

**18. Jahrgang
3/2005**

**Volume 18
3/2005**

**ISSN 0937-5414
G 10364**

Humanitäres Völkerrecht Informationsschriften

Journal of International Law of Peace and Armed Conflict

Deutsches Rotes Kreuz 

**Institut für Friedenssicherungsrecht
und Humanitäres Völkerrecht**



Herausgeber:

Deutsches Rotes Kreuz e.V., Generalsekretariat, Carstennstraße 58, 12205 Berlin-Steglitz, Tel. (0 30) 8 54 04-0, Fax (0 30) 8 54 04-4 50, Internet: www.drk.de

Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV), Ruhr-Universität Bochum, 44780 Bochum, Tel. (02 34) 32-2 73 66, Fax (02 34) 32-1 42 08, Internet: www.ifhv.de

ISSN 0937-5414

Manuskripte: Herausgeber und Redaktion haften nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor den Herausgebern alle Rechte für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts, insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines fotomechanischen oder eines anderen Verfahrens. Dem Autor verbleibt das Recht, nach Ablauf eines Jahres anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

Urheber- und Verlagsrechte: Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Alle Rechte, insbesondere das der Übersetzung in fremde Sprachen, bleiben vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung der Herausgeber in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Auch die Rechte der Wiedergabe durch Vortrag, Funk- oder Fernsehsendung, im Magnettonverfahren oder ähnlichem Wege bleiben vorbehalten. Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen oder Teilen daraus als Einzelkopien hergestellt werden.

Bezug:

Erscheinungsweise vierteljährlich; Inlands-Abonnementpreis jährlich EUR 33,00 (inkl. MwSt. 7% und Porto und Versand); Auslands-Abonnementpreis jährlich EUR 42,50 (inkl. Porto und Versand); Einzelheftpreis Inland: EUR 7,90 (inkl. MwSt. 7%, zzgl. Porto und Versand EUR 1,28); Einzelheftpreis Ausland: EUR 18,20 (inkl. Porto, Versand und Bankgebühren).

Bestellungen unter DRK-Service GmbH, Verlagsbüro München, Herzogstraße 75, 80796 München, Tel. (0 89) 30 65 80-20, Fax (0 89) 30 65 80-68, E-Mail: verlag@drkservice.de

Das Abonnement kann nur schriftlich mit einer Frist von drei Monaten zum Jahresende beim Verlag gekündigt werden.

Verlag:

DRK-Service GmbH, Herzogstraße 75, 80796 München, Tel. (0 89) 30 65 80-20, Fax (0 89) 30 65 80-68, E-Mail: verlag@drkservice.de

Druck:

Mediengruppe UNIVERSAL, Kirschstraße 16, 80999 München, Tel. (0 89) 54 82 17-0, Fax (0 89) 55 55 51, Internet: www.universalmedien.de

Redaktion:

Prof. Dr. Horst Fischer, Bochum; verantwortlicher Redakteur dieser Ausgabe; **Dozent Dr. Hans-Joachim Heintze**, Bochum; Redaktionsassistentin: **Dr. Noëlle Quéniwet LL.M.**, Bochum

Ständige Mitarbeiter:

Georg Bock, Bochum; **Dr. Cristina Churruca Muguruza**, Bochum; **Prof. Dr. Dennis T.G. Dijkzeul**, Bochum; **Prof. Dr. Wolff Heintschel v. Heinegg**, Frankfurt (Oder); **Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Knut Ipsen**, Bochum; **Prof. Dr. Claus Kreß LL.M.**, Köln; **Prof. Dr. Thilo Marauhn**, Gießen; **Michaela Schneider**, Bochum; **Gregor Schotten**, Berlin; **Dr. Heike Spieker**, Berlin; **Prof. Dr. Joachim Wolf**, Bochum; **Dr. Messeletch Worku LL.M.**, Bochum

Korrespondierende Mitarbeiter:

Dr. Andreas v. Block-Schlesier, Brüssel; **Ralph Czarnecki LL.M.**, Berlin; **Dr. Knut Dörmann**, Genf; **Robert Heinsch LL.M.**, Den Haag; **Dr. Avril J.M. McDonald M.A., LL.M.**, Den Haag; **Dr. Sascha Rolf Lüder**, Bochum

Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften (HuV-I)

Journal of International Law of Peace and Armed Conflict (JILPAc)

18. Jahrgang
3/2005

Volume 18
3/2005

Editorial 163

Das Thema / Topic

David gegen Goliath oder asymmetrische Kriegsführung
Toni Pfanner 165

Las Palmeras v. Bamaca-Velasquez und Bankovic v. Loizidou?
Widersprüchliche Entscheidungen zum Menschenrechtsschutz in
bewaffneten Konflikten
Hans-Joachim Heintze 177

Menschenrechte in Friedensmissionen – Erfahrungsbericht eines
Rechtsberaterstabsoffiziers
Eberhard Pförtner 182

Military Commissions: A Tool of Justice in the War on Terror
Thomas Hemingway 186

Beiträge / Notes and Comments

Artikel / Articles

Compliance with International Humanitarian Law
by Non-State Actors
Gauthier de Beco 190

The Role of the National Human Rights Commission
of India in Protecting Human Rights
Manoj Kumar Sinha 200

Verbreitung / Dissemination

Verbreitung des Humanitären Völkerrechts (HVR) in Deutschland
Deutsches Rotes Kreuz 206

Vorträge / Speeches

Decisions of the United States Courts in Regards to the
Guantanamo Bay Detainees; How Do they Comport with
International Humanitarian Law?
Bernard Dougherty 209

Fallstudien / Case Studies

*Isayeva v. the Russian Federation and Isayeva, Yusupova and
Bazayeva v. the Russian Federation*: Targeting Rules according
to Article 2 of the European Convention on Human Rights
Noëlle Quénivet 219

Panorama / Panorama

Konferenzen / Conferences

9. Seerechtsseminar am Taktikzentrum der Marine:
„Develop RoE for NEO!“, Bremerhaven, 14.–18. März 2005
Roland Otto 227

Buchbesprechungen / Book Reviews

Gus Martin, *Understanding Terrorism: Challenges,
Perspectives and Issues*
Anthony R. Turton 228

Geert-Jan Alexander Knoops, *An Introduction to the Law of
International Criminal Tribunals: A Comparative Study*
Michael A. Newton 230

Ricarda Dill, Stephan Reimers und Christoph Thiele (Hrsg.),
Im Dienste der Sache: Liber amicorum für Joachim Gaertner
Sascha Rolf Lüder 231

Friedrich Ebert Stiftung, West Papua Network, Watch Indonesia,
Autonomy for Papua: Opportunity or Illusion?
Thomas Goumenos 232

Albrecht Schnabel and David Carment (eds.), *Conflict Prevention
from Rhetoric to Reality*
Emilian Kavalski 234

Deborah Mancini-Griffoli und André Picot, *Humanitarian
Negotiation – A Handbook for Securing Access, Assistance
and Protection for Civilians in Armed Conflict*
Regine Reim 236

Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities
under the Law of International Armed Conflict*
Jeannine Drohla 237

Karen J. Greenberg and Joshua L. Dratel (eds.),
The Torture Papers: The Road to Abu Ghraib
Anna Sabasteanski 240



Emmanuel MOURLON-DRUOL

LA STRATÉGIE NORD-AMÉRICAINE APRÈS LE 11-SEPTEMBRE

Un réel renouveau ?

Préface de
Noëlle QUENIVET

Avant-propos de
Denis ROLLAND

INTER-NATIONAL

L'Harmattan



« Le 11-Septembre a-t-il changé la face du globe, en modifiant radicalement la stratégie nord-américaine ? (...) la réponse par l'affirmative a été répétée en France trop de fois pour qu'un esprit jeune, intelligent et curieux n'ait pas envie d'y regarder de plus près. »

« Un livre passionnant, (...) une analyse incisive. »

Prof. Denis Rolland

« Le grand mérite de l'ouvrage d'Emmanuel Murlon-Druol est, appuyé sur une solide documentation, d'analyser systématiquement les nouveaux développements de la stratégie nord-américaine en les mettant en perspective avec les changements déjà intervenus au sortir de la Guerre froide. »

« Un excellent ouvrage. »

Dr. Noëlle Quéniwet

« Hyperpuissance » sans rivale ni ennemi déclaré au sortir de la Guerre froide, les Etats-Unis ont lancé, depuis les attentats du 11 septembre 2001, une « guerre contre le terrorisme ». Celle-ci semble avoir profondément modifié deux grands aspects de la stratégie nord-américaine :

- la stratégie militaire d'abord (identification de la menace terroriste, frappes préventives ou lutte contre la prolifération des armes de destructions massives) ;
- la doctrine des opérations de paix ensuite (identification de la menace venant des failed states ou « États faillis », intervention en Afghanistan, ou nation building en Irak).

Mais, au-delà des discours officiels arguant d'une nouvelle stratégie, celle-ci opère-t-elle un réel renouveau ? Ne puise-t-elle pas ses racines dans les stratégies apparues dès la fin de la Guerre froide ? Analysant méthodiquement les discours et documents officiels, ainsi que des rapports d'experts, cet ouvrage met en perspective la stratégie américaine. Une approche éclairante, pour mieux en saisir la logique interne, mais aussi les carences et les contradictions.

Editorial

Das vorliegende Heft gewährt einmal mehr einen Einblick in die gesamte Breite des humanitären Völkerrechts. Im Mittelpunkt der Beiträge stehen Fragen der Anwendung, Fortentwicklung und Durchsetzung dieser Rechtsordnung.

Es erfüllt uns mit besonderer Freude, dass wir im Rahmen der Rubrik „Das Thema“ einen Einblick in die lebhaft wissenschaftliche Diskussion aktueller Probleme des humanitären Völkerrechts gewähren können. Bei den in dieser Rubrik veröffentlichten Beiträgen handelt es sich um die überarbeiteten Vorträge der letzten „Bad Teinacher Tagung der Rechtsberater und Rechtslehrer der Bundeswehr und der Konventionsbeauftragten des DRK in Zusammenarbeit mit dem Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht“, die am 4. und 5. März 2005 stattfand. Es handelte sich dabei um die 15. Tagung dieser Art, so dass sie Jubiläumscharakter trug und in einem entsprechend festlichen Rahmen begangen wurde. Als Motto hatten die Veranstalter „Menschen – Rechte im Konflikt“ gewählt, was schon andeutet, dass eine breite Herangehensweise an die rechtlichen Aspekte des Schutzes von Menschen im bewaffneten Konflikt angestrebt wurde. Dieses Ziel wurde erreicht, wie die vier Beiträge verdeutlichen. Der bekannte Völkerrechtler und Praktiker *Dr. Toni Pfanner* vom IKRK in Genf geht in seinem Artikel „David gegen Goliath oder asymmetrische Kriegsführung“ vor allem auf die Anwendung des humanitären Völkerrechts im internationalen Kampf gegen den Terrorismus ein und wendet sich damit einem hochaktuellen und umstrittenen Thema zu. Besonders interessant erscheinen seine Ausführungen zu den Schwierigkeiten der humanitären Aktion in solchen Konflikten.

Den Beitrag von Menschenrechtsgerichtshöfen zur Durchsetzung der Menschenrechte in bewaffneten Konflikten untersucht anschließend *Dr. Hans-Joachim Heintze* vom IFHV. Deutlich wird, dass Menschenrechtsgerichtshöfe grundsätzlich zögern, das humanitäre Völkerrecht direkt anzuwenden. Gleichwohl kamen sie verschiedentlich nicht umhin, diese Rechtsordnung anzuwenden oder zumindest auf einige Grundprinzipien des humanitären Völkerrechts zurückzugreifen. Insgesamt ergibt die Praxis aber ein höchst widersprüchliches Bild, wie der Beitrag deutlich macht. Dieser Eindruck wird noch durch den Beitrag von *Dr. Noëlle Quénivet* zum aktuellen Fall *Isayeva v. Russia* vertieft.

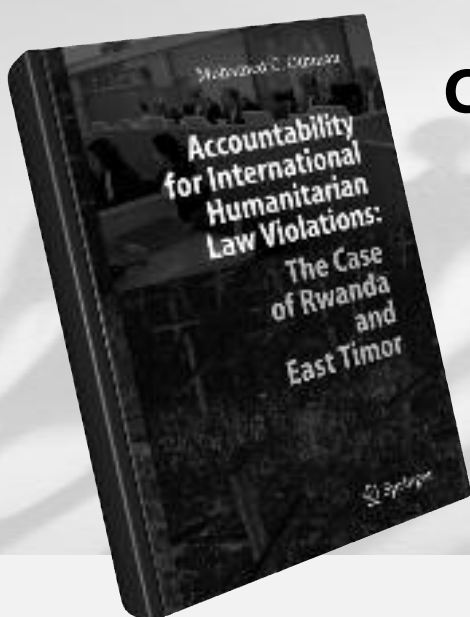
Auf die praktischen Probleme des Individualrechtsschutzes aus der Sicht der Streitkräfte gehen die beiden folgenden Artikel ein. *Eberhard Pförtner* hat als Rechtsberater des Heeresführungskommandos selbst an der ISAF-Mission teilgenommen, so dass dieser Erfahrungsbericht besonders authentisch ist. General *Thomas Hemingway*, der Rechtsberater der US-Luftstreitkräfte ist, schildert anschließend, inwieweit die „Military Commissions“ einen rechtlichen Beitrag zum „Krieg“ gegen den Terror leisten. Im engen Zusammenhang mit diesen Ausführungen steht der Artikel von *Bernhard Dougherty* zu US-Gerichtsentscheidungen bezüglich der in Guantánamo Inhaftierten.

Die Ausführungen außerhalb der Rubrik „Das Thema“ geben einen weltweiten Überblick über die Verbreitung und Durchsetzung des humanitären Völkerrechts.

Ergänzt werden die Artikel wiederum durch Konferenzberichte und Buchbesprechungen.

Last but not least unterstreicht die Redaktion wiederum, dass sie sich nicht notwendigerweise mit den Positionen in den namentlich gekennzeichneten Beiträgen identifiziert.

Die Redaktion



Case Studies of Humanitarian Law Violations

Accountability for International Humanitarian Law Violations

The Case of Rwanda and East Timor

Mohamed Chande Othman, Senior Legal and Justice Sector Reform Adviser with UNDR; High Court of Tanzania.

The book is a critical review of accountability conducted under the authority of the United Nations Security Council, by the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), and the United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET). It is centred on two case studies: the 1994 events in Rwanda, which constituted genocide, "the crime of crimes", and the 1999 mayhem in East Timor. The book's subjects are tested using cross-examination tools to hold accountable persons with "the greatest responsibility" for serious international humanitarian law violations. A detailed expose is made of conspiracy to commit genocide. Comparison is also made whether joint criminal enterprise, and the forms of co-perpetration embodied in the Statute of the International Criminal Court provide effective alternatives in the case of atrocity crimes.

Excellent Features:

- ▶ Lessons learnt and shared experiences in accountability for atrocity crimes committed in Rwanda in 1994 and East Timor in 1999.
- ▶ Includes Accountability Matrix for international humanitarian law violations.

2005. XIV, 384 p. Hardcover

ISBN 3-540-26081-1 ▶ € 119,95 | £ 92.50

Easy Ways to Order ▶ Write: Springer Distribution Center, Haberstrasse 7, 69126 Heidelberg, Germany ▶ **Call:** +49 (0) 6221-345-0
▶ **Fax:** +49 (0) 6221-345-4229 ▶ **Email:** SDC-bookorder@springer-sbm.com ▶ All € and £ prices are net prices subject to local VAT, e.g. in Germany 7%. All prices exclusive of carriage charges. Prices and other details are subject to change without notice.

011949x

David gegen Goliath oder asymmetrische Kriegsführung

Toni Pfanner*

Contemporary armed conflicts are increasingly characterised as being 'asymmetric', i.e. as conflicts between parties that are diametrically different. The author of this article sketches out the factual particularities of asymmetrical warfare and devotes particular attention to the phenomenon of international terrorism. Laying out the applicable international humanitarian law framework, the article focuses particularly on the fact that the expectation of reciprocity as a fundamental motivation for respecting the law is not presumed. As a consequence, the opponent is criminalized and, if necessary, fought with unconventional or unlawful methods as the militarily weaker party is tempted to do. This raises a wide range of problems concerning the applicability of humanitarian law in as much as the application of these norms to non-State actors could be understood as legitimizing their existence and activities. Finally, the author shifts from a mainly legal perspective on the phenomenon of asymmetrical warfare towards a more practical analysis of its implications on humanitarian aid work.

Die Angriffe auf die Twin Towers in New York und das Pentagon in Washington haben das geopolitische Gefüge drastisch verschoben. Gleichzeitig stellen sie eine Herausforderung für das IKRK dar und haben sein weltweites Wirkungsfeld qualitativ in mancher Hinsicht verändert. Wahrscheinlich gab es bereits vor dem 11. September 2001 Veränderungen und Verschiebungen, doch haben unsere Organisation und möglicherweise auch die Vereinigten Staaten die Vorzeichen nicht richtig erkannt und gedeutet und den sich abzeichnenden Quantensprung nicht erfasst.

„Nine/Eleven“ war geradezu die Karikatur eines Phänomens, mit dem das IKRK in vielen Konfliktgebieten, in denen es weltweit tätig ist, konfrontiert ist, nämlich der asymmetrischen Kriegsführung. Eine Handvoll mit Teppichmessern bewaffneter Männer haben die alleinige Großmacht der Welt mit all ihren hochentwickelten Waffensystemen vor laufenden Kameras gedemütigt, haben innerhalb kürzester Zeit Tausenden Menschen das Leben geraubt und den Vereinigten Staaten und der ganzen westlichen Welt vor Augen geführt, wie verletzlich sie sind.

Die folgenden Ausführungen befassen sich mit dem Phänomen der asymmetrischen Kriegsführung. Ein Krieg verläuft niemals nach einem gleichförmigen Muster. In asymmetrischen Kriegen stehen sich ungleiche Parteien gegenüber, und das Prinzip der Waffengleichheit ist aufgehoben. Die Kriegsgegner sind unterschiedlich gut ausgerüstet, sie verfolgen unterschiedliche Kriegsziele und setzen in strategischer und taktischer Hinsicht unterschiedliche Mittel und Methoden ein.

Die erwähnten Terrorangriffe sind nur eine – allerdings äußerst brutale und epochenprägende – Überzeichnung davon. Terrorakte, die darauf abzielen, durch Gewalt Schrecken zu verbreiten und dadurch einen politischen Willen durchzusetzen, gab es jedoch schon früher. In allen Kriegen hat es Selbstmordanschläge gegeben, Terrorakte wurden von Staatsorganen wie von Einzelpersonen ausgeführt, und oft waren sie der Auslöser eines Krieges oder prägten ein Land selbst in Friedenszeiten.

Wirklich neu und qualitativ verschieden ist die Tatsache, dass solche Handlungen heute offensichtlich systematisch in die asymmetrische Kriegsführung integriert werden.¹ Im

Extremfall – wie im Falle von Al-Qaida – wird dieses Vorgehen zur einzigen Kriegsstrategie, die namentlich durch drei Merkmale gekennzeichnet ist. Erstens werden die klassisch-militärischen und rechtlich akzeptierten Kampfmethoden bewusst nicht angewandt. Ein Beispiel hierfür ist die Entführung von Passagierflugzeugen und ihr perfider und menschenverachtender Einsatz gegen zivile Objekte und Zivilisten. Zweitens muss damit gerechnet werden, dass diese Strategie darauf abzielt, in Zukunft noch höhere Verluste an Menschenleben, sowie an zivilen und vor allem wirtschaftlichen Schäden zu verursachen, was potentiell durch den Einsatz verbotener Kampfmittel, namentlich biologischer und chemischer Waffen, geschehen könnte. Darüber hinaus wird der territoriale Bezug aufgehoben, denn Terrorakte können überall und jederzeit ausgeführt werden.

Bei der asymmetrischen Kriegsführung geht es grundsätzlich darum, die militärische Stärke eines Gegners zu umgehen, seine Schwäche zu ermitteln und diese maximal auszunutzen. Die unterlegene Kriegspartei hat erkannt, dass insbesondere in modernen Gesellschaften Angriffe gegen leichte Ziele den schwersten Schaden anrichten. Militärische Ziele sind zivilen Zielen gewichen.

Die UNO und die humanitären Organisationen konnten sich dieser Entwicklung nicht entziehen, und die gezielten Anschläge in Bagdad auf das UN-Hauptquartier im August und Ende Oktober 2003 auf den Sitz des IKRK zeigten, dass auch die Weltorganisation und die humanitären Organisationen Teil des „weichen Unterleibs“ sind, um Winston Churchill zu paraphrasieren, wenn leichte Angriffsziele oder so genannte „soft targets“ bezeichnet werden sollen.

Diese Anschläge forderten das IKRK zur Reflexion auf und zwangen es, das rechtliche Gefüge, das Umfeld, in dem die Angriffe ausgeführt wurden, und ihre Aktionsparameter zu analysieren. Ich möchte eine Reihe Fragen aufgreifen, die sich unsere Organisation in diesem Zusammenhang stellt.

* Dr. Toni Pfanner ist Herausgeber der *International Review of the Red Cross*. Der Artikel gibt die persönliche Meinung des Autors wieder und nicht notwendigerweise diejenige des IKRK.

¹ Siehe H. Münkler, *Die neuen Kriege*, 6. Auflage, Rheinbeck bei Hamburg 2003, S. 63 ff.

Dabei werde ich versuchen, einige Auswirkungen der asymmetrischen Kriegsführung auf das humanitäre Völkerrecht und die Tätigkeit des IKRK aufzuzeigen.

1. Asymmetrische Kriegsführung

Alle Kriege sind in einem gewissen Sinne asymmetrisch, da die Kriegsführenden niemals identisch sind. Asymmetrische Kriegsführung hat eine operationelle Schicht (geheime oder verdeckte Operationen, Kriegslist oder Perfidie, Terrorismus, etc.), einen militärisch-strategischen Layer (Guerilla-Kriegsführung, Blitzkrieg, massive Repressalien, etc.) und eine politisch-strategische Sphäre (moralische oder religiöse Kriege, Zusammenprall von Kulturen).² In formaler Hinsicht kann man Asymmetrie der Gewalt, von Mitteln, Methoden, Organisation, Werten und des Zeitelementes unterscheiden.³

Unter dem Begriff symmetrischer Krieg versteht man üblicherweise einen klassischen bewaffneten Konflikt zwischen militärisch ungefähr gleich starken Staaten.⁴ Solche Kriege, die seit dem Westfälischen Frieden im 18. und 19. Jahrhundert ausgetragen wurden und bei denen sich also gleichwertige staatliche Truppen gegenüberstanden und sich in offener Schlacht bekämpften, wurden gelegentlich schon als Auslaufmodelle bezeichnet, denn im 20. Jahrhundert wurden die Kriege vielschichtiger und damit auch asymmetrischer. Zudem sind heutzutage die meisten Kriege innerstaatlicher Natur, auch wenn sie häufig international vernetzt sind. Sie sind so unterschiedlich wie zahlreich, und je nach Konflikttyp variiert auch die Kriegsführung.

1.1. Zwischenstaatliche Kriege

Symmetrische zwischenstaatliche Konfrontationen sind risikobehaftet, da nicht voraussagbar ist, welche Partei als Sieger hervorgehen wird und die Kosten des Konflikts die antizipierten Vorteile meist übersteigen. Konflikte wie derjenige um die Falkland/Malvinas-Inseln zwischen Argentinien und Großbritannien, der erste Golfkrieg zwischen Irak und Iran Anfang der 1980er-Jahre oder der Konflikt zwischen Eritrea und Äthiopien kurz vor der Jahrtausendwende, die diesem Modell noch am nächsten kamen, sind selten geworden. Bedrohungsbilder, wie sie von den Atommächten Indien und Pakistan aufgebaut wurden, erinnern daran, dass auf strategischer Ebene weiterhin ein symmetrisches Zerstörungspotential besteht. Doch selbst auf dieser Ebene wird unter Einsatz enormer Mittel versucht, Asymmetrie herzustellen, um gegebenenfalls einen Krieg führen und möglichst gewinnen zu können.

Doch selbst zwischenstaatliche bewaffnete Konflikte sind meist asymmetrisch. Wenn eine militärische Großmacht – heutzutage handelt es sich dabei namentlich um die USA – Krieg führt, liegt praktisch zwangsläufig Asymmetrie vor.⁵ Der militärisch stärkere Staat führt Krieg gegen einen schlechter gerüsteten Gegner. Der zweite Golfkrieg Anfang der 1990er-Jahre war ein Beispiel hierfür. Da sich der Irak der offenen Konfrontation nicht entzog, wurde er durch die Koalition unter Führung der USA vernichtend

geschlagen.

Der dritte Golfkrieg veranschaulicht die asymmetrische Kriegsführung besonders eindrücklich. Während der militärisch stärkere Gegner unter Einsatz gewaltiger Mittel eine schnelle Entscheidung auf dem Schlachtfeld anstrebte, vermied die schwächere Partei die offene Konfrontation, die angesichts der Überlegenheit des Gegners nur zur Vernichtung ihrer Truppen und zur Niederlage hätte führen können. Der schwächere Gegner hatte die Tendenz, sein unzureichendes Waffenarsenal mit unkonventionellen Mitteln und Methoden wettzumachen, den Konflikt durch eine verdeckte Kriegsführung in die Länge zu ziehen und den hochgerüsteten Gegner langsam zu zermürben.⁶

Der vielfache Rückgriff auf Terrorakte zielt dabei nicht so sehr darauf ab, den Krieg auf dem Schlachtfeld als vielmehr auf dem Bildschirm und an der Heimatfront des starken Staates auszutragen. Mit der Waffe des Schwachen, nämlich mit spektakulären Terroranschlägen und Handlungen, die als heimtückisch und als „unter der Gürtellinie“ empfunden werden, kann der Krieg sogar vom unterlegenen Gegner offensiv geführt werden, indem der „weiche Unterleib“ des militärisch überlegenen Staates angegriffen wird.

