held *incommunicado*, Congress enacted a law to force the disclosure of the names of those persons⁴⁸. And the case upon which the United States government base its right to hold its own citizens and try them in military commissions is as tenuous.

The first case applicable to this discussion, *Ex Parte Milligan*⁴⁹, concerns the authority of the President to order the creation of a military commission. The court decided that the President did indeed have that power but only if trying a civilian not a member of armed forces cannot be done in open civilian courts. Therefore, were civilian courts were open and functional, the commander of armed forces, and that includes the President as Commander-in-Chief of all American Forces, cannot order such trials. According to *Milligan*, even in war, it is only if it is impossible to administer criminal justice that a military commission may be ordered⁵⁰.

From this case, the US Administration moves to support its authority for military commissions against US citizens on the basis of *Ex Parte Quirin*⁵¹. It argue that the obvious case of 8 German-American saboteurs and spies brought to the continental United States by submarines and caught on that night and the following two weeks applies to nowadays American Taliban captured in the theatre of operation of Afghanistan since the US Supreme Court has clearly stated in this case that unlawful combatants are subject to trial and punishment by military tribunals for acts that renders their belligerency unlawful⁵².

Under American law, this seems indeed fair. But the current administration has interpreted this decision as meaning that American nationals may be held indefinitely *incommunicado*, without formal charges, may be denied access to counsel and that the protections of *habeas corpus* does not apply to them. That is a fraudulent interpretation. In the case of *Quirin*, even with all its sordid details and the highly political implications of President Roosevelt clearly documented⁵³, the accused were charged formally within a month of their capture and were tried soon after their charges were given. They had a right to counsel and their petition for *habeas corpus* was revised by the Supreme Court. The Supreme Court never affirmed the right of the government to

⁴⁸ Turley, J., «Tribunals and Tribulations: The Antithetical Elements of Military Governance in a Madisonian Democracy », (2003) 70 *George Washington Law Review* 649 at 732, citing the *Act Relating to Habeas Corpus, and Regulating Judicial Proceedings in Certain Cases*, ch. 81, 2, 12 Stat. 755 (1863).

⁴⁹ *Ex Parte Milligan*, 71 U.S. (4 Wall.) 2 (1867)

⁵⁰ Belknap, M., «A Putrid Pedigree : The Bush Administration's Military Tribunals in Historical Perspective », (2002) 38 *California Western Law Review* 433 at 460-461.

⁵¹ *Ex Parte Quirin*, 317 U.S. 31 at 38-40

⁵² Which in this case was an arguable fact as the failure to distinguish oneself from non-combatants was not an establish or codified custom of international law Baxter, R.R., « So-Called ‘Unprivileged Belligerency’ : Spies, Guerillas and Saboteurs », (1951) 28 *British Yearbook of International Law* 323 at 339-340, cited in Orenlichter, D.F. and Kogod Goldman, R., «The Military Tribunal Order : When Justice Goes to War: Prosecuting Terrorists Before Military Commissions », (2002) 25 *Harvard Journal of Law and Policy* 653 at 657.

⁵³ Belknap, *supra*, note 50 at 472-480 : the fact is that the ‘capture’ for which the Coast Guard and the FBI took credit were more the matter of inefficiency and luck than one of actual competence.

proceed on the simple affirmation that the accused were deemed enemy combatants⁵⁴. It must also be pointed out that a determination of the status of the 8 accused was made by the Supreme Court⁵⁵, while in the case of all detainees at Guantanamo Bay no determination has been made by any judicial authority. Therefore, while the authority of the military to try persons accused of violations of humanitarian law is established, this does not translate in supplanting civilian courts where open and functional. And if the authority of the military to convene commissions after the war has been recognised⁵⁶, it does not translate in a necessity to try under military commission. Indeed, the lessons from *Milligan* and *Quirin*, as reinforced by *Duncan v. Kahanamoku*⁵⁷, it that civilian courts must be the preferred for Americans tried for breaches of humanitarian law.

Furthermore, it is interesting to see that a double standard exists in the process of the Guantanamo Bay detainees. Indeed, while the US are claiming the right to try enemy combatants under military commission, the sole American Taliban captured and tried, John Walker Lindh, has been tried in a Federal court and given a 20 years sentence for “supplying services to the Taliban” and “carrying explosives during the commission of a felony”⁵⁸. This felony was high treason, for which he has obviously not been convicted nor sentenced in exchange for cooperating with the US government.

Opposed to this treatment is the case of Yaser Esam Hamdi, a 22 years old Louisiana-born American who moved to Saudi Arabia as a toddler and captured while fighting for the Taliban. Hamdi has not been charged and on January 8, 2003, the US Court of Appeal for the Fourth Circuit of Richmond has ruled improper for it a review of the detention of Hamdi, holding that deference must be given to the military and the Presidential decision⁵⁹.

Meanwhile, a least one commentator argues that the government’s case for trying under military commissions is quite strong on the basis of article 84 of the *Third Geneva Convention* as this article clearly states that a prisoner of war shall be tried only by a military court, unless the existing laws of the Detaining Power specify otherwise⁶⁰. Such an interpretation could be acceptable if the United States did recognize these detainees as prisoners of war. But since it does not, it is impossible to claim on the one hand the respect of humanitarian law to try these detainees under the *Geneva Conventions* while on the other hand refusing them the status allotted to them by those same conventions. To this day, it remains unclear and certainly unstipulated why there is such a gap of treatment and interpretation. The fact is that if US citizens commit high treason, they should be judged for their actions. But as it is the case with spies, it should be done in courts of law that provide for a full and fair defence, thereby not only bring justice but also being seen to bring justice without creating martyrs.

Foreign nationals in the Taliban

And as for martyrs, the last category of Taliban fighters under US detention are foreign nationals captured as Taliban fighters. This is sensitive as many a detainee of the US is a national of its allied, or at least conveniently neutral supporters, in its “war against terrorism”, including the United Kingdom and Australia, as well as Canada. Those captured under arms as Taliban fighters could have been tried as mercenaries had the United States ratified the *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the*

⁵⁴ Rodriguez, A., «Is The War on Terrorism Compromising Civil Liberties ? A Discussion of Hamdi and Padilla », (2003) 39 *California Western Law Review* 379 at 388-389.

⁵⁵ Maddox, *supra*, note 30 at 449.

⁵⁶ *Johnson v. Eisentrager* (1950), 339 U.S. 763 (1950), concerning German soldiers convicted of continuing hostilities after the military surrender of Germany on May 8, 1945 and *In Re Yamashita*, 327 U.S. 1 (1946) concerning the validity of the creation of a military commission after the end of hostilities.

⁵⁷ *Duncan v. Kahanamoku*, 327 U.S. 304 (1946) whereby the Hawaiian Courts ruled that martial law, while authorising vigorous military actions for the defense of the Islands and the threat of invasion, was not intended to authorise the supplanting of civilian courts.

⁵⁸ Schaffer, A., «Life, Liberty and the Pursuit of Terrorists : An In-Depth Analysis of the Government’s Right to Classify United States Citizens Suspected of Terrorism as Enemy Combatants and Try Those Enemy Combatants by Military Commission », (2003) 30 *Fordham Urban Law Review* 1465 at 1474.

⁵⁹ *Ibid.*, at 1473.

⁶⁰ Wedgwood, *supra*, note 3 at 333.

Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977⁶¹ and its article 47 concerning mercenaries or even if it had ratified the *International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries*, 4 December 1989. However, since it has not, it cannot be prosecuted under this guise.

Mercenaries are therefore not illegal to employ in a conflict against the United States. If they are incorporated within the rank and operational structure of the Taliban, they fought as members of a national armed force – much like United States volunteers did during the Sino-Japanese conflict prior to 1941 and in Royal Air Force units as volunteers. As such, they are not terrorists nor are they illegal or unlawful combatants. They are quite simply combatants and prisoners of war once captured. If they stand accused of breaching the laws and customs of war, then have the charges drawn and the court appointed. Otherwise, these persons should enjoy the full protection of the *Third Geneva Convention*.

Still, the US government will most probably stick to its perception that these persons are unlawful combatants, they simply fall outside the scope of the *Third* and *Fourth Geneva Conventions*. Indeed, foreign nationals of parties to the conflict whose country retains normal diplomatic relations are excluded from the protections of the *Fourth Geneva Convention*, on the basis of its article 4(2). This creates a very problematic situation whereby most foreign fighters would fall under this category and as a result be protected by no measures of the *Conventions*, save for article 3 providing for the minimal humanitarian and human rights. This would definitely be the sole exception where persons are not covered by a full *Convention* (with the exception of combatants, whether lawful or unlawful, convicted of war crimes in accordance with the reservations made to the *Conventions* and the notions of article 5 of the *Fourth Geneva Convention*) and represent a major problem. In fact, it would seem at first hand to justify United States' reasoning and treatment of these detainees.

But it does not. Indeed, very few of the United States allied or neutral State had normal diplomatic representation in Kabul at the outset of the conflict. Certainly the United Kingdom, Canada and Australia did not. Nor did Saudi Arabia. Even Iran and Iraq did not have such normal diplomatic representation. In fact, since we do not know the name and nationality of all detainees, it is impossible to assert that any detainees fall outside the scope of the *Fourth Geneva Convention* and until such time as it is proven, they must be given some judicial status under the *Conventions*. The only known country with nationals associated with the conflict that had normal diplomatic representation was Pakistan and there is no knowledge of Pakistani being held as Taliban fighters. As a result, and until proven otherwise, the *Fourth Geneva Convention* applies and the United States are bound to apply the full protection contained within it.

Even if we did know the nationality of those captured, the first question that would be asked is : Captured by whom? The question is relevant because article 4(2) does specify « ...normal representation in the State in whose power they are. »⁶². This matters very much because if most neutral and co-belligerent States, with the notable and ironic exceptions of Iran and Iraq, had normal diplomatic relations with the United States, they did not with Afghanistan. As a result, Taliban captured by the Eastern and Northern Alliances, if refused combatant status, would automatically become protected persons under the *Fourth Geneva Conventions*. Their transfer to US forces should not affect the status they had at the moment of their capture.

Furthermore, transfer to US custody at Guantanamo Bay creates another problem for the United States : since the Administration argues that the protections of the American Constitution does not extend to the leased territory at Guantanamo Bay as it is not US territory, the fact is that the neutral and co-belligerent countries concerned do not therefore have normal diplomatic representation with the country in whose territory they are – the problem being compounded by Cuban sovereignty and American leasing of the territory.

But all this does not mean that foreign national who fought as Taliban are protected from prosecution from criminal and terrorist acts. Indeed, article 70 of the *Fourth Geneva Convention* is clear that prosecution may be made for common law crimes done prior to capture and detention⁶³. And if they are accused of terrorism, then by

⁶¹ *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, 1125 U.N.T.S. 3, entered into force Dec. 7, 1978.

⁶² *Fourth Geneva Convention*, *supra*, note 11 at article 4(2) *in fine*.

⁶³ *Ibid.*, note 11 at article 70 : «Art. 70. Protected persons shall not be arrested, prosecuted or convicted by the Occupying Power for acts committed or for opinions expressed before the occupation, or during a temporary interruption thereof, with the exception of breaches of the laws and customs of war.

all mean charge and try them under applicable criminal laws. But if none of these interpretation applies, these persons must be given the full extent of the protection of humanitarian and repatriated as soon as permissible.

AL QUAEDA

The characterisation of fighters within the Taliban leads to differentiate also within the Al Qaeda structure, especially since it is not a formal and established structure, but a loose association of numerous terrorist groups – “cells” claiming to be part of Al Qaeda.

Al Qaeda in the Taliban trenches/caves

One distinction that is difficult with the detainees claiming to belong to Al Qaeda are those that were captured alongside the Taliban during the Bora Tora operations and all other military operations within Afghanistan during the international armed conflict that took place and led to the fall of the Taliban regime with subsequent mopping up operations.

Some of the fighters captured during the fight did not claim to be Taliban, but Al Qaeda fighters that joined the fight. Here, some questions of fact will influence judicial treatment of those detainees. Commentators have suggested that due to evident targeting of civilians, Al Qaeda does clearly not respect the laws of war and therefore its member could never vie for the status of combatant and even less for that of prisoner of war⁶⁴. This again revives the notion of group criminality as presented within the Nuremberg Trials. But even the Nuremberg Trials differentiated between the whole of the Axis armed forces and particular groups such as the *Einsatzgruppen* (extermination squads), the SS, the SD and other element of the German military. Furthermore, even if a presumption of guilt was declared base upon this, there was a possibility for the defendant to clear himself (which was done at least 256 times within the military commissions brought to stand in Europe)⁶⁵. This clearly establish a precedent that even when an international standard acknowledges criminal characterisation of a group (which has only been done by *Military Order 13*, meaning after September 11, 2001), it stands that it is the application of individuality to the violations of the laws of war that must still be prominent.

In the contemporary situation, this means that even if one was to claim an international standard declaring Al Qaeda a criminal group whose belonging to justifies a presumption of guilt to particular acts of violence, whether in criminal law or in violations of humanitarian law, an individual Al Qaeda member who has joined the Taliban and fought with them may very well be a combatant. If he as fought as part of the Taliban, been incorporated in some form of a unit and respected the laws of war, this person should and must be treated as a combatant under article 4 of the *Third Geneva Convention*. He cannot be condemned for others having breached the laws of war ; especially since the breaches alleged here were not committed in a time of war and the notion of war does not apply to terrorist attacks.

If he has breached humanitarian law during the combat operations in Afghanistan, he must retain the protections of prisoner of war and then be tried and sentences for his breaches of humanitarian law. But, there is also the question of nationality. If he is an Afghan national, member of Al Qaeda but who has joined a unit of the Taliban and was captured, he must be treated as a prisoner of war. If the United States government persists in refusing the application of the status of prisoner of war, they must then treat this person as a civilian, entitled to the protections of the *Fourth Geneva Convention* as explained above for Taliban. If he has breached humanitarian law prior to his capture and he is treated as a civilian, he must then be tried and sentenced accordingly. Even if it is a foreign national, again the United States must respect the status of combatant and prisoner of war as it does not acknowledge mercenaries.

Nationals of the occupying Power who, before the outbreak of hostilities, have sought refuge in the territory of the occupied State, shall not be arrested, prosecuted, convicted or deported from the occupied territory, except for offences committed after the outbreak of hostilities, or for offences under common law committed before the outbreak of hostilities which, according to the law of the occupied State, would have justified extradition in time of peace. »

⁶⁴ Broomes, *supra*, note 24 at 125.

⁶⁵ See *supra*, note 25.

However, if it persists not to acknowledge the status of combatant to legitimate fighters, the United States might have a recourse to try this person for breaches of humanitarian law under article 4(2) of the *Fourth Geneva Convention* since nationals of neutral States having normal diplomatic relations with the Occupying Power are not to be considered Protected Persons under this convention⁶⁶. If this interpretation is adopted, only the minimum protections of article 3 (common) apply, as this applies to any person not taking active part in hostilities or having ceased to take such active part⁶⁷. Still, just as in the case of any persons about whom the status is unclear, it must be a regularly constituted tribunal that makes this decision and so far, none of the detainees at Guantanamo Bay have enjoyed such judicial determination of their status. It is clear that there remains a doubt as to the application of the *Third Geneva Convention* and the discretionary declaration of the United States government that they are civilians when the detainees claim to be combatants is not a sufficient, nor just or fair, legal decision. It is maintained here that until such determination is made, Al Qaeda fighters, whether Afghan nationals or foreigners, must be brought to face a regularly constituted tribunal providing all judicial guarantees deemed necessary to all civilised people to determine their status. Only once this has been done may a determination about breaches of humanitarian law be made.

As for the argument that the *Third Geneva Convention* cannot apply to Al Qaeda member on the basis that it is not a State party to the Convention, it is again a very clever blurring of the spirit of the law. Nobody argues that terrorist organisations should be recognised as States. But even known terrorists, if they fight as combatants within the structure of regularly constituted (according to local standards) units and meet the requirements of the *Third Geneva Convention*, must be granted the status of prisoner of war. If they have breached humanitarian law, then they can be judged for it. If they have also committed other criminal actions, the countries where they have committed such actions can ask for extradition and try them for whichever crime they have committed.

Suicide pilots and bombers; murderers and executioners

This category of terrorists to be considered is the international terrorists in the “classical” sense: airline hijackers as well as suicide bombers and murderers. In this category, one may easily include the 19 alleged hijackers of the September 11, 2001 attacks. As well, car bombers in Saudi Arabia, Turkey, Iraq and Afghanistan may certainly be described as part of this category.

Persons taking part willingly in those activities are indeed terrorists if their aim is to force a government to do or to omit to do something by the use of terror. However, what they really are murderers, attempted murderers and all around criminals. The only differentiation of their actions is due to the political or social (including religious) aims of their actions⁶⁸. But the *mens rea* and *actus reus* of homicide, at least involuntary as in the case of the killing of nationals of the country where the bombing is made against barracks of foreign troops, and most of the time premeditated as in the case of September 11, 2001, are both present. If the intention to commit and the actual gesture of committing the crimes are present, these persons are simply murderers.

In that case, the punishment is clearly within the realm of civilian criminal justice and should be judged according to the extent of the crime. To otherwise create a sort of “judicial” martyr by creating separate proceedings is actually lending credibility and “cause” to the persons associated with these ideas. Instead of treating such persons as special cases under the law, they should be treated like any other criminal and their crimes put in the light of acts against law and morality – not against ideas and ideology. Crimes are crimes and should be treated as such. To inflate their ideological or spiritual meaning is simply playing into the hands of publicity seeking terrorists. Any person committing acts of terror in a country of which he is not a national remains punishable under this country’s laws. And this must be the legal way to try these murderers.

Any persons committing acts of terror in a state of which he is a national may well be tried under criminal law or other type of applicable law. For instance, an Afghan national attempting on the life of the President of the interim Afghan government is obviously subject not only to punishment for homicide, but also for treason as he is attempting on the person of the Head of State. Any American attempting on the life of President Bush would

⁶⁶ *Fourth Geneva Convention, supra*, note 11.

⁶⁷ See *supra*, note 41.

⁶⁸ See definitions at *supra*, note 9.

also be a traitor under American law, as would a Canadian attempting on the life of the Queen of Canada, Elisabeth II⁶⁹.

Special legislations exist to try terrorists. The United Kingdom has enacted its very comprehensive *Anti-Terrorism, Crime and Security Act*⁷⁰ in 2001, while the United States' Congress enacted the *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT) Act* on October 26, 2001⁷¹. The latter act provides definition for many of the undefined international terrorist actions, including that of domestic terrorism. A terrorist organisation is deemed one that is designated so by the Secretary of State under the current law, designated by the Secretary of State for immigration purposes or a group of two or more individuals that commits terrorist activities or plans to commit such activities⁷².

The problem with such laws is that they do not really solve the problem. Recent reports have indicated that many law agencies had in fact enough evidence to proceed and stop the attacks of September 11, 2001 from being made. For any number of reasons, this was not done. The conclusion is that the law did provide already the means to law enforcement officials to take steps and protect the American public. Legislations such as the *USA Patriot Act* serve not so much to fill a legal gap but more to show the public that something is being done.

The result of such calm-seeking legislation is however very important: it enlarges the government's power at the detriment of human rights. In fact, it is an obvious case of over-reaction. Following the enactment of this law – which was a wish-list of all law enforcement agencies of the Federal government and that was watered down somewhat by Congress – 1,182 persons had been detained by the Federal authorities in November 2001. The following months, the United States government refused to release the number of persons arrested⁷³.

The *USA Patriot Act* has granted the Attorney-General of the United States the power to detain non-citizens for 7 days before requiring that the individual be formally charged with a crime or an immigration infraction. Nonetheless many have been held for months without charges and one has been held for 119 days⁷⁴; and most of these charges are for immigration offences. This is not only illegal in the face of American law, but it also infringes upon all the standards agreed to by the United States, such as the *Helsinki Final Act* (tenth principle concerning the respect and good faith of international obligations)⁷⁵, *Copenhagen Document*⁷⁶, *Paris Charter*⁷⁷ and *Moscow Declaration*⁷⁸ (all three with respect to minimal judicial obligations) as well as the *United Nations Declaration of Human Rights*⁷⁹ and the *International Covenant on Civil and Political Rights*⁸⁰. Furthermore, it

⁶⁹ While the Queen is Head of State of the United Kingdom, she is also separately the Head of State of the Canada.

⁷⁰ *Anti-Terrorism, Crime and Security Act*, ch. 24, 2001 at <http://www.legislation.hmso.gov.uk/acts/acts2001/20010024.htm>

⁷¹ *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT) Act*, 115 Stat., 272 (2001).

⁷² Addicott, *supra*, note 15 at 215.

⁷³ Fain, N., « Between Empire and Community : The United States and Multilateralism 2001-2003 : A Mid-Term Assessment : Human Rights : Human Rights Within the United States : The Erosion of Confidence », (2003) 21 *Bekery Journal of International Law* 607 at 618.

⁷⁴ Murphy, *supra*, note 22 at 471.

⁷⁵ *Conference on Security and Co-Operation in Europe : Final Act*, 1 August 1975, reprinted in 14 *I.L.M.* 1292.

⁷⁶ *Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE*, 29 juin 1990, reproduced in (1990) 29 *I.L.M.* 1305.

⁷⁷ *Conference on Security and Co-Operation in Europe : Charter of Paris for a New Europe and Supplementary Documents to Give Effect to Certain Provision of the Charter*, Paris, 21 novembre 1991, reproduced in 30 *I.L.M.* 190.

⁷⁸ *Conference on Security and Co-Operation in Europe : Document of the Moscow Meeting on the Human Dimension, Emphasizing Respect for Human Rights, Pluralistic Democracy, the Rule of Law and Procedures for Fact-Finding*, Moscou, 3 octobre 1991, 30 *I.L.M.* 1670 à la p. 1677.

⁷⁹ *Universal Declaration of Human Rights*, GA Res. 217A (III), UN Doc. A/810 (1948) 71, notably at article 6 (recognition before the law), 7 (equality and non-discrimination before the law), 9 (arbitrary arrest), 10 (right to public and fair trial) and 11 (right to full defense).

⁸⁰ *International Covenant on Civil and Political Rights*, GA Res. 2200A (XXI), 21 UN GAOR supp. 16, U.N. Doc. A/6316 (1966) 52, 999 U.N.T.S. 171, entered into force Mar. 23, 1976 at article 9 (arbitrary arrest), 14(3) (right to know the charges against him), 16 (right of recognition before the law).

also infringes on United Nations resolutions that fully support the continuing and full application of human rights even in times of war, even with the recognised *caveats* of situations of emergencies⁸¹.

The case of the alleged dirty bomber, Jose Padilla, is a case in point of the new terrorism and new powers of the government. Padilla is an American citizen and alleged to be an Al Qaeda operative who tried to plant a radiological bomb in a major US city. Padilla has been declared an enemy combatant by the President on the basis of *Ex Parte Quirin*. But the question then arises to wonder how it is that a civilian, not falling under the laws of war since there is no conflict on US soil, can be deemed the equivalent of a person not respecting the laws of war. Padilla, if tried, may be found guilty of conspiracy to commit homicide and/or attempting to commit homicide. If American legislation allows it, he may also be guilty of treason against the State. And for all these, he may be passable of the death penalty. But all these are no reason whatsoever to deny the accused to meet with counsel and to be given the same minimum treatment as any other criminal. Padilla is not a member of armed forces and while he may well be a terrorist, the notion of enemy combatant – which remains a fictional notion existing only under American law – has nothing to do with him. He did not enter the United States disguised and not wearing the uniform of his armed forces since he is a civilian. He did not wage war unlawfully as there is no state of war on continental United States – nor in any other part of US territories for that matter.

In effect, Padilla is an alleged criminal accused very serious charges and even more so if he is convicted of terrorist activities. But that is not war and the notion of enemy combatant has nothing to do with this. Padilla's case is another example of the very poor understanding of humanitarian law by American courts – and the use of this ignorance by the current Administration. Indeed, nothing better shows the clever use of legal confusion created and sustained by the administration than the difference of treatment of Padilla with Timothy McVeigh – another person who tried, but in his case sadly succeeded, in creating mass death. McVeigh was tried and sentenced under federal legislations; even though he was claiming to be a member of American home-grown “rebel militias” and claimed to be waging war against the federal government. In fact, historically the USA has always viewed terrorists as common criminals to be tried in civilian courts⁸². For his mass crimes, McVeigh was put to death.

IRAQI FEYADEENS AND INSURGENTS

Another issue relating to the status of combatants is that of Iraqi Feyadeens, paramilitaries of the Baath party, and other insurgents that continue to harass US and Coalition forces in Iraq. There have been 588 deaths of Coalition soldiers since January 13, 2003⁸³. Current estimates of the number of the insurgency runs at around 5000, with no precise numbers due to the flexible nature of the insurgents.

The high intensity war that ended on May 1, 2003 led to a low intensity conflict of a guerrilla nature. Since the United States are an Occupying Power, it is clear that the *Fourth Geneva Convention* applies to US and Coalition Forces toward the treatment of the civilian population of Iraq. As a result, the treatment of Feyadeens and insurgent must be the same as any other civilian taking up arms against foreign forces: they must be given the full protection of the *Fourth Geneva Convention* and are subject to accusation of having unlawfully engaged in hostile activities. Therefore, they may be accused of murder in accordance with Iraqi laws, or with occupation laws, and sentenced accordingly. But, they must retain the applicable protections discussed above in the case of Taliban fighters protected as civilians. In this particular case, there is absolutely no other legal route available to the United States. Non-respect of the *Fourth Geneva Convention* would be a material breach of the laws and customs of war. The United States are an Occupying Power and must therefore respect the *Conventions*.

⁸¹ *Basic principles for the protection of civilian populations in armed conflicts*, UN GAOR resolution 2675 (XXV), 25th sess. 1922nd plenary meeting, 9 december 1970 at 76.

⁸² Janik, *supra*, note 33 at 512.

⁸³ « Casualties », *CNN*, (13 January 2004) at <http://www.cnn.com/SPECIALS/2003/iraq/forces/casualties/>, includes : «496 Americans, 56 Britons, five Bulgarians, one Dane, 17 Italians, two Poles, eight Spaniards, two Thai and one Ukrainian » since January 13, 2003 and of these all over 400 have been killed since President Bush declared the end of major combat operations on May 1, 2003.

Foreign nationals participating in the Iraqi insurgency

However, reports abound that foreign national are joining forces with the Iraqi insurgents to harass American and Coalition forces. These persons are not combatants under the *Third Geneva Convention* as guerrilla warfare is not recognised against an Occupying Power⁸⁴. And since they are civilians, they fall under the term of article 4 of the *Fourth Geneva Convention*. But its second paragraph clearly states that nationals of a country retaining normal diplomatic representation with the detaining power are not to be considered protected persons under the *Fourth Geneva Convention*. An exception for Iranians would therefore exist, but for the majority only the protections of article 3 common to the *Conventions* would apply. And they may then be prosecuted for unlawful belligerency and murder.