Mit den Angriffen auf das IKRK wurde gezeigt, dass selbst vor neutralen Hilfsorganisationen nicht Halt gemacht wird. Wahrscheinlich zielen solche Angriffe nicht darauf ab, Hilfstätigkeiten zu verhindern, sondern darauf, bewusst zu

² Siehe S. Metz, *La guerre asymétrique et l'avenir de l'Occident*, in: *Politique Étrangère* 1 (2003), S. 26–40, S. 30.

³ S. Metz, a.a.O. (Fn 2), S. 31–33.

⁴ Siehe vor allem die US-Debatte über asymmetrische Kriegsführung als Revolution in militärischen Belangen („revolution in military affairs [RMA]: Asymmetric Warfare“ [RMA Debate in Project on Defense Alternatives]), unter: <<http://www.comw.org/rma/fulltext/asymmetric.html>>, 6. Juni 2005. Aus dem US-amerikanischen Schrifttum siehe insbesondere: R.W. Barnett, *Asymmetrical Warfare: Today's Challenge to US Military Power*, Virginia 2003; B. Courmont/D. Ribnikar, *Les guerres asymétriques*, Paris 2002; J. Baud, *La Guerre asymétrique ou la défaite du vainqueur*, Paris 2003; A.H. Cordesman, *Terrorism, Asymmetric Warfare, and Weapons of Mass Destruction; Defending the U.S. Homeland*, Westport 2002; *The Four Thrusts Meet Asymmetric Threat*, Attack Database, Achieve Interoperability, Revitalize Work Force, Defense Intelligence Agency, Washington, 2001, unter: <<http://www.dia.mil/This/Fourthrusts/index.html>>, 6. Juni 2005); *The First War of the 21st Century: Asymmetric Hostilities and the Norms of Conduct*, Strategic and Defence Studies Centre, Working Paper Nr. 364, Australian National University, Canberra, 2001; P. Rogers, *Political Violence and Asymmetric Warfare*, Brookings Institution, Washington, 2001, unter: <<http://www.brook.edu/dybdocroot/fp/projects/europe/forumpapers/rogers.htm>>, 6. Juni 2005; J. Schröfl/Th. Pankrat (Hrsg.), *Asymmetrische Kriegsführung – ein neues Phänomen der Internationalen Politik?*, Baden-Baden 2003; L. Muraviec, *La guerre au XXIe siècle*, Paris 2001; P. Conesa (Hrsg.), *La sécurité internationale sans les Etats*, in: *Revue internationale et stratégique* 51 (2003).

⁵ Selbst chinesische Militärs versuchen „to propose tactics for developing countries, in particular China, to compensate for their military inferiority vis-à-vis the United States during a high-tech war“. Qiao/Liang/Wang Xi-angsu, *Unrestricted Warfare*, Beijing 1999 (zitiert in H. Münkler, a.a.O. (Fn. 1), S. 276, Fn. 21). Diesbezüglich siehe auch A. Bruzzone, *Asymmetrical warfare cuts both ways*, in: *American Daily*, 3. Januar 2004.

⁶ Siehe auch „Asymmetric Warfare“, *The USS Cole, and the Intifada*, in: *The Estimate* XII.22, 3. November 2000, unter: <<http://www.theestimate.com/public/110300.html>>, 6. Juni 2005.

schockieren und einen schonungslosen Krieg zu führen, in dem Neutralität keinen Platz hat. Die Anschläge zeigten ferner, dass die Verantwortlichen der Attentate nicht wie in einem Guerillakrieg die Zustimmung der Bevölkerung brauchten, um ihren Kampf führen zu können.

Um die Schwerfälligkeit ihrer Militärmaschinerie zu kompensieren und Nachteile in der Kriegsführung auszugleichen, ist der militärisch stärkere Gegner versucht, selbst nach einer asymmetrischen Taktik vorzugehen, unkonventionelle Mittel und Methoden einzusetzen und selbst vor gezielten Morden nicht Halt zu machen.

Grenzen zwischen Kombattanten und Zivilpersonen werden bewusst verschoben, verwischt und aufgehoben. Im jüngsten Krieg im Irak wich die irakische Armee wann immer möglich vor dem übermächtigen Feind zurück. Bereits in der ersten Phase des Krieges wollte sich die irakische Armee – verständlicherweise – nicht den Bombardierungen aussetzen, weshalb ihre Angehörigen sich – unzulässigerweise – unter die Zivilbevölkerung mischten und sich schließlich gar der Uniform entledigten. Damit wurde das wichtigste Prinzip des Kriegsrechts – der Grundsatz, dass zwischen den Kriegführenden und den Zivilisten unterschieden werden muss – in Frage gestellt.

1.2. Interne Kriege

Bei internen bewaffneten Konflikten ist eine gewisse Asymmetrie meist schon dadurch gegeben, dass der Staat gegen eine nichtstaatliche bewaffnete Gruppe kämpft. Bei dieser Art Konflikt, die in den meisten Einsatzgebieten des IKRK anzutreffen ist, ist eine Ungleichheit der Kriegsparteien und ihrer Mittel die Regel. Die Konflikte in Tschetschenien⁷ (Russische Föderation), Aceh (Indonesien), Kolumbien und zahlreichen Regionen Afrikas sind in diese Kategorie einzureihen.

Besonders seit dem Ende des Kalten Krieges und der so genannten Stellvertreterkriege, in denen die Gegner von den Vereinigten Staaten und der ehemaligen Sowjetunion symmetrisch unterstützt wurden, haben die Konflikte andere Formen angenommen. Die staatlichen Kriegsparteien verfügen meist über mehr oder weniger gut ausgebaute Strukturen und größere militärische Mittel als die Rebellenbewegungen, auch wenn sie nicht in der Lage sind, das Gewaltmonopol auf das ganze Land auszudehnen und die bewaffneten Oppositionsgruppen zu neutralisieren. Die Rebellenbewegungen werden dabei tendenziell zu denselben Mitteln greifen, die in den oben erwähnten internationalen asymmetrischen Kriegen eingesetzt werden und sich insbesondere der Guerillataktik bedienen, die darauf beruht, dass die Kämpfer sich unter die Zivilbevölkerung mischen. Wenn überhaupt geben sich Rebellen nur bei direkten offensiven Operationen als Kombattanten zu erkennen.

Ironischerweise ist bei internen Kriegen, bei denen die Kriegsregeln am wenigsten eingehalten werden, eine gewisse Symmetrie vorhanden. Kriege zwischen nichtstaatlichen organisierten bewaffneten Gruppen spielen sich immer häu-

figer in Ländern ab, in denen die staatlichen Strukturen und Organe nur noch teilweise oder gar nicht mehr vorhanden sind. Als Beispiel wäre Somalia anzuführen, wo die Kampfhandlungen in den frühen 1990er-Jahren zeitweilig anarchische Zügen aufwiesen und dann wieder nach festen Clanregeln geführt wurden und das Bild dieses Staates ohne Regierung weiterhin prägen.

Eine solche Privatisierung des Krieges ist in manchen Regionen Afrikas, beispielsweise in Sierra Leone, Liberia und der Elfenbeinküste, aber auch in Afghanistan, Tschetschenien, Burma oder Kolumbien zunehmend wahrnehmbar. Triebfeder solcher Kriege sind weniger politische als wirtschaftliche Ziele.⁸ Die Kriegsführer werden zu Kriegsunternehmern: Kriege sind wirtschaftlich motiviert, und die häufige Verbindung mit mafiösen Organisationen, mit illegalem Handel und Drogen macht sie noch lukrativer. Viele dieser Konflikte haben überdies grenzüberschreitenden Charakter.

1.3. Transnationale Kriege und internationaler Terrorismus

Privatisierte Kriege überlagern und überschneiden sich auch öfters mit neuen Formen transnationaler Kriege, deren Ziel nicht unbedingt der militärische Sieg ist, sondern vor allem die politische Schwächung oder gar Niederlage des Gegners, sei es durch die Zerstörung von Kapital, die sicherheitsbedingte Verhinderung der Ausbeutung von Bodenschätzen oder einen erzwungenen Rückzug der wirtschaftlichen Akteure aus besonders gefährlichen Gebieten.

Nach den ersten blutigen Attentaten von Organisationen wie Al-Qaida dachte vorerst niemand an einen „Krieg“, und die in verschiedenen Ländern durchgeführten Anschläge wurden nicht miteinander in Verbindung gebracht.⁹ Man kann jedoch wohl argumentieren, dass ein Kampf mit bewaffneten Mitteln zwischen verschiedenen sozialen Gruppierungen stattfindet. Geopolitisch und strategisch – aber nicht unbedingt rechtlich – kann man von einem Krieg ausgehen, da weltweit operierende Organisationen durch die Wirkung und das Ausmaß ihrer Gewalthandlungen die Grundfesten der Weltordnung bedrohen und erschüttern können. Der potentielle Einsatz von Massenvernichtungsmitteln, der Tausende, ja Hunderttausende Opfer fordern könnte, ist nicht nur krimineller, sondern auch strategischer Natur.¹⁰ Der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen bezeichnete die Angriffe vom

⁷ I. Safranchuk, Chechnya: Russia's Experience of Asymmetrical Warfare, unter: <<http://www.saag.org/papers7/paper619.html>>, 6. Juni 2005.

⁸ Zu den verschiedenen Motivationen der Kriegführenden in nicht-internationalen Konflikten siehe P. Collier / H. Hoeffler, Greeds and Grievances in Civil War, 2001, in: Oxford Economic Papers 56 (2004), S. 563–595.

⁹ Siehe insbesondere The 9–11 Commission Report. Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks upon the United States, official government edition, unter: <<http://www.gpoaccess.gov/911/>>, 6. Juni 2005; dort insbesondere Kapitel 2, „The foundations of new terrorism“, S. 48–70.

¹⁰ In seinem Jahresbericht bzgl. Bedrohungen gegenüber den Vereinigten Staaten führte Porter Gross, Direktor der CIA, vor dem „intelligence committee“ des US-Senats aus: „It may be only a matter of time before al-Qaeda or other groups attempt to use chemical, biological, radiological or nuclear weapons.“ cf. International Herald Tribune, 17. Februar 2005.

11. September 2001 als bewaffnete Angriffe, die den Weltfrieden bedrohen, und ging damit, ohne dies explizit auszusprechen, zumindest von einer kriegsähnlichen Situation aus.¹¹ Gleichzeitig sprachen sowohl die Angreifer des World Trade Centers wie auch das Pentagon und die Vereinigten Staaten von einem Krieg und nahmen ihn als solchen wahr. Auf beiden Seiten besteht weiterhin ein *animus belligerendi*, die Absicht zur Herstellung eines Kriegszustandes. Die nationale US-Kommission über die 9–11-Ereignisse sprach denn auch von einem Krieg, der als solcher behandelt werden sollte, und fasste die Geschehnisse primär nicht als kriminelle Konspiration auf.¹²

Ein solcher Krieg ist jedoch von besonderer Natur. Bei einer solchen Kriegsführung kommt die Asymmetrie schon dadurch zum Ausdruck, dass eine nichtstaatliche Gruppe, deren Anhänger mehr oder weniger eng miteinander in Verbindung stehen und ein ähnliches Gedankengut teilen, sich imposanten staatlichen Machtstrukturen entgegenstellt. Die Mittel und Methoden der Kontrahenten klaffen weit auseinander. Es kommt zu keinen offenen bewaffneten Auseinandersetzungen und spektakuläre, Schrecken erregende und perfide Einzelhandlungen und Repression ersetzen kontinuierliche Kampfhandlungen.

Überhaupt gehört es zu den Wesensmerkmalen eines solchen Krieges, dass sein Anfang und sein Ende schwer zu erkennen sind. Vielfach besteht selbst Zweifel darüber, ob angesichts einzelner Gewalthandlungen ein Krieg im eigentlichen Sinne vorliegt. Erst eine Einbettung in eine Serie von Gewalthandlungen und deren Zurechnung zu einer strukturierten Organisation, sowie das gewaltige Ausmaß der Attentate ermöglichen es, diese Handlungen als Kriegshandlungen einzustufen.¹³

Der territoriale Bezug ist variabel, denn ein Anschlag kann sich jederzeit und in irgendeinem Staat ereignen. Ein Krieg dieser Art überschreitet Staatsgrenzen, ohne ein zwischenstaatlicher Krieg zu sein. Das weltweite Netz der Anhänger solcher Organisationen ist geheim und geheimnisumwittert. Die Einnistung der Al-Quaida in Afghanistan war eine Ausnahme und erlaubte, einen territorialen Bezug herzustellen. In der Regel versuchen die auf der ganzen Welt verstreuten Anhänger solcher Organisationen, in der großen Masse unterzutauchen, um dem militärisch überlegenen Gegner mit gezielten Aktionen zu schaden. Im Gegensatz zur Guerillataktik sind solche Organisationen nicht einmal unbedingt auf die Unterstützung einer zumindest sympathisierenden Bevölkerung angewiesen, da diese Aktionen vielfach unter größter Geheimhaltung im Hinterland des Gegners ausgeführt werden. Der Kampf gegen solche Gruppen erinnert daher eher an die Bekämpfung der organisierten Kriminalität.

1.4. Von Al-Quaida zum Al-Quaidismus?

Zumindest vor den Attacken auf die Vereinigten Staaten in New York und Afghanistan war Al-Quaida eine gut strukturierte Organisation. Mit den Worten der 9–11-Kommission war es „eine hierarchische top-down Gruppe mit definierten Positionen, Aufgaben und Salären“.¹⁴ In der Zwischenzeit wurde die Organisation sicherlich geschwächt. Viele Protago-

nisten der Al-Quaida wurden verhaftet oder ihre Bewegungsfreiheit eingeschränkt, finanzielle Transaktionen wurden blockiert oder überwacht. Die Organisation ist heutzutage eher zerstreut und untergetaucht als vernichtet.

Die Al-Quaida-Struktur war jedoch nicht nur eine zentralisierte Organisation. *Bottom-up*-Initiativen und Dezentralisation wurden erstrebt. Durch die Promotion eines globalen „*jihad*“ wollte die Organisation Einzelpersonen motivieren und „Zellen“ oder bestehende Gruppierungen weltweit in ihren „heiligen Krieg“ einbinden und ihren lokalen „*jihad*“ als Teil eines universellen Kampfes einordnen. Gruppierungen wie die algerische „*Groupe salafite pour la prédication et le combat*“ bekennen sich öffentlich zur Organisation. Geheim operierende Zellen oder selbst Einzelpersonen in muslimischen und nicht-muslimischen Ländern kämpfen für das Wiederaufleben des Kaliphats und werden von Al-Quaida gesponsert und/oder sind unter der Schirmherrschaft der Organisation tätig, wenn sie spektakuläre Terrorakte an verschiedensten Plätzen der Welt verüben, in Indonesien, Kenia, Tunesien, Pakistan, Türkei, Spanien, Saudi-Arabien oder Russland.¹⁵ Irak schlussendlich wurde in der Zwischenzeit ein Kristallisationspunkt des islamischen Terrorismus.

1.5. Vermengung der Kriegs- und Gewalttypen

In den meisten neueren Kriegen gibt es ein wechselndes Zusammenspiel aller Gewaltakteure und ein verwirrendes Mosaik aller Kriegsorten. In der gegenwärtigen Phase gibt der dritte Golfkrieg wiederum Anschauungsunterricht bezüglich des vereinten Vorgehens von lokalen Akteuren und

¹¹ Siehe U.N. SC. Res. 1373 v. 28. September 2001, U.N. Doc. S/RES/1373 (2001). Siehe auch Ch. Greenwood, War, Terrorism, and International Law, S. 505–530, in: Current Legal Problems 56 (2004), der der Resolution zustimmt (S. 516–518). Die gleiche Argumentation kann auch aus einer Perspektive, die auf die Auswirkungen („gravity“, „significant scale“) abstellt, abgeleitet werden. Siehe dazu schon das Urteil des Internationalen Gerichtshofes im Nicaragua Fall, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States*), Merits, 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, Rn. 195. Angriffe nicht-staatlicher Akteure können das Selbstverteidigungsrecht der Charta zwar auslösen, führen aber nicht zu einem Kriegszustand im rechtlichen Sinne, siehe J.J. Paust, Use of armed force against terrorists in Afghanistan, Iraq and beyond, in: Cornell International Law Journal 35.3 (2002), Sektionen 534–539.

¹² „Calling this struggle a war accurately describes the use of American and allied armed forces to find and destroy terrorist groups and their allies in the field, notably in Afghanistan. The language of war also (Hervorhebung durch den Verfasser) evokes the mobilization for a national effort“; The 9–11 Commission Report, a.a.O. (Fn. 9), S. 363.

¹³ Art. 1(2) des 2. Zusatzprotokolls zu den vier Genfer Konventionen, schließt jedoch „isolated and sporadic acts of violence and other acts of similar nature“ von dem Begriff des bewaffneten Konfliktes aus.

¹⁴ The 9–11 Commission Report, a.a.O. (Fn. 9), S. 67: „Most in the core group swore fealty (or bayat) to Bin Laden. Other operatives were committed to Bin Laden or to his goals and would take assignments for him.“ Siehe auch S. 55 (bzgl. der Rekrutierung neuer Mitglieder) und S. 145 ff. (über das Unternehmen al-Qaeda). Das Deutsche Bundeskriminalamt schätzt, dass ca. 70.000 Kämpfer in Al-Qaida-Camps ausgebildet und trainiert wurden; siehe „Case against Munir al-Motassadeq“, in: Reuters, 4. Januar 2005.

¹⁵ Beispielsweise die Jordanischen Abu Mussab al-Zarqawi, die mit der Tawhid wal-Jihad Group im Irak kämpft, hat Osama bin Laden und Al-Qaida Gefolgschaft geschworen, siehe Iraq-Phantom Zarqawi in marriage of infamy with bin Laden, in: Reuters, 18. Oktober 2004.

Gruppierungen mit völlig unterschiedlichen Interessen und bei gleichzeitiger internationaler Vernetzung. Nach den Ermittlungen der irakischen Polizei hätten bei den Attentaten mit Autobomben gegen vielfach amerikanische Ziele wahrscheinlich die Saddam-Anhänger jeweils das Ziel bestimmt, die Al-Quaida-Leute hätten, gestützt auf ihre Erfahrung mit Selbstmordaktionen in Afrika und Saudi-Arabien, den Anschlag minutiös geplant, die Baathisten wiederum hätten die Finanzierung und Logistik übernommen sowie Fahrzeuge, Waffen und Sprengstoff besorgt. Die Durchführung habe man dann Söldnern oder arabischen Selbstmordkandidaten aus Jihadi-Gruppen anvertraut.¹⁶ Die abwartende Haltung in den schiitischen Lagern deutet an, dass die bereits jetzt vielschichtige Gewaltentwicklung noch eine weitere Dimension erhalten und das Land auch noch in einen vollen Bürgerkrieg schlittern könnte.

2. Asymmetrischer Krieg und humanitäres Völkerrecht

Solche Kriege entsprechen weder dem Kriegsmodell von Clausewitz noch dem traditionellen Bild des humanitären Völkerrechts. Man kann sich selbst fragen, ob die Herausforderungen asymmetrischer Kriege mit dem geltenden Kriegsrecht beantwortet werden können. Ist der zwischenstaatliche Krieg ein Auslaufmodell, so sind es vielleicht auch die daran gebundenen Normen des Völkerrechts. Und noch fundamentaler könnte man angesichts der zunehmenden Privatisierung der Kriege die Überlegung anstellen, ob das westfälische Staatenmodell, das gerade der Privatisierung der Kriege im 17. Jahrhundert ein Ende setzen wollte, nicht zunehmend an Relevanz verliert. Bescheidener versuche ich, gewisse grundlegende Bedingungen des humanitären Völkerrechts – bellizistisch wieder zunehmend Kriegsrecht genannt – gegenwärtigen Trends in der Kriegsführung gegenüberzustellen.

2.1. Asymmetrie in der Rechtmäßigkeit des Krieges

Das Recht geht von einer fundamentalen Prämisse aus, dass zwischen dem Grund der Kriegsführung und der Kriegsführung selbst unterschieden wird. Diese Unterscheidung wurde schon im späten Mittelalter erarbeitet und die beiden Rechtsbereiche wurden „*ius ad bellum*“, das Recht zur Kriegsführung, beziehungsweise „*ius in bello*“, das Recht während der Kriegsführung, genannt. Noch heute ist diese Unterscheidung fundamental und entscheidend, um dem humanitären Völkerrecht überhaupt eine Chance zu seiner Einhaltung zu gewähren.¹⁷

Die Satzung der Vereinten Nationen und internationales Gewohnheitsrecht¹⁸ legen zum ersten Fragenkreis die Regeln fest und die Debatten um die Rechtmäßigkeit der Selbstverteidigung im Falle Afghanistans und die fehlende Legalisierung des Waffenganges durch den UN-Sicherheitsrat im Falle des Irak sind in frischer Erinnerung.¹⁹

Die Wahrnehmung einer Asymmetrie in der Rechtmäßigkeit des Waffeneinsatzes nimmt natürlich zu mit der Ungleichheit der Kriegsparteien. Je stärker die Rechtsposition einer Partei ist, umso mehr wird sie die Rechtmäßigkeit zur Gewalt-

anwendung auch rechtlich verankern können. Ein permanenter Mitgliedstaat des UNO-Sicherheitsrates kann die Rechtmäßigkeit eines Waffenganges mehr bestimmen als ein gewöhnlicher Staat. Ein Staat wird innerstaatlichen Gruppierungen das Recht zum bewaffneten Kampf absprechen und noch mehr wird er das Gewaltmonopol gegen Individuen betonen.

Die Rechtmäßigkeit des Gewalteinsatzes wird meistens der militärisch stärkeren Partei zukommen. Verbunden mit einem moralischen Anspruch, kehrt das Konzept des „gerechten Krieges“ wieder ein, in dessen Namen alle Mittel erlaubt sind.²⁰ Auf der Gegenseite wird sich auch die schwächere Partei – besonders bei fehlender Rechtmäßigkeit – mit moralischen oder religiösen Beweggründen schmücken, wieso sie Krieg führt.

Die Regeln des Kriegsrechtes hingegen sollen Anwendung finden falls ein bewaffneter Konflikt vorliegt, ob der Krieg rechtmäßig ist oder nicht.²¹ Ziel dieser strikten Unterscheidung ist es zu vermeiden, dass jede Kriegspartei mit rechtlicher oder geradezu moralischer oder religiöser Legitimität befugt ist, sich zur Erfüllung eines höheren Zieles über vereinbarte minimale humanitäre Regeln hinwegsetzen zu können und einen totalen Krieg zu führen.

Für das IKRK – wie für das humanitäre Völkerrecht – muss die Frage der Rechtmäßigkeit und allgemeiner gefasst, der Gründe eines konkreten Krieges irrelevant sein. Ziel ist lediglich der Schutz und die Hilfe an die Kriegsoffer, unab-

¹⁶ Der frühere CIA-Chef *George Tenet* sprach im April 2004 von jihadi-Gruppierungen in nicht weniger als 68 Ländern (gegenüber 40 in 2001), cf. <<http://fpc.state.gov/fpc/31428.htm>>, 6. Juni 2005. Nach dem *The Economist* (8 Juli 2004, *Adnan Karim* zitierend), bekennen sich 36 verschiedene tribale-Gruppierungen im Irak zu den Salafis, Suffis, Muslim Brothers or tribalen Sheiks; des Weiteren sind ein halbes Dutzend Shia-Rebellengruppierungen im Zweistromland tätig.

¹⁷ Siehe *F. Bugnion*, *Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire*, in: *International Review of the Red Cross* 84.847 (2002), S. 523–546.

¹⁸ Siehe ICJ Nicaragua Urteil (Merits), a.a.O. (Fn. 11), Rn. 73.

¹⁹ Siehe etwa *M.K. Albright*, *United Nations*, in: *Foreign Policy*, September/Oktober 2003, S. 16–24; *M. Berdal*, *The UN Security Council: Ineffective but indispensable*, in: *Survival: The IISS Quarterly* 45.2 (2003), S. 7–30; *M. Bothe*, *Terrorism and the legality of pre-emptive force*, in: *European Journal of International Law* 14 (2003), S. 227–240; *T.D. Gill*, *The eleventh of September and the right of self-defense*, in: *W.P. Here* (Hrsg.), *Terrorism and the Military, International Legal Implications*, The Hague 2003, S. 23–37; *Ch. Greenwood*, *War*, a.a.O. (Fn. 10), S. 515–523; *A. Randelzhofer*, *Article 51*, in: *B. Simma* (Hrsg.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2nd ed., Oxford 2002, S. 802; *A. Sofaer*, *On the necessity of pre-emption*, *European Journal of International Law* 14 (2003), S. 209–226; *Ph. Sands*, *Lawless World: America and the Making and Breaking of Global Rules*, Penguin 2005; *M.N. Schmitt*, *Deconstructing October 7th: A case study in the lawfulness of counterterrorist military operations*, in: *International Institute of Humanitarian Law / George C. Marshall, European Center for Security Studies, Terrorism and International Law, Challenges and Responses*, 2003, S. 39–49; *S. Tharoor*, *Why America still needs the United Nations*, in: *Foreign Affairs*, September/Oktober 2003.

²⁰ Siehe z.B. *M. Novak*, *Asymmetrical Warfare & Just War: A Moral Obligation*, Februar 2003, unter <<http://nationalreview.com/novak/novak021003.asp>>, 6. Juni 2005.

²¹ Siehe § 5 der Präambel des Ersten Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen v. 1949.

hängig von politischen, religiösen oder ideologischen Gründen, die dem Kriege zugrunde liegen oder davon, ob ein Beschluss des UNO-Sicherheitsrates den Krieg erlaubte oder nicht.

Selbstverständlich müssen die Delegierten im Feld die Gründe eines Krieges genau analysieren, um ihre humanitären Aktionen auf die lokalen Begebenheiten optimal abzustimmen, sei es nur, um ihre Sicherheit zu gewährleisten, indem sie nicht – bewusst oder unbewusst – den Zielen und Motivationen der Kriegsparteien diametral entgegenwirken. Konzeptionell müssen das IKRK und seine Delegierten im Interesse der Kriegesopfer auf eine klare Trennung der Rechtmäßigkeit der Kriege und des Rechts im Kriege insistieren, denn humanitäre Hilfe soll den Opfern der Kriegshandlungen unabhängig von Beweggründen des Krieges zukommen.