IN FINE - SADDAM HUSSEIN & OSAMA BIN LADEN

However, it is to hope that the Iraqi conflict is on the wane. Indeed, the capture of ex-president Saddam Hussein has resulted in a sharp decrease of attacks and casualties inflicted on Coalition forces⁸⁵. And intelligence gathered as a result of his captured as led to many more arrest and disruption of the financing and organising of attacks. And it is interesting to see that the United States have decided to consider ex-president Hussein as a prisoner of war⁸⁶, based on his former authority as commander of Iraqi forces. Of course, it is obvious that this is not an act of altruism : by doing so, the United States avoid the problem of the immunity of a head of State and can proceed with a trial for war crimes and crimes against humanity.

But it again raises the question of how can such a person, accused of killing hundreds of thousands, be provided the protections accorded to a combatant – in case not a courageous one – while Taliban fighters not even individually accused of having breached any measures of humanitarian are not afforded this status. This is further ground to demand the full respect of the *Conventions* and their application to those to whom it should apply.

As for Osama Bin Laden, what status would he have? This would depend on the circumstances where he was captured, but there would have to be a conflict somewhere to declare him a combatant. If American authorities capture him in a cave in Afghanistan, near the Pakistani border, Bin Laden will be a common criminal captured by forces under the mandate on the UN. Extradition to the US are fairly certain and his status will be that on a common criminal under charges of murder, attempted murder and a myriad other offences that would ultimately lead, with all probability, to a verdict of guilty and a sentence of death.

⁸⁴ Some would argue that the United Nations' General Assembly Resolution 2676 transform this interpretation and that indeed they could be treated as prisoners of war, but this would be difficult to support. See *Respect for Human Rights in Armed Conflicts*, UN GAOR Res. 2676 (XXV), 25th sess., 1922nd plen. mtg, (9 december 1970) 77 : « Urges that combatants in all armed conflicts not covered by Article 4 of the Geneva Conventions of 1949 be accorded the same humane treatment defined by the principles of international law applied to prisoners of war... ».

⁸⁵ « Attacks down 22% since Saddam's capture : Offensives, Arrests lessen resistance », *USA Today*, (12 January 2004) at 1. This is a month after his capture on December 14, 2003.

⁸⁶ « Hussein officially declared a POW », *Globe and Mail*, (January 10, 2004) at 1.

CONCLUSIONS

This essay was concerned with the determination of combatant status in current American and Coalition military campaigns, whether for lawful combatants or unprivileged ones, deemed illegal or unlawful, or those otherwise falling outside the protections of the Geneva Conventions.

The general conclusion is that apart from the very specific exceptions of article 4(2) of the *Fourth Geneva Convention*, any person at any time and in any place is to be covered by the *Geneva Conventions* during times of armed conflicts. Even those not covered by a specific convention continue to retain the minimal protections of article 3 common to all four *Geneva Conventions*. Furthermore, it is not because a combatant is accused of breaching the laws and customs of war that he loses his protection as prisoner of war: on the contrary, as this essay demonstrates, the protection remains until such a conviction has been legally given by a competent, fair and impartial tribunal in the cases of countries having made reservations to the *Third Geneva Convention* and remains even after such a conviction in the case of States not having made such a reservation, including the United States.

It is the conclusion of this essay that Taliban fighters are to be given combatant and prisoner of war status and that those held at Guantanamo Bay should be informed of the charges against them, given access to counsel and tried in the speediest delays. These delays are not a matter of months: it is a matter of days as the determination of their status should have been made months ago. It is also the contention of this essay that for those people who accompanied the Taliban or who have no proof of their prior belonging to Afghan armed forces but captured in combat should be given the protection of the Fourth Geneva Convention and tried only if accused of breaching the laws and customs of war. As for foreign nationals having joined and fought with the Taliban, their incorporation into Afghan armed forces, including militias, should be enough to secure for them the right of prisoner of war. If the United States persist in denying this right, it should at the very least consider them as civilian and afford the protection of the *Fourth Geneva Convention*, thereby respecting the spirit and the letter of humanitarian law concerning the inclusion of all persons in a theatre of war under the protection of the *Geneva Conventions*.

It also concludes that similar treatment of Al Qaeda detainees must be afforded based upon the particular of their capture. If their capture was made while fighting with the Taliban, they should be given the protections of prisoner of war. If not, they should be given the protection of civilians.

As for foreign nationals of Al Qaeda captured in Afghanistan, they should be given the protections of article 3 common to the *Geneva Conventions* and tried under civilian criminal laws. Feyadeens and Iraqi insurgents must be given the protections of the *Fourth Geneva Convention* as civilian and judged for their breaches of the laws and customs of war if accused of such breaches. As for foreign nationals fighting with the insurgency, this article also recommends treating them according to those protections and judging them as Iraqi insurgents. Failing this, the protection of article 3 common to the *Geneva Conventions* must be given and they must still be tried and sentenced under fair and impartial tribunals. So far, the United States has respected only one clause of the determination of combatant status by declaring Saddam Hussein a prisoner of war: and this was made to facilitate his trial for war crimes and crimes against humanity.

Nobody can deny that the events of September 11, 2001 were of the most atrocious and disgusting kind. And many will support the right of the United States to counter this growing threat to its citizens with vigorous and indeed forceful measures, including the use of force. But that does not mean that the United States are above international norms or international law. It does not follow that they have a blank check to repudiate humanitarian law or to breach it and use it only for its own purpose.

The United States are and must remain a society toward which Nations may look to leadership and higher values. To continue to disrespect in its own international engagement and to pervade the international standards created to protect all victims of armed conflict does not help its final strategic goal. The United States may defend themselves with force against force; but the only solution to any war has been diplomatic. Twisting international and repudiating international standards leads to force countered only by force and a cycle of violence. It provides arguments and martyrs for its enemies.

And it certainly provides arguments for future belligerents against the United States not to respect the laws of war; with the evident effects most feared by Secretary of State Colin Powell that American service personnel will someday pay the price of those political and legal decisions when they will be captured by their enemies.

BIBLIOGRAPHY

Legislations

- Act Relating to Habeas Corpus, and Regulating Judicial Proceedings in Certain Cases*, ch. 81, 2, 12 Stat. 755 (1863).
- Anti-Terrorism, Crime and Security Act*, ch. 24, 2001 at <http://www.legislation.hmso.gov.uk/acts/acts2001/20010024.htm>
- Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*, 3 *Official Gazette Control Council for Germany* 50-55 (1946).
- Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, Executive order of November 13, 2001, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/2001111327.html> (last opened 2 dec 2003)
- Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT) Act*, 115 Stat., 272 (2001).

Cases

- Bas v. Tingy*, 4 U.S. (4 Dall.) 37, 40 (1800)
- Duncan v. Kahanamoku*, 327 U.S. 304 (1946)
- Ex Parte Milligan*, 71 U.S. (4 Wall.) 2 (1867)
- Ex Parte Quirin*, 317 U.S. 31.
- In re Altstötter and Others*, (1947) 14 *Annual Digest* 286
- In re Goëring and Others*, (1946) 13 *Annual Digest* 221
- In re Ohlendorf and Others (Einsatzgruppen Trial)*, (1948) 15 *Annual Digest* 667.
- In re Takashi Sakai*, (1946) 13 *Annual Digest* 223
- In Re Yamashita*, 327 U.S. 1 (1946)
- Johnson v. Eisentrager* (1950), 339 U.S. 763 (1950)
- Prosecutor v. Dusko Tadic* (1995), case IT-94-1-AR72 (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, First Instance), on line at : <http://www.un.org/icty/tce14.htm> (last visited January 14, 2004)
- Prosecutor v. Dusko Tadic*, (1999), case IT-94-1-AR72, (International Tribunal for the former Yugoslavia, Appeal Chamber), on line at : <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/main.htm>, (last visited January 14, 2004).

Treaties

- Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation (Montreal Convention)*, T.I.A.S. 7570 (1973)
- Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft (Hague Convention)*, 22 U.S.T. 1641, T.I.A.S. No. 7192 (1971)
- Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons, Including Diplomatic Agents (New York Convention)*, T.I.A.S. 8532 (1976-77)
- Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 75 U.N.T.S. 31 (entered into force Oct. 21, 1950)
- Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, 75 U.N.T.S. 85 (entered into force Oct. 21, 1950)
- Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, 75 U.N.T.S. 287 (entered into force Oct. 21, 1950)
- Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War*, 75 U.N.T.S. 135, entered into force Oct. 21, 1950
- International Convention Against the Taking of Hostages (Hostages Convention)*, 34 UN GAOR Supp. 39, UN. Doc. A/34/39 (1979) 23.
- International Convention Against the Taking of Hostages*, signed at New York, December 18, 1979
- International Convention for the Suppression of Terrorist Bombing*, adopted by the General Assembly December 15, 1997
- International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*, adopted by the General Assembly December 9, 1999

International Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, 860 UNTS 105, entered into force Oct. 14,

International Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons, opened for signature at New York, December 14, 1973.

International Covenant on Civil and Political Rights, GA Res. 2200A (XXI), 21 UN GAOR supp. 16, U.N. Doc. A/6316 (1966) 52, 999 U.N.T.S. 171, entered into force Mar. 23, 1976

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1125 U.N.T.S. 3, entered into force Dec. 7, 1978.

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 1125 U.N.T.S. 609, entered into force Dec. 7, 1978

The Convention on Offenses and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft (Tokyo Convention), T.I.A.S. No. 159 (1963)

International documents

Basic principles for the protection of civilian populations in armed conflicts, UN GAOR Res. 2675 (XXV), 25th sess., 1922nd plen. mtg. (9 december 1970) 76.

Conference on Security and Co-Operation in Europe : Charter of Paris for a New Europe and Supplementary Documents to Give Effect to Certain Provision of the Charter, Paris, 21 novembre 1991, reproduced in 30 *I.L.M.* 190.

Conference on Security and Co-Operation in Europe : Document of the Moscow Meeting on the Human Dimension, Emphasizing Respect for Human Rights, Pluralistic Democracy, the Rule of Law and Procedures for Fact-Finding, Moscou, 3 octobre 1991, 30 *I.L.M.* 1670 à la p. 1677.

Conference on Security and Co-Operation in Europe : Final Act, 1 August 1975, reprinted in 14 *I.L.M.* 1292.

Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE, 29 juin 1990, reproduced in (1990) 29 *I.L.M.* 1305.

Moscow Declaration of October 1943, <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/wwii/moscow.htm>, (last opened 7 January, 2004)

Nuremberg Rules, in Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, 82 U.N.T.S. 279, entered into force Aug. 8, 1945

Respect for Human Rights in Armed Conflicts, UN GAOR Res. 2676 (XXV), 25th sess., 1922nd plen. mtg. (9 december 1970) 77

SC Res. 1214, UN SCOR, 3952nd mtg., UN Doc. S/RES/1214 (1998) 2

SC Res. 1267, U.N. SCOR, 4051st mtg., U.N. Doc. S/RES/1267 (1999) 2

SC Res. 1333, UN SCOR, 4251st mtg., UN Doc. S/RES/1333 (2000) 2

Universal Declaration of Human Rights, GA Res. 217A (III), UN Doc. A/810 (1948) 71

Monographies

Dallier, P. and Pellet, A., *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2002.

Diplomatic Conference, *Remarks and Proposals*, Geneva, 1949, reproduced at : <http://www.icrc.org/ihl.nsf/b466ed681ddfcfd241256739003e6368/12409217ce36c309c12563cd0042a5e0?OpenDocument> ;

International Committee of the Red Cross, *Customary Rules of International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

Pictet, J., *Commentaries* at: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/b466ed681ddfcfd241256739003e6368/18e3ccde8be7e2f8c12563cd0042a50b?OpenDocument>

Sassoli, M and Bouvier A.A., *How Does Law Protect in War ?*, Geneva, International Committee of the Red Cross, 1999

Terrorist Research and Analytical Center, U.S. Dept. of Justice, *Terrorism in the United States 1982-1992*, 1992

Periodicals

Addicott, Jeffrey F., « Legal and Policy Implications for a New Era : "War on Terror" », (2002) 4 *The Scholar : St. Mary's Law Review on Minority Issues* 209

Alexander, Keith S., «In the Wake of September 11th : The Use of Military Tribunals to Try Terrorists », (2003) 78 *Notre Dame Law Review* 885 at 895