2.2. Asymmetrische Legitimation der Kriegsparteien

Bis in die heutige Zeit beherrscht die Rousseau-Portalistik die Doktrin des Kriegsrechts. Ihre abschließende Formulierung hat diese Geisteshaltung durch Rousseau in seinem Werk *„Le contrat social“* gefunden: *„Der Krieg ist keineswegs eine Beziehung von Mensch zu Mensch, sondern eine Beziehung von Staat zu Staat.“*²²

Dass die Kriegsführung ein Recht der Souveräne ist, durchzieht immer noch fast alle völkerrechtlichen Verträge, die sich mit dem Kriege befassen. Die Beziehung zwischen Staaten beruht dabei grundsätzlich auf der Gleichheit der Staaten. Im Prinzip gleichartige Gegner anerkennen sich in ihrer Gleichartigkeit, und auf dieser Anerkennung beruht grundsätzlich auch das geltende Kriegsvölkerrecht, das die möglichen zukünftigen Gegner erarbeitet und verabschiedet haben.

Während in zwischenstaatlichen Kriegen dem (staatlichen) Gegner eine Legalität und Legitimität zugesprochen wird, werden diese Merkmale in innerstaatlichen Konflikten und noch klarer im Kampf gegen den Terror den nicht-staatlichen Einheiten abgesprochen. Zwar wird auch in den Regeln des humanitären Völkerrechtes über nicht-internationale bewaffnete Konflikte darauf hingewiesen, dass die Einhaltung dieser Regeln auf die Rechtsstellung der am Konflikt beteiligten Parteien keinen Einfluss haben soll.²³

Das Streben nach politischer und sogar rechtlicher Legitimation der nicht-staatlichen Kriegspartei ist jedoch eine der Triebfedern des zumindest „deklarierten“ Respekts vom humanitären Völkerrecht. Alle wichtigen nicht-staatlichen Bürgerkriegsparteien wie z.B. die ANC in Südafrika, PKK in der Türkei, die UNITA in Angola oder die Mujaheddin in Afghanistan haben sich in einseitigen Erklärungen verpflichtet, das humanitäre Völkerrecht einzuhalten – ebenso wie die Kriegsparteien im früheren Jugoslawien in multilateralen Abkommen. Die unzähligen Erklärungen von Kriegsparteien, das Recht einzuhalten, selbst in Kriegen wie dem diesjährigen Liberiakrieg, kontrastieren oft scharf mit der Praxis und zielen vielfach darauf hin, sich „salonfähig zu machen“. Das IKRK muss jedoch diese Chancen erfassen und dafür

hinarbeiten, dass solche Versprechen nicht bloße Lippenbekenntnisse bleiben. Ziel muss dabei sein, das Los der Kriegesopfer zu verbessern. Besonders gegen Ende der Kriege mögen und können solche Versprechen bei gegenseitiger Ermüdung der Kriegsparteien den Weg zu Friedensverhandlungen und Legitimität der nicht-staatlichen Partei öffnen.

Die Al-Quaida jedenfalls hat ein Versprechen zur Einhaltung des Kriegsrechtes nicht abgegeben. Im Gegenteil, im *„Brief an Amerika“*, veröffentlicht 2002, erklärt *Osama bin Laden*, dass die ungenutzte Möglichkeit, via demokratischer Mittel eine Politikänderung herbeizuführen und die Abgabe von Steuergeldern zur Finanzierung repressiver Politik in Palästina und die Besetzung arabischen Landes im Arabischen Golf die Mitschuld des amerikanischen Volkes. *„Die amerikanische Armee ist Teil des amerikanischen Volkes, [...], das amerikanische Volk gibt Männer und Frauen in die bewaffneten Streitkräfte ab, die uns angreifen. Das amerikanische Volk ist deshalb nicht unschuldig an den Verbrechen der Amerikaner und Juden, und Allah, der Allmächtige, hat die Erlaubnis und die Option erlassen, sich zu rächen [...]. Und wer immer unsere Zivilisten getötet hat, so haben wir das Recht, die ihrigen zu töten.“*²⁴

Je ungleicher faktisch jedoch die Kriegsparteien sind, umso kleiner wird auch die Bereitschaft zur Legitimierung des Gegners sein. In einem Krieg gegen Gruppierungen, die als „terroristisch“ eingestuft werden, wird diesen wohl jede Legitimation außer der kriminellen abgesprochen. Im Gegenteil, der Gegner wird de-legitimisiert und mit äußerster Gewalt verfolgt, nötigenfalls auch mit unkonventionellen oder illegalen Mitteln. Die Gegenpartei wird nicht als gleichwertiger Gegner empfunden. Brandmarkungen als „unzivilisiert“, „kriminell“ oder „terroristisch“ deuten darauf hin, dass dem Gegner auf die eine oder andere Weise die Gleichwertigkeit abgesprochen werden soll.

Eine Einbindung nicht-staatlicher Kriegsparteien in die Grundsätze des humanitären Völkerrechtes, wie sie für die internen bewaffneten Konflikte in Art. 3 der Genfer Konventionen verankert sind, wird jedoch leicht als deren Legitimierung verstanden. Diese Grundsätze legen fest, dass alle Parteien in einem bewaffneten Konflikt unterscheiden zwischen Personen, die an den Kampfhandlungen teilnehmen und denen, die nicht oder nicht mehr an ihnen teilnehmen. Die letzteren müssen menschlich behandelt werden, und insbesondere nicht misshandelt, als Geiseln genommen oder summarisch erschossen oder verurteilt werden. Die Verletzten und Kranken sollen versorgt werden. Selbst Kontakte zu Rebellenbewegungen zu diesem Zweck

²² J.-J. Rousseau, *Du Contrat Social*, 1762, Kap. IV, S. 51.

²³ Siehe den gemeinsamen Artikel 3 (4) der vier Genfer Konventionen v. 1949.

²⁴ Auszug aus *„A letter from Osama bin Laden to the American people“*. (Übersetzung aus dem Englischen vom Verfasser.) Der Brief erschien zuerst im Internet in Arabisch und wurde dann auf Englisch übersetzt, unter: <<http://observer.guardian.co.uk/worldview/story/0,11581,845725,00.html>>, 6. Juni 2004.

durch die Delegierten des IKRK können unterbunden werden, um jede mögliche Form der Anerkennung zu verhindern. Dadurch gibt sich die meist staatliche Kriegspartei jedoch auch der Möglichkeit, einen Dialog und eine Verständigung mit den Rebellen wenigstens über humanitäre Belange zu erhalten oder zu errichten.

Im Falle der völligen Kriminalisierung und Absprechtung jeder Legitimation zum bewaffneten Kampf und besonders bei der so genannten Terrorbekämpfung ist ein Kontakt mit solchen Organisationen nicht nur unerwünscht oder sogar illegal, sondern kann auch die Sicherheit der Delegierten in Frage stellen. Kontakte im Sympathisanten-Umfeld sind jedoch vonnöten, um unbehelligt in solchen Gebieten operieren zu können. Vielfach hilft das Zeitelement, und nicht selten gewann ein früher des Terrorismus Angeklagter Legitimität, als er später die Geschicke eines Landes leitete.

2.3. Asymmetrische Interessen in der Anwendung von humanitärem Völkerrecht

Das humanitäre Völkerrecht beruht auf einem Ausgleich von humanitären und militärischen Interessen.²⁵ Um ein Abgleiten in den totalen Krieg mit der völligen Zerstörung des Gegners zu verhindern, sind die Parteien beim Einsatz der Mittel und Methoden der Kriegsführung nicht frei. Insbesondere sollen diejenigen die nicht oder nicht mehr an den Kampfhandlungen teilnehmen, wie zum Beispiel Zivilisten sowie verwundete und gefangene Soldaten, geschont werden.

Dabei müssen sich humanitäre und militärische Interessen nicht unbedingt widersprechen. Es liegt sehr wohl im Interesse einer Armee, die gegnerischen Kriegsgefangenen gut zu behandeln, um das Gleiche vom Gegner zu erwarten. Ebenso kann von einer Bombardierung von Bevölkerungszentren abgesehen werden, um die eigene Bevölkerung nicht dem gleichen Schicksal auszusetzen. Beide Gebote haben sich wie die meisten Rechtsregeln aus der gewohnheitlichen Praxis und der Überzeugung entwickelt, dass diese Übung rechtlich gültig sein müsse. Im Kern sind deshalb viele Regeln des humanitären Völkerrechts so gestaltet, dass sie ureigene Interessen der Kriegsparteien beinhalten, an deren Einhaltung die Parteien im konkreten Falle interessiert sein sollten. Gleichzeitig wird erwartet, dass der Gegner dieselben grundlegenden Interessen hat. Im Zusammenfallen dieser Interessen hat sich das Gewohnheitsrecht und das gesamte Vertragswerk der Genfer Konventionen zum Schutze der Kriegsoffer entwickelt.

Das humanitäre Völkerrecht beruht deshalb zu großen Teilen auf einer Reziprozitätserwartung.²⁶ In internationalen bewaffneten Konflikten hat sich dies zum Beispiel in der traditionellen Definition der bewaffneten Streitkräfte niedergeschlagen, wonach unter anderem gefordert wird, dass die Mitglieder der Streitkräfte „bei ihren Kampfhandlungen die Gesetze und Gebräuche des Krieges einhalten“.²⁷ Es wird deshalb davon ausgegangen, dass die Kriegsgegner, also die Mitglieder der Streitkräfte der Gegenseite, sich gleich oder zumindest ähnlich verhalten. In Lauterpachts Worten „it is impossible to visualize the conduct of hostilities in which one

side would be bound by the rules of warfare without benefiting from them and the other side would benefit from them without being bound by them.“²⁸

Dies ähnelt nicht zufällig einer klassischen Duell- beziehungsweise Turnierkonstellation, bei der beide Seiten gleiche Sieges- oder Überlebenschancen haben. Die dazugehörige Ritterlichkeit im Kampf wird in der Tat noch heute in vielen Bestimmungen des Kriegsvölkerrechts gefordert.

In asymmetrischen Kriegen wird die Reziprozitätserwartung grundlegend enttäuscht und das Ethos der Ritterlichkeit vielfach durch Heimtücke ersetzt.²⁹

Offene Konfrontationen zwischen Streitkräften werden vermieden und finden meist gar nicht statt. Durch Vortäuschen, eine Zivilperson oder ein Nichtkombattant zu sein, durch illegale Benutzung von Emblemen und Uniformen wird das Vertrauen der Gegenpartei missbraucht. Selbstmordattentäter rechnen definitionsgemäß nicht mit Reziprozität. Die grundlegende Unterscheidung zwischen Kombattanten und Zivilisten greift nicht nur nicht, sondern wird gezielt und systematisch benutzt, um den Gegner zu benachteiligen.

In solchen Fällen nimmt das Interesse der gegnerischen Kriegspartei zu, sich ebenfalls nicht an das Kriegsrecht gebunden zu fühlen. Naturgemäß spiegelt sich das in internationalen bewaffneten Konflikten am ehesten in der Nicht-Gewährung des Kriegsgefangenenstatus, der für die Angehörigen der Streitkräfte prinzipiell Immunität vor der Strafverfolgung wegen der Teilnahme an den Kampfhandlungen vorsieht. Die Frage ist akut bei den Gefangenen in Guantánamo, wo dieser Status für alle dort inhaftierten Gefangenen abgelehnt wird, ohne dass eine nähere Prüfung, etwa des Status der Angehörigen der talibanischen Streitkräfte, vorgenommen wird.

Doch es wird nicht nur das Los der gefangenen Kämpfer in Frage gestellt, sondern es wird behauptet, dass es besonders den staatlichen Kriegsführern ungebührliche Fesseln anlegt im Krieg gegen Opponenten, die sich an keinerlei Rechts-

²⁵ Zur Balance zwischen Freiheit und Sicherheit siehe *M. Ignatieff*, *The Lesser Evil. Political Ethics in an age of Terror*, Princeton 2004 und *P.B. Heymann/J.N. Kayyem*, Long-Term Legal Strategy Project for Preserving Security and Democratic Freedoms in the War on Terrorism, National Memorial Institute for the Prevention of Terrorism (MIPT), December 2004, unter <<http://www.mipt.org/Long-Term-Legal-Strategy.asp>>, 6. Juni 2005.

²⁶ Reziprozität kann allerdings nicht als Argument für eine Nichterfüllung humanitärer Verpflichtungen herangezogen werden.

²⁷ Siehe Artikel 4.A.2 (d) der III. Genfer Konvention v. 1949 sowie *T. Pfanner*, *Military uniforms and the law of war*, in: *International Review of the Red Cross* 86.853 (2004), S. 109.

²⁸ *H. Lauterpacht*, *The Limits of Operation of the Laws of War*, in: *British Yearbook of International Law* 30 (1953), S. 212.

²⁹ Dies trifft insbesondere in Bezug auf das sog. Haager-Recht zu, siehe *W.M. Reisman*, *Aftershocks: Reflections on the implications of September 11*, *Yale Human Rights & Development Law Journal* 6 (2003), S. 97: *“The implicit ethic of the Hague law is that conflict should be symmetrical and that an adversary that does not fight accordingly is not entitled to the protection of the laws of war”*.

regeln gebunden fühlen.

In der Tat kann die Asymmetrie dazu führen, dass die eine Kriegspartei benachteiligt ist, wenn sie sich im Gegensatz zur anderen an die Regeln des Kriegrechtes hält. Zumindest vermeintlich könnten durch Folter Erkenntnisse über den Gegner und seine Absichten gewonnen werden. Es wäre weniger zeitraubend und umständlich, durch gezielte Tötung einen mutmaßlichen zivilen Terroristen auszuschalten als ein gerichtliches Verfahren einzugehen. Ebenso könnte eine massive Militäraktion, die auch die Zivilbevölkerung undiskriminiert träfe, nicht nur Kombattanten ausschalten, sondern auch deren Familien und andere mögliche Sympathisanten und damit eine Bewegung moralisch zermürben.³⁰

Aber die meisten Regeln des humanitären Völkerrechts sind trotz ihrer Entstehungsgeschichte heute Bestimmungen, die wegen ihres grundlegenden humanitären Charakters für alle Parteien zwingend sind. Es gehört gerade zu den zivilisatorischen Errungenschaften des 19. Jahrhunderts, dass die Rechtsnormen nicht nur utilitaristischen Charakter hatten, sondern ein Minimum von Menschlichkeit unabhängig von der Gegenseitigkeit gefordert wurde.

Das Verbot der Reziprozität im humanitären Völkerrecht, wie es im Wiener Vertragsrecht festgelegt ist,³¹ beruht auf diesem Gedankengang. Konkret gesprochen beinhaltet es in unserem Kontext, dass Folter nicht mit Folter, blutige Angriffe auf die Zivilbevölkerung und Terrorattacken nicht mit ebensolchen beantwortet werden sollen. Dennoch sind Restbestände der Gegenseitigkeit selbst im heutigen humanitären Recht noch vorhanden: namentlich hat sich das Repressalienverbot gegen die Zivilbevölkerung oder Zivilpersonen gewohnheitsrechtlich noch nicht vollständig durchgesetzt.

2.4. Allgemeingültige Regeln für asymmetrische Kriegsparteien

Der internationale Gerichtshof in Den Haag hat die Rechtsentwicklung weg von Reziprozität dadurch zum Ausdruck gebracht, dass er im berühmten „Nicaragua-Urteil“³² den Art. 3 der Genfer Konventionen, der für interne Konflikte anwendbar ist, der aber auch als eigentliche „Miniatur-Konvention“ die Grundsätze des humanitären Völkerrechts darlegt, als „allgemeingültige Grundsätze der Menschlichkeit“ bezeichnete. Ebenso sind die detaillierten in internationalen Konflikten anwendbaren Regeln meist zwingender Natur.

Für das IKRK stehen diese zwingenden humanitären Regeln und Grundsätze im Vordergrund, wenn es asymmetrischen Kriegsführungen gegenübersteht. Damit vermeidet es, auf die Reziprozität abzustellen, die in solchen Situationen vielfach statt einer positiven eine negative Dimension und Dynamik entwickelt, die dazu führt, dass sich niemand mehr an die Regeln gebunden fühlt.

Das humanitäre Recht hat solche Schranken bereits eingebaut, indem die Güterabwägungen zwischen humanitären und militärischen oder sicherheitspolitischen Interessen bereits in den Konventionen vorgenommen wird und der

Rahmen vorgegeben ist, in welchem der Krieg geführt werden kann. Insbesondere darf die Sicherheitsbedrohung eines Staates nicht zum Anlass genommen werden, auch diese Regeln in der Situation für die sie eigens geschaffen wurden noch über Bord zu werfen.

Gerade in zwischenstaatlichen Kriegen geben die Regeln über die Kriegsführung und den Schutz der Kriegsoffer auch in asymmetrischen Konflikten allgemein immer noch adäquate Antworten zu tatsächlichen Begebenheiten auf den Kriegsschauplätzen. Die Überlagerung und Vermischung zwischen den vorher aufgeführten Kriegstypen auf demselben Kriegsschauplatz erleichtert allerdings die Aufgabe der Juristen nicht, einfache Lösungen zu finden. In den neueren internationalen Kriegen in Afghanistan und Irak fanden gleichzeitig internationale, interne, private und transnationale Kriege oder kriegsähnliche Handlungen statt, die alle verschiedenen Rechtsregeln folgten, während Kampfhandlungen öfters Hand in Hand ausgeführt wurden.

2.5. Beschränkter Anwendungsbereich

In innerstaatlichen bewaffneten Konflikten muss der Ansatzpunkt vorerst im grundlegenden Anwendungsbereich des humanitären Völkerrechts gesucht werden. Dies greift nur, wenn zwischen „bewaffneten Parteien“ ein Konflikt stattfindet. Dies setzt eine gewisse Organisationsstruktur voraus.³³ Wird der Anwendungsbereich relativ eng und auf symmetrische Parteien interpretiert, gibt das „Kriegsrecht“ realistische Lösungen, ist aber selten anwendbar. Umgekehrt wird dasselbe Recht fiktive und unrealistische Regeln haben und laufend verletzt werden, wenn jede mögliche kriegerische Handlung dem geltenden Recht der bewaffneten Konflikte unterworfen wird.

Insbesondere kann das Kriegsrecht nicht greifen, wenn eine Partei grundsätzlich nicht fähig oder nicht willens ist, die fundamentalen Regeln dieses Rechts einzuhalten. Im ersten Fall fehlen wahrscheinlich die operativen Voraussetzungen

³⁰ Siehe etwa A. Dworkin, Law and the campaign against terrorism: The view from the Pentagon, 16. Dezember 2002, erhältlich unter <<http://www.crimesofwar.org/print/onnews/pentagon-print.html>>, 6. Juni 2005.

³¹ Artikel 60 (5) der Wiener Vertragsrechtskonvention v. 1969.

³² Siehe ICJ, *Nicaragua v. United States*, Merits, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 218. („Article 3 which is common to all four Geneva Conventions of 12 August 1949 defines certain rules to be applied in the armed conflicts of a non-international character. There is no doubt that, in the event of international armed conflicts, these rules also constitute a minimum yardstick, in addition to the more elaborate rules which are also to apply to international conflicts; and they are rules which, in the Court’s opinion, reflect what the Court in 1949 called ‘elementary considerations of humanity’ (ICJ, *Corfu Channel*, Merits, ICJ Reports 1949, S. 22; Rn. 215 above”). Siehe außerdem die Bestätigung in ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, Rn. 157.

³³ Das UN-Tribunal für Jugoslawien (ICTY) hat definiert, dass ein „armed conflict“ existiert „whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a state.“ *Prosecutor v. Tadic*, Nr. IT-94-1, Decision on the Defense, Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2. Oktober 1995, Rn. 70.

zur Anwendbarkeit. Der zweite Fall ist zumindest dann gegeben, wenn es geradezu das Ziel einer solchen Partei ist, die Regeln des humanitären Völkerrechts systematisch zu verletzen und die grundlegende Unterscheidung zwischen Kombattanten und Zivilbevölkerung aufzuheben. In Analogie zum Recht der Verträge könnte man argumentieren, dass eine Partei nicht einem Vertrag beitreten kann, mit dessen fundamentalem Objekt oder Ziel sie nicht einverstanden ist.

Das IKRK muss demnach darauf achten, dass der Anwendungsbereich des humanitären Völkerrechts nicht überstrapaziert wird. Selbst wenn gewisse Handlungen strategisch und geopolitisch bezüglich Dimension und Qualität einem Krieg gleichgestellt werden müssen, ist noch nicht unbedingt ein „bewaffneter Konflikt“ im Sinne des Kriegsrechtes gegeben.³⁴ Dies mag besonders bei den transnationalen Kriegen und internationalem Terrorismus zutreffen, wo der zweifelhafte Anfang und das nicht absehbare Ende, die fragliche Zurechenbarkeit von Handlungen zu einer Partei sowie der weltweite territoriale Bezug zum Resultat führen kann, dass die Welt jederzeit und überall auf nicht absehbare Zeit im Kriegszustand ist.

Das Kriegsvölkerrecht mag zwar inhaltlich teilweise Antworten zu Phänomenen geben, die in den Kriegen mit den ausgeprägtesten asymmetrischen Formen stattfinden. Doch es sind nur Teilantworten und die Gesamtantwort mag falsch ausfallen. Und Teilantworten laden durch „pick and choose“-Taktik geradezu zu Missbrauch ein, besonders wenn die Gesamtfrage nicht gestellt wurde.³⁵ *“To speak of a war on terrorism in this jus in bello sense, is to distort the whole meaning and purpose of the laws of war by trying to make them applicable to a situation to which they were never intended.”*³⁶

Das humanitäre Völkerrecht bewegt sich deshalb auf dem Grat zwischen Überstrapazierung oder Missbrauch und Irrelevanz, da es auf eine Anzahl heutiger asymmetrischer Kriege nicht anwendbar ist oder den fundamentalen gegenseitigen Interessen der Kriegsparteien nicht entspricht. Andererseits gibt es immer noch angemessene Antworten zu den meisten internationalen und internen bewaffneten Konflikten, die auch heute noch, wenn auch meist unbeachtet, das Kriegsbild der Mehrzahl der Konflikte prägen.³⁷

3. Humanitäre Aktion im asymmetrischen Krieg

Das IKRK befasst sich in Bezug auf den Krieg nicht nur mit dem humanitären Völkerrecht, sondern es ist vor allem darum bemüht, den Opfern solcher Situationen Schutz und Hilfe zu bringen.³⁸ Als Akteur inmitten des Kriegsgeschehens muss es sich in diesem Umfeld mit den verschiedenen Zielen und den diversen Formen der Kriegsführung auseinandersetzen, damit es Zugang zu den Opfern erhält und seine humanitären Tätigkeiten optimal durchführen kann.

Die Vielfalt der asymmetrischen Kriege erlaubt hier nicht, auf alle Fragen einzugehen, die mit den einzelnen Kriegsförmern verbunden sind. Bezeichnenderweise müssen jedoch ähnliche Überlegungen angestellt werden wie beim huma-

nitären Völkerrecht, das eng mit der operationellen Tätigkeit des IKRK verbunden ist. Die Tatsache, dass gewisse Kriegsförmern kaum vom humanitären Völkerrecht erfasst werden, heißt nicht, dass die Institution diesen neuen Erscheinungsformen des Krieges tatenlos gegenüberstehen muss.

Die Mission des IKRK besteht ja darin, den Opfern von Kriegen und kriegsähnlichen Gewalttätigkeiten soweit wie möglich Schutz und Hilfe zu leisten. Konzeptionell ist entscheidend, ob die Institution ihre humanitären Schutz- und Hilfsaufgaben selbst in asymmetrischen Kriegen nach den für die humanitäre Hilfe geltenden Grundsätzen erfüllen kann. Die operationellen Leistungen müssen demnach unparteiisch und nicht-diskriminierend allen Opfern von Kriegshandlungen zukommen. Kohärente und effiziente unparteiische Hilfe wird die Wahrnehmung der Neutralität und Unabhängigkeit der Institution verstärken, die auf die Dauer unabdingbar ist, wenn politische, religiöse und ethnische Kriegsgräben überbrückt werden sollen.

3.1. Schwierige, aber notwendige Kontaktaufnahme mit allen Parteien

Um den Zugang zu den Opfern eines Krieges zu erlangen, muss das IKRK mit den verschiedenen Kriegsparteien Verhandlungen führen. Zwar räumen die Genfer Konventionen dem IKRK in internationalen bewaffneten Konflikten das Recht ein,³⁹ gewisse Aktivitäten wie z.B. Kriegsgefangenenbesuche durchzuführen, doch in der Praxis muss es dafür meistens erst die Zustimmung einholen.

Während die Kontaktaufnahme mit etablierten staatlichen Strukturen relativ einfach ist, ist sie im Falle nichtstaatlicher Einheiten schwieriger. Sie erscheint gar manch einem als suspekt, da das IKRK in solchen Fällen mit verbotenen oder gar als kriminell eingestuften Organisationen verhandeln muss. Meistens muss der Kontakt auf Umwegen oder über Mittelsleute gesucht werden, bevor – wenn überhaupt – direkte Berührungsnähe in den Konfliktgebieten möglich ist. Wegen der fehlenden Rechtmäßigkeit und Legitimation

³⁴ L. C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2nd ed., Manchester 1999, S. 70. Siehe auch K. Roth, *The law of war in the war on terror*, Washington's abuse of enemy combatants, in: *Foreign Affairs*, Januar/Februar 2004, S. 2; G. Rona, *Interesting times for international humanitarian law: Challenges from the 'war on terror'*, in: *Fletcher Forum of World Affairs* 27 (2003), S. 57.

³⁵ Siehe auch A. Roberts, *Righting Wrongs or Wrongs Rights? The United States and Human Rights* Post-September 11, in: *European Journal of International Law* 15 (2004), S. 742.

³⁶ Ch. Greenwood, a.a.O. (Fn. 11), S. 529.

³⁷ Bezüglich der Sichtweise des IKRK siehe den Report betreffend „International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts“, submitted to the 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, ICRC, Geneva, 2003, in: *International Review of the Red Cross* 86.853 (2004), S. 213–244.

³⁸ Siehe T. Pfanner, *Le rôle du CICR dans la mise en œuvre du droit international humanitaire*, in: *Law in Humanitarian Crises*, Official Publications of the European Communities, 1995, Vol. I, S. 177–248.