- Baxter, R.R., « So-Called 'Unprivileged Belligerency' : Spies, Guerillas and Saboteurs », (1951) 28 *British Yearbook of International Law* 323
- Belknap, M., «A Putrid Pedigree : The Bush Administration's Military Tribunals in Historical Perspective », (2002) 38 *California Western Law Review* 433
- Blakesley, C.L. « Terrorism, Law, and Our Constitutional Order », (1989) 60 *Colorado Law Review* 471
- Broomes, J.W., «Maintaining Honor in Troubled Times: Defining the Rights of Terrorism Suspects Detained in Cuba », (2002) 42 *Washburn Law Journal* 107
- Crona, S.J. and Richardson, N.A., « Justice for War Criminals of Invisible Armies: A New Legal and Military Approach to Terrorism », (1996) 21 *Oklahoma City University Law Review* 349
- Drumbl, Mark A., « Victimhood in Our Neighbourhood : Terrorist Crime, Taliban Guilt, and the Asymmetries of the International Legal Order», (2002) 81 *North Carolina Law Review* 1
- Duffy, H., « Responding to September 11: The Framework of International Law », (2001) 12 at <http://www.interights.org>.
- Evans, Christopher M., « Terrorism on Trial : The President's Constitutional Authority to Order the Prosecution by Military Commission», (2002) 51 *Duke Law Journal* 1831
- Fain, N., « Between Empire and Community : The United States and Multilateralism 2001-2003 : A Mid-Term Assessment : Human Rights : Human Rights Within the United States : The Erosion of Confidence», (2003) 21 *Bekery Journal of International Law* 607
- Gaja, G., « In What Sense was There an "Armed Attack"? », (2002) *European Journal of International Law Discussion Forum* at <http://www.ejil.org/forum> (last visited Nov. 11, 2002)
- Janik, A.A., « Prosecuting Al Quaeda : America's Human Rights Policy Interests Are Best Served By Trying Terrorists Under International Tribunals », (2002) 30 *Denver Journal of International Law and Policy* 498
- Maddox, H.A., « After the Dust Settles : Military Tribunal Justice for Terrorists After September 11, 2001 » , (2002) 28
- Megret, F. « "War"? Legal Semantics and the Move to Violence », (2002) 13 *European Journal of International Law* 361
- Murphy, S.D., «Contemporary Practice of the United States Relating to International Law », (2002) 96 *A.J.I.L.* 461 *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation* 421
- Orenlichter, D. F. and Kogod Goldman, R., «The Military Tribunal Order : When Justice Goes to War: Prosecuting Terrorists Before Military Commissions », (2002) 25 *Harvard Journal of Law and Policy* 653
- Rodriguez, A., «Is The War on Terrorism Compromising Civil Liberties ? A Discussion of Hamdi and Padilla », (2003) 39 *California Western Law Review* 379
- Schaffer, A., «Life, Liberty and the Pursuit od Terrorists : An In-Depth Analysis of the Government's Right to Classify United States Citizens Suspected of Terrorism as Enemy Combatants and Try Those Enemy Combatants by Military Commission », (2003) 30 *Fordham Urban Law Review* 1465.
- Schrijver, Nico J., « Responding to International Terrorism : Moving the Frontiers of International Law for 'Enduring Freedom' ? », (2001) 48 *Netherland International Reviews* 271
- Slaughter, A.-M. and Burke-White, W. « An International Constitutional Moment », (2002) 43 *Harvard International Law Journal* 1
- Stein, «Artillery Lends Dignity to What Otherwise Would Be a Common Brawl : An Essay on Post-Modern Warfare and the Classification of Captured Adversaries », (2002) 14 *Pace International Law Review* 133
- Turley, J., «Tribunals and Tribulations: The Antithetical Elements of Military Governance in a Madisonian Democracy », (2003) 70 *George Washington Law Review* 649
- Wedgwood, Ruth, « Military Commissions ; Al Quaeda, Terrorism and Military Commissions », (2002) 96 *A.J.I.L.* 328 at 330.

Newspapers

- « Attacks down 22% since Saddam's capture : Offensives, Arrests lessen resistance », *USA Today*, (12 January 2004) 1.
- « Casualties », *CNN*, (13 January 2004) at <http://www.cnn.com/SPECIALS/2003/iraq/forces/casualties/>
- « Hussein officially declared a POW », *Globe and Mail*, (January 10, 2004) 1.
- « The New Enemy », *The Globe and Mail*, (15 September 2001) 15
- NATO, « Statement by the North Atlantic Council », Press Release 124, (Sept. 12, 2001) in (2001) 40 *ILM* at 1267.

AZ OMBUDSMANI INTÉZMÉNY MEGJELENÉSE A MAGYAR KÖZTÁRSASÁGBAN

DR. TILK PÉTER*

Az ombudsmani intézmény Európában régóta ismert formája Magyarországon hosszú ideig nem jelenhetett meg. Kialakítására a szocializmus bukását követő totális alkotmányreform keretében került sor, amikor az alkotmánymódosítás következtében az alaptörvény nevesítette az állampolgári jogok országgyűlési biztosát és a nemzeti és etnikai kisebbségi jogok országgyűlési biztosát, utalva arra, hogy *az Országgyűlés jogosult további ombudsmani intézményeket is kialakítani*. Az alkotmányi előírás azonban hosszú ideig végrehajthatlan maradt: az Országgyűlés csak 1993-ban alkotta meg az állampolgári jogok országgyűlési biztosáról szóló törvényt (Obtv.), ami az alaptörvény előírásainak részletezését elvégezte. Mindez azonban nem jelentette az ombudsmanok működésének kezdetét is, a parlamenti pártok ugyanis megegyezés hiányában 1995-ig nem tudtak megegyezni a biztosok személyéről, így megválasztásukról sem. Ennek következtében az 1989-ben alkotmányi szabályozást nyert intézmény csupán 1995-ben kezdhetette meg működését. Az azóta eltelt kilenc év alatt a biztosok igazolták a velük kapcsolatos várakozásokat, és az Alkotmánybíróság mellett kiemelkedő szerepet töltenek be az alapvető jogok védelmében.

I. Az országgyűlési biztos helye az államszervezetben

a) Az ombudsman a hatályos Alkotmány meghatározása szerinti is „országgyűlési” biztos, vagyis meghatározott értelemben az Országgyűlés intézményének, szervének tekinthető. A magyar ombudsman azonban nem épül be az Országgyűlés szervezetébe, hanem attól különálló, önálló szervezettel rendelkező intézmény, ezen túlmenően pedig – a rá vonatkozó alkotmányi előírásokra tekintettel, hasonlóan az Országgyűléshez – *önálló alkotmányos szerv*. Az ombudsman tehát speciális értelemben minősül az Országgyűlés szervének: *szervezetileg nem* tagozódik a parlament struktúrájába, ám *tevékenységét tekintve, azaz funkcionális értelemben* a parlamenti funkciók egyikének, az ellenőrző funkciónak egyik szeletét, az alkotmányos jogok betartásának bizonyos aspektusait ellenőrzi. Ennyiben tehát az ombudsman az Országgyűlés feladatát ellátó, *külső (extern)*

* Egyetemi tanársegéd, Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar Alkotmányjogi Tanszék.

segítő szervnek minősül¹, a parlamenti ellenőrzés önállósult, sajátos szervtípusát alkotja, amely kizárólag a parlamentnek felelős². Az ombudsmani tisztség kialakításának oka Magyarországon abban jelölhető meg, hogy az Országgyűlés nem képes ellenőrző funkciójának az emberi, állampolgári jogokra vonatkozó szeptét megfelelően ellátni, részben a megfelelő ismeretek hiánya, részben a parlament testületeinek, szervezeti egységeinek működési sajátosságai miatt. A biztosi intézmény létrehozásának indoka emiatt a parlamenti ellenőrzési funkció effektívebb és rugalmasabb teljesítési módjában jelölhető meg: a parlamenti plénumhoz vagy bizottsághoz képest gyorsabb, szakmailag megalapozottabb és perszónálisabb kontrollt tesz lehetővé³. Az ombudsmani intézmény feladatának meghatározását maga az Alkotmány végzi el, a létrehozás indokaira – és ezzel összefüggésben a fő funkció egyes elemeinek kommentálására – az Alkotmánybíróság is kitért. Eszerint „a parlamenti ellenőrzés szervei – közöttük a parlamenti biztosok hivatalai – a mai parlamentáris rendszerű állam parlamenti ellenőrzésének olyan intézményei, amelyek feladata, hogy a végrehajtó hatalom tevékenysége során a *törvények uralmát és az állampolgárok jogvédelmét biztosítsák*. Ez az igény és követelmény a modern democráciákban általánosan megjelenik, tekintettel a közigazgatás rendszerint szakismeretben, létszámban, államvezetési tapasztalatokban és technikákban is megnyilvánuló informális „túlhatalmára”, illetve az abban rejlő veszélyekre”⁴.

b) Az országgyűlési biztos államszervezetben elfoglalt helyét részben meghatározzák az ombudsman *éves beszámolójára* vonatkozó törvényi rendelkezések is. Eszerint az országgyűlési biztos tevékenységének tapasztalatairól – ennek keretében az alkotmányos jogok hatósági eljárásokkal kapcsolatos jogvédelme helyzetéről, valamint az általa tett kezdeményezések, ajánlások fogadtatásáról és eredményéről – évente köteles beszámolni az Országgyűlésnek. Eljárási szabály, hogy a beszámolót a tárgyévet követő naptári év első negyedévének végéig kell az Országgyűlés elé terjeszteni. Az állami szervek működésének átláthatóságára vonatkozó alkotmányos követelményből eredő kötelezettséget teljesített a jogalkotó akkor, amikor elrendelte, hogy az országgyűlési biztos beszámolóját az országgyűlési határozathozatalt követően a Magyar Közlönyben közzé kell tenni. A fenti szabályok szerint a külön biztos (biztosok) önálló beszámolót terjesztenek elő. Ennek megfelelően a Magyar Köztársaságban évek óta három beszámoló készül el és válik nyilvánossá: az állampolgári jogok országgyűlési biztosáé, a nemzeti és etnikai kisebbségi jogok országgyűlési biztosáé, illetve az adatvédelmi biztosé.

¹ *Petrétei József*: Magyar Alkotmányjog II. Államszervezet. Dialóg Campus Kiadó, Budapest – Pécs, 2000. 171. o.

² *Kukorelli István*: Az Országgyűlés. In: *Kukorelli István* (szerk.): Alkotmánytan. Osiris, 1998. 274. o.

³ *Petrétei József*: i. m. 171. o.

⁴ 17/1994. (III. 29.) AB határozat. ABH 1994, 84, 85.

II. Az országgyűlési biztos jogállása

1. Az ombudsman jelölése, megválasztása

a) Az ombudsman jelölése

Az állampolgári jogok, illetőleg a nemzeti és etnikai kisebbségi jogok országgyűlési biztosai személyére az Alkotmány szerint⁵, a többi biztos személyére az Obtv. alapján a köztársasági elnök tesz javaslatot. Ezt követően a javasolt személyt (személyeket) az Országgyűlés Alkotmányügyi, törvényelőkészítő és igazságügyi bizottsága, továbbá az Emberi jogi, kisebbségi és vallásügyi bizottsága, valamint a külön biztosra tett javaslat esetében az Országgyűlés illetékes szakbizottsága is – véleményezési jogkörrel – meghallgatja.

b) Az országgyűlési biztos választása

Az Alkotmány 32/B. § (4) bekezdése alapján az állampolgári jogok, illetőleg a nemzeti és etnikai kisebbségi jogok országgyűlési biztosait az Országgyűlés (a köztársasági elnök javaslatára) a képviselők kétharmadának szavazatával választja. Az országgyűlési biztos megválasztásához tehát az összes országgyűlési képviselő kétharmadának szavazat szükséges. Az alaptörvényi felhatalmazás szerint az Országgyűlés egyes alkotmányos jogok védelmére külön biztost is választhat. E felhatalmazás alapján az Országgyűlés tetszése szerinti számú ombudsmani tisztség kialakítására és országgyűlési biztos megválasztására kapott felhatalmazást. Fontos alaptörvényi korlát azonban, hogy országgyűlési biztos csakis *alkotmányos jogok* védelmére választható, más feladattal tehát nem bízható meg. Kérdéses persze, milyen feladat nem köthető valamely alkotmányos jog védelméhez, ám az esetleges új tisztség *fő feladata* csakis alkotmányos jog védelme lehet.

ba) Az ombudsman megválasztásával kapcsolatban a törvény értelemszerűen rögzít bizonyos feltételeket. Eszerint az országgyűlési biztosnak olyan egyetemi jogi végzettségű, büntetlen előéletű magyar állampolgár választható meg, aki a törvényben rögzített speciális feltételeknek is eleget tesz. E speciális feltétele részben szakmai követelményekben, részben negatív megválasztási előfeltételeknek tekinthetők. A szakmai követelmények alapján az lehet országgyűlési biztos, aki

⁵ Alkotmány 32/B. § (4) bekezdés.

vagy kiemelkedő tudású elméleti jogász, vagy legalább tízévi szakmai gyakorlattal rendelkező jogász, ezen túlmenően pedig – bármely kategóriába tartozik is – az alkotmányos jogokat érintő eljárások lefolytatásában, felügyeletében vagy tudományos elméletében jelentős tapasztalatokkal rendelkeznek, és köztisztletnek örvend. Ezzel kapcsolatban nem nehéz észrevenni, hogy mind a „jelentős tapasztalatok” birtoklása, még inkább a „köztisztletnek örvendés” olyan gumifogalom, ami nehezen használható fel objektív mérceként a megválasztás folyamatában.

A negatív kizáró okok keretében az Obtv. kizárja a megválaszthatóságból azokat, akik a választásra irányuló javaslat megtételének időpontját megelőző négy évben országgyűlési képviselőként, köztársasági elnökként, alkotmánybíróként, a Kormány tagjaként, államtitkárként, helyettes államtitkárként, a helyi önkormányzati képviselőként, jegyzőként, ügyészként, a fegyveres erők, a rendvédelmi szervek hivatásos állományú tagjaként töltötték be tisztséget, valamint pártnak az alkalmazottjai voltak.

Amennyiben e kizáró okok bármelyikének fennállása az országgyűlési biztos megválasztását követő négy éven nyer megállapítást, az összeférhetlenséggel kapcsolatos egyes szabályokat kell alkalmazni a helyzetre. Ennek keretében bármely képviselő indítványára az Országgyűlés – a mentelmi és összeférhetlenségi ügyekkel foglalkozó bizottsága véleményének kikérése után – határoz az összeférhetlenség kérdésében. *Az összeférhetlenség kimondásához a képviselők kétharmadának szavazata szükséges.*

bb) A hatályos szabályozás szerint az országgyűlési biztos megválasztásához az országgyűlési képviselők kétharmadának szavazata szükséges. Az országgyűlési biztos *hat évre* kerül megválasztásra, és *egyszer újraválasztható*. A megválasztás sikertelensége esetén a köztársasági elnök legkésőbb harminc napon belül új javaslatot tesz. Ekkor a procedúra megismétlődik.