³⁹ Siehe insb. Artikel 126 der III. Genfer Konvention v. 1949 und Artikel 143 der IV. Genfer Konvention v. 1949.

gilt wiederum, dass mit zunehmender Asymmetrie die Kontaktaufnahme immer schwieriger wird:⁴⁰ Es ist kaum möglich, mit den meistgesuchten und als kriminell eingestuften Personen ungestraft Kontakt aufzunehmen. Im Falle des weltweiten Terrorismus, der häufig traditionelle Kriege überlagert und/oder transnationalen Charakter hat, kann sich das IKRK deshalb höchstens durch allgemeine Öffentlichkeitsarbeit oder durch vorsichtige Kontakte im Sympathisanten-Umfeld indirekt Gehör verschaffen, da sich all-fällige Täter kaum zu erkennen geben. Zugang zu solchen Personen hat das IKRK häufig erst nachdem sie gefasst wurden, also bei seinen Gefangenenbesuchen. Ziel solcher Besuche ist jedoch die Überprüfung der Haftbedingungen und nicht der Kontakt, um die humanitären Aktionen im Feld zu erleichtern.

Das IKRK muss folglich in asymmetrischen Situationen vielfach durch indirekte Kontakte und aufgrund unvollständiger Informationen abschätzen, ob es mit Billigung der Kriegsparteien einen einigermaßen sicheren Zugang zu den Kriegsopfern hat. Ohne solch minimale Zusicherungen und ohne Zugang zu den Opfern kann es keine unabhängige humanitäre Aktion durchführen.⁴¹

3.2. Unvereinbarkeit der humanitären Aktion mit Kriegszielen

Schutz- und Hilfeleistungen humanitärer Organisationen können allgemein nur insoweit erbracht werden, als sie mit den Kriegszielen der Parteien vereinbar sind oder ihnen zumindest nicht widersprechen. Wie bereits erwähnt, sind sie *de iure* oder *de facto* zustimmungsbedürftig. Meistens wird diese Zustimmung von den Kriegsparteien verweigert, wenn eine bestimmte humanitäre Aktion mit den erklärten oder den wahren Zielen einer Partei unvereinbar ist. Im schlimmsten Fall wird durch Mord an Delegierten oder Brandschatzung der Delegation mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, dass die Zustimmung nicht oder nicht mehr gegeben ist. Ein tragisches Beispiel dafür war die Ermordung von sechs IKRK-Mitarbeitern im Osten des Kongo in 2002.

Dem Wesen nach kann eine humanitäre Leistung einer Kriegspartei jedoch nicht gegen ihren Willen aufgezwungen werden, ohne dass die humanitäre Organisation selber zu einem Teil der Kriegsmaschinerie wird. Dieser Umstand zwingt dazu, dass man trotz der unerlässlichen Zusammenarbeit mit ihnen die Unabhängigkeit von allen Kriegsparteien bewahrt und auch klar erkennen lässt.

Im totalen Krieg oder in so genannten Identitätskriegen ethnischer oder religiöser Natur, die die Vertreibung oder Ausmerzung des Gegners zum Ziel haben, wird eine organisierte humanitäre Aktion, und noch dazu eine internationale, kaum Erfolg haben. Noch gefährlicher ist die Situation, wenn seine Delegierten als „soft targets“ selbst gezielte Opfer von Attentaten werden, wie es zum Beispiel im Irak geschah. In solchen Fällen werden selbst humanitäre Organisationen dem zivilen Feindbild zugeordnet.

3.3. Interessen der Kriegsparteien an humanitären

Aktionen

Die Zustimmung der militärisch stärkeren Partei zu den Schutzaktivitäten des IKRK ist häufig nicht reziprozitätsgebunden und auch nicht notwendigerweise reziprozitätsbedingt. Zielpublikum einer solchen Erlaubnis ist die eigene Nation und die internationale Gemeinschaft, denen der humanitäre Charakter dieser Zustimmung wie die humanitäre Behandlung selbst von Kriegsgegnern gezeigt werden soll. Auf lange Sicht mag auch dem Kriegsgegner und seinen Sympathisanten gezeigt werden, dass sich die Achtung fundamentaler Menschenrechte lohnt.

In asymmetrischen Kriegen wird das IKRK in der Regel nicht aus rechtlichen, sondern ausdrücklich nur aus humanitären Gründen zugelassen. Eine Legitimation soll dem Gegner damit nicht gegeben werden. Des Weiteren besteht die Gefahr, dass die humanitäre Hilfe von der militärisch stärkeren Partei instrumentalisiert wird, indem sie den Zielen dieser Kriegspartei untergeordnet oder ihnen gar einverleibt wird. Unabhängigkeit der humanitären Aktion ist in solchen Situationen das einzige Mittel, um den Opfern auf unparteiische und nicht-diskriminierende Art und Weise Hilfe zu bringen und nicht selbst zum Kriegsziel zu werden.

Humanitäre Hilfeleistungen auf Seiten schwächerer Kriegsparteien sind in den meisten Fällen erwünscht. Sie können aber ebenfalls instrumentalisiert werden oder für die schwächere Partei sogar überlebensnotwendig sein. Zum einen geben Hilfeleistungen der notleidenden Zivilbevölkerung die Hoffnung, dass ihr Los der internationalen Gemeinschaft nicht gänzlich gleichgültig ist und dass ein Hoffnungsschimmer für bessere Zeiten besteht. Zum anderen suchen gerade rebellische Kriegsparteien Formen der Legitimation, wie sie die Präsenz von ausländischen Mitgliedern internationaler humanitärer Organisationen mit sich bringt. Und letztlich kann auch mit der bestmöglichen Kontrolle bei der Abgabe von materiellen Hilfeleistungen nicht ausgeschlossen werden, dass auch die Kriegspartei zumindest indirekt von diesen Mitteln profitiert.

3.4. Humanitäre Aktion im zeitlichen Rahmen

Humanitäre Aktionen in asymmetrischen Konflikten unterliegen den gleichen Gesetzen wie in allen anderen Kriegen auch: Je nach Ausgangslage, Ziel und Zeitpunkt kann eine humanitäre Aktion als neutral, erwünscht oder unerwünscht

⁴⁰ Siehe K. Anderson, Humanitarian Inviolability in Crisis: The meaning of Impartiality and Neutrality for U.N. and Agencies Following the 2003–2004 Afghanistan and Iraq Conflicts, in: Harvard Human Rights Journal 17 (2004), S. 41–74, insbesondere bzgl. Kontakten mit Organisationen, die als Terrororganisationen eingestuft wurden. Eine mögliche Strategie für Verhandlungen mit Organisationen wie Al-Quaida skizziert H. Fallschellel, Soll man mit Al-Quaida verhandeln? Anmerkungen zu einem Tabu, unter <<http://www.freitag.de/2003/07/03071601.php>>, 6. Juni 2005; cf. auch B.S. Frei, Dealing with Terrorism – Stick or Carrot, Cheltenham and Northampton 2004.

⁴¹ P. Krähenbühl, The ICRC's approach to contemporary security challenges: A future for independent and neutral humanitarian action, in: International Review of the Red Cross 86.855 (2004), S. 505–514, insbesondere S. 508.

empfundener werden. Eine humanitäre Hilfeleistung, bei der die Interessen der zu schützenden Opfer nicht berücksichtigt werden, kann sich dabei als kontraproduktiv erweisen. Schutztätigkeiten für die Opfer und Hilfeleistungen müssen eng miteinander verbunden sein, um im Krieg effizient Hilfe zu bringen.

In allen Konflikten ist die Leistung humanitärer Hilfe bisweilen nicht mit taktischen Kriegszielen oder Sicherheitserwägungen für die Delegierten zu vereinbaren. Nur in seltenen Fällen werden die Kriegshandlungen gänzlich oder teilweise eingestellt, um humanitäre Aktionen zu gestatten. Solche zeitweiligen Unterbrechungen unterscheiden sich jedoch grundsätzlich von der Situation, die in stark asymmetrischen Kriegen anzutreffen ist.

Die asymmetrische Kriegführung beruht in hohem Maße auf den unterschiedlichen Geschwindigkeiten, mit denen die Parteien gegeneinander Krieg führen⁴²: Die aus Stärke geborenen Asymmetrien weisen die Fähigkeit zur Beschleunigung auf, mit der der Gegner nicht Schritt halten kann; die aus Schwäche hervorgegangenen Asymmetrien beruhen dagegen auf der Bereitschaft und der Fähigkeit, den Krieg zu verlangsamen.

Aus diesem Grund unterliegt die humanitäre Aktion im zeitlichen Rahmen ebenfalls anderen Bedingungen. In der kurzen Anfangsphase des Krieges ist wegen des massiven Einsatzes von Kriegsmitteln und der rasch wechselnden Bedürfnisse eine humanitäre Aktion nur schwerlich durchzuführen. So konnte das IKRK zum Beispiel in der ersten Phase des Irakkrieges aus Sicherheitsgründen trotz der großen Bedürfnisse nur in sehr beschränktem Maße tätig sein.

In der zweiten Phase wurde aus dem offenen ein verdeckter Krieg und ein Besatzungskrieg. Gleichzeitig begann ein Wiederaufbau der vielfach zerstörten Infrastruktur des Landes. Ein solcher Wiederaufbau war offensichtlich – zumindest zum jetzigen Zeitpunkt – mit den Kriegszielen der vorerst militärisch Unterlegenen nicht vereinbar. Dies zeigt ein weiteres Mal, dass Kriegsziele sich nicht im Militärischen erschöpfen und der rein militärische Kriegsbegriff sich auflösen beginnt. Humanitäre Hilfe kann daher zeitweise auch mit politischen Zielen nicht vereinbar sein, so dass sie praktisch undurchführbar wird.⁴³

Humanitäre Schutztätigkeit, und besonders die Besuche von Kriegsgefangenen und Internierten, sind in dieser Phase meistens die Haupttätigkeit des IKRK. Sie richtet sich naturgemäß an die militärisch stärkere Kriegspartei, die über die nötigen Strukturen verfügt. Wechselseitigkeit ist in asymmetrischen Kriegen kaum zu erwarten, da die schwächere Partei nicht in der Lage oder auch nicht willens ist, Gefangene zu machen.

In der delikaten und oft sehr schwierigen Übergangsperiode nach dem Ende offener bewaffneter Konflikte oder nach effektiver oder offizieller Ende von Besetzung, wird das Schicksal der meist Verwundbaren oft verschlechtert und bei

steigender Unsicherheit wird das Verlangen nach Recht und Ordnung vielfach zunehmen. Die vielfältigen Bedürfnisse der Bevölkerung zu befriedigen wirft verschiedene Grundsatzzfragen auf.⁴⁴ Das Fehlen eines klaren Rechtsrahmens oder die Unsicherheit darüber erleichtern die Schutztätigkeiten des IKRK nicht, umso mehr als gleichzeitig ein Regimewechsel stattfinden kann. Die humanitäre Arbeit ist konfrontiert mit andauernden Sicherheitsproblemen, die Abgrenzung zwischen kurz- und längerfristiger Hilfe wird noch unschärfer und der immer schwierige Übergang zwischen Not- und Entwicklungshilfe verhindert.

3.5. Betonung der Unabhängigkeit

Gerade weil das IKRK eng mit der militärisch stärkeren Kriegspartei zusammenarbeiten muss, muss es darauf bedacht sein, seine Unabhängigkeit zu wahren und zum Ausdruck zu bringen. Diese Unabhängigkeit ist notwendig, damit die humanitäre Aktion nicht durch den militärisch stärkeren Gegner instrumentalisiert und benutzt wird, um die eigenen Interessen zu fördern.⁴⁵ Dagegen ist das IKRK ausschließlich den Opfern der Kriegshandlungen verpflichtet, und seine Zusammenarbeit mit allen Kriegsparteien hat nur das Ziel, die humanitäre Hilfe den Opfern unparteiisch und nicht-diskriminierend bringen zu können.

Große Probleme stellen den humanitären Organisationen auch die zunehmende Militarisierung der humanitären Hilfe sowie die Vermengung von militärischer und humanitärer Hilfe, denn sie stellen grundsätzlich die Unabhängigkeit humanitärer Aktionen in Frage.⁴⁶ Falls humanitäre Organisationen mit militärischen Kräften assoziiert werden, besteht ein großes Risiko, dass sie nicht mehr als unparteiisch und unabhängig von politischer Kontrolle wahrgenommen werden. Und wenn die Trennlinie zwischen humanitärer und militärischer Aktion verwischt ist, kann die eigentliche Kernidee der humanitären Aktion, die unparteiische Hilfe an Opfern, welche im Zentrum des Mandates und der Tätigkeiten des IKRKs stehen, unterlaufen werden.⁴⁷ Dies ist vielleicht die hauptsächliche Sorge des IKRKs, weil das Konzept der humanitären Aktion in den Augen der Kriegsführenden verfließt, die Unabhängigkeit kompromittiert erscheint und

⁴² Siehe H. Münkler, The wars of the 21st century, in: *International Review of the Red Cross* 85.849 (2002), S. 7–22.

⁴³ Ähnlich K. Anderson, a.a.O. (Fn. 40), bezüglich Rekonstruktion und Neutralität (S. 58), Anderson unterscheidet Rekonstruktion von unmittelbarer Hilfe (S. 74).

⁴⁴ Siehe M. Harroff-Tavel, Do wars ever end? The work of the International Committee of the Red Cross when the guns fall silent, in: *International Review of the Red Cross* 85.851 (2003), S. 465–496.

⁴⁵ Cf. A. Stoddard, Humanitarian NGO's: challenges and trends, in: *Humanitarian Policy Group Report* 14 (2003), S. 25–35.

⁴⁶ B. Schweizer, Moral dilemmas for humanitarianism in the era of "humanitarian" military interventions, in: *International Review of the Red Cross* 86.855 (2004), S. 547–564. F. Terry, *Condemned to Repeat? The Paradox of Humanitarian Action*, Ithaca 2002, weist zurück: "the traditional concept of neutrality as on the one hand morally repugnant and on the other hand unachievable in the complex political emergencies of the post-Cold War period", (S. 20–23).

⁴⁷ Cf. M. Studer, The ICRC and civil-military relations in armed conflict, *International Review of the Red Cross*, Nr. 842 Juni 2001, S. 367–391.

die Sicherheit des humanitären Personals bedroht wird, wenn dieses mit dem Feindbild assoziiert wird.⁴⁸

Das IKRK schließt deshalb prinzipiell den Rückgriff auf bewaffneten Schutz der humanitären Operationen aus.⁴⁹ Nur in sehr außergewöhnlichen Umständen und wenn es unabdinglich ist, wird bewaffneter Schutz akzeptiert, zum Beispiel um die Bewegungen der Delegierten möglich und sicher zu machen. Eine Durchsetzung humanitärer Leistungen gegen den Willen einer Kriegspartei ist jedoch nicht erlaubt. Des Weiteren besteht das IKRK bei seinen Aktionen stets auf absoluter logistischer Unabhängigkeit von sämtlichen Kriegsparteien und unterstreicht dabei auch kommunikationsmäßig seine eigene Identität, die nichts mit den Interessen der militärischen und politischen Akteure gemein hat.

3.6. Neutralität als operativer Grundsatz

Ebenso wichtig wie die Unabhängigkeit ist die Neutralität der humanitären Akteure. Neutralität im völkerrechtlichen Sinne beinhaltet, nicht in den Krieg einzugreifen (Grundsatz der Nichteinmischung), einen Gegner nicht militärisch zu bevorzugen (Grundsatz der Prävention) und alle Gegner gleich zu behandeln (Grundsatz der Unparteilichkeit). Wurde die Rolle der Neutralität schon durch die Charta der Vereinten Nationen eingeschränkt, so hat dieses Konzept durch die Zunahme der internen Konflikte noch weiter an Bedeutung verloren, während es im klassischen humanitären Völkerrecht immer noch von Belang ist.

Humanitäre Organisationen und auch das IKRK müssen nicht unbedingt neutral sein, und der Internationale Gerichtshof hat im bereits erwähnten Nicaragua-Urteil auch nicht verlangt, dass humanitäre Hilfe unter allen Umständen neutral sein muss. Das IKRK will jedoch – und dazu ist es auch nach seinen Statuten verpflichtet – dem Prinzip der Neutralität im Rotkreuz- und Rothalbmond-Sinne folgen. Um das Vertrauen der Kriegsparteien zu gewinnen, verlangt das genannte Prinzip nicht nur ein Heraushalten aus den Feindseligkeiten, sondern es gebietet auch, sich auf keinen Fall in Kontroversen politischer, religiöser oder ideologischer Natur einzumischen.⁵⁰

Die Wahrung der Neutralität oder das „weder auf der einen noch auf der anderen Seite Stehen“ ist in asymmetrischen Kriegen nicht leicht umzusetzen. Die Tendenz, in diesen Konflikten zum gerechten (oder gar gottgewollten) Krieg aufzurufen und dem Gegner keine Legitimation zuzugestehen, erleichtert es dem IKRK nicht, humanitäre Aktionen für die Kriegsoffer auf allen Seiten des Kriegsgeschehens durchzuführen. Das in den meisten Fällen beiderseitige Verlangen der Kriegsparteien, in solchen Situationen entweder für oder gegen sie zu sein, verträgt sich schlecht mit der Neutralität. Und diese wird außerdem insofern als moralisch verwerflich angesehen, als kein Urteil über die Recht- oder Unrechtmäßigkeit des Krieges abgegeben wird.

Naturgemäß ist es in stark asymmetrischen Situationen und insbesondere bei einer völligen Kriminalisierung des Gegners meistens inakzeptabel, den Begriff der Neutralität über-

haupt zu gebrauchen. Im Gegenteil, bereits eine Kontaktaufnahme mit dem Gegner wird als Billigung von dessen Zielen und Handlungen gewertet, wenn nicht gar zum Komplizentum mit dem Gegner abgestempelt. Eine Rolle des IKRK als neutraler Vermittler, wie sie im humanitären Völkerrecht – wenn auch nur für humanitäre Belange – vorgesehen ist, wird schon konzeptionell verworfen.

Werden irgendwelche Handlungen der Parteien und namentlich Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht bemängelt oder gar angeprangert, wird dies ebenfalls als Verstoß gegen die Neutralität angesehen. Auch angesichts fundamentaler Verletzungen des Völkerrechts durch den schwächeren Gegner wird sehr leicht jede Kritik an Handlungen des militärisch Stärkeren so empfunden. Die Empfindlichkeit der USA bezüglich kritischer Äußerungen des IKRK zur Rechtslage der Gefangenen in Guantánamo zeugt davon.

Umgekehrt wird die schwächere Partei Kritik rasch als Parteinahme zugunsten des Stärkeren verstehen. Da die militärisch schwächere Partei zu international geächteten Mitteln greifen muss, um die militärische Asymmetrie zu beseitigen, wird sie schnell den Verdacht hegen, dass ihr das IKRK mit seiner Kritik auch noch die letzte Chance nehmen will, vor dem übermächtigen Feind zu bestehen. Es ist dabei bezeichnend, dass in den von Israel besetzten Gebieten eine Mehrheit der palästinensischen Bevölkerung die Selbstmordangriffe billigt, auch wenn dabei Zivilisten und sogar Kinder zu Tode kommen.

Für das IKRK gilt, dass es im Interesse der Opfer mit allen Parteien Kontakt aufnehmen muss, selbst wenn es mit den Zielen, Mitteln und Methoden der Kriegsführung nicht einverstanden ist – und dies auch klar zum Ausdruck bringen muss. Die Neutralität des IKRK zielt vor allem darauf ab, den Kriegsoffern helfen zu können.⁵¹ Sie ist für das IKRK weder ein Selbstzweck noch ein philosophisches Prinzip. Sie ist vielmehr ein operatives Mittel, um die Opfer zu erreichen. In den verschiedenen Konfliktsituationen müssen die Aktionen so gestaltet sein, dass die Neutralität im jeweiligen Kontext so gut wie möglich angewandt und auch wahrgenommen wird. Das kann dazu führen, dass das IKRK in verschiedenen Konflikt- und Kulturkreisen unterschiedlich vorgeht.

3.7. Wahrnehmung der Neutralität

⁴⁸ Siehe R. Rana, Contemporary challenges in the civil-military relationship: Complementarity or incompatibility?, in: International Review of the Red Cross 86.855 (2004), S. 565–587, und M. Studer, a.a.O. (Fn 47), S. 367–391.

⁴⁹ Cf. die Resolution der 26. Internationalen Konferenz der Rotkreuz- und Rothalbmondes „Principles and actions in international humanitarian assistance and protection“, besonders para. G.2.(c), veröffentlicht in: International Review of the Red Cross 310 (1996), S. 69.

⁵⁰ Siehe D. Plattner, The neutrality of the ICRC and the neutrality in humanitarian assistance, in: International Review of the Red Cross 36.311 (1996), S. 161–180, und L. Minear, The theory and practice of neutrality: Some thoughts on the tensions, in: International Review of the Red Cross 81.833 (1999), S. 63–71.

⁵¹ J. Kellenberger, Speaking out or remaining silent in humanitarian work, in: International Review of the Red Cross 86.855 (2004), S. 600–601.

Neutralität ist jedoch nicht nur negativ, im Sinne von Nichtstun oder Abseitsstehen, aufzufassen. Das zuvor erwähnte erforderliche Vertrauen der Kriegsparteien muss positiv erarbeitet werden und umfasst nicht nur Tatsachen, sondern vor allem auch Wahrnehmungen. Es beruht auf einer ganzen Palette von Maßnahmen, Erscheinungsbildern und Symbolen, auf Überzeugungsarbeit und Verhandlungen mit allen an einem Konflikt beteiligten Parteien.

In asymmetrischen Konflikten sind die Konfliktparteien vielfach anderer politischer, religiöser oder ethnischer Zugehörigkeit, und die Zuordnung des IKRK zum einen oder anderen Lager kann nicht nur die humanitären Aktionen behindern und verhindern, sondern erweist sich auch im Bereich der Sicherheit als problematisch. Das IKRK muss sich stets überlegen, welche Delegierten mit welcher nationalen, religiösen oder ethnischen Zugehörigkeit es in welchen Gebieten einsetzen kann, um das Sicherheitsrisiko für sein Personal zu mindern und den Zugang zu den Opfern zu gewährleisten.

Die westliche Herkunft des IKRK, seine Finanzierungsstruktur mit bedeutenden Anteilen der westlichen Staaten einschließlich der Vereinigten Staaten, die notwendigen, aber im Vergleich zu den örtlichen Gegebenheiten oft aufwendig erscheinenden Mittel, erwecken sicherlich den Eindruck

einer westlichen und damit auch – verstärkt durch das Rotkreuzemblem – christlichen Organisation. Selbst wenn das IKRK wie andere humanitäre Organisationen darauf hinarbeitet, diese Attribute nicht in seine Handlungen einfließen zu lassen, werden doch viele kaum den Eindruck loswerden, dass die Institution in gewissen Situationen nicht neutral ist.

Solch lokale Sichtweisen lassen sich nur schwerlich überwinden. Wird das IKRK im Irak eher als pro-amerikanisch empfunden, wird es im israelisch-palästinensischen Konflikt mehrheitlich als pro-palästinensisch angesehen. Das IKRK muss darauf hinarbeiten, in seinen weltumspannenden Tätigkeiten insgesamt als neutral eingestuft zu werden.⁵² Das erfordert Kohärenz, Geduld, Ausdauer und viel Überzeugungsarbeit, besonders bei jenen Parteien, die das IKRK ablehnen. Das Ziel ist, die Akzeptanz des IKRK zu erreichen, aber vor allem auch die Akzeptanz der unparteiischen humanitären Hilfe in diesen neuen Kriegssituationen, um den Opfern, unabhängig von den Kriegszielen, die Hilfe zu bringen, auf die sie Anspruch haben.

⁵² Siehe C. Johnson, Afghanistan and the war on terror, in: Humanitarian Policy Group Report 14 (2003), S. 49–62. L. Minear, *The Humanitarian Enterprise*, Bloomfield 2002, S. 189 ff. (bzgl. Terrorismus und humanitärer Aktion).

Las Palmeras v. Bamaca-Velasquez und Bankovic v. Loizidou? Widersprüchliche Entscheidungen zum Menschenrechtsschutz in bewaffneten Konflikten

Hans-Joachim Heintze*

More and more often, regional human rights courts are faced with cases concerning individual rights during armed conflicts. Almost every time they are adjudicating such cases they are proving that they are able to provide international humanitarian law with an effective mechanism of enforcement. Yet, the direct application of humanitarian law by human rights courts is still problematic and controversial. Nevertheless the *Bamaca-Velasquez* decision of the Inter-American Court of Human Rights shows that the direct application of humanitarian law is by all means necessary. In contrast, the European Court of Human Rights has not yet accepted to apply this *corpus juris*.

Another hindrance to the application of international humanitarian law by human rights court is the issue of jurisdiction. In the *Loizidou* case Turkey was held responsible for human rights violations in the occupied northern part of Cyprus because the Court deemed that Turkey had jurisdiction over that part of the territory. On the other hand the European Court of Human Rights denied the application of the European Convention on Human Rights in the *Bankovic* case because it believed that bombardment on foreign sovereign territory could not be regarded as a certain type of jurisdiction. This decision was highly criticised by the literature.

All in all it can be stated that in almost every decisions one notices human rights bodies' hesitation to apply international humanitarian law in human rights cases. However, there is a growing tendency to accept that the cumulative application of human rights and humanitarian law in times of armed conflicts strengthens the individual's legal protection.

Es ist heute unbestritten, dass der völkerrechtliche Menschenrechtsschutz auch in Zeiten des bewaffneten Konflikts fortgilt.¹ Die frühere chirurgisch klare Trennung des Völkerrechts in ein Friedens- und ein Kriegsrechts ist damit überwunden worden. Diese Tatsache wurde in der „Nuclear

Weapons Advisory Opinion“² und jüngst wieder in der „Construction of a Wall Opinion“³ durch den IGH bestätigt. Das Gericht weist ausdrücklich die Auffassung zurück, der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR)⁴ komme nur in Friedenszeiten zur Anwendung.

* PD Dr. Hans-Joachim Heintze ist Hochschuldozent für Völkerrecht, IFHV, Ruhr-Universität Bochum (Deutschland).

¹ Vgl. L. Doswald-Beck, Human Rights and Humanitarian Law: Are There Some Individuals Bereft of All Legal Protection?, in: ASIL Proceedings (2004), S. 353.

² Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, § 26.

³ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ, 43 ILM 1009 (2004).

⁴ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, 19. Dezember 1966, BGBl. 1993 II, S. 1553.

Auch der UN-Generalsekretär fordert in seinem Bericht an den Sicherheitsrat „On the Protection of Civilians in Armed Conflict“ eine kumulative Anwendung aller individualschützenden Normen zumindest hinsichtlich der Zivilisten. Er empfiehlt deshalb gleichermaßen die Ratifikation der einschlägigen Instrumente des humanitären Völkerrechts, der Menschenrechte und des Flüchtlingsrechts, da es sich hierbei um „essential tools for the legal protection of civilians in armed conflicts“ handle.⁵

Gleichwohl erkennt der IGH den Vorrang des humanitären Völkerrechts im Kriege an und bezeichnet es als *lex specialis*. Damit wird zwar der Vorrang des humanitären Völkerrechts unter Konfliktbedingungen unterstrichen, zugleich aber festgestellt, dass die Menschenrechte in ihrer Gesamtheit entsprechend den Vorgaben des Art. 4 IPbPR (bzw. analoger regionaler Verträge) fortgelten und folglich von Bedeutung sind.

Wenn dem so ist, dann können die menschenrechtlichen Durchsetzungsmechanismen auch zum Rechtsschutz im bewaffneten Konflikt herangezogen werden. Mehr noch, in der Literatur wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Menschenrechtsschutz mit dem humanitären Völkerrecht nicht nur eine gemeinsame Philosophie teilt, sondern auch genutzt werden kann, um die Defizite des humanitären Völkerrechts wettzumachen.⁶ Dass es sich hierbei nicht um eine theoretische Überlegung handelt, macht die Praxis der Menschenrechtsorgane deutlich. Allerdings offenbart die Analyse der einschlägigen Entscheidungen erhebliche Widersprüchlichkeiten. Auf zwei Probleme soll hier eingegangen werden. Das eine ist die direkte Anwendung des humanitären Völkerrechts durch Menschenrechtsorgane. Das zweite bezieht sich auf den sachlichen und räumlichen Geltungsbereich von regionalen Menschenrechtsverträgen.

1. Direkte Anwendung des humanitären Völkerrechts durch Menschenrechtsorgane

Noch 1987 sprachen die USA im Fall *Disabled Peoples' International et al. v. United States* der Inter-American Commission on Human Rights die Kompetenz ab, sich mit der Anwendung des Genfer Abkommen (GA) IV zu befassen, weil ihr Mandat auf die „examination of the enjoyment or deprivation of the rights set forth in the American Declaration of Rights and Duties of Man“ beschränkt sei.⁷ Die USA setzten sich seinerzeit mit dieser Position durch, was allerdings in der Literatur kritisiert wurde, weil die Prinzipien des humanitären Völkerrechts und der Menschenrechte sehr wohl auf Militäroperationen anwendbar seien.⁸

Die spätere Praxis bestätigt diese Sichtweise. Zu verweisen ist insbesondere auf das Gutachten der Inter-American Commission on Human Rights im *Tablada*-Fall. Hier ging es um einen Angriff bewaffneter Aufständischer auf die La Tablada-Kaserne der argentinischen Streitkräfte am 30. Oktober 1997. Während der 30-stündigen Kämpfe wurden 29 der Angreifer sowie einige Soldaten getötet. Überlebende Angreifer wandten sich mit einer Beschwerde an die Kommission, in der sie Argentinien Verletzungen der Amerikanischen Menschenrechtskonvention und des humanitären Völkerrechts vorwar-

fen. Die Kommission prüfte daraufhin, ob sie das humanitäre Völkerrecht direkt anwenden könne und bejahte dies schließlich. Der Entscheidung wurde in der Literatur große Bedeutung beigemessen, weil erstmals ein Organ des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes das humanitäre Völkerrecht auf einen Vertragsstaat eines Menschenrechtsvertrages direkt angewendet wurde.⁹ Die Kommission begründete ihre Entscheidung damit, dass sie nur so den Umständen des bewaffneten Konflikts gerecht werden konnte, denn: Obwohl die Amerikanische Menschenrechtskonvention formell in Zeiten bewaffneter Konflikte anwendbar sei, enthalte sie keine Regelungen hinsichtlich der Mittel und Methoden der Kriegsführung. Um aber ermitteln zu können, was eine (verbotene) willkürliche Beraubung des Lebens unter den Bedingungen eines Krieges sei, müsse die Kommission auf das humanitäre Völkerrecht zurückgreifen.¹⁰

Allerdings findet sich in der Konvention keine Bestimmung, die den Rückgriff auf das humanitäre Völkerrecht fordert. Die Kommission begründete ihr Vorgehen daher vor allem damit, dass die Überlappung in den Geltungsbereichen von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht die Staaten ohnehin dazu verpflichte, den Maßstäben des gemeinsamen Art. 3 GA zu entsprechen. Zudem gestatte die Amerikanische Menschenrechtskonvention in Art. 29 lit. b keine Auslegung, wonach der Genuss oder die Ausübung von Rechten, die in einem anderen, den Staat bindenden Übereinkommen garantiert sind, eingeschränkt. Weiterhin dürfe nach Art. 27 die Derogation von Verpflichtungen aus der Konvention nicht übrigen völkerrechtlichen Verpflichtungen entgegenstehen. Schließlich könne die Kommission nach einem Gutachten des Inter-Amerikanischen Menschenrechtsgerichtshofes auch andere Verträge, die nicht innerhalb des inter-amerikanischen Systems entstanden sind, heranziehen.¹¹

Mit diesen Begründungen wandte die Kommission seinerzeit das humanitäre Völkerrecht direkt an und zog es nicht nur als Auslegungshilfe heran. Dies war zweifellos ein Fortschritt. Allerdings wurde dieser Betrachtungsweise nicht durchgängig gefolgt. So folgte der Inter-Amerikanische Gerichtshof in seiner Entscheidung im *Las Palmeras*-Fall¹² nicht der Auf-

⁵ Bericht des Generalsekretärs an den Sicherheitsrat über den Schutz von Zivilpersonen in bewaffneten Konflikten, 8. September 1999, UN Doc. S/1999/957, para. 36.

⁶ J. Gardam, *The Contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law*, in: *Leiden Journal of International Law* 14 (2001), S. 353.

⁷ Siehe <<http://www.wcl.American.edu/pub/humanright/digest/Inter-American/app9213.htm>>, 17. Juni 2005.

⁸ Vgl. D. Weisbrodt/B. Andrus, *The Right to Life During Armed Conflict: Disabled Peoples' International v. United States*, in: *Harvard International Law Journal* 29 (1988), S. 59.

⁹ L. Zegveld, *The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case*, in: *International Review of the Red Cross* (1998), S. 505.

¹⁰ „[...] the Commission must necessarily look to and apply definitional standards and relevant rules of humanitarian law as sources of authoritative guidance in its resolution of this and other kinds of claims alleging violations of the American Convention in combat situations“. *Abella v. Argentina*, Case 11.137. *Inter. Am. C.H.R.*, No. 55/97, para. 161 (1997).

¹¹ *Advisory Opinion OC-1/82 v. 24*. September 1982.

¹² *Las Palmeras*, *Inter-Am.Ct.H.R.* (Ser.C), No. 67 (2000), 6. Dezember 2001.

fassung der Kommission, dass er kompetent sei, das humanitäre Völkerrecht und insbesondere den gemeinsamen Art. 3 GA direkt anzuwenden. Der Gerichtshof räumte lediglich ein, er könne die GA dann heranziehen, wenn es um die Interpretation der Menschenrechtskonvention gehe. Folglich argumentierte er im *Las Palmeras*-Fall, bei dem es um die Hinrichtung von sechs unbewaffneten Zivilisten durch die kolumbianische Polizei ging, die Konvention „has only given the Court competence to determine whether the acts and norms of States are compatible with the Convention itself, and not with the 1949 Geneva Conventions.“¹³

In der Literatur wurde diese Entscheidung als Beleg dafür angesehen, wie problematisch die Behauptung der Kommission ist, sie könne humanitäres Völkerrecht direkt anwenden.¹⁴ Allerdings wurde diese kritische Betrachtungsweise bereits zwei Jahre später wieder relativiert, denn im *Bamaca-Velasquez*-Fall¹⁵ kam der Inter-Amerikanische Gerichtshof zu einer anderen Entscheidung. Hier ging es um einen Guerilla-Kämpfer, der während einer Schlacht in die Hände des Militärs Guatemalas fiel, von diesem gefoltert und ermordet wurde. Hier wurde die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts bejaht, da sowohl Guatemala als auch die Kommission dem zugestimmt hatten und somit Art. 3 GA zur Interpretation der Pflichten nach der Amerikanischen Menschenrechtskonvention herangezogen werden konnten. Das Gericht argumentierte, dass deren Art. 29 gestatte, bei der Auslegung auf andere Verträge, denen Guatemala angehört, zurückzugreifen, um eine unzulässige Einschränkung von Menschenrechten zu vermeiden. Ausdrücklich folgerte es, die unbestrittene Existenz eines internen bewaffneten Konflikts bedeute „instead of exoneration the State from its obligations to respect and guarantee human rights, this fact obliged it to act in accordance with such obligations.“¹⁶

Dieses Urteil bestätigt die direkte Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts durch Menschenrechtsgerichtshöfe.¹⁷ Gleichwohl soll nicht verschwiegen werden, dass es in der Literatur nach wie vor Stimmen gibt, die dies bestreiten. Insbesondere berufen sich diese Autoren auf die Position der USA.¹⁸ So hatten die USA jüngst die Forderung der Inter-Amerikanischen Menschenrechtskommission nach „urgent measures“ zur Klärung des Status der Guantánamo-Häftlinge mit der Begründung abgelehnt, dass „the Commission does not have the requisite jurisdictional competence to apply international humanitarian law [...]“.¹⁹ Die Praxis der Amerikanischen Menschenrechtsorgane und die Rechtsentwicklung, so z.B. die UN-Konvention über die Rechte des Kindes,²⁰ haben diese Position der USA längst widerlegt. Im Lichte dieser Erkenntnis ist einzuschätzen, dass die Praxis der Inter-Amerikanischen Menschenrechtsorgane in Bezug auf die Anwendung des humanitären Völkerrechts durchaus widersprüchlich ist.

2. Sachlicher und räumlicher Geltungsbereich von Menschenrechtsverträgen

Eine Kernfrage des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes besteht angesichts der großen Zahl von Mitgliedsstaaten in menschenrechtsschützenden Verträgen und des Bestrebens

nach universeller Geltung dieser Rechte heute darin, ob all diese Mitgliedsstaaten lediglich auf ihrem Hoheitsgebiet zur Einhaltung des Menschenrechtsschutzes verpflichtet sind oder auch im Ausland. Wollte man annehmen, diese Pflicht bezöge sich lediglich auf das Inland, so käme man zu absurden Ergebnissen.²¹ Folglich hat der UN-Menschenrechtsausschuss im Fall *Rubin Lopez Burgos* angenommen, der Fall habe sich unter der Jurisdiktion des beklagten Staates Uruguay zugetragen, obwohl er sich auf fremdem Territorium ereignete.²² Allerdings blieb diese Auffassung von der Zurechenbarkeit der Maßnahmen von Streitkräften außerhalb ihres eigenen Staates nicht unwidersprochen. So verwahrte sich die niederländische Regierung dagegen, dass die Massenmorde an muslimischen Männern in Srebrenica, das als „Schutzzone“ von niederländischen Blauhelmen gehalten werden sollte, den Niederlanden zurechenbar sei.²³ Dies ist angesichts der konkreten Umstände in Srebrenica sicher zutreffend, da die niederländischen Soldaten unter einem UN-Mandat standen.²⁴ Bei nationalen Alleingängen wäre die Zurechenbarkeit derartigen (Nicht-)Handelns von Truppen in einer Schutzzone zum Entsendestaat wahrscheinlich gegeben.

Angesichts der Menschenrechtsfreundlichkeit der europäischen Staaten konnte man annehmen, dass es die Position des EGMR sei, das Handeln von Streitkräften außerhalb ihres eigenen Staatsgebiets den Entsendestaaten zuzurechnen. Diese Erwartung trägt, wie zwei widersprüchliche Entscheidungen deutlich machen. Eine bezieht sich auf die Okkupation Nordzyperns durch die Türkei und die andere auf das NATO-Bombardement Serbiens im Jahre 1999. Beide befassen sich folglich mit bewaffneten Konflikten und der Verwicklung der Streitkräfte von EMRK-Staaten in Konflikte außerhalb ihres Staatsgebiets.

Art. 1 EMRK verpflichtet die Mitgliedsstaaten, jeder Person unter ihrer Jurisdiktion die in der Konvention genannten Rechte einzuräumen. Die hier relevante Frage ist, was unter

¹³ *Ibid.*, para. 33.

¹⁴ J.K. Kleffner/L. Zegveld, Establishing an Individual Complaints Procedure for Violations of International Humanitarian Law, in: H. Fischer (ed.), Yearbook of International Humanitarian Law 3 (2000), The Hague 2002, S. 388.

¹⁵ *Bamaca-Velasquez*, Inter-Am. Ct.H.R. (Ser.C) No. 70 (2000), 16. November 2000.

¹⁶ *Ibid.*, § 207.

¹⁷ Daher ist L. Doswald-Beck zu widersprechen, wenn sie meint: „The Inter-American Commission on Human Rights is the only body to expressly use humanitarian law when interpreting HR law.“, in: a.a.O. (Fn. 1), S. 356.

¹⁸ L. Zegveld, Remedies for victims of violations of international humanitarian law, in: International Review of the Red Cross 85 (2003), S. 518.

¹⁹ Zit. nach L. Zegveld, a.a.O. (Fn. 18).

²⁰ Vgl. dazu H.-J. Heintze, On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law, in: International Review of the Red Cross 86 (2004), S. 792 f.

²¹ C. Tomuschat, in: UN Doc. A/36/40 (1981), Annex XIX, Appendix.

²² *Rubin Lopez Burgos v. Uruguay*, (No. 52/1079), Communication No. R.12/52 (6 June 1979), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 176 (1981), 29. Juli 1981.

²³ Replies of the Government of the Netherlands to the concerns expressed by the Human Rights Committee: Netherlands, UN Doc. CCPR/CO/72/NET/Add.1, 29. April 2003, para. 19.

²⁴ Vgl. D. Eisermann, Der lange Weg nach Dayton, Baden-Baden 2000, S. 306.

Jurisdiktion zu verstehen ist. In *Loizidou v. Turkey* ging es darum, dass eine griechischstämmige Zypriotin ihre Grundstücke in Nordzypern nach der türkischen Invasion von 1974 nicht mehr nutzen konnte. 1989 reichte sie eine Beschwerde ein, wonach die fortdauernde Verweigerung des Zutritts zu ihrem Grundeigentum eine Verletzung des Rechts auf friedliche Nutzung ihres Eigentums nach Art. 1 des 1. ZP zur EMRK darstelle. Letztlich gab ihr der EGMR Recht und erließ am 28. Juli 1998 das Leistungsurteil.²⁵

Im Zentrum des Falles stand die Frage, wer in Nordzypern Hoheitsgewalt ausübt. Die Türkei brachte vor, dass sie nicht der zutreffende Beschwerdegegner sei. Vielmehr sei dies die „Turkish Republic of Northern Cyprus“ (TRNC), die als ein unabhängiger Staat für ihre Handlungen selbst zuständig sei. Sie verwies fernerhin darauf, dass die TRNC nicht Mitglied der EMRK sei. Die Türkei ist demgegenüber EMRK-Mitglied, so dass es letztlich um die Frage ging, ob die Türkei in Nordzypern die Jurisdiktion ausübe.

Der EGMR kam zu dem Schluss, dass der in Art. 1 EMRK verwandte Begriff der Jurisdiktion nicht auf das eigene Staatsgebiet begrenzt sei. Vielmehr gehe es um die Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt, die wiederum Auswirkungen innerhalb oder außerhalb des eigenen Staatsgebiets haben könne. So könne ein Staat durch militärische Maßnahmen „effektive Kontrolle“ über ein Gebiet außerhalb seines eigenen Staatsgebiets ausüben, wobei es unerheblich sei, ob diese Kontrolle durch eigene Streitkräfte oder eine untergeordnete lokale Verwaltung durchgeführt wird. Da die Beschwerdeführerin wegen der Besetzung durch türkische Truppen über ihr Eigentum nicht mehr verfügen konnte, fielen diese Vorgänge unter die Jurisdiktion i.S.v. Art. 1 EMRK der Türkei.

Der EGMR argumentierte ausschließlich mit der EMRK. Er hatte aber zu dem gleichen Ergebnis kommen müssen, wenn er das humanitäre Völkerrecht angewandt hätte und Nordzypern als Besatzungsgebiet bezeichnet hätte. Davor schreckte er offenbar aus politischen Gründen zurück. Dies hinderte das Gericht allerdings nicht daran, auf die Resolution S/550/1984 des UN-Sicherheitsrates zu verweisen, in der ausdrücklich vom „occupied part of the Republic of Cyprus“ gesprochen wird. Diese Widersprüchlichkeit blieb nicht ohne Kommentierung. In einer *dissenting opinion* wandte Richter *Pettiti* ein, dass die gesamten Umstände der türkischen Intervention in Zypern nicht hinreichend geklärt seien. Das betreffe die Probleme der Okkupation und Annexion, die auch die Anwendung des humanitären Völkerrechts notwendig mache.²⁶ Letztlich hätte der EGMR dann argumentieren müssen, dass nach dem humanitären Völkerrecht die Besatzungsmacht die Jurisdiktion ausübe, da der besetzte Staat nicht handlungsfähig sei. Das gesamte Urteil leidet unter dem Umstand, dass den komplizierten Statusfragen ausgewichen wurde. Deshalb zog sich der EGMR auf die Position zurück, der völkerrechtliche Menschenrechtsschutz sei ein „matter of international concern“. Man müsse deshalb eine pragmatische Klärung (*effet utile*) herbeiführen.²⁷ Gleichwohl ist zu fragen, ob dieses Ergebnis nicht auch mit einer Berufung auf das humanitäre Völkerrecht erreicht wor-

den wäre. Schließlich ist auch das humanitäre Völkerrecht „a matter of international concern“. Die Anwendung des IV. GA hätte das Ergebnis des EGMR untermauert, denn bei Nordzypern handelt es sich um besetztes Gebiet und *Loizidou* ist, entgegen Art. 49, aus dem besetzten Gebiet vertrieben worden, ohne dass dafür Sicherheitsinteressen oder eine militärische Notwendigkeit vorgelegen haben. Dies widerspricht zudem der Pflicht, das Eigentum von Zivilpersonen im besetzten Gebiet zu respektieren. Es ist unverständlich, weshalb sich der Gerichtshof dieses Arguments nicht bediente. Nach der Konstruktion der GA sind die Parteien eines bewaffneten Konflikts an ihre Verpflichtungen auch außerhalb des eigenen Territoriums gebunden.

Gleichwohl kam der EGMR auch ohne Bezugnahme auf das humanitäre Völkerrecht und lediglich unter Auslegung des Begriffes letztlich zu einem begrüßenswerten Ergebnis, da sich demnach die Jurisdiktion eines Staates auch über sein staatliches Territorium hinaus erstrecken kann.

Umso erstaunlicher ist es unter diesen Umständen, dass sich der EGMR in *Bankovic v. Belgium*²⁸ nicht zu einer weiten Auslegung des Begriffes Jurisdiktion entschließen konnte. Hier hatten die Verwandten von vier Bürgern der Föderativen Republik Jugoslawien, die durch die NATO-Angriffe auf die Rundfunkstation von Belgrad getötet wurden, geklagt. Sie sahen in dem Angriff eine Verletzung des Rechts auf Leben, der freien Meinungsäußerung und des Rechts auf effektive Rechtsmittel. Sie begründeten ihre Klage weiterhin mit Verpflichtungen aus dem humanitären Völkerrecht, das sie für anwendbar hielten, weil die NATO-Staaten einerseits Vertragsstaaten der GA seien und die relevanten Bestimmungen des ZP I andererseits bereits den Charakter von Völkergewohnheitsrecht hätten. Der Gerichtshof ging weder auf das humanitär-völkerrechtliche noch auf das menschenrechtliche Vorbringen der Beschwerdeführer ein.

Der EGMR kam gar nicht zur materiellrechtlichen Prüfung, ob der Eingriff in das Recht auf Leben in der Kriegssituation berechtigt war, sondern folgte der Auffassung der beklagten NATO-Staaten und lehnte die Anwendbarkeit der EMRK „ratione personae“ ab, weil die betroffenen Personen nicht der Jurisdiktion der NATO-Staaten unterstanden hatten. Anders als bei der Besetzung unterwerfe die Bombardierung die betroffenen Menschen nicht der Hoheitsgewalt der Bombenden. Kernstück der Argumentation des Gerichts war folglich die Auslegung des Begriffes der Jurisdiktion.²⁹

Dazu wurden die Auslegungsregeln der WVK herangezogen. Demnach werde die Jurisdiktion vorrangig territorial aus-

²⁵ A. Husheer, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Türkei für Menschenrechtsverletzungen in Nordzypern, in: Zeitschrift für Europarechtliche Studien 1.3. (1998), S. 389.

²⁶ EGMR 1996, S. 2251.

²⁷ So die überzeugende Argumentation von A. Husheer, a.a.O. (Fn. 25).

²⁸ *Bankovic et al. v. Belgium et al.*, App. 52207/99, Eur.Ct.H.R., 19. Dezember 2001.

²⁹ Vgl. K. Altıparmak, Bankovic: An Obstacle to the Application of the European Convention on Human Rights in Iraq?, in: Journal of Conflict & Security Law 9 (2004), S. 221 ff.

geübt und nur in Ausnahmefällen gebe es eine extritoriale Jurisdiktion, denn sie setze grundsätzlich die Zustimmung des betroffenen Staates oder aber dessen Besetzung voraus. Zur Auslegung wurden weiterhin die *travaux préparatoires* in Bezug genommen, aus denen sich ebenfalls ein im Wesentlichen territoriales Begriffsverständnis ergebe. Schließlich meinte das Gericht, dass es bislang nur in ganz außergewöhnlichen Fällen eine extritoriale Jurisdiktion eines Vertragsstaates angenommen habe. Insbesondere für den *Loizidou*-Fall habe man das Kriterium der „effektiven Kontrolle“ entwickelt, wonach sich die Verpflichtungen zur Sicherung der Konventionsrechte in dem Maße proportional ausdehnen, wie die tatsächlich ausgeübte extritoriale Kontrolle zunehme. Andernfalls, wenn man dieses Kriterium nicht anwende, dann könne jeder, der von einem Konventionsstaat zurechenbaren Akt nachteilig betroffen werde, unter die Jurisdiktion dieses Vertragsstaates gebracht werden. Wenn die Schöpfer der EMRK tatsächlich ein solches Ziel vor Augen gehabt hätten, dann hätten sie den Wortlaut der Art. 1 GA gewählt, wonach die Staaten verpflichtet sind, die GA unter allen Umständen zu respektieren. Die EMRK sei demgegenüber ein regionaler Vertrag, der insbesondere im rechtlichen Raum der Vertragsstaaten wirke. Jugoslawien gehöre aber nicht zu diesem Raum und die EMRK solle nicht weltweit wirken. Nur in Ausnahmefällen habe ich der EGMR zugunsten einer Annahme der Jurisdiktion entschieden, dann nämlich, wenn das fragliche Territorium normalerweise von der Konvention abgedeckt gewesen wäre.³⁰

Die Entscheidung des Gerichts hat in der Literatur ein breites Echo gefunden. *Ress* verteidigt insbesondere die vom Gericht angenommene nur grundsätzliche territoriale Bindung der Jurisdiktion und wiederholt die Argumentation des EGMR. Zusätzlich verweist er in diesem Zusammenhang darauf, dass im Fall *Ilascu v. Moldova and the Russian Federation*³¹ ein Vorbehalt Moldawiens eine Rolle spielte, wonach die EMRK nur in den Gebieten angewendet werden könne, die unter moldawischer Kontrolle stehen. Damit sollte die Jurisdiktion von Moldawien eingeschränkt werden, was vom EGMR aber für unwirksam erklärt wurde. Daraus kann wohl geschlossen werden, dass bei *Ilascu* ein analoger Fall zu *Loizidou* vorliege, was eine Anwendung der EMRK rechtfertige, in Fällen wie dem von *Bankovic* aber auch zukünftig keine Jurisdiktion angenommen werden könne.³²

Schäfer kritisiert insbesondere die historisch-subjektive Auslegung des Begriffs Jurisdiktion, die das Ziel und den Zweck der EMRK weitgehend unberücksichtigt lasse. Damit habe man die Auslegungsmethoden der WVK nicht korrekt angewendet. Insgesamt lasse der EGMR mit seiner Argumentation, in Zypern habe man mit der Anwendung der EMRK eine Lücke schließen müssen, während dies in Jugoslawien nicht der Fall sei, gegen die Universalität der Menschenrechte verstoßen: „Denn, wem, wenn nicht den Staaten, die die beklagte Handlung ausführten, sollte dieses Verhalten im vorliegenden Fall zugerechnet werden?“³³

Kritisiert wird auch, dass der EGMR die Praxis der Inter-Amerikanischen Menschenrechtsorgane nicht zutreffend dargestellt habe. Man hatte nämlich behauptet, der *Coard*-

Fall sei der einzige gewesen, in dem die Kommission angenommen habe, hier habe ein Staat außerhalb seines Territoriums durch einen Agenten effektive Kontrolle über einen Menschen ausgeübt.³⁴ Demgegenüber habe die Inter-Amerikanische Menschenrechtskommission auch im Fall *Alejandro Jr. et al. v. Cuba* entschieden, dass der Abschuss zweier amerikanischer Sportflugzeuge durch die kubanische Luftwaffe über internationalen Gewässern ein Akt der extritorialen Hoheitsausübung Kubas war.³⁵ Insgesamt ist zu konstatieren, dass der EGMR bislang den Begriff der Jurisdiktion nicht einheitlich ausgelegt hat.