Az intézmény működőképessége miatt rögzíti az Obtv. azt a szabályt, hogy az új országgyűlési biztost az elődje megbízási idejének lejártát megelőző három hónapon belül kell megválasztani. Ha az Országgyűlés megbízatása ebben az időszakban megszűnt, a választást az újonnan megválasztott Országgyűlés alakuló ülését követő egy hónapon belül kell megtartani. Ez a rendelkezés azonban nem párosul megfelelő szankcióval, azaz akkor sem felel senki az intézmény működésképtelenségéért, ha nem választják meg időben az új ombudsmant.

2. Az országgyűlési biztos függetlensége

A törvény rögzíti, hogy az ombudsman eljárása során független, intézkedését kizárólag az Alkotmány és a törvények alapján hozza meg. E függetlenséget – ami egyébként az Alkotmány rendelkezéseiből is egyértelműen következik – több tényező biztosítja.

a) A tisztséggel kapcsolatos összeférhetetlenségi szabályok

aa) Az Obtv. 5. §-a rögzíti az ombudsmanra vonatkozó összeférhetetlenségi szabályokat, melyek között hivatali, foglalkozási, gazdasági és politikai összeférhetetlenségi szabályok is megtalálhatók. Az országgyűlési biztosi megbízatás egyrészt összeegyeztethetetlen minden más állami, önkormányzati, társadalmi és politikai tisztséggel vagy megbízatással. Ezen túlmenően az országgyűlési biztos más kereső foglalkozást nem folytathat, és egyéb tevékenységéért – a tudományos, az oktatói, a művészeti, a szerzői jogi védelem alá eső, továbbá lektori és a szerkesztői tevékenységet kivéve – díjazást nem fogadhat el. Az ombudsman ezen kívül nem lehet gazdasági társaság vezető tisztségviselője, felügyelő bizottságának tagja, továbbá gazdasági társaság személyes közreműködésre kötelezett tagja, végezetül pedig a hatásköréből adódó feladatokon túlmenően politikai tevékenységet nem folytathat, politikai nyilatkozatot nem tehet.

ab) Ha az országgyűlési biztosnak megválasztott személlyel kapcsolatban az ismertetett összeférhetetlenségi okok bármelyike fennáll, azt a megválasztását követő tíz napon belül meg kell szüntetni. Ennek megtörténteig az országgyűlési biztosnak megválasztott személy e tisztségéből eredő jogkörét nem gyakorolhatja. Ha az ombudsman e kötelezettségének az előírt határidő leteltéig nem tesz eleget, bármely képviselő indítványára az Országgyűlés a mentelmi és összeférhetetlenségi ügyekkel foglalkozó bizottsága véleményének kikérése után határoz az összeférhetetlenség kérdésében. *Az összeférhetetlenség kimondásához a képviselők kétharmadának szavazata szükséges.* Fontos – és egyben érdekes – megoldás, hogy bár ténykérdések eldöntésén alapuló döntésről van szó, nem megállapítják az összeférhetetlenség tényét, hanem szavaznak róla, vagyis – főként a magas szavazatarány miatt – korántsem biztos, hogy az összeférhetetlen ombudsman elveszti tisztségét.

b) A vagyonnyilatkozat-tételi kötelezettség

Az Obtv. garanciális szabályként rögzíti az ombudsman vagyonnyilatkozat-tételi kötelezettségét. Ezt a kötelezettségét az ombudsman egyrészt a megválasztását követő harminc napon belül, majd

ezt követően háromévente köteles teljesíteni⁶. Ez a vagyonyilatkozat a törvény szerint nyilvánosnak minősül, ezen kívül pedig, ha az országgyűlési biztos a vagyonyilatkozat-tételi kötelezettségét nem vagy nem megfelelően teljesítette, ezt a tényt az Országgyűlés elnöke nyilvánosságra hozza⁷.

A törvény szabályozza a kötelezettség elmulasztásával összefüggő eljárási elemeket is. Egyrészt, a vagyonyilatkozat-tételi kötelezettség teljesítéséig az országgyűlési biztosnak megválasztott személy e tisztségéből eredő jogkörét nem gyakorolhatja. Másodsorban, ha az országgyűlési biztos e kötelezettségének *az előírt határidő leteltéig nem tesz eleget*, bármely képviselő indítványára az Országgyűlés a mentelmi és összeférhetlenségi ügyekkel foglalkozó bizottsága véleményének kikérése után határoz az összeférhetlenség kérdésében. Az összeférhetlenség kimondásához ezesetben is a képviselők kétharmadának szavazata szükséges.

c) Az országgyűlési biztos juttatásai

ca) Az ombudsman díjazásával és juttatásaival kapcsolatban a jogalkotó törekedett a lehető legmagasabb szintű függetlenséget nyújtani a tisztség betöltője számára. Ezt egyrészt azzal érte el, hogy előírta: az országgyűlési biztos és a külön biztos díjazása – néhány, az országgyűlési biztos javára szóló kivételtől eltekintve – megegyezik a miniszterek, az országgyűlési biztos általános helyettesének díjazása pedig az államtitkárok mindenkori díjazásával. Egyebekben az országgyűlési biztos és a külön biztos a minisztert, az országgyűlési biztos általános helyettese pedig a közigazgatási államtitkárt megillető *juttatásokra jogosult*.

cb) Az anyagi függetlenséggel hozható kapcsolatba az országgyűlési biztos társadalombiztosítási jogállásának rendezése. Ez az Obtv. alapján a munkaviszonyban állókra vonatkozó szabályokkal azonos, azzal, hogy illetménye társadalombiztosítási és nyugdíjjárulék alapjául szolgáló jövedelem⁸. Az országgyűlési biztos megbízatásának időtartama ezen túlmenően munkaviszonyban töltött időnek, illetőleg nyugdíjra jogosító szolgálati időnek számít.

cc) A szabadidő-juttatással kapcsolatban az Obtv. előírja, hogy az országgyűlési biztost naptári évenként negyven munkanap szabadság illeti meg.

⁶ Erre vonatkozóan a részletes szabályokat az országgyűlési képviselők jogállásáról szóló törvény tartalmazza, mellyel összefüggésben az Obtv. – az ombudsman jogállásának sajátosságait figyelembe véve – eltéréseket határoz meg.

⁷ Ezt az elnök a Mentelmi, összeférhetlenségi és mandátumvizsgáló bizottság elnökének tájékoztatása alapján teszi.

⁸ Az Obtv. ezen túlmenően több részletszabályt is tartalmaz.

d) Az országgyűlési biztost megillető mentelmi jog

Az Obtv. – tekintettel az országgyűlési biztosok feladatának fontosságára és a jogvédelemben betöltött kiemelkedő szerepükre – mentelmi jogot biztosít az ombudsmanok részére. Ennek következményeképpen sem a hivatalban levő, sem a volt országgyűlési biztos nem vonható felelősségre a bíróság vagy más hatóság előtt e megbízatásának gyakorlása során általa közölt tény vagy vélemény miatt. Ez a mentesség azonban nem vonatkozik a rágalmazásra és a becsületsértésre, valamint az országgyűlési biztos polgári jogi felelősségére. A mentelmi joggal kapcsolatos eljárási szabály, hogy az ombudsmant csak tettenérés esetén lehet őrizetbe venni, és ellene csak az Országgyűlés előzetes hozzájárulásával lehet büntetőeljárást, valamint szabálysértési eljárást indítani vagy folytatni, továbbá büntető eljárásjogi kényszerintézkedést alkalmazni. További processzuális rendelkezés, hogy a mentelmi jog felfüggesztésére irányuló indítványt a vádirat benyújtásáig a legfőbb ügyész, azt követően, illetőleg magánvádas ügyben a bíróság terjeszti elő az *Országgyűlés elnökéhez*. Az indítványt az országgyűlési biztos tettenérése esetén haladéktalanul elő kell terjeszteni. Szabálysértési ügyben a mentelmi jog felfüggesztésére irányuló indítványt – a szabálysértési hatóság megkeresése alapján – a legfőbb ügyész terjeszti elő az Országgyűlés elnökéhez⁹.

Az országgyűlési biztos a mentelmi jogáról – a szabálysértési eljárás kivételével – nem mondhat le, e jogát mindenki köteles tiszteletben tartani. Nyilvánvalóvá teszi azonban a törvény, hogy a mentelmi jog nem a tisztséget ellátó személyt, hanem magát az ombudsmani tisztséget, az alkotmányos szerv zavartalan működését védi. Emiatt írta elő az Országgyűlés, hogy az országgyűlési biztos köteles mentelmi jogának megsértését az Országgyűlés elnökének haladéktalanul bejelenteni, vagyis tekintetben nem rendelkezik mérlegelési joggal. Az Országgyűlés elnöke a szükséges intézkedést késedelem nélkül megteszi.

A mentelmi jog az országgyűlési biztost a megválasztása napjától illeti meg. Az országgyűlési biztosi tisztségre javasolt személyt a mentelmi jog szempontjából úgy kell tekinteni, mintha országgyűlési biztos lenne.

e) Az eskütételi kötelezettség

Az országgyűlési biztos pártatlanságát hivatott biztosítani a kötelező eskütétel is. Az Obtv. 7. §-a szerint az országgyűlési biztos a *hivatalba lépése alkalmával* az Országgyűlés előtt esküt tesz.

⁹ Az Obtv. a részletes eljárási szabályok között több garanciális szabályt is rögzít.

3. Az országgyűlési biztos megbízásának megszűnése

Az Obtv. a biztosok jogállásával kapcsolatban részletesen szabályozza a megbízás megszűnési eseteire vonatkozó előírásokat is.

a) Az egyes megszűnési módok

aa) A *megbízatási időtartam* – vagyis a hat év – *letelte* magától értetődő megszűnési ok, olyannyira, hogy szabályozásának szükségessége is okkal kérdőjelezhető meg. A jogbiztonság és a tiszta átlátható jogi környezet, valamint az esetleges későbbi jogértelmezési ellentétek elkerülése végett mégis indokolt az Obtv.-ben való szerepeltetése.

ab) Az *országgyűlési biztos halála* – hasonlóan a megbízás megszűnéséhez – szintén magától értetődő megszűnési ok, ami még a megbízás megszűnésénél is nyilvánvalóbban jelzi a tisztség betöltésének végét.

ac) A *lemondás* az országgyűlési biztos önrendelkezési jogának részeként azt juttatja kifejezésre, hogy a biztos nem köteles akarata ellenére ellátni tisztségéből eredő feladatait. Ennek megfelelően az Obtv. lehetővé teszi, hogy a biztos tisztségéről lemondhasson. Az ombudsmannak így lehetősége nyílik olyan pozíciók, tisztségek, állások megpályázására is, melyek ellátására az összeférhetlenségi szabályok miatt ombudsmani tisztségének ellátásával párhuzamosan nem lenne lehetőség.

A lemondás eljárási szabályai között az Obtv. garanciális okok miatt előírja, hogy azt írásban kell közölni az Országgyűlés elnökével, aki köteles azt elfogadni. Maga az alkalmazott kifejezés – „közölni” – is utal arra, hogy a lemondás elfogadást vagy megerősítést nem igénylő szuverén döntés, amit nem lehet külső hatalmi szereplő által megakadályozni.

ad) Az *összeférhetlenség*, mint tisztséget megszüntető jelenség nevesítése a katalógusban a közélet tisztaságát szolgáló megoldások egyikének tekinthető. Összeférhetlenség kimondására értelemszerűen a már hivatalban levő ombudsman esetében van lehetőség: akkor kerülhet rá sor, ha az összeférhetlenségi ok(ok)ra nem derül fény a megválasztáskor, illetve, ha az a megválasztást követően keletkezik.

Az Obtv. 15. § (4) bekezdése alapján, ha az országgyűlési biztos személyével kapcsolatban tevékenysége során összeférhetlenségi ok merül fel, azt meg kell szüntetnie. Ebből az előírásból következik, hogy amennyiben erre nem hajlandó, a tisztsége további gyakorlása törvényellenes lenne, tehát *automatikusan* megszűnik. Ez abból következik, hogy bár az összeférhetlenség fennállását az Országgyűlés a képviselők kétharmadának szavazatával határozatban *mondja ki*, ha az országgyűlési biztos az összeférhetlenségi okot e határozat meghozatalától számított tíz napon belül nem szünteti meg, az Országgyűlés – bármely képviselő indítványára – határozatban *állapítja meg* az országgyűlési biztos megbízatása megszűnését. Látható tehát, hogy az Országgyűlés mindkét határozata *deklaratív* jellegű: mind az összeférhetlenség megállapítása, mind a megbízatás megszűnésének megállapítása nem keletkezteti, csupán deklarálja az összeférhetlenség tényét. Az összeférhetlenségi ok fennállását megállapító országgyűlési határozat meghozatalának időpontjától a megbízatás e miatt történő megszűnését kimondó országgyűlési határozat meghozataláig az országgyűlési biztos e tisztségéből eredő jogkörét nem gyakorolhatja.

ae) A *felmentés* az a megszűnési ok, ami valamely, az országgyűlési biztos munkavégzését tartósan akadályozó körülményekre tekintettel az *önhibáján kívül* alkalmatlanná vált személy „kicserélésével” óvja az alkotmányos szerv, az országgyűlési biztosi intézmény, ezen túlmenően pedig az Országgyűlés működőképességét. Az Obtv. emiatt előírja, hogy „felmentéssel *szűnhet* meg a megbízatás, ha az országgyűlési biztos neki fel nem róható okból *kilencven napon túlmenően* nem képes eleget tenni megbízatásából eredő feladatainak”. A feltételes mód alkalmazására tekintettel azonban a szabályozás módja nem teljesen megnyugtató. Ez a megoldás ugyanis azt sugallja, hogy ilyen esetben az Országgyűlés nem köteles felmenteni az ombudsmant a tisztségéből. Ezt a törvényben indokolt lenne egyértelműbbé tenni. A törvény szerint az összeférhetlenség kimondása, a felmentés, valamint a tisztségtől való megfosztás esetében a tisztség megszűnéséhez a képviselők kétharmadának szavazata szükséges.

af) Az Obtv. alapján *tisztségtől való megfosztással* szűnhet meg a megbízatás, ha az országgyűlési biztos *neki felróható okból* nem tesz eleget megbízatásából eredő feladatainak, vagy nyilatkozattételi kötelezettségét *szándékosan* elmulasztja vagy a vagyonyilatkozatban szándékosan lényeges adatot, ténytet valótlanul közöl, továbbá, ha jogerős ítéletben megállapított büntetést követ el vagy más módon a tisztségére méltatlanná vált. A tisztségtől való megfosztást az arra alapot adó okok vizsgálatát követően az Országgyűlés Mentelmi, összeférhetlenségi és mandátumvizsgáló bizottsága indítványozhatja.

b) A megbízatás megszűnésével kapcsolatos további eljárási szabályok

ba) Az Obtv. 15. § (2) bekezdése tartalmazza a megszűnési esetekkel összefüggő főbb eljárási szabályokat. Az egyes megszűnési esetek – sajátosságuknak és jellegüknek megfelelően – tekintetében az Obtv. részben eltérő eljárási szabályokat érvényesít. A megbízatási idő letelte, a halál és a lemondás esetében a megszűnést az Országgyűlés elnöke állapítja meg és hirdeti ki. Etekintetben ugyanis nincs olyan kérdés, ami mérlegelést igényelne. Az összeférhetetlenség kimondása, a felmentés és a tisztségtől való megfosztás vonatkozásában a jogalkotó más szabályt alakított ki: ezek esetében a megbízatás megszűnésének kérdésében az Országgyűlés határoz, a megbízatás megszűnésének kimondásához pedig a képviselők kétharmadának szavazata szükséges.

bb) Az intézmény működőképességét önmagában a megszűnési esetek megfelelő szabályozása és a szabályok következetes alkalmazása nem garantálja. Szükség van arra is, hogy a tisztségből bármilyen módon kikerül személy helyére a lehető legrövidebb időn belül alkalmas jelölt kerüljön. Az alkotmányos jogok zökkenőmentes védelme érdekében ez az országgyűlési biztosi tisztségre is maradéktalanul igaz. Az Obtv. ezt figyelembe véve előírja, hogy ha az országgyűlési biztos megbízatása a megbízatási idő letelte miatt szűnik meg, az új országgyűlési biztost az elődje megbízatási idejének lejártát megelőző *három hónapon belül* kell megválasztani. Ha az Országgyűlés megbízatása ebben az időszakban megszűnt, a választást az újonnan megválasztott Országgyűlés alakuló ülését követő *egy hónapon belül* kell megtartani. A megbízatás megszűnésének egyéb eseteiben az Obtv. szerint az új országgyűlési biztost két hónapon belül kell megválasztani.

III. Az országgyűlési biztos feladata

Az Alkotmány 32/A § (1) bekezdése szerint az állampolgári jogok országgyűlési biztosának feladata, hogy *az alkotmányos jogokkal kapcsolatban tudomására jutott visszasságokat* kivizsgálja vagy kivizsgáltassa és orvoslásuk érdekében általános vagy egyedi intézkedéseket kezdeményezzen. Az alaptörvényi szabályt részletező Obtv. előírása szerint az országgyűlési biztoshoz bárki fordulhat, ha megítélése szerint valamely hatóság, illetve közszolgáltatást végző szerv eljárása, határozata, illetve mulasztása következtében alkotmányos jogaival összefüggésben sérelem érte vagy ennek közvetlen veszélye áll fenn.

Az alkotmányi, illetve törvényi meghatározás egyes elemeit részben a jogi szabályozás, részben az ombudsmani gyakorlat töltötte ki tartalommal. Ez dióhéjban az alábbiak szerint összegezhető.

1. Az alkotmányos jogok fogalmi köre

Az alaptörvény szerint a biztosok az *alkotmányos jogokkal kapcsolatban* tudomásukra jutott visszásságokkal kapcsolatban végezhetnek vizsgálódásokat. Alkotmányos jog alatt a biztosok valamennyi, az Alkotmányban megjelenő jogot értenek, ezen túlmenően viszont e kategóriába tartoznak az alkotmányban nem megjelenő jogok, az egyéb alkotmányi értékek, szorosan összekapcsolódva az Alkotmánybíróság gyakorlatában kimondott elvekkkel, jogtartalommal, összetevőkkel és védelemben részesítendő értékekkel.

2. A visszásság fogalma

A magyar ombudsmani feladatkörök egyik sajátossága, hogy nem korlátozódik a vizsgálati lehetőség a bekövetkezett sérelmekre. Az Obtv. ezzel kapcsolatban a visszásság fogalmát használja, mely alatt a panaszos az alkotmányos jogaival összefüggésben bekövetkezett sérelem vagy annak közvetlen veszélye értendő. Ez utóbbi meghatározás utal arra, hogy az országgyűlési biztosnak *jogsérelem-megelőző funkciója* is van: a sérelem közvetlen veszélye esetén történő eljárás ugyanis az egyik megfelelő biztosítéka lehet a potenciálisan bekövetkező jogsérelem elhárításának, a jogrendszer sérelme alacsonyabb szinten tartásának, a veszély korábbi szinten való megállítása által bekövetkező kárminimalizáló hatásnak. A visszásság bekövetkezésének módja az Obtv. szerint többféle lehet: történhet a vizsgálat alá vonható szervek eljárása, határozata, illetve mulasztása következtében. Ennek folyamánként a jogalkotó valamennyi bekövetkezési módot és lehetőséget a vizsgálati lehetőségek körébe sorolta, ami a jogsérelmek megfékezését, kiküszöbölését vagy megelőzését egyaránt hatékonyan szolgálhatja.

3. A rendelkezésre álló vizsgálati lehetőségek és intézkedéskezdeményszerzési jogkör

a) A törvény által alkalmazott „kivizsgálja vagy kivizsgáltatja” kifejezéspár az országgyűlési biztos számára a jogsértések kiküszöbölése és orvoslása érdekében biztosított eszköztár jellegére utal: vagy a biztost jogosítja fel a törvény a saját hatáskörben való eljárásra, vagy – és ez a gyakoribb – az ombudsman lehetősége olyan más szerv valamely vizsgálati jellegű eljárásának megindítására vonatkozik. Ez a vizsgálati tevékenység önmagában még nem eredményezi a sérelem orvoslását, mivel az intézkedés – amennyiben egyáltalán szükséges – csak ezután következik.

b) Ha a sérelem – vagy annak közvetlen veszélye – fennállta a vizsgálat befejezésekor megállapítást nyer, a biztosnak törvényi kötelezettsége az orvoslás érdekében történő fellépés. Ezzel együtt, ha az adott sérelem olyan csekély súlyú, hogy intézkedés megtételét nem teszi indokolttá, a törvény

lehetővé teszi, hogy a biztos ne járjon el. Ez utóbbi azonban – éppen a visszásság törvényi fogalmának tág volta miatt – szinte kizárt, hogy előforduljon az országgyűlési biztos eljárásában.

c) A jogsérelmek kiküszöbölésére irányuló intézkedésekkel kapcsolatban elsőként az Obtv. megfogalmazására kell utalni, ami az ombudsmanoknak az intézkedés-kezdemenyvezési jogkört biztosítja. Ebből is láthatóan a biztosoknak – *főszabályként, az adatvédelmi biztos egyes jogosítványaitól eltekintve*¹⁰ – nincs önálló, érdemi döntési jogkörük az adott esettel összefüggésben, nem jogosultak hatósági vagy közszolgáltató által meghozott döntéseket felülvizsgálni és megsemmisíteni, vagy megváltoztatni, csupán más szervek eljárásának megindítására kaptak felhatalmazást. A gyakran hangoztatott „nyilvánosság” erején túlmenően sokkal inkább ez a lehetőség – pontosabban kötelezettség – teszi hatékonyá az országgyűlési biztos fellépését: az egyes szerveknél kezdeményezett eljárás vonatkozásában ez utóbbiakat ugyanis – néhány kivételtől eltekintve – eljárási kötelezettség terheli, eljárásuk végeredménye pedig kikényszeríthető. Az ombudsman tehát közvetlenül nem, közvetetten viszont képes az adott jogsérelmet okozó tevékenység vagy mulasztás¹¹ hatékony kiküszöbölésére.

d) Az ombudsman lehetősége azonban annyiban tágabb, mint az eljárásindítás lehetősége, hogy annak konkrét formáját is megválaszthatja. Ezek részletes elemzése az eljárásról szóló részben indokolt, mindazonáltal idézni kell az Obtv. rendelkezését, mely szerint a jogsérelem orvoslása érdekében kezdeményezett intézkedések mind általánosak, mind egyediek lehetnek.

4. A vizsgálható szervek köre – hatóság, közszolgáltató

a) Az ombudsmanok által vizsgálható hatóságok jelenlegi listája 2001-ben vált véglegessé, amikor is az Alkotmánybíróság egyik határozata nyomán az Országgyűlés módosította az Obtv. hatóságkatalógusát. A jelenlegi szabályozás sajátos technikát alkalmaz: taxatív felsorolja a hatóságok (hatóságtípusok) körét, majd meghatározza azokat a szerveket, melyek – különböző oknál fogva – nem minősülnek hatóságnak, vagyis kiesnek a vizsgálati körből. E szabályozás szerint az Obtv. alkalmazásában hatóságnak minősül a közigazgatási feladatot ellátó szerv, a közigazgatási

¹⁰ A főszabály alóli kivételt a személyes adatok védelméről és a közérdekű adatok nyilvánosságáról szóló 1992. évi LXIII. törvénynek (Atv.) több, a 2003. évi XLVIII. törvény által módosított vagy beiktatott, 2004. január 1-től hatályos rendelkezése jelenti. Ezek közé tartozik a módosítás 10. §-a is, amely az Atv. 14. § (2) bekezdés e) pontjában lehetővé tette, hogy a biztos személyes adat törlését elrendelhesse. Ezen kívül a módosítás 16. §-a az Atv. 25. §-ának (3) bekezdése helyébe olyan előírást léptetett, mely alapján a biztos – feltételhez kötötten – elrendelheti a jogosulatlanul kezelt adatok zárolását, törlését vagy megsemmisítését, illetve megtilthatja a jogosulatlan adatkezelést vagy adatfeldolgozást, továbbá felfüggesztheti az adatok külföldre továbbítását. E döntései ellen bírói utat biztosít az Atv.

¹¹ Etekintetben a mulasztást is tevékenységnek tekintem, mivel ezzel összefüggésben nem egyszerű mulasztásról, hanem „negatív tevékről”, valaminek a nem-tevékről van szó.

jogkörben eljáró egyéb szerv e jogkörében, a fegyveres erők, a rendvédelmi szerv, a nemzetbiztonsági szolgálat, a nyomozó hatóság, ideértve az ügyészségi nyomozást végző ügyészségi szervet is, a helyi önkormányzat és a kisebbségi önkormányzat, a kötelező tagság alapján működő köztestület, a közjegyző, a megyei bírósági végrehajtó és az önálló bírósági végrehajtó.

Nem minősül hatóságnak az Obtv. alkalmazásában az Országgyűlés, a köztársasági elnök, az Alkotmánybíróság, az Állami Számvevőszék, a bíróság, az ügyészség, *kivéve* az ügyészségi nyomozást végző ügyészségi szervet.

b) *A közszolgáltatást végző szerv fogalmi meghatározása* nem szerepel az Obtv.-ben, emiatt ez az ombudsmani gyakorlatban kristályosodott ki. Eszerint közszolgáltatónak a lakossági igényeket kielégítő, monopolhelyzetben levő szolgáltatók minősülnek (például az állami posta vagy az állami telefonszolgáltató, a MATÁV).

IV. Az országgyűlési biztos eljárása

1. Az eljárás megindítása

Az Obtv. az eljárás megindításának két módját ismeri: egyrészt a kérelemre történő eljárást – a törvény szóhasználata szerint az országgyűlési biztoshoz bárki fordulhat –, másrészt a hivatalból történő eljárást.

a) A kérelemre induló eljárás sajátosságai

aa) A kérelemre induló eljárás egyik sajátossága, hogy az Obtv. etekintetben *popularis actio*t intézményesített, vagyis bárki igénybe veheti az ombudsman által nyújtott jogvédelmet, ha megfelel a törvényben megfogalmazott, az eljárás megindítására vonatkozó kritériumoknak. Ezek között fontos elvárás, hogy az ombudsmani jogvédelem igénybe vétele előtt ki kell meríteni a rendelkezésre álló *közigazgatási* jogorvoslati lehetőségeket, ide nem értve a közigazgatási határozat bírósági felülvizsgálatát. Ettől csak akkor tekint el az Obtv., ha a panaszos számára jogorvoslati lehetőség nincs számára biztosítva. Fontos tehát, hogy az Obtv. nem rögzíti az eljárás feltételeként a bírói út kimerítését. Ez utóbbi egyébként valószínűleg önmagában is az ombudsmani jogvédelem lehetőségének elvesztésével járna, ugyanis a biztosok eljárására *a jogerős közigazgatás határozat közlésétől számított egy éven belül* kerülhet sor, a bírósági döntés meghozataláig eltelő idő pedig

igen nagy valószínűséggel ezt azt időtartamot igénybe veszi, lehetetlenné téve egyben az országgyűlési biztoshoz fordulást.

ab) A jogvédelem széleskörű biztosítása és az igénybevétel lehetőségének növelése szempontjából is fontos az az előírás, mely szerint az „országgyűlési biztoshoz benyújtott minden beadvány illetékmentes”.

ac) A garanciák sorát erősíti az az előírás, miszerint, „ha a beadványt benyújtó személy kéri, kilétét az országgyűlési biztos nem fedheti fel. Az országgyűlési biztoshoz fordulása miatt senkit sem érhet hátrány”. Az ombudsmani gyakorlat szerint, amennyiben az eljárás folyamatában derül fény arra, hogy a vizsgálat nem folytatható sikeresen a kérelmező anonimitása mellett, a folytatást a kérelmező döntésétől teszik függővé: amennyiben neve nyilvánosságra hozatalához hozzájárult, a vizsgálat folytatódott, ha nem, az eljárás érdemi végeredmény nélkül lezárult.

ad) A kérelemre indult eljárás további sajátossága, hogy az országgyűlési biztost – a törvényi feltételeknek megfelelő kérelem esetén – eljárási kötelezettség terheli, vagyis *főszabályként* az ombudsman nincs feljogosítva a beérkező indítványok közötti válogatásra. Az eljárás következtében alkalmazandó intézkedés tekintetében azonban – figyelemmel az ügyek és az alkotmányos jogséremlmek rendkívül eltérő jellegére – széleskörű mérlegelési joga van: a törvény ugyanis tartalmazza, hogy a biztos a célszerűnek tartott intézkedést – e törvény keretei között – maga választja meg.