3. Schlussbemerkung

Bei aller Widersprüchlichkeit der genannten Entscheidungen bestätigen sie doch, dass die klassische Trennung von Friedens- und Kriegsrecht im Völkerrecht überwunden ist. Menschenrechtliche Durchsetzungsverfahren können folglich genutzt werden, um auch humanitärvölkerrechtliche Ansprüche durchzusetzen. Allerdings ist dies zwangsläufig ein langwieriger und komplizierter Prozess, da die Menschenrechtsorgane nach wie vor eine erhebliche Zögerlichkeit bei der direkten Anwendung des humanitären Völkerrechts an den Tag legen. In der Vergangenheit hat dies zu der Forderung geführt, eigene Gerichtshöfe für die Durchsetzung des humanitären Völkerrechts zu schaffen. Doch mittlerweile kann wohl angenommen werden, dass die Staatengemeinschaft in absehbarer Zeit zu einem solchen Schritt nicht bereit ist. Folglich bleibt keine andere Möglichkeit, als auf die Menschenrechtsorgane zurückzugreifen. Dass es bei diesen Organen Vorbehalte gegen diese Entwicklung gibt, wird besonders an der *Bankovic*-Entscheidung deutlich. Es ist *Klein* zu folgen, der meinte, die *Bankovic*-Entscheidung sei zwar politisch verständlich, juristisch aber problematisch.³⁶

Dies ist der Tenor vieler Einschätzungen weit über Europa hinaus. Deutlich wird, dass mit der wachsenden Involvierung Europas in die Weltpolitik, da auch europäische Truppen in vielen Teilen der Welt Verpflichtungen übernehmen. Hier scheint der Hauptgrund für die *Bankovic*-Entscheidung zu liegen, wie *Shelton* in einem Artikel über die Grenzen der europäischen Menschenrechtsgerichtsbarkeit ausführt: „*This is a very narrow view of jurisdiction that does not appear consistent with most international law doctrine, but it is understandable that the Court would seek to limit its jurisdiction to exclude the extra-territorial military operations of its contracting states.*“³⁷ Auch *Ress* zeichnet die Gefahr auf,

³⁰ *Bankovic et al. v. Belgium et al.*, a.a.O. (Fn. 28), para. 80.

³¹ *Ilascu et al. v. Moldova and the Russian Federation*, App. 48787/99, Eur.Ct.H.R., 4. Juli 2001.

³² *G. Ress*, State Responsibility for Extraterritorial Human Rights Violations, The Case of *Bankovic*, in: Zeitschrift für Europarechtliche Studien 6(2003), S. 86.

³³ *B. Schäfer*, Der Fall *Bankovic* oder Wie eine Lücke geschaffen wird, in: MenschenRechtsMagazin 3 (2003), S. 11.

³⁴ *Coard et al. v. USA*, Case 10.951, Report No. 109/99.

³⁵ *Alejandro v. Cuba*, Case 11.589, Report No. 86/99.

³⁶ *S. Eckart Klein*, Der Schutz der Menschenrechte in bewaffneten Konflikten, MenschenRechtsMagazin 1 (2004), S. 13.

³⁷ *D. Shelton*, The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe, in: Duke Journal of Comparative & International Law 13 (2003), S. 128.

dass zukünftig Rechtsverletzungen, die von europäischen Truppen im Rahmen von UN-Einsätzen begangen wurden, in Straßburg landen.³⁸

Es ist bezeichnend, dass man heute im Lichte der weithin akzeptierten Universalität der Menschenrechte, die auch mit Durchsetzungsverfahren bewehrt sein müssen, wieder über die Grenzen nachdenkt. Was ist falsch daran, die GA „unter allen Umständen durchzusetzen“ und sollte dies nicht auch das Ziel eines Menschenrechtsvertrages sein? Muss dies nicht eine Konsequenz der Konvergenz von Menschenrechtsschutz und humanitärem Völkerrecht sein? Hätte der EGMR in *Bankovic* eingeschätzt, dass der Angriff auf den TV-Sender in Belgrad unter die Jurisdiktion der beklagten Staaten gefallen wäre, hätte er dann nicht zwangsläufig humanitäres Völkerrecht anwenden müssen?

Allein diese wenigen Fragen zeigen, dass die zunehmende Nutzung „militärischer Lösungen“ auch viele auf den Schutz des Individuums bezogene Rechtsfragen aufwirft. Am konsequentesten denkt sie *Bennoune* zu Ende, wenn er in Bezug auf das Recht auf Leben, das niemandem willkürlich entzogen werden darf, meint: wenn ein Krieg entgegen der UN-Charta geführt wird, dann sind alle Tötungshandlungen willkürlich und widerrechtlich.³⁹ So überzeugend ein solcher Ansatz zunächst auch sein mag, letztlich vermengt der Autor damit unzulässig das *ius ad bellum* mit dem *ius in bello* und verletzt damit die Grundregeln der Anwendung des humanitären Völkerrechts.

Freilich stellt sich angesichts der Besetzung des Irak im Jahre 2003 durch britische Truppen die Frage der Anwendung der EMRK im Irak. Schließlich handelt es sich hierbei um

eine Situation analog zu der in Nordzypern, so dass hier dem ersten Augenschein nach *Loizidou* und nicht *Bankovic* einschlägig wäre. Zutreffend verweist *Altiparmak* allerdings darauf, dass der EGMR dem unter Anwendung „schwerverständlicher Logik“ vorgebeugt hat, indem er auf den regionalen Charakter der EMRK hingewiesen hat und bereits in *Bankovic* argumentiert hatte, dass Jugoslawien als Nichtmitglied der EMRK nicht zu diesem „rechtlichen Raum“ gehört.⁴⁰ Dies ist zweifellos eine weitere Widersprüchlichkeit in den Entscheidungen regionaler Menschenrechtsgerichtshöfe, die ja an sich zur Verfestigung der Universalität der Menschenrechte beitragen sollten.

Schließlich bleibt die Frage offen, inwieweit Menschenrechtsgerichtshöfe auf das humanitäre Völkerrecht zurückgreifen müssen, um die Rechtmäßigkeit von Gewaltanwendungen von Sicherheitsorganen einzuschätzen. Die dargestellten Fälle zeigen, dass hier enge Grenzen gezogen sind. Bei der Ermittlung der Zulässigkeit muss auf den Verhältnismäßigkeits- und Unterscheidungsgrundsatz und die dazu im Völkerstrafrecht entwickelten Standards zurückgegriffen werden, weil unter den Bedingungen eines bewaffneten Konflikts menschenrechtliche Instrumente keinerlei Kriterien für die Rechtmäßigkeit der Gewaltanwendung bereit halten. Hier besteht zumindest ein begrenztes „potential for the future application of international humanitarian law“.⁴¹

³⁸ G. Ress, a.a.O. (Fn. 32), S. 89.

³⁹ K. Bennoune, *Toward a Human Rights Approach to Armed Conflict: Iraq 2003*, in: U.C. Davis Journal of International Law and Policy 11 (2004), S. 215.

⁴⁰ K. Altiparmak, a.a.O. (Fn. 29), S. 214.

⁴¹ A. Laursen, *Nato, the War over Kosovo, and the ICTY Investigation*, in: American University International Law Review 17 (2002), S. 804.

Menschenrechte in Friedensmissionen – Erfahrungsbericht eines Rechtsberaterstaboffiziers

Eberhard Pförtner*

Peace missions, regardless whether established by the UN, NATO or the EU, are almost every time confronted with human rights violations during their work. Consequently, those involved in such peacekeeping operations feel bound to stop massive human rights violations, to build a new surrounding field and ensure that such violations will never occur again.

The author provides an account of his own experience as a legal adviser of the German contingent of the SFOR and KFOR. First, he describes various measures that may be adopted in order to rebuild a secure environment, which in turn prevent human rights violations. Then, the author explains the measures taken by the SFOR and KFOR missions taking into account the reality on the ground. As a conclusion, he examines the collaboration between military and civil organisations (CIMIC) during peace missions.

Bereits zu Beginn der bewaffneten Auslandseinsätze der Bundeswehr mit UNOSOM II in Somalia hatte ich als Rechtsberater im Heeresführungskommando, das damals mit der Einsatzführung der deutschen Auslandskontingente betraut war, Gelegenheit, die Einsätze der Bundeswehr zunächst kennen zu lernen und später, im Hinblick auf die Einhaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen, auch mitzugestalten. An den SFOR- und KFOR-Einsätzen der Bundeswehr war ich zudem als Rechtsberaterstaboffizier vor Ort in den deutschen Einsatzkontingenten beteiligt. Bis zum Beginn der ISAF-Mission in Afghanistan, mit der die Ein-

satzführung zum neu geschaffenen Einsatzführungskommando der Bundeswehr in Potsdam wechselte, konnte ich daher Erfahrungen in der Einsatzführung aber auch im Auslandseinsatz selbst sammeln.

* Der Autor ist Referent für Wehrdisziplinar- und Wehrbeschwerderecht im Bundesministerium der Verteidigung. Während seiner Tätigkeit als Rechtsberater im Heeresführungskommando hat er an der rechtlichen Vorbereitung und Begleitung der Auslandseinsätze der Bundeswehr seit Beginn der UNOSOM-Mission in Somalia bis zum Beginn der ISAF-Mission in Afghanistan teilgenommen. Der vorliegende Artikel gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Verfassers wieder.

1. Menschenrechte in Friedensmissionen

Wenn wir über Menschenrechte in Friedensmissionen sprechen, geht es *à priori* um deren Wahrung oder Wiederherstellung im jeweiligen Krisengebiet. Mithin sprechen wir über Einsätze und Einsatzgebiete, in denen die Menschenrechte zumindest gefährdet sind, wenn nicht gar massiv eingeschränkt oder gänzlich unterdrückt werden.

Klassische Beispiele in beiden Einsatzgebieten, in denen ich eingesetzt war, sind die Tötung und Verletzung von Männern, Frauen und Kindern ethnischer Minderheiten, die Zerstörung ihrer Häuser, Wohnungen und sonstiger Habe, aber auch die Verweigerung von Menschenrechten dergestalt, dass ihnen das Recht genommen wurde in ihre Heimat zurückzukehren, in ihren Wohnungen und Häusern zu leben, ihre Religion frei auszuüben.

Hier setzen die von den Vereinten Nationen, der NATO und nunmehr auch, mit ALTEA in Bosnien-Herzegowina, von der Europäischen Union geführten Friedensmissionen an, um durch peace-enforcement Operationen in noch umkämpften Krisengebieten so genannte ethnische Säuberungen, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu unterbinden, indem die beteiligten nationalen Einsatzkontingente im Auftrag der Vereinten Nationen, notfalls unter Einsatz militärischer Gewalt, die Streitparteien trennen und ein Umfeld herstellen, das die vorbeschriebenen Menschenrechtsverletzungen nicht mehr zulässt. Mit den in der Regel nachfolgenden peace-keeping Operationen sollen die noch schwelenden Konflikte endgültig beseitigt und die Voraussetzungen für ein friedliches Miteinander sowie Recht und Ordnung im ehemaligen Konfliktgebiet wiederhergestellt werden.

2. Gewährleistung der Menschenrechte in peace-keeping Operationen

Diese peace-keeping Operationen von SFOR und KFOR, an denen ich persönlich teilnehmen durfte, stellen im Folgenden den Schwerpunkt meines Erfahrungsberichts dar. Insbesondere möchte ich auf die Mechanismen eingehen, mit deren Hilfe ein wirksamer Menschenrechtsschutz in den jeweiligen Einsatzgebieten erreicht werden kann, nachdem die bewaffnete Auseinandersetzung beendet wurde.

Voraussetzung für diese Gewährleistung der Menschenrechte ist, nach meiner persönlichen Erfahrung, zunächst die schonungslose und möglichst umfassende Aufklärung der stattgefundenen Menschenrechtsverletzungen auf beiden Seiten der Konfliktparteien sowie – nach Möglichkeit – die Ergreifung und Bestrafung der Täter. Hier wurden und werden Erfolge erzielt, die wirksame Signale gegen Unrecht und Gewalt setzen. An vorderster Stelle möchte ich hier die Verhaftung und Anklageerhebung gegen Milosevic vor dem internationalen Gerichtshof in Den Haag nennen.

Ein weiteres Beispiel ist die Inhaftierung des wegen mutmaßlicher Kriegsverbrechen gesuchten früheren moslemischen Armeekommandeurs in Bosnien, Rasim Delic, der sich dem Haager VN-Kriegsverbrechertribunal gestellt hat.

Delic wird vorgeworfen, im Bosnienkrieg eine Einheit von Mudschahedin innerhalb der bosnischen Armee geführt zu haben und für deren mutmaßliche Kriegsverbrechen gegen Serben in der Region von Ozren und Vozuca mitverantwortlich zu sein.

Die Mühen und auch das Entsetzen – man denke nur an das Ausheben von Massengräbern – denen sich die Soldaten der Einsatzkontingente bei der Unterstützung des ICTY und seiner Mitarbeiter unterziehen, haben von Anfang an Früchte getragen und die Verhaftung jedes Kriegsverbrechers hat ein Signal in die richtige Richtung gesetzt: Die Unrechtstaten aus der Zeit der unmittelbaren Auseinandersetzung zwischen verfeindeten Parteien und Ethnien werden erforscht, bewiesen und bestraft, und – was noch wichtiger ist – sie sollen durch geeignete Maßnahmen in Zukunft verhindert werden. Hierbei ist es nach meinen Erfahrungen besonders wichtig, Recht und Unrecht klar und eindeutig voneinander abzugrenzen, von Wut, Hass und Rachedgedanken beherrschte Sichtweisen zu objektivieren, um so einer uneingeschränkt und für alle geltenden Rechts- und Werteordnung wieder einen Platz in der Vorstellung der vom Krieg gezeichneten Menschen einzuräumen.

Auch nach Beendigung der unmittelbaren bewaffneten Auseinandersetzungen der rivalisierenden Parteien besteht in der Regel noch ein hohes Konfliktpotential gerade auch in Bezug auf Menschenrechtsverletzungen.

3. Einsatz im Rahmen von SFOR in Bosnien-Herzegowina

Nachdem ich meinen Einsatz als Rechtsberaterstabsoffizier bei der Deutsch/Französischen Brigade SFOR in Sarajewo angetreten hatte, wurde mir nahegelegt, an einer Rundfahrt durch die Stadt teilzunehmen, um mir ein Bild von den Verwüstungen machen zu können, die der Krieg hinterlassen hatte. Der Busfahrer – ein Bosniake – stellte uns allerdings weniger die teilweise zerstörte Stadt und ihre umkämpften Bereiche vor, als vielmehr die Orte und Umstände der Gräueltaten, die man seiner Familie und seiner Verwandtschaft angetan habe. Die unterdrückte Wut und der Hass auf die Täter war geradezu körperlich spürbar. Ebenso die Bereitschaft bei entsprechender Gelegenheit Rache zu nehmen.

Eine ähnliche Situation stellte sich ca. sechs Wochen später ein, als ich im Feldlager Rajlovac an einer Besprechung mit dem einheimischen Personal teilnahm, das aus Vertretern verschiedener Ethnien zusammengesetzt war. Das Gespräch verlief ruhig, man könnte fast sagen harmonisch. Ich teilte im Anschluss einem der Arbeiter meinen Eindruck mit und bekundete meinen Respekt über die augenscheinlich gute und friedvolle Zusammenarbeit der verschiedenen ethnischen Gruppen, die zu Kriegszeiten – also vor noch gar nicht langer Zeit – doch wohl erbitterte Gegner gewesen seien. Seine Antwort brachte mich schnell auf den Boden der Tatsachen zurück, als er mir erklärte, dass man zwar, im Hinblick auf die gute Verdienstmöglichkeit und die davon abhängende Existenz der eigenen Großfamilie, nach außen eine friedliche Zusammenarbeit toleriere, sich ansonsten jedoch

nach wie vor in unversöhnlicher Feindschaft gegenüberstehe. Zu viel sei geschehen, als dass man auch nur daran denken könne, jemals wieder in Frieden oder gar Freundschaft miteinander leben zu wollen.

Diese beiden Begebenheiten, die ich hier nur stellvertretend für viele andere Berichte, machen deutlich, wie groß die Bereitschaft zu diesem Zeitpunkt noch war, das Recht des anderen auf Leben und körperliche Unversehrtheit zu verletzen und wie gering die Bereitschaft war, trotz Beendigung des Kriegszustandes, die Persönlichkeits- und Menschenrechte der jeweils anderen Ethnie zu achten.

In dieser Zeit des Einsatzes ging es also noch mit Schwerpunkt darum, das Wiederaufflammen gewalttätiger Auseinandersetzungen zu vermeiden, aber auch systematische, also geplante und ganze Minderheitengruppen betreffende Menschenrechtsverletzungen zu verhindern.

Heute, mehrere Jahre nach Kriegsende, rücken neben der Gewährleistung des Dayton Abkommens, Maßnahmen wie die Unterstützung der regulären Polizeikräfte bei der Bekämpfung organisierter Kriminalität in den Fokus des Einsatzes. Damit einhergehend auch die Bekämpfung von Menschenrechtsverletzungen wie Menschenhandel, Zwangsprostitution und ähnlichem. Zu beachten ist hierbei allerdings, dass derartige Unterstützungsmaßnahmen mit den sich aus dem völkerrechtlichen Mandat und den jeweiligen nationalen rechtlichen Rahmenbedingungen ergebenden Befugnissen und Beschränkungen der Einsatzkontingente im Einklang stehen müssen. IFOR und SFOR waren nicht als Instrumente zur Kriminalitätsbekämpfung in Bosnien-Herzegowina installiert worden und wurden infolgedessen auch nie mit Polizeibefugnissen ausgestattet. Diese Kompetenzen standen ausschließlich den regulären bosnischen Polizeikräften zu. Die im Dayton Vertrag vorgesehene International Police Task Force (IPTF) sollte dabei helfen, lokale Polizeikräfte in Bosnien-Herzegowina zu rekrutieren, zu kontrollieren und eine lokale Polizeiorganisation aufzubauen. Ihr waren keine Exekutivbefugnisse eingeräumt worden und sie trat ohne Bewaffnung auf. Der SFOR-Truppe war demgegenüber die Verpflichtung auferlegt, den Schutz der IPTF vor Übergriffen Dritter zu gewährleisten. Nur soweit reichten auch ihre Befugnisse.

4. Einsatz im Rahmen von KFOR im Kosovo

Anders liegt der Fall bei KFOR. Hier sieht die UN-Resolution auch die Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben durch das KFOR-Kontingent vor, soweit die durch die UNMIK installierten Behörden hierzu (noch) nicht in der Lage sind.

Die beabsichtigte so genannte ethnische Säuberung eines ganzen Landesteiles durch serbische Kräfte konnte durch das militärische Eingreifen der NATO verhindert werden. Aber auch hier kam es im Nachhall dieser Auseinandersetzungen zu Menschenrechtsverletzungen verschiedenster Art. So wurde unter anderem stetig versucht, die serbische Minderheit in Prizren, dem Stationierungsort des deutschen Einsatzkontingentes KFOR, daran zu hindern, ihre Wohnungen und

Häuser sowie noch dort lebende Verwandte zu besuchen. Nächtliche Brandstiftungen im verschachtelten und schwer kontrollierbaren Serbenviertel von Prizren waren nur schwer zu verhindern. Abhilfe konnte das deutsche KFOR-Kontingent schaffen, indem es die Besuche vertriebener Serben in ihrer Heimatstadt regelte und den Transport der serbischen Bevölkerung nach Prizren durchführte. Einschränkungen waren bei diesem Verfahren nicht gänzlich zu vermeiden, da die Besucherzahlen im Hinblick auf die verfügbaren Begleitmannschaften begrenzt werden mussten. Aus Sicherheitsgründen mussten die Busse mit den Besuchern mit starkem militärischen Begleitschutz versehen werden, um deren Leben und Gesundheit gewährleisten zu können. Es war vielen vertriebenen Serben aber aufgrund dieses KFOR-Einsatzes möglich, regelmäßig ohne Gefahr für Leib oder Leben in ihre Wohnungen und Häuser in Prizren zurückzukehren.

Die Übergriffe auf das Eigentum der vertriebenen Serben, die aus Angst vor Racheakten der kosovo-albanischen Bevölkerung nicht bereit waren, auf Dauer in ihre Wohnungen und Häuser zurückzukehren, konnten durch ständige Patrouillen von KFOR-Kräften im serbischen Viertel der Altstadt von Prizren auf ein Minimum begrenzt werden. Dasselbe galt für Übergriffe auf die in Prizren verbliebenen Serben, die in einem Kloster in der Altstadt untergebracht waren und durch starken Militäreinsatz gesichert wurden. Auch der Sitz des serbisch-orthodoxen Bischofs sowie ein vor der Stadt gelegenes serbisch-orthodoxes Kloster und die dort verbliebenen Mönche wurden gesichert und mit dem Lebensnotwendigen versorgt, um die Möglichkeit ihres Verbleibs trotz des feindlich gesinnten Umfeldes zu gewährleisten. Mit der Zeit trat hierbei eine gewisse Routine ein, die beim Gang durch die Altstadt von Prizren, trotz der nach wie vor hohen Militärpräsenz, nahezu ein Gefühl von Normalität aufkommen ließ. Wie trügerisch dieses Gefühl war haben die März-Unruhen des Jahres 2004 leider sehr deutlich gezeigt.

Die Zusammenarbeit zwischen der UNMIK-Police und der von KFOR gestellten Military Police Task Force hat, wie ich aus eigener Anschauung bestätigen kann, ohne wesentliche Reibungsverluste funktioniert. Man betrieb eine gemeinsame Polizeistation im Zentrum von Prizren, wo vorläufig festgenommene Personen untergebracht und je nach Erfordernis erkennungsdienstlich behandelt wurden. Das Einsatzspektrum hatte man dergestalt aufgeteilt, dass die UNMIK-Police überwiegend Straftaten im allgemeinen Umfeld verfolgte, während die Military Police Task Force überwiegend Straftaten verfolgte, die sich im weitesten Sinne gegen das KFOR-Kontingent und seinen Auftrag richteten. Hierdurch war es möglich, Straftäter erfolgreich zu ermitteln und den kosovarischen Strafverfolgungsbehörden zu übergeben. Tötungsdelikte und sonstige Gewaltverbrechen wurden durch eine eigens hierfür eingerichtete und ausgebildete Abteilung „Special Operations“ der Military Police Task Force verfolgt. Diese konnte zum Beispiel in kurzer Zeit die Ermordung eines äußerst populären ehemaligen UCK-Führers aufklären, was sonst zu erwartende Unruhen und gewalttätige Ausschreitungen gegen Angehörige der serbischen Minderheit bereits im Vorfeld vermeiden half.

Die UCK, eine militärisch strukturierte, bewaffnete Untergrundorganisation, die sich dem Kampf gegen die serbischen Eindringlinge verschrieben hatte, stieß von Albanien her in das Kosovo vor, um dort als Befreier von den serbischen Truppen aufzutreten und ihre eigenen politisch-administrativen Strukturen zu errichten. Sie betrachtete sich als designierte Armee des Kosovo nach der Vertreibung der Serben und spielte später auch eine bedeutende Rolle bei den Unruhen in der „geteilten Stadt“ Kosovska Mitrovica, indem sie die kosovo-albanische Bevölkerung im Südteil der Stadt ständig gegen die im Nordteil lebende serbische Minderheit aufstachelte und so maßgeblichen Anteil an den täglichen gewaltsamen Auseinandersetzungen zwischen beiden Bevölkerungsteilen hatte, die sich auf der „Brücke von Mitrovica“ zutrug. Die Bilder der gewalttätigen Demonstrationen, die von UNMIK und KFOR nur bedingt beherrschbar waren, sind aus den damaligen Nachrichtensendungen noch in Erinnerung. Auch hier diente der Einsatz von UNMIK- und KFOR-Kräften in erster Linie der Verhinderung von Menschenrechtsverletzungen in großem Stil, da ohne ihren Einsatz gewaltsame Übergriffe der Kosovo-Albaner, initiiert von der UCK, gegen die im Norden lebenden Serben bis hin zu deren Vertreibung, die Folge gewesen wären.

Durch die Vermittlung von UNMIK und KFOR wurden die Vertreter der in Mitrovica lebenden Bevölkerungsgruppen Ende Juli 1999 dazu gebracht, Vereinbarungen zur Bewegungsfreiheit und zur Wiederherstellung der Eigentumsverhältnisse zu unterzeichnen, die jedoch – wie die Zukunft gezeigt hat – das Papier kaum wert waren auf dem sie geschrieben standen. Auch die Schaffung der Funktion eines VN-Administrators für die Stadt brachte keine wesentliche Besserung. Im Februar 2000 erreichte vielmehr das Gewaltpotential auf beiden Seiten ein bis dahin nicht gesehenes Ausmaß. Sprengstoffanschläge, gezielter Beschuss durch Handfeuerwaffen, Anschläge mittels Handgranaten und Molotowcocktails sowie Plünderungen und Geiselnahmen bedingten eine immense Verstärkung der in Mitrovica eingesetzten KFOR-Truppe. Unter anderem war auch eine Kompanie des deutschen KFOR-Kontingentes dort eingesetzt. Erst durch Verhängung einer Nachtaussgangssperre und die Evakuierung des kleinen Teils der kosovo-albanischen Bevölkerung, der im Nordteil der Stadt verblieben war, sowie durch die systematische Entwaffnung der kosovo-albanischen Bevölkerung und die Einrichtung massiv geschützter Sicherheitszonen konnte für eine Beruhigung der Lage gesorgt werden.

Auch heute noch müssen Ruhe und Ordnung in der geteilten Stadt durch die Anwesenheit der KFOR-Truppe gewährleistet werden.