Amennyiben az ombudsman megítélése szerint a beadványban szereplő visszásság csekély jelentőségű, a biztos a beadványt nem köteles vizsgálni, erről viszont a beadványt tevőt értesítenie kell. Szükséges azonban utalni arra, hogy bár a csekély jelentőségű beadványok tekintetében a törvény biztosítja az eljárás mellőzésének lehetőségét, a visszásság fogalmi meghatározása – „sérelem vagy *annak közvetlen veszélye*” – gyakorlatilag kizárja a csekély jelentőségre történő hivatkozással történő elutasítást.

ae) Az Obtv. 19. § (1) bekezdése előírja, hogy az országgyűlési biztos a lefolytatott vizsgálat eredményéről, illetve esetleges intézkedéséről a beadványt tevőt értesíti.

af) Az Obtv. meghatározza azokat az eseteket is, amikor a kérelem beérkezése ellenére az ombudsman nem járhat el, illetve azokat, melyek esetén a biztos mérlegelési jogköre, hogy indít-e

eljárást. Az ombudsman *egyrészt* mérlegelési jogkör nélkül utasítja el a beadványt, ha az nyilvánvalóan alaptalan, továbbá, ha ismételten előterjesztett és érdemben új tényt, adatot nem tartalmazó kérelemről van szó. *Másrészt* a biztos *mérlegelési jogkörében dönt* a beadvány elutasításáról, illetve az érdemi vizsgálatról, ha a beadványt *nem jogosult terjesztette elő*, vagy, ha azt névtelenül nyújtották be. E két kategória a nem megfelelő, formai vagy tartalmi hiányosságokat hordozó kérelmeket takarja. Fontos és garanciális rendelkezés, hogy az elutasítást minden esetben indokolni kell.

ag) Az Obtv. szerint az országgyűlési biztos a hatáskörébe nem tartozó ügyre vonatkozó beadványt – a beadványt tevő egyidejű értesítése mellett – az arra hatáskörrel rendelkező szervhez átteszi. Az áttétel intézményével kapcsolatban azonban jelentős hiányosságként fogalmazható meg, hogy az Obtv. az áttételt – vagyis más szerv eljárásának megindítását – nem köti az indítványozó beleegyezéséhez, emiatt az önrendelkezési jog csorbulása is bekövetkezhet az áttétel folyamánaként.

b) A hivatalból induló eljárás

A kérelemre történt eljárásindítással párhuzamosan intézményesült az ex officio vizsgálati lehetőség. Az Obtv. szerint az országgyűlési biztos az alkotmányos jogokkal kapcsolatos visszásság megszüntetése érdekében a 16. § (1) bekezdésében megjelölt feltételek fennállása esetén hivatalból is eljárhat. Az Obtv. szabályrendszerére tekintettel azonban elmondható, hogy *a hivatalbóli eljárás megindításakor is teljesülnie kell mindazoknak a kritériumoknak, amelyek meglétét a törvény a kérelemre indult eljárásban feltételül szabja.*

2. Az eljárás korlátai

Az ombudsmani eljárásnak időbeli korlátai jelennek meg a törvényi szabályozásban. *Egyrészt*, az országgyűlési biztos vizsgálati lehetősége az 1989. évi XXXI. törvény hatálybalépését követően indult eljárásokra terjed ki. E határidő a totális alkotmánymódosítás hatálybalépésével, vagyis a tartalmilag új alaptörvény alkalmazásának kezdetével, a Köztársaság kikiáltásával azonos, 1989 október 23-át jelenti. 1989 október 23 *előtt indult* eljárásokra tehát az országgyűlési biztosnak nincs hatásköre. Ez utóbbi előírás indoka, hogy a szocializmusban keletkezett jogsérelmek tömegének orvoslását nem lehetett felvállalni: a korábbi ügyek tekintetében megjelenő bizonyítási nehézségek,

a jogsérelmek nagy száma, valamint a teljesen megújult alapjogi környezet nem tette lehetővé a visszamenőleges hatályú jogorvoslati funkciók ellátását¹².

Másrészt, ha az ügyben jogerős határozat született, az országgyűlési biztoshoz ennek közlésétől számított egy éven belül lehet beadvánnyal fordulni. Ezzel a határidővel kapcsolatban láthatóan a jogerős döntésekhez kapcsolódó jogbiztonság elve és a jogorvoslathoz való jog speciális megjelenése, az ombudsmani eljárás megindításának lehetősége között feszülő ellentét feloldása érdekében született kompromisszum.

3. Az eljárás sikerességének biztosítékai

Az ombudsman eljárásának sikeressége több tényező együttes hatásaként következhet be. Elsőként természetesen ide sorolandó a megfelelő törvényi háttér és a széleskörű vizsgálati lehetőség, a popularis actio jelleg, a hivatalbóli eljárás megengedettsége stb. Ezek megléte esetén is kiemelten fontos viszont két tényező: egyik, hogy a biztos a vizsgálatot hatékonyan, felesleges akadályoktól mentesen folytathassa le, másrészt, hogy a vizsgálat végén olyan – közvetlen vagy közvetett jellegű eszközök álljanak rendelkezésére, melyek biztosíthatják a tapasztalt visszásság érdemi orvoslásának lehetőségét. Ez utóbbiak az eljárás során alkalmazható intézkedések, melyeket külön pont keretében tekintek át. Ehelyütt a vizsgálat hatékony *lefolytatását* biztosító eszközöket indokolt számbavenni¹³.

a) Az általános ellenőrzési jogkör

A vizsgálat hatékonyságát elsőként az általános ellenőrzési jogkör biztosítja. Az Obtv. szabályai alapján ez azt jelenti, hogy az ombudsman *a jogerősen befejezett ügyekre vonatkozóan* – különösebb korlátok nélkül – jogosult bármely hatóság ellenőrzésére. Ennek keretében az országgyűlési biztos – *külön törvény eltérő rendelkezése hiányában* – a hatóság helyiségeibe beléphet. Erre a fegyveres erők, a nemzetbiztonsági szolgálatok, a rendőrség és a rendészeti szervek működésére szolgáló területek esetében *a hatáskörrel rendelkező miniszter által szabályozott módon* kerülhet sor. Fontos azonban, hogy ez a külön rendelkezés nem szolgálhat az ombudsmani vizsgálat ok nélküli, ésszerűtlen korlátozásának alapjául, hanem csak a vizsgált szerv működőképességét garantáló szabályok betartására tesz kísérletet. Erre az Obtv. is utal azzal, hogy „ez a szabályozás az ellenőrzést érdemben nem akadályozhatja”.

¹² Ez utóbbit egyébként a minden bizonnyal felfokozott várakozások sem tették volna reális elképzeléssé.

¹³ Terjedelmi okok miatt nincs lehetőség bizonyos speciális hatóságokra – rendőrség, nemzetbiztonsági szolgálatok stb. – vonatkozó szabályrendszer áttekintésére. Ezek esetében vagy törvényi megszorítással, vagy a vizsgálódás miniszter által meghatározott keretek közé helyezésével lehet találkozni.

b) Az országgyűlési biztos részére biztosított adat- és információszolgáltatási kötelezettség

ba) Az ombudsmani vizsgálat sikerességének szükséges, de nem elégséges feltétele a vizsgált hatóság helyiségébe való belépési lehetőség is. Megfelelő információk hiányában ugyanis az ellenőrzés nem érheti el célját. Emiatt az Obtv. 18. § (2) bekezdése rögzíti, hogy az országgyűlési biztos bármely hatóságtól az általa – *mármint a hatóság által* – lefolytatott eljárással, illetve az eljárás elmulasztásával kapcsolatban adatokat és felvilágosítást kérhet, továbbá a keletkezett iratokba betekinthez, annak megküldését, illetőleg, ha ez nem lehetséges róluk másolat készítését kérheti. A törvény szövegezéséből és az ombudsman feladatköréből következően külön rögzítés nélkül is egyértelmű, hogy a kérésnek a hatóság köteles eleget tenni. Az országgyűlési biztos az általa vizsgált ügy intézőjét vagy az eljárást folytató szerv bármely munkatársát meghallgathatja, továbbá az illetékes vezetőt vizsgálat lefolytatására kérheti fel.

bb) Fontos szabály, hogy bár az országgyűlési biztos nem rendelkezik vizsgálati joggal az Obtv. szerinti hatóságokon és a közszolgáltató szerveken kívüli fórumok tekintetében, a törvény rögzíti, hogy az országgyűlési biztos *az általa vizsgált ügyben bármely szervtől – ideértve az e törvény szerint hatóságnak nem minősülő szerveket is* – vagy annak munkatársától írásbeli magyarázatot, nyilatkozatot, felvilágosítást vagy véleményt kérhet.

bc) Az ombudsmani eljárás sikerességének egyik alapját jelentő nyilatkozattételt az arra felhívott személy bizonyos esetekben és feltételek mellett megtagadhatja. Erre akkor kerülhet sor, ha az a személy, akit az országgyűlési biztos eljárásának alapját képező beadvány érint, a nyilatkozatra felkért személy hozzátartozója vagy élettársa, illetve akkor, ha a válaszadás vagy nyilatkozattétel során magát, vagy a hozzátartozóját, illetve élettársát bűncselekmény elkövetésével vádolná, az azzal kapcsolatos kérdésben.

bd) Amennyiben az országgyűlési biztos adatot (felvilágosítást, magyarázatot stb.) kér, a megkeresésnek – ha maga az Obtv. másként nem rendelkezik – a megkeresett szerv az országgyűlési biztos által megállapított határidőn belül köteles eleget tenni. E határidő tizenöt napnál rövidebb nem lehet. Ez a megoldás a vizsgálat hatékonyságának egyik biztosítéka, azzal együtt, hogy a szerv válaszában elmaradása – vagy a határidő letelte utáni megérkezése – nem von maga után szankciót, vagyis egyfajta *lex imperfecta*-ként jelentkezik.

4. Az eljárás következtében alkalmazható intézkedések

Az országgyűlési biztos eszköztára a visszásság kiküszöbölésével kapcsolatban igen széleskörűnek és hatékonynak mondható. Bár a biztos önmaga – az adatvédelmi biztos tekintetében fennálló szűk körű kivételtől eltekintve – *közvetlenül* valóban nem jogosult a jogsértő helyzet saját hatáskörben történő orvoslására, *közvetetten*, más szervek eljárásának megindítására való felhatalmazás birtokában a biztos érvényt szerezhet az általa indokoltnak tartott alkotmányos kívánalom biztosításának. E szervek eljárásának megindítására adott lehetőség ugyanis azzal párosul, hogy e szervek egy része köteles az eljárást lefolytatni, vagyis az ombudsman akaratát – a biztos eljárásának való végső döntés tekintetében nem, de a teljeskörű vizsgálat lefolytatásának vonatkozásában – teljesíteni. Kivétel ez alól a jogalkotó szerv eljárásának kezdeményezése, mivel ezek nem kötelesek az országgyűlési biztos kérésére jogot alkotni, vagy jogalkotás esetén a szabályozást a biztos által elvárt tartalommal elvégezni. Az országgyűlési biztos által az alkotmányos visszásság kiküszöbölés érdekében igénybe vehető lehetőségek az alábbiak.

a) A felügyeleti szervnek tett ajánlás

Az országgyűlési biztos jogosult a visszásság kiküszöbölése érdekében, annak orvoslására a felettes – felügyeleti – szervnek¹⁴ *ajánlást* tenni. Erre akkor kerülhet sor, ha az ombudsman a lefolytatott vizsgálat alapján arra a megállapításra jut, hogy az alkotmányos jogokkal kapcsolatos visszásság fennáll. Fontos azonban, hogy a biztos köteles ezzel egyidejűleg az érintett szervet is tájékoztatni. A felügyeleti szerv az ajánlás tekintetében érdemben köteles eljárni. Ennek keretében a kialakított érdemi állásfoglalásáról, illetve a megtett intézkedésről az ajánlás kézhezvételétől számított harminc napon belül értesíti az országgyűlési biztost.