Die UCK, von der Unruhen und gewaltsame Übergriffe gerade auch im Bereich der Menschenrechtsverletzungen ausgingen und weiter auszugehen drohten, konnte nach schwierigen Verhandlungen in das heute noch bestehende KPC, das KOSOVO PROTECTION KORPS, umgewandelt werden, das zwar nach wie vor militärisch strukturiert ist, jedoch unbewaffnet agiert und in Bereichen des Katastrophenschutzes eingesetzt wird. Hierdurch konnte ein hohes

Konfliktpotential nahezu beseitigt werden, das sicherlich erhalten geblieben wäre, hätte man die UCK einfach aufgelöst. Ihre Mitglieder hätten ihre Aktionen gegen die serbische Bevölkerung unkontrollierbar im Untergrund weitergeführt. Eine wirksame Kontrolle des hierdurch erhalten gebliebenen Konfliktpotentials durch KFOR wäre in diesem Fall kaum möglich gewesen.

Im Übrigen hat diese Maßnahme auch zu einer höheren Akzeptanz der UNMIK und des KFOR-Kontingentes durch die kosovarische Bevölkerung geführt, die hierin einen ersten Schritt zur Mitbestimmung und Mitverwaltung gesehen hat.

Ebenfalls in diese Richtung ging die Aufstellung und Ausbildung eines Kosovo-Police-Service, einer Polizeitruppe aus Kosovaren verschiedener Ethnien, die durch multinationale Polizeikräfte ausgebildet und auf ihren Einsatz im Kosovo vorbereitet wurde.

Nachdem kurz nach Beginn der Operation JOINT GUARDIAN nahezu sämtliche serbische Hoheitsträger den Kosovo verlassen hatten, konnte mangels anderer Hoheitsträger niemand außer KFOR über Ergreifung und Festhalten mutmaßlicher Straftäter aus dem Kreis der Kosovaren aller dort vertretenen Ethnien entscheiden. Deshalb hatte die VN-Resolution 1244 aus dem Jahre 1999 in Ziffer 9d festgelegt, dass zu den Aufgaben der im Kosovo zu stationierenden und operierenden militärischen internationalen Sicherheitspräsenz auch gehören sollte: *„Ensuring public safety and order until the international civil presence can take responsibility for this task“*.

Dies bedeutete, dass in der Anfangsphase der militärische Führer vor Ort, insbesondere bei Vorliegen des Verdachts auf Gewaltverbrechen, wie Menschenrechtsverletzungen und Kriegsverbrechen, in Ermangelung funktionsfähiger lokaler Strafverfolgungsbehörden, die Entscheidung über Ergreifen und Festhalten mutmaßlicher Straftäter zu treffen hatte. Dies geschah unter Mitwirkung eines Rechtsberaterstabsoffiziers und beruhte auf einer Abwägung zwischen den Nachteilen einer Haftentscheidung für den Betroffenen und den Nachteilen seiner Freilassung für die öffentliche Sicherheit und Ordnung auf der Grundlage des völkergewohnheitsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

Durch die UNMIK-Regulation 1999/1 wurde festgelegt, dass im Verhältnis zu den Kosovaren grundsätzlich das Recht der Bundesrepublik Jugoslawien weiter gelten sollte, soweit es nicht gegen Menschenrechtsstandards oder andere Grundsätze internationalen Rechts verstieß. Da das hierdurch weiter geltende jugoslawische Strafvollzugsgesetz u. a. auch die Unterbringung in Dunkelhaft oder bei Wasser und Brot vorsah, wurde für das Festhalten der oben genannten Straftäter festgelegt, dass die im III. Genfer Abkommen niedergelegten Prinzipien über die Behandlung von Kriegsgefangenen als Mindeststandard anzuwenden seien. Hierdurch wurde eine menschenwürdige Behandlung der festgehaltenen Personen sichergestellt.

Unmittelbar nach Errichtung lokaler Gerichte und Strafverfolgungsbehörden wurde mit festgehaltenen entsprechend dem

geltenden Straf- und Strafprozessrecht der Bundesrepublik Jugoslawien verfahren.

Mittlerweile sind in vielen Bereichen des Kosovo einheimische Richter und Staatsanwälte ernannt. In Prizren, dem Stationierungsort des deutschen KFOR-Kontingents, existiert eine funktionierende Strafverfolgungsbehörde mit mehreren Staatsanwälten sowie ein Minor-District-Court, der ähnlich unseren Amtsgerichten für die Ahndung kleinerer bis mittlerer Vergehen zuständig ist. Ein Berufungsgericht, der Higher-District-Court hat seinen Standort in Pristina, dem Stationierungsort des Headquarters KFOR Main.

All diese Maßnahmen haben zu einer Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Kosovo beigetragen und verhindert, dass sich ein Umfeld erhalten konnte, in dem Menschenrechtsverletzungen stattfinden können, ohne durch konsequente Strafverfolgung ermittelt und durch unabhängige Gerichte geahndet zu werden.

5. Zusammenwirken militärischer und ziviler Organisationen im Einsatzgebiet

Um Menschenrechtsverletzungen in Konflikten wirksam begegnen zu können, muss daher nach meinen Erfahrungen zunächst die bewaffnete Auseinandersetzung, die, wie die Erfahrung lehrt, Menschenrechtsverletzungen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit in erschreckendem Umfang möglich macht, beendet werden. Im Anschluss hieran muss ein Wiederaufflammen von Gewalt und bewaffneter Auseinandersetzung vermieden und durch geeignete Maßnahmen die öffentliche Sicherheit und Ordnung wieder hergestellt werden. Nur hierdurch ist ein Umfeld herzustellen, das es vordem verfeindeten Parteien und Ethnien ermöglicht, gewaltfrei miteinander umzugehen und die – weiterhin be-

stehenden – Konflikte zukünftig in friedlicher Art und Weise zu lösen und die elementaren Rechte des jeweils anderen zu achten und zu wahren.

Besonderes Augenmerk verdient meines Erachtens in diesem Zusammenhang die Gemeinsamkeit der militärischen und zivilen Organisationen im Bemühen um dieses Ziel. Während meiner Einsätze als Rechtsberaterstabsoffizier habe ich daher stets den Erfahrungsaustausch mit den im Einsatzgebiet arbeitenden Hilfsorganisationen gesucht und konnte feststellen, dass der Austausch von Informationen sowie die gegenseitige Unterstützung der jeweils eigenen Auftragserfüllung immer dienlich war.

Der Schutz der Menschenrechte darf und kann nicht reduziert werden auf militärischen oder polizeilichen Schutz vor Gewalt und Unterdrückung, vor Tod oder Folter, sondern muss immer auch Schutz sein vor elementarer Not wie Hunger, Krankheit oder Obdachlosigkeit. Beides kann im erforderlichen Umfang nur durch die gemeinsamen Bemühungen der militärischen Einsatzkontingente und der nationalen und internationalen Hilfsorganisationen erreicht werden.

Ein klassisches Einsatzgebiet in diesem Bereich der gemeinsamen Arbeit ist die Flüchtlingsbetreuung. Auf dem Höhepunkt der Kosovo-Krise im September 1998 schätzte der UNHCR die Zahl der Kosovoflüchtlinge auf knapp 300 000 Menschen. Diese humanitäre Herausforderung war nur in gemeinsamer Anstrengung sowohl der Einsatzkontingente als auch der nationalen und internationalen Hilfsorganisationen zu bewältigen.

Die bisher geübte gute Zusammenarbeit auf diesem Gebiet hat Früchte getragen. Sie sollte daher nicht nur unbedingt beibehalten, sondern wo immer möglich intensiviert werden.

Military Commissions: A Tool of Justice in the War on Terror

Thomas Hemingway*

Nach Ansicht *T. Hemingways* befinden sich die USA seit dem 11. September 2001 im Kriegszustand. Dieser Krieg stellt allerdings keinen traditionellen internationalen Konflikt dar, sondern weist die Besonderheit auf, dass der Gegner eine reine Terrororganisation (Al-Quaida) darstellt, die ihre Unterstützung in vielen Ländern dieser Welt finde, jedoch selbst von keiner zivilen Autorität oder Regierung abhängig sei. Ihre Stärke komme vielmehr aus der Geringschätzung menschlichen Lebens und der unterschiedslosen Gewaltbereitschaft, die sie zum einen dazu nutzen, die fundamentalen Grundprinzipien der USA zu zerstören und zum anderen aber verhindern ihre Mitglieder als Kriegsgefangene nach den GA I–IV anzusehen. Daraus resultiert, dass die Behandlung und die immer noch andauernde Gefangenschaft der Al-Quaida-Mitglieder nach Meinung *Hemingways* durchaus berechtigt sei. Es stelle vielmehr eine präventive, als eine strafrechtliche Festhaltung dar, die sobald sie in eine strafrechtliche umschlage, z.B. unter anderem das Recht auf Rechtsbeistand auslöst. Da es bis dato keine Zweifel über die Versagung des Kriegsgefangenenstatus (aufgrund der fehlenden geforderten militärischen Struktur) gebe, ist auch die Einrichtung eines Gerichts im Sinne des Art. 5 GA III nicht von Nöten. Die Errichtung von Militärkommissionen durch den Beschluss des Präsidenten am 13. November 2001 reiche vielmehr für die nötigen prozessualen Erfordernisse aus. Diese hätten sich schon in anderen Situationen, wie dem 2. Weltkrieg oder im Fall des japanischen Generals Yamashita, bewährt. Auch wenn man sich die Unterschiede zwischen diesen und anderen Tribunalen ansieht, seien diese eher unbeachtlich. Hemingway stellt diese allerdings vor und versucht deren Unwesentlichkeit deutlich zu machen.

* General Thomas Hemingway is Legal Advisor in the United States Air Forces (United States of America).

America is at war. This war is not a metaphorical war; it is as tangible as the blood, the dust, and the rubble that littered the streets of Manhattan on September 11th, 2001. The reality of this war could be seen in the faces of those who stood in stark horror as they saw helpless, innocent people fall and jump to their deaths from the Twin Towers. Certain propositions are clear. We are under attack by an enemy and we must respond. Our enemies are not constrained by civilian authority or by any government, nor are they inhibited by ordinary normative and human concerns for their own safety or lives. Many are fanatics who believe that their greatest power lies in their disregard for human life and their willingness to resort to indiscriminate violence, as is witnessed nearly every day in the bombings and shootings reported around the world. They do not love liberty, they do not respect law, and they do not cherish life.

The brutal attacks of September 11 – which killed nearly *three thousand people* from more than ninety countries – were not crimes merely within the criminal paradigm; they were acts of a declared war – a war declared on America by al Qaeda. While al Qaeda is not the traditional armed force of a single nation State, it is clearly a foreign enemy force. Al Qaeda has doctrinal direction, political goals, training, financing and members in countries throughout the world who are committed to waging war against the United States. Al Qaeda has not only attacked the heart of America, killing thousands, but it has attacked our embassies, our warships, and our government buildings. While admittedly different in some respects from traditional conflicts with nation States, our conflict with al Qaeda is in fact a war.

As a practical matter, this state of war is not in dispute – not by the United Nations Security Council, which passed a Resolution 1368 on 12 September 2001, in response to the September 11th attacks recognising the right of States to act in self-defence, not by members of NATO, or the Rio or ANZUS treaties, all of which unanimously invoked their treaty clauses regarding collective defence from armed attack; and not by the United States Congress, which acted to support the President's use of *all* necessary and appropriate military force against those responsible for the attack on September 11. Even our enemy itself, though unconventional in many respects, recognises we are in state of war. In June 2002, Suleiman Abu Gaith, spokesman for al Qaeda, wrote that “America is the head of heresy in our modern world and it leads an infidel democratic regime based on separation between religion and state and legislating laws contrary to the way of Allah [...] thus we have the right to kill a least four million Americans.”

Traditionally, the criminal justice system has addressed society's need to protect itself from individuals who seek to harm others, and law enforcement had been the primary tool we used in the case of terrorism. September 11, however, made it clear that al Qaeda was more than a criminal enterprise. In light of the unique nature of our attackers, the current conflict creates a new paradigm -ushered in not by the United States, but by terrorists- that requires new thinking in the law of war. It prompted the President to craft a response

that drew on all available tools -not just the criminal justice system- but also the military, intelligence, diplomacy and financial sanctions. The government's use of these tools during times of war has strong precedents in law and history. Those who try to label the response as illegal or unconstitutional are generally looking at the wrong set of laws. They look to the criminal code to base their assertions when in fact it is the law of war that is controlling.

Al Qaeda, its members, agents, and associates, as well as any other terrorist organisation that joins this armed conflict, are subject to the laws and customs of war. It is a universally recognised principle under the law of war that, in order to keep enemy combatants from rejoining the battle, they may be captured and detained for the duration of the conflict. The United States has detained enemy combatants in every modern war in which it has participated. In World War II, the United States detained almost half a million enemy combatants within the United States, including some United States citizens – and the United States Supreme Court upheld the government's authority to do so. Indeed, based on long-standing precedent, the Court recently upheld this principle.

One should keep in mind that detention of enemy combatants is preventive in nature, not criminal. Detention is used to remove an individual from conflict and prevent him from engaging in further hostilities. Because detention as an enemy combatant is preventive in nature enemy combatants are not entitled to legal representation. If a detained enemy combatant is charged *criminally*, he will be provided a lawyer at that point, as would any similarly charged person.

Detained terrorists are not entitled to POW status under the Third Geneva Convention. Under Article 5 of the Third Geneva Convention, a tribunal is *only* required in the event that any doubt arise as to a person's individual status within a group recognised as protected under Article 4. Certain groups clearly do not qualify for protection under Article 4. In February 2002, the President determined that al Qaeda and the Taliban were not entitled POW status. The President's reasoning was sound. First and foremost, the Third Geneva Convention applies only to States involved in international conflict. The forces of a member State to the Geneva Conventions who are authorised to engage in international armed conflict are afforded protections as prisoners of war. Al Qaeda is not a State, it is not a party to Geneva, and it has no right to participate in international armed conflict. Al Qaeda is not recognised as a group protected under Article 4. There is no doubt as to the status of an al Qaeda member. Absent this issue, there is no requirement to conduct an Article 5 tribunal.

The Third Geneva Convention applies generically to Afghanistan, but Taliban forces are not entitled to POW status because they too are not organised with a military command structure, nor do they conduct their activities in accordance with the laws of war, as required to obtain the POW status. And nor can al Qaeda be considered a militia as described under the Geneva Convention, because they are not commanded by a person responsible for subordinates behaviour; their

members do not wear a fixed, distinctive sign; recognisable at a distance; they do not necessarily carry arms openly; and, lastly, they most certainly do not conduct their operations in accordance with the laws of war.

As noted by Mr. Walter Laqueur, an expert on terrorism and co-chair of the International Research Council at the Center for Strategic and International Studies, “An airplane or a battleship do not change their character wherever they operate, but the character of terrorism [...] depends largely on the motivations of those engaging in it [...]. [L]aws of war have developed [...] [b]ut terrorists cannot possibly accept these rules. It would be suicidal from their point of view if [...] they were to wear uniforms [...]. The essence of their operations rests on hiding their identities. On the other hand, they and their well-wishers insist that when captured, they enjoy all the rights and benefits accorded to belligerents.” Those engaged in acts of terrorism have voluntarily chosen to ignore the laws of war and thus cannot cry ‘foul’ if they are not accorded prisoner of war status and the rights that derive from such a status. To give those who do not qualify as POWs the same status as those who obey the law of war would undermine the Geneva Conventions themselves, which was to avoid unnecessary civilian casualties, alleviate suffering, and protect lawful combatants. If the same rights afforded to a lawful combatant are afforded to those who are unlawful combatants, there is no incentive on the part of a party to comply with the laws of war, and the intent and spirit of the Geneva Conventions are compromised.

Just as the United States has authority to detain enemy combatants, it may also try them for violations of the law of war before a competent tribunal. However, there are no *existing* international tribunals that would have such jurisdiction at present. Nevertheless, even if there were such an international tribunal, nation-states have the responsibility to obey the law of war and to take appropriate enforcement action when it is violated. The United States approaches these obligations seriously with the installation of its military commissions.

Military commissions traditionally have been the forum for violations of the law of war. The use of military commissions predates the formation of our republic. European military commanders were using commissions as early as the seventeenth century. Since the Revolutionary War, American military commanders such as George Washington utilized military commissions to try enemy combatants for law of war violations. In the Mexican-American War, General Winfield Scott used military commissions to prosecute Mexicans who committed crimes against American soldiers and to try unlawful combatants for violations of the law of war. During the Civil War, Union commanders conducted over 2,000 military commissions. Following the Civil War, military commissions were used to try and convict eight conspirators to President Lincoln’s assassination. During World War II, President Roosevelt used military commissions to prosecute eight Nazi saboteurs for spying and violations of the laws of war. A military commission tried Japanese General Yamashita for war crimes committed while defending the Philippine Islands.

The United States Supreme Court has not only unanimously upheld the detention of enemy combatants but also the President’s ability to try unlawful combatants by military commission. Furthermore, the continued validity of military commissions has been reiterated by Congress with the passage of 10 U.S.C. § 821 of the Uniform Code of Military Justice. Section 821 states that “[t]he [Uniform Code of Military Justice] provisions establishing courts-martial does not deprive *military commissions*, provost courts, or other tribunals of concurrent jurisdiction with respect to offenses that by statute or by law of war may be tried by such.” Additionally, the Constitution has long been interpreted to confer unto the President the power to prescribe procedures applicable in military commissions.

Pursuant to this authority, on November 13, 2001, the President signed a military order authorising the Department of Defense to create military commissions to try terrorists. Following the President’s November 2001 order, the Secretary of Defense and the Department of Defense General Counsel issued procedural guidance to carry out the President’s military order. Although there are some procedural differences between military commissions, federal district court, and courts-martial that take into account the unique battlefield environment, all three options are tools of justice that provide a full and fair trial. The difference lies in the fact that military commissions strike the balance between providing a full and fair trial while at the same time protecting national security information.

Many of the same processes observed in civilian criminal courts, international criminal tribunals, and military courts-martial are provided by military commissions. For example:

- Presumption of innocence;
- Trial before a panel of three to seven officers;
- Ability of Defence to call witnesses and present evidence;
- Defence Counsel may cross-examine witnesses and evidence;
- No adverse inference for choosing to remain silent;
- Nothing said to a defence counsel may be used against an accused at trial;
- Zealous representation by a military defence counsel free of charge and the option to retain a civilian defence counsel at no expense to the government;
- Open proceedings except during the presentation of national security information;
- Proof of guilt beyond a reasonable doubt;
- Review of the record of trial by a three member review panel, which has been set up to provide an independent and impartial review.

One major difference, however, between military commissions and other forums lies in the rules of evidence, which take into account the unique battlefield environment, much like other war crimes tribunals - such as the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTR), the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) and the International Criminal Court (ICC). The standard for admissibility of evidence in each and every one of these forums is probative value. During combat operations, soldiers do not

request warrants to search caves or read Miranda Rights to captured enemy forces. Not only does this sound ridiculous, it would jeopardise success on the battlefield. The rules of evidence in military commissions allow for the admission of evidence that has probative value to the reasonable person and the admission of any evidence must be consistent with providing for a full and fair trial. This enables both the prosecution and defence to admit evidence that is gathered on the battlefield -the rules apply equally to both parties. The rules are not designed to give one side an advantage over the other but, rather, to take into account the different nature of the crimes committed. Conducting war is not the same as law enforcement and nor should it be.

As I mentioned, there is an automatic appeal procedure where each case is reviewed for material errors of law by a three member panel. Material errors of law include, among other legal findings, anything that deprives the accused of a full and fair trial. The pool from which each three panel members will be drawn consists of several notable jurists appointed by the Secretary of Defense. Currently, the Review Panel pool is comprised of Judge Edward G. Biester, Jr., Judge Griffin Bell, Mr. William T. Coleman, Jr., and Chief Justice Frank J. Williams. Judge Griffin Bell, is a former United States Attorney General and former United States Circuit Judge for the Fifth Circuit. Judge Edward G. Biester is a judge in the Court of Common Pleas of Bucks County, Pennsylvania, Seventh Judicial District; he is also a former Pennsylvania Attorney General, and former member of the United States House of Representatives. Honorable William T. Coleman, Jr., is the former Secretary of Transportation, and Chief Justice Frank Williams is the Chief Justice of the Rhode Island Supreme Court. These individuals were selected because they are well qualified by virtue of their experience, impartiality, and judicial temperament.

Other review panel members may be designated in the future. Review panel members are responsible for reviewing military commission records of trial and may consider matters submitted by the prosecution and defense to determine if a material error of law occurred during the commission process. A review panel member may be permanently removed

only for good cause. This includes, but it not limited to, physical disability, military exigency, and other circumstances that render the member unable to perform his duties. The review panel member normally will have a term of appointment for two years, with no possibility of reappointment. In practice, the review panel members decide amongst themselves who sits on which panel and who the president of a respective panel will be.

On July 3, 2003, the President determined that six individuals were subject to his Military Order. Since that time, the President has determined that an additional nine individuals are subject to his order, bringing the total to 15. This did not mean that these individuals must be tried; rather, it only means that if they are tried, military commissions would serve as the appropriate forum. Presently, the Appointing Authority approved charges on four individuals, al Qosi from Sudan, al Bahlul from Yemen, Hicks from Australia, and Hamdan from Yemen. They are each charged with one count of conspiracy to commit war crimes. Hicks is charged with two additional crimes; attempted murder by an unprivileged belligerent and aiding the enemy. Each of these individuals has been provided military defence counsel. Hicks and Hamdan also have a civilian defence counsel. Hicks and Hamdan have also employed Foreign Attorney Consultants.

Military Commissions are a continuing and evolving process. The final result will be a full and fair trial. It is easy to be critical of a process when it is different than those to which we are accustomed and has not been seen in action, but once people see a commission operate:

- When they see the presumption of innocence;
- When they see an accused receiving a zealous defence, calling witnesses, and presenting evidence;
- When they see the process open to media coverage and scrutiny and hear about the procedures that go on;
- When they see the burden of proof beyond a reasonable doubt;

It will be much more difficult to be critical, and people will say it was a full and fair trial and that the accused did get his day in court.

Compliance with International Humanitarian Law by Non-State Actors

Gauthier de Beco*

Der Artikel beschäftigt sich mit der sehr geringen Befolgung der Normen des humanitären Völkerrechts durch sog. nicht staatliche Akteure. Bei der Analyse der Gründe dafür, wird der Schwerpunkt darauf gelegt, zu untersuchen, was es heißt für diese Gruppen Respekt und Anerkennung zu erlangen, wobei nicht vergessen wird die Gegebenheiten dieser mit einzubeziehen. Es werden deutliche Parallelen zu einzelnen Konflikten gezogen, um aufzuzeigen, wie sich das Problem in der Praxis durch das gesamte internationale Rechtssystem zieht. Ein erster kurzer Abschnitt widmet sich der derzeitigen Anwendung des humanitären Völkerrechts in nationalen bewaffneten Konflikten, wobei vereinzelte kritische Anmerkungen nicht fehlen. Die Analyse legt besonderes Augenmerk auf die Position einer solchen bewaffneten Gruppe in Bezug auf das anzuwendende Recht. Der zweite Teil des Artikels erörtert sechs Methoden wie auch diese nicht staatlichen Akteuren sich nach dem Recht, der in nicht internationalen Konflikten geltenden Normen verhalten könnten und in diesem Rahmen auch vielleicht notwendige Bedingungen sind, um auf dieser Linie einen Erfolg herbeizuführen.

Dazu zählen: das Erfordernis der Einbindung dieser Gruppen in die Fortentwicklung des Rechts; die Herbeiführung von Vereinbarungen oder einseitigen Verpflichtungen durch die nicht staatlichen Akteure; die Schaffung von gewissen Anreizen, die dazu dienen sollen auch diesen Gruppen die Einhaltung interessant zu machen; eine Beobachtung der Vorgehensweisen der nicht staatlichen Akteure; eine weitere und intensivere Verbreitung des humanitären Völkerrechts und die Durchsetzung dessen auch bei nicht staatlichen Akteuren.

Abschließend wird eine Priorität in die Richtung hin aufgestellt, dass die internationale Staatengemeinschaft sich mehr auf die Reduzierung der humanitären Völkerrechtsverletzungen, insbesondere durch die beschriebenen nicht staatlichen Akteure konzentrieren solle.

1. Introduction

The international humanitarian law (IHL) applicable to non-international or internal armed conflicts is very much underdeveloped in contrast with the law applicable to international armed conflicts. Moreover, compliance with the law of internal armed conflict is rare. While Sir Lauchterpacht points out that “[i]f international law is, in some ways, at the vanishing point of law, the law of war is, perhaps even more conspicuously, at the vanishing point of international law”,¹ Moir reckons that “[...] the law of internal armed conflict is at the vanishing point of the vanishing point”.² Although reform of current IHL would certainly be beneficial, this article starts from the idea that changing the law would not be a panacea to enhance compliance. By looking at the sources of the failure of compliance, it focuses on the possibilities of improving respect for the existing law of war by non-State actors,³ while taking account of the nature of these actors.

This article is divided into two parts. A first brief part analyses the current IHL applicable to internal armed conflicts while making occasional critical comments. The analysis pays particular attention to the position of armed groups in relation to the law. The second part examines six methods to enhance compliance by non-State actors with the law of internal armed conflict. The methods to be examined and developed which could ensure compliance with IHL by these actors are: the participation of non-State actors in the development of the law, the undertaking of agreements and unilateral declarations by non-State actors, the creation of incentives for non-State actors to comply with the law, the monitoring mechanisms of compliance with the law by non-State actors, the dissemination of IHL, and the ways to enforce the law on non-State actors.

The vital questions that are asked are: How could compliance with the law of war by non-State actors be improved?

What does the law require or permit to achieve this, and will this be sufficient? This article concludes by defining the current priorities of the international community in reducing violations of IHL committed by armed groups.

2. The Law of Internal Armed Conflict and Armed Groups

Although the law of internal armed conflict is less developed than the law of international armed conflict, its study is essential. 90% of all the wars waged on the planet are non-international, which means that the majority of armed conflicts is regulated by a small part of IHL.

Before the 1949 Geneva Conventions, States that wanted to make the law of war applicable to an internal conflict could do so through recognising the belligerency. However, most States recognised the belligerency of insurgents for practical reasons or out of self-interest.⁴

The Geneva Conventions provided for treaty law to be applicable to non-international armed conflicts in Article 3, which

* Gauthier de Beco has a Law Degree (with grade *cum laude*) from the Katholieke Universiteit Leuven (Belgium) and a Master of Laws (LL.M.) from the University of Nottingham (United Kingdom); he worked as an intern at the Chambers of the International Criminal Court (The Netherlands). He is currently doing a Ph.D. at the Université Catholique de Louvain (Belgium).

¹ H. Lauchterpacht, “The Problem of the Revision of the Law of War”, (1952) 29 *British Yearbook of International Law* 382.

² L. Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 232, footnote 2.

³ In this article, by non-State state actors is meant armed opposition groups fighting governments or each other, or, in some cases, national liberation movements. However, the terms non-State actors, insurgents, rebel movements, will all be used as synonyms of armed groups.

⁴ L. Moir, *supra* note 2, p. 17.

is common to all the Geneva Conventions and is often regarded as a “mini-Convention” within the Conventions. Common Article 3 of the Geneva Conventions (Common Article 3) is applicable to armed groups as well as State armies, even if the former are not contracting parties to the Conventions. This is because a treaty, signed and ratified by a State, binds the State and its nationals under its jurisdiction.⁵

Although it is concise, this fundamental and universally accepted provision includes minimum standards of humanity applicable to all kinds of conflicts, and is part of customary international law.⁶ Specialists reckon, however, that 90 % of violations of IHL applicable to internal conflicts are violations of Common Article 3.⁷ Enhanced compliance of this basic provision, therefore, would already be a huge improvement.

Protocol I Additional to the Geneva Conventions of 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflict (AP I) applies to a particular kind of non-international armed conflict, namely wars of national liberation. Since these wars are regarded as international armed conflicts, national liberation armies are considered as State armies. However, current examples of wars of national liberation falling under AP I no longer exist.⁸

Protocol II Additional to the Geneva Conventions of 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflict (AP II), which contains only 28 articles, developed and supplemented Common Article 3. For the same reasons as Common Article 3, AP II, where applicable,⁹ is binding on insurgents as well. The threshold for the application of AP II, however, is very high. According to Article 1(1), armed groups must have a solid structure and control over a certain area as well as leaders that are accountable. Furthermore, AP II cannot be not binding on States if insurgents are unable to implement it.

AP II contains fundamental guarantees of humane treatment for those who no longer take part in a conflict, including judicial guarantees in case of penal prosecution,¹⁰ protection for the wounded, sick and shipwrecked¹¹ as well as the civilian population.¹² However, AP II does not grant any prisoner-of-war status to those engaged in the conflict. Insurgents may consequently be punished for merely participating in the hostilities, even if they comply with the law of war during the fighting.

Internal conflicts are also regulated by international customary law, which consists of evidence of a general practice accepted as law.¹³ Traditionally, States have been reluctant to recognise the existence of customary law regulating non-international armed conflicts. Common Article 3 is nonetheless customary, and practically all States are party to the Conventions. In addition, there has been an attempt to expand the existing body of customary law of internal armed conflict by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), especially in the *Tadic Jurisdiction* case of the Appeals Chambers.¹⁴ Thanks to its mandate to prosecute the violations of laws and customs of war under Article 3 of its Statute, the Tribunal has recognised the existence of a body of customary humanitarian law stemming from Common Article 3.

The Rome Statute establishing the ICC has given jurisdiction to this Court to prosecute alleged, and punish convicted authors of genocide, war crimes and crimes against humanity. The Statute of Rome now makes members of armed groups criminally responsible for their crimes under international law. There is a separate regime for war crimes committed during international and non-international armed conflicts. Serious violations of Common Article 3 are covered by the Rome Statute in Article 8.2 (c). Article 8.2 (e) has criminalised other serious violations of the laws and customs of war occurring during internal armed conflicts.

3. Improving Compliance with the Law of War by Non-State Actors

3.1. Participation of Armed Groups in the Development of the Law

Armed groups, fighting against their government, neither sign nor ratify treaties. The law nevertheless applies to them. This is in contrast to the fact that in international armed conflicts, parties, in this case always States, are only required to comply with treaties of IHL they have adhered to. It is not surprising, therefore, that armed groups, contrary to States, do not consider themselves compelled to comply with the international commitments their State have entered into, although they are legally obliged to do so. Insurgents try to bring the government down and therefore do not accept acts emanating from its authority.¹⁵ Hence, it is difficult to convince rebel groups to abide by the law during a conflict on the basis that their government is a contracting party to the

⁵ *Ibid.*, p. 53.

⁶ *Ibid.*, p. 273.

⁷ R. Gutman, L. Zegveld, M. Veuthey, M. Sassoli, & J.-M. Henckaerts, “Panel Discussion: Ways to bind Non-State Actors to International Law”, in Proceedings of the Bruges Colloquium, *Relevance of International Humanitarian Law to Non-State Actors*, No. 27 (25–26 October 2002), at 176.

⁸ The only conflict which could be covered by the Protocol is the Israeli-Palestinian conflict, but Israel is not a party to AP I. The same applies to the various liberation movements having struggled in the past against apartheid in South Africa.

⁹ Actually, few internal wars have been regulated by AP II, mainly because of the few States that have ratified it. Many States in which internal armed conflicts took place, like Angola, Mozambique, Somalia and Nicaragua, are not States parties to AP II. However, El Salvador, Rwanda and Bosnia-Herzegovina have ratified AP II.

¹⁰ Articles 4–6 AP II.

¹¹ Articles 7–11 AP II.

¹² Articles 8–13 AP II.

¹³ Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice.

¹⁴ ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-AR72, 2 October 1995. See: C. Greenwood, “International Humanitarian Law and the *Tadic* Case”, (1996) 7 *European Journal of International Law* 277–279; S. Boelaert-Suominen, “The Yugoslavian Tribunal and the Common Core of Humanitarian Law Applicable to all Armed Conflicts”, (2000) 13 *Leiden Journal of International Law* 637–650.

¹⁵ J.-M. Henckaerts, “Binding Armed Opposition Groups through Humanitarian Treaty Law and Customary Law”, in Proceedings of the Bruges Colloquium, *supra* note 7, at 126–27; M.L. Mack, “Compliance with International Humanitarian Law by Non-State Actors in Non-International Armed Conflicts. Briefing Paper”, *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University* (<http://www.ihlresearch.org>), November 2003, at 2.

Geneva Conventions, and possibly AP II. This, for instance, has been the case for the Frente Farabundo Marti para la Liberacion Nacional (FMLN) in El Salvador, which insisted on the necessity of making formal pledges in relation to the evacuation of wounded persons, although El Salvador has ratified both the Geneva Conventions and AP II.¹⁶ Special reciprocal undertakings were yet not required for the application of those treaties protecting the injured.

International law is still governed and created by States. States have to implement the treaties that they have ratified and sanction individuals who violate their rules. However, a State faced with rebel movements often does not effectively control them, and finds itself no longer able to enforce the law.¹⁷ Furthermore, States are still the main channel through which non-State actors may find their voice on the international scene, even if they usually do not represent the interests of armed groups fighting against them or against each other on their territory. This State-centred approach in international relations is an impediment to enhancing the participation of armed groups in the development of law applicable to internal armed conflicts. According to Frank, two particular characteristics of international governance pose problems: State equality and the single voice reserved exclusively for the State's government.¹⁸ The first one can provoke secessions, because this is the only way for non-State entities to intervene in international affairs, the second one unfairness and alienation, because they have no opportunity to be heard in international *fora*. The system seems indeed to ignore that States are not unified rational actors but actors full of internal divisions.¹⁹

However, States might be reluctant to accept that those who try to overwhelm them participate in international governance where they are likely to criticise their State's policies. Moreover, participation in the creation of international law implies that one is subject to this law and endowed with a separate legal personality.²⁰ In modern international law only States and some international organisations possess international legal personality and consequently, the capacity to enter into agreements.²¹ In contrast, even if they are liable under international law, armed groups do not possess such a personality, which is necessary to adhere to treaties.

To get back to the participation of non-State actors in the creation of IHL treaties, it is worth adding that observers were invited at the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Conflicts held in Geneva from 1974 to 1977. Besides the Palestinian Liberation Organisation (PLO), which was allowed to sign the final act of the Conference, the African National Congress (ANC), the Front National de Libération de L'Angola (FNLA), and the Mozambique Liberation Front (FRELIMO) participated in the Conference. It is true, however, that such a conference is not likely to happen again in the near future, because the codification of IHL is largely over.²² However, I personally think that States parties to the Geneva Conventions should gather again to discuss the implementation of the existing law and invite armed groups to achieve this. The problem of the choice of groups to be

invited to a possible conference remains yet unsolved. Many armed opposition groups are not recognised by the international community because of their unacceptable behaviour, which mostly consists in terrorising the population. The political consequences of such invitations might also slow down the endeavours made by the international community to increase the participation of non-State actors to the development of the law.

Armed groups, as well as States, have to comply with international customary law. According to Henckaerts, armed groups practice does not contribute to the creation of custom, unless these armed groups eventually become a government after the successful overthrow of the incumbent ruler.²³ Originally, States were indeed the sole subjects of international law capable of turning practice into custom. However, the ICTY has recognised that the consent of armed groups to apply the law of war is influencing the progress of existing customary law also applicable to them.²⁴ The ICTY refers to the stand taken by the FMLN in El Salvador by which the rebels undertook to observe Common Article 3 and AP II. Although it is not always clear whether armed groups are merely applying treaty law or contributing to customary international law, Zegveld considers this jurisprudence as evidence that their declarations can be evidence of custom.²⁵ In so doing, they participate to some extent in the creation of IHL and acquire a limited international legal personality.

Some armed groups are establishing codes of conduct in accordance with which their militias must behave. Codes of conduct are, by and large, politically loaded, and do not incorporate rules of IHL, as provided for by the Geneva Conventions and the Protocols, but rather ideals of humanity. The

¹⁶ L. Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 17, footnote 27.

¹⁷ D. Capie & P. Policze, "Keeping the Promise of Protection: Holding Armed Groups to the Same Standard as States", *The Armed Groups Project* (<http://www.armedgroups.org>) and *University of British Columbia*, 15 January 2004, at 2.

¹⁸ T.M. Frank, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 478-484.

¹⁹ S.D. Krasner, "Power Politics, Institutions, and Transnational Relations", in Th. Risse-Kappen (ed.), *Bringing Transnational Relations back in. Non-State Actors, Domestic Structures and International Institutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, at 259.

²⁰ D. Dormoy, "Recent Developments regarding the Law on Participation in International Organisations", in K. Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, at 323.

²¹ However, there are examples of a certain level of participation in the development of international law by non-State actors that are not international organisations. Some States became members of the UN before they gained their independence, like India in 1947. Non-autonomous territories have also been granted membership for specific public functions, such as, for instance, postal services. A more security-related example of membership in international organisations is the observer status granted, for instance, to the PLO in the UN since the 1970s. The UN recognised the representatives of the PLO as the legitimate representatives of the Palestinian people.

²² J.-M. Henckaerts, *supra* note 15, at 128.

²³ *Ibidem*.

²⁴ ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *supra* note 14, para. 107.

²⁵ L. Zegveld, *supra* note 16, at 28.

result on the field is nonetheless close to similar. Sassoli suggests that armed groups might together create transnational law of war applicable to non-State actors, which he calls “*lex armatoria*”, akin to merchants’ *lex mercatoria* or international sports law.²⁶ However, the problem, he continues, is that armed groups, in contrast to merchant and sports associations, are illegal under their respective domestic laws.²⁷ Furthermore, the absence of a “*lex armatoria*” created by all armed groups together does not pose a problem, in my opinion, since internal conflicts involve only one or more armed groups, in contrast to companies and sports teams which all tend to compete against each other. To make transnational code of conducts for armed groups nonetheless feasible, States have to accept that armed groups, even if considered unlawful, should be granted some international legal personality so as to make agreements.

3.2. Agreements and Special Declarations of Conduct

One way of improving compliance with the law of internal armed conflict is to give non-State actors the opportunity to conclude agreements with their government and other armed groups, and undertake unilateral declarations of conduct. This is something they can do under Common article 3, which provides that the parties to non-international conflict may conclude special agreements that implement all or part of the Geneva Conventions.²⁸ In addition, Article 96 (3) AP I gives national liberation movements, in the meaning of Article 1(4) API, the option of making unilateral declarations by which they undertake to apply both the Geneva Conventions and AP I.²⁹ Declarations of conduct made by national liberation movements whose States are not a party to AP I, or by movements which are not national liberation movements, however, are not totally devoid of legality, despite the fact that under international law such movements do not have the legal capacity to make such declarations. According to Plattner, such movements have a *de facto* legal capacity to make unilateral declarations, provided that they are in a position to implement them.³⁰ The instruments referred to in these declarations would then apply to both rebel and government armed forces.³¹

Agreements and unilateral declarations made by non-State actors would allow the latter to state their willingness to adhere to IHL treaties applicable to the conflict, and even extend their obligations to norms that exclusively relate to international armed conflicts. The special agreements concluded between the republics of the former Yugoslavia on 27 November 1991 are an example of such agreements.³² The parties referred to the conclusion of possible agreements as provided for by Common article 3, and undertook to respect and ensure respect for the Conventions during the hostilities.³³ Another recent example of such agreements is the humanitarian ceasefire agreement of April 2004 between the government of Sudan and the Sudanese Peoples Army (SLA) in relation to the current conflict in Darfur.

Agreements referring to Common Article 3 or to AP II and made by armed groups (under the jurisdiction of States parties to both instruments) do not modify the law applicable to the conflict. They nonetheless redress the fact that armed

groups cannot ratify those instruments, even if they are called upon to observe their provisions.³⁴ One example is the FMLN in El Salvador. The latter agreed with the El Salvadorian government to apply the provisions of Common Article 3 in the San José Agreement on Human Rights.³⁵ The greater part of the agreement is just a confirmation of Common Article 3, although there is no reference to the provision in question.³⁶ The San José Agreement has helped to ensure compliance with common Article 3 and AP II in El Salvador, in view of the fact that observance of the law of war largely depends on the formal undertakings made by the parties.³⁷

Non-State actors could also enter into agreements with the ICRC or even with another organisation.³⁸ The ANC, for instance, has made undertakings in the presence of the ICRC. The PLO did the same in June 1982. In Algeria, the Front de Libération National Algérien (FLN), in order to fulfil its promises to the ICRC to fully comply with the Geneva Conventions, had its leaders order their troops to observe IHL.³⁹

²⁶ M. Sassoli, “Possible Legal Mechanisms to improve Compliance by Armed Groups with International Humanitarian Law and International Human Rights Law”, *Paper submitted at the Armed Groups Conference* (<http://www.armedgroups.org>), Vancouver, 13-15 November 2003, at 7.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Common Article 3(3) of the 1949 Geneva Conventions provides that “[t]he Parties of 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”.

²⁹ Article 96(3) AP I stipulates that “[t]he authority representing a people engaged against a High Contracting Party in an armed conflict of the type referred to in Article 1, paragraph 4, may undertake to apply the Conventions and this Protocol in relation to that conflict by means of a unilateral declaration addressed to the depositary”. Unfortunately, the two only States confronted with national liberation movements, namely South-Africa (in the past) and Israel (at present), are not a party to this Protocol. Nevertheless, this did not prevent the ANC declaring in November 1980 that “whenever practically possible, the [ANC] will endeavour to respect the rules of the [1949 Geneva Conventions] and the [AP I]”. See “Statements by Non-State Actors under International Humanitarian Law. Some Historical Precedents and Landmine Focused Statements compiled by the NSA Database in London”, *The International Campaign to Ban Landmines* (<http://www.icbl.org>), Washington, 1 November 2002.

³⁰ D. Plattner, “La portée juridique des déclarations de respect du droit international humanitaire qui émanent de mouvements en lutte dans un conflit armé”, (1984–85) 18 *Revue Belge du Droit International* 317–318.

³¹ *Ibid.*, at 299.

³² M. Sassoli & A. Bouvier, *How does Law Protect in War?*, Geneva, the International Committee of the Red Cross, 1999, pp. 1357–1372.

³³ This agreement has been reached thanks to the good offices of the International Committee of the Red Cross (ICRC), who wanted to avoid disagreement between Croatia and the Federal Republic of Yugoslavia about the international nature of the conflict (R. Gutman, L. Zegveld, M. Veuthey, M. Sassoli, & J.-M. Henckaerts, *supra* note 7, at 167).

³⁴ L. Zegveld, *supra* note 16, p. 17.

³⁵ *Ibid.*, pp. 16–17. El Salvador has ratified the 1949 Geneva Conventions as well as AP II.

³⁶ See “Statements by Non-States Actors under International Humanitarian Law. Some Historical Precedents and Landmine Focused Statements compiled by the NSA Database in London”, *The International Campaign to Ban Landmines* (<http://www.icbl.org>), Washington, 1 November 2002.

³⁷ The Constitutional Court of Colombia in Case No. C-225/95, partly reproduced in M. Sassoli & A. Bouvier, *supra* note 32, p. 1362, para. 17.

³⁸ L. Zegveld, *supra* note 16, p. 29.

³⁹ Beside the exchange of prisoners and the access conceded to the ICRC, however, these promises failed to actually bear fruit (L. Moir, *supra* note 2, pp. 68–74).

Another non-official channel through which non-State actors can State their adherence to the fundamental norms of humanitarian law is the Geneva Call.⁴⁰ This initiative stems from a major problem relating to all treaties, i.e. that they are open only to governments, although *in casu* landmines are planted equally by armed groups and States in the context of internal armed conflicts. By serving as a depository of unilateral declarations on the banning of anti-personal landmines, the Geneva Call is filling the gap created by the absence of impartial messengers with these armed groups. This innovating mechanism could also be a stepping stone for armed groups to State their full adherence to all of the IHL applicable to internal armed conflicts.

Agreements with governments clarify obligations on both sides. However, because States sometimes refuse to recognise that there is an armed conflict being waged on their territory, they may be reluctant to enter into such agreements.⁴¹ This happens despite Common Article 3(4) stating that the application of the article will not change the status of the parties to the conflict. In practice, this provision has failed to ease the fear of States that, by acknowledging that a situation amounts to an internal armed conflict, a certain legitimacy might be conferred to rebel groups. On the other hand, armed groups might also publicly consent to the guarantees stated in the agreement solely to make political declarations or to draw international attention to their cause, rather than demonstrate their genuine willingness to better observe IHL. For the above reasons, provision should be made for adequate monitoring mechanisms to control compliance with the agreement.

By entering into agreements, armed groups acquire international rights and obligations. Not only will their legal position towards the government be affected by the agreement, but also their status in the international community. The ICTY thus took into consideration the Agreements between the Republics of the former Republic of Yugoslavia for its decisions. Beside the courts, the international community also now recognises the binding nature of agreements made by State and non-State actors. The UN Security Council, for instance, embarking in a quasi-judicial position, blamed UNITA for not complying with its obligations under the Lusaka Protocol.⁴² Armed groups, as a party to peace agreements concluded with their governments under the auspices of the international community, acquire a temporal legal personality and are accountable under international law.⁴³ In both legal and political terms, therefore, this means that humanitarian agreements represent more than an opportunity to hold political speeches in exchange for the signing of undertakings.

3.3. Incentives for Armed Groups to Comply with International Humanitarian Law

There are concrete incentives for non-State actors to comply with IHL. These incentives are generally not legal but practical. Their aim is to convince armed groups that avoiding needless bloodshed by respecting fundamental humanitarian norms is in their interest. They tend to be persuasive rather than coercive. Persuasion is indeed essential for international law, since it promotes voluntary compliance.⁴⁴ This is even

truer of compliance with the law of internal armed conflict by armed groups, as incentives often serve as a last resort to ensure that the law is observed.

In contrast to soldiers of State armies fighting another country's army, members of armed groups do not enjoy combatant status. If they fall into enemy power, they do not benefit from the prisoner-of-war status provided for by the Third Geneva Convention. Whatever way they behave, insurgents are theoretically criminally liable under their domestic laws for their participation in the hostilities. This can have a very pernicious effect in practice as, in the words of Henckaerts, "[w]hat incentive is there to abide by IHL if [armed groups] are criminals anyway, whether they violate IHL or not?"⁴⁵ This problem is normally solved through subsequent amnesties. However, it is essential to provide members of armed groups with some kind of combatant status as a reward for behaving in accordance with the law. States, of course, rarely wish to grant them full combatant status. Ideally, the international community should base its opinion of the armed group on the latter's level of compliance with the law, and put pressure on States to guarantee them a certain degree of protection.

It is important that insurgents' motives for waging war be examined so as to find the right incentives for non-State actors to increase their compliance with IHL.⁴⁶ Moreover, it is important to convince armed groups that, despite it being impossible for them to instantly reach their goals, there are distinct advantages in not violating the law of internal armed conflict. Respect for the rules of humanitarian law has after all often led to the successful outcome of a rebel movement's political aspirations. One such example is the Sandinistas in Nicaragua.⁴⁷

It is imperative that armed groups be made aware of the long-term repercussions of their unlawful behaviour. However, I personally agree with Greenwood's realistic view that the incentive most likely to encourage compliance with the law is self-interest.⁴⁸ In this light, the most relevant incentives are

⁴⁰ The Geneva Call provides a mechanism for non-State actors willing to adhere to the ban on anti-personal mines and to the ideal of humanitarian norms through the "*Deed of Commitment for Adherence to a Total Ban on Anti-Personnel Mines and for Cooperation in Mine Action*" (see: <http://www.genevacall.org>). Those that have signed the deed include the SLA, the Moro Islamic Liberation Front of the Philippines (MILF), and the Colombian Ejército de Liberación Nacional (ELN).

⁴¹ ICRC Expert Seminars, "Improving compliance with IHL", *Report prepared by the ICRC*, 10 October 2003, at 21.

⁴² UN Security Council, Resolution 1127, UN Doc. S/RES/1127 (1997), 28 August 1997.

⁴³ P.H. Koojman, "The Security Council and Non-state Entities as Parties to Conflicts", in K. Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, at 339–340.

⁴⁴ T.M. Frank, *supra* note 18, p. 26.

⁴⁵ J.-M. Henckaerts, *supra* note 15, at 133.

⁴⁶ ICRC Expert Seminars, *supra* note 41, at 20.

⁴⁷ J.C. Lacayo, "International Humanitarian Law and Irregular Warfare: Lessons learned in Latin-America", (2000) 840 *International Review of the Red Cross* 941–951.

⁴⁸ C. Greenwood, "Ensuring Compliance with the Law of Armed Conflict", in W.E. Butler (ed.), *Control over Compliance with International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, at 196.

international and local opinion, fear of reprisals, the benefits of aid, avoidance of severe punishments, and also practical considerations. Such practical considerations might be the adverse effects of the use child-soldiers in the armed forces as well as the planting of anti-personnel mines. Armed groups also care about their reputation, especially since the opinion of the international community, which is influenced by the group's compliance or non-compliance with the law, can have a definite impact on the successful outcome of their claims.⁴⁹

Another incentive for armed groups to comply with the law of war is amnesty. Article 6(5) of AP II encourages States "to grant the broadest possible amnesty to persons who have participated in the armed conflict". Although Article 6(5) is only a recommendation, provision should nonetheless be made for mandatory amnesty for merely participating in a conflict, as is indeed the case with the law of international armed conflict.⁵⁰ These amnesties might be granted to insurgents provided that they comply with the rules of humanitarian law during the conflict. Special agreements guaranteeing amnesty to armed groups that consent to and subsequently observe the law might even be an incentive for those groups to act according to IHL.⁵¹ Conditional mandatory amnesties would prevent States from granting so-called blanket amnesties, although this regularly happens, especially in Latin-America.

Third States may also encourage armed groups to comply with IHL by refusing to extradite their members who behaved according to the law.⁵² These members can enjoy refugee status abroad because of their exemplary behaviour. States could also reduce the punishment of captured insurgents as a reward for their compliance with the law of internal armed conflict.⁵³ Alternative sanctions, instead of full amnesties, might be given to armed groups in furtherance of a peace agreement. Recently, the Colombian government agreed to no longer extradite United Self-Defence Forces of Colombia (AUC) paramilitaries involved in drug trafficking to the United States provided that they stopped committing crimes.⁵⁴

3.4. Monitoring Mechanisms and Third States

Effective monitoring, fact finding commissions, and dispute settlement mechanisms ensuring compliance with IHL have an important function in time of armed conflict. However, they are quite inadequate when it comes to internal armed conflicts. Adequate IHL monitoring mechanisms enhance compliance with the law by both States and armed groups.⁵⁵ One crucial question, however, that must be asked regarding verification mechanisms is who would be the ideal messenger between State and non-State actors.⁵⁶ The following are the different bodies and organisations likely to play the above-mentioned role: the protecting powers, the ICRC, the UN via the Security Council and the International Court of Justice (ICJ), Human Rights bodies such as the Inter-American Court on Human Rights (IACHR), the International Fact-Finding Commission (IFFC), official and non-official verification institutions, and last but not least third States.

The protecting power system, imagined by the drafters of the Geneva Conventions, failed to bear fruit.⁵⁷ Instead, the ICRC has taken over its function. The ICRC has a positive right to visit detainees under the Geneva Conventions, but only in time of international armed conflict.⁵⁸ Common Article 3 makes provision for the ICRC to offer its services in time of internal armed conflict, but it has no right of initiative to do so.⁵⁹ No such right of initiative is provided for by AP II either. The method adopted by the ICRC is diplomacy, using somewhat discretionary approaches, unless it opts for public shaming in situations where this is the only way to bend those violating IHL. The ICRC does not always argue in legal terms, but uses moral reasoning instead, since to some States the use of legal arguments is equivalent to interference.⁶⁰

The UN, as guardian of international peace and security, can also rule on the compliance of armed groups with IHL. What is more, the UN Security Council has the means to enforce its decisions under Chapter VII of the UN Charter. To this end, according to article 39 of the UN Charter, the Security Council must determine the existence of a threat to international peace and security. Until the end of the Cold War, it seemed that the Security Council did not have the power to interfere in an internal armed conflict, unless there was a danger that the conflict might spill over the State's borders and, by so doing, become international.⁶¹ An interventionist mood surfaced in 1991 when the UN Security Council adopted Resolution 688 requesting Iraq to end its repressive measures against the Kurdish minority in the aftermath of the Gulf conflict.⁶² The Security Council has started becoming progressively more involved in countries for solely humanitarian reasons by addressing all the parties