Amennyiben a felügyeleti szerv az ajánlásban foglaltakkal nem értett egyet, az erre vonatkozó közlés kézhezvételétől számított tizenöt napon belül az országgyűlési biztos tájékoztatja a felügyeleti szervet az ajánlás fenntartásáról, módosításáról vagy visszavonásáról. Az ombudsman tehát köteles nyilatkozni a felügyeleti szerv álláspontjára: a felügyeleti szerv által felsorakoztatott érveknek megfelelően – azok elfogadása esetén – az ajánlást visszavonhatja. Ez vagy az alkotmányos joggal kapcsolatos visszásság hiányával, vagy más okkal – például a szerv hatáskörének hiányával – magyarázható. Gyakoribb azonban, hogy az országgyűlési biztos nem fogadja el a felettes szerv válaszában foglalt argumentumokat. Ekkor két lehetőség van: vagy változatlanul fenntartja ajánlásában foglaltakat, vagy a válaszban foglaltakra tekintettel, azokat

¹⁴ Miniszter esetében felügyeleti szerv a Kormányt kell érteni.

mérlegelve és bizonyos mértékben, ám nem teljesen figyelembe véve módosítja ajánlását. Az Obtv. szerint, ha az országgyűlési biztos az ajánlást módosítja, azt a megteendő intézkedések szempontjából új ajánlásnak kell tekinteni.

b) A vélelmezetten jogsértő szervhez fordulás lehetősége

Az államigazgatási eljárásban – különös tekintettel az államigazgatási eljárás általános szabályairól szóló 1957. évi IV. törvény jogorvoslati lehetőségeinek sajátosságaira – indokolt lehet, hogy a biztos ne rögtön a felügyeleti szervhez forduljon, hanem közvetlenül a vélelmezett jogsértést elkövető szervnél kísérelje meg a visszásság kiküszöbölését. Az Áe. ugyanis – értelemszerűen csak a közigazgatási szervek esetében – lehetővé teszi a jogsértés saját hatáskörben való kiküszöbölését akkor, amikor biztosítja, hogy a jogsértést elkövető szerv módosítsa vagy visszavonja határozatát. Amennyiben lehetőség van erre – tehát nem eljárási vagy mulasztási problémák okozzák az alkotmányos visszásságot –, szerencsés, ha a biztos ennek a lehetőségnek az igénybe vételével indítja el a jogorvoslati törekvését. Az Obtv. erre kifejezett lehetőséget biztosít. Eszerint, ha a rendelkezésre álló adatok szerint az alkotmányos jogokkal kapcsolatos visszásságot az előidéző szerv saját hatáskörben meg tudja szüntetni, az országgyűlési biztos kezdeményezheti az érintett szerv vezetőjénél a visszásság orvoslását. Az érintett szerv a kezdeményezés tekintetében kialakított érdemi állásfoglalásáról, illetve a megtett intézkedésről a kezdeményezés *kézhezvételétől számított harminc napon* belül tájékoztatja az országgyűlési biztost.

Ha azonban a szerv sem ért egyet a biztos álláspontjával, illetve az abban foglalt kezdeményezéssel, a kezdeményezés *kézhezvételétől számított harminc napon* belül köteles azt véleményével ellátva *felügyeleti szervéhez felterjeszteni*. A felügyeleti szerv *a felterjesztés kézhezvételétől számított harminc napon belül* köteles állásfoglalásáról, illetőleg a megtett intézkedésről az országgyűlési biztost értesíteni.

c) Az ombudsman által igénybe vehető alkotmánybírósági jogvédelmi lehetőségek

Az országgyűlési biztos gyakorlatában sűrűn előforduló eset, hogy nem magával a szerv eljárásával (határozatával) van probléma az alkotmányos visszásság kialakulása tekintetében. Gyakori, hogy a szerv eljárása a jogszabályi előírásoknak teljesen megfelel, ám a visszásságot éppen ez okozza: a kötelezően alkalmazandó jogszabály ugyanis az adott esetben alkotmányosértő. Ekkor nincs értelme utólagosan, egyesével eljárni a jogsértő szervek ellen, hanem a probléma forrását kell orvosolni. Erre tekintettel az Obtv. az ombudsman számára széleskörű indítványozási jogot biztosít az

alkotmánybírói eljárások tekintetében. Az országgyűlési biztos ennek megfelelően indítványozhatja az Alkotmánybíróságnál a jogszabály, valamint az állami irányítás egyéb jogi eszköze alkotmányellenességének utólagos vizsgálatát; a jogszabály, valamint az állami irányítás egyéb jogi eszköze nemzetközi szerződésbe ütközésének vizsgálatát; az Alkotmányban biztosított jogok megsértése miatt benyújtott alkotmányjogi panasz elbírálását; mulasztásban megnyilvánuló alkotmányellenesség megszüntetését; illetve az Alkotmány rendelkezéseinek értelmezését.

A felsorolt lehetőségek közül mulasztás megállapítására és az Alkotmány értelmezésére irányuló indítvány láthatóan nem valamely visszásságot okozó norma kiküszöbölésével, hanem más jellegű segítséggel támogatja az országgyűlési biztos munkájának sikerességét.

d) Az ügyészség eljárásának kezdeményezése

A magyar alkotmányos berendezkedésben az ügyészség számos olyan jogkörrel rendelkezik, ami az ombudsmani vizsgálat „támaszaként” hatékony segítséget nyújthat az adott visszásság kiküszöbölésében. Az ügyészség a törvényességi felügyeleti jogkörébe tartozó szerv¹⁵ által kiadott jogszabályok és állami irányítás egyéb jogi eszközei, valamint általános érvényű rendelkezéseik és a jogalkalmazás körébe tartozó egyedi döntéseik, illetve meghatározott más egyedi döntések tekintetében *óvást nyújthat be*, mellyel hatékonyan küszöbölheti ki a törvénysértést. Az ügyészség rendelkezésére áll ezen túlmenően a törvénysértő gyakorlat és mulasztás esetén alkalmazható felszólalás, illetve az enyhébb törvénysértések, jövőbeli törvénysértések, illetve törvénysértésnek nem minősülő problémák orvoslására alkalmas figyelmeztetés és jelzés intézménye.

Ezek igénybe vétele érdekében az országgyűlési biztos külön törvényben – az ügyészségről szóló törvényben – meghatározottak szerint kezdeményezheti az illetékes ügyésznél *ügyészi óvás benyújtását*. Az illetékes ügyész az ügyészi óvás benyújtásával kapcsolatos álláspontjáról, esetleges intézkedéséről *hatvan napon belül* értesíti az országgyűlési biztost. A rendelkezésből látható, hogy az ügyész nem köteles az óvás benyújtására, tekintetben tehát saját hatáskörben, mérlegelési jogkörben dönt.

¹⁵ Ezek körét a Magyar Köztársaság ügyészségéről szóló 1972. évi V. törvény határozza meg. A 13. § (1) bekezdése szerint az ügyészi törvényességi felügyelet a Kormánynál alacsonyabb szintű államigazgatási szervek által kibocsátott jogszabályokra, illetőleg az állami irányítás egyéb jogi eszközeire, valamint e szervek általános érvényű rendelkezéseire és a jogalkalmazás körébe tartozó egyedi döntéseire terjed ki. Kiterjed ezen túlmenően a bíróságon kívüli, jogvitát intéző szervek egyedi döntéseire, valamint a gazdasági és egyéb szervezeteknek munkaviszonnyal és a szövetkezeti tagsági viszonnyal összefüggő egyedi döntéseire, továbbá a jogszabályok felhatalmazása alapján kiadott általános érvényű intézkedéseire.

e) A felelősségre vonási eljárással kapcsolatos kezdeményezési felhatalmazás

Az alkotmány és az alkotmányosság védelmének egyik fontos eleme az elkövetett alkotmány sértését vagy más jogsértésért fennálló felelősség érvényesítési lehetősége. Ezt az elvet tükrözteti az Obtv. abban a szabályában, miszerint, ha az országgyűlési biztos eljárása során szabálysértés vagy fegyelmi vétség elkövetésének alapos gyanúját észleli, az illetékes szervnél felelősségre vonásra irányuló eljárást *kezdeményezhet*, bűncselekmény észlelése esetén pedig *kezdeményez* (bűncselekmény esetén tehát nincs mérlegelési joga). A megkeresett szerv az eljárás megindításával kapcsolatos álláspontjáról – törvény eltérő rendelkezése hiányában – hatvan napon belül, az eljárás eredményéről pedig annak befejezését követően harminc napon belül tájékoztatja az országgyűlési biztost.

f) A jogalkotó szerv jogalkotási eljárásának kezdeményezésére való feljogosítottság

Az alkotmányos visszásság számos esetben nem az eljáró szervnek róható fel, hanem annak a jogszabálynak, amit alkalmazni kell. Alkotmányossági kifogások esetén erre az Obtv. az alkotmánybírósági út igénybe vételi lehetőségének megnyitásával válaszolt. Előfordulhat azonban, hogy az alkalmazott jogszabály alkotmányossági szempontból tökéletesen rendben van, más aspektusból azonban olyan – célszerűségi, igazságossági stb. – hiányosságai vannak, melyek visszásság kialakulását eredményezik. Ilyen esetben az alkotmánybírósági eljárás nem vezethetne az elérni kívánt cél megvalósulásához, emiatt az Obtv. lehetővé teszi, hogy a biztos az ilyen jellegű problémákat a jogalkotónak tett korrekciós jelzéssel törekedhessen megszüntetni. A törvény szerint, ha az országgyűlési biztos álláspontja szerint az alkotmányos jogokkal kapcsolatos visszásság valamely jogszabály vagy az állami irányítás egyéb jogi eszköze fölösleges, nem egyértelmű rendelkezésére, illetve az adott kérdés jogi szabályozásának hiányára (hiányosságára) vezethető vissza, a visszásság jövőbeni elkerülése érdekében javasolhatja a jogalkotásra, illetve az állami irányítás egyéb jogi eszköze kiadására jogosult szervnél a jogszabály (állami irányítás egyéb jogi eszköze) módosítását, hatályon kívül helyezését vagy kiadását. A megkeresett szerv állásfoglalásáról, illetve *esetleges* intézkedéséről hatvan napon belül értesíti az országgyűlési biztost. A törvényi megfogalmazásból is látható, hogy a jogalkotó korántsem köteles az országgyűlési biztos javaslata szerinti jogalkotási tevékenységre: jogalkotási felhatalmazásából eredően figyelmen kívül is hagyhatja az indítványt.

g) Az Országgyűlés vizsgálatának kezdeményezése

Az ombudsmani vizsgálat folyamán alkalmazható egyik legkomolyabb lehetőség az Országgyűléshez fordulás alkalmazása. Erre akkor kerülhet sor, ha az országgyűlési biztos által megkeresett szerv *az érdemi állásfoglalás kialakítását, és az annak megfelelő intézkedés megtételét elmulasztja, vagy az országgyűlési biztos az állásfoglalással, a megtett intézkedéssel nem ért egyet.* Ekkor a biztos az ügyet *az éves beszámoló keretében* az Országgyűlés elé terjeszti, és bizonyos, az Obtv. által meghatározott kivételekkel kérheti, hogy az ügyet az Országgyűlés vizsgálja ki.

Ha megállapítása szerint a visszásság kirívóan súlyos, illetve a természetes személyek nagyobb csoportját érinti, indítványozhatja, hogy az Országgyűlés az adott kérdés megtárgyalását *már az éves beszámolót megelőzően tűzze napirendre.* A napirendre tűzés kérdésében az Országgyűlés dönt. A kivételt az Alkotmánybíróság eljárására, illetve az Országgyűlés jogalkotására irányuló indítvány alkotja. Eszerint, ha az országgyűlési biztos az Alkotmánybíróság eljárását kezdeményezte, illetve a jogalkotó szervhez fordulás jogát gyakorolva az Országgyűlést (annak elnökét) kereste meg, az országgyűlési biztos az intézkedését, illetve a megkeresett szerv intézkedését vagy annak elmulasztását az éves beszámolóban jelzi.

V. Az Országgyűlési Biztos Hivatala

Az ombudsmanok nem lennének képesek alkotmányos feladataik magas szintű ellátására, ha nem működne mellettük a munkájukat előkészítő, segítő hivatali apparátus. Az Obtv. erre tekintettel az Országgyűlési Biztos Hivatalára nézve is tartalmazza a legfontosabb előírásokat. Feladatmeghatározásként rögzíti, hogy az országgyűlési biztos és a külön biztos feladatával kapcsolatos ügyvitel és előkészítés teendőit az Országgyűlési Biztos Hivatala látja el. Mivel a hatékony működéshez ennél jóval részletesebb szabályrendszerre van szükség, az Obtv. előírja, hogy az Országgyűlési Biztos Hivatala Szervezeti és Működési Szabályzatát az országgyűlési biztos állapítja meg.

A Hivatal működőképessége finansziális feltételeinek biztosítása érdekében az országgyűlési biztos és hivatali szervezete működési költségeit és létszámát az állami költségvetés külön fejezetében kell meghatározni.

Az Obtv. ezen túlmenően meghatározza a Hivatal vezetője és a Hivatal munkatársai jogállásának legfontosabb jellemzőit. Eszerint a Hivatal vezetőjét – a külön biztosok egyetértésével – és saját

munkatársait az országgyűlési biztos nevezi ki, és menti fel. A külön biztos munkatársait a külön biztos nevezi ki, és menti fel. A Hivatal vezetőjének jogállása a helyettes államtitkáréval azonos.

E dolgozat terjedelmi okokból nem tette lehetővé az ombudsmani intézményre vonatkozó szabályozás részletes kritikáját és az országgyűlési biztos gyakorlatából fakadó sajátosságok elemzését. Az országgyűlési biztosra vonatkozó szabályozás főbb elemeinek áttekintésével azonban talán segíthet az intézmény jellegzetességeinek és a magyar államszervezetben elfoglalt helyének megértésében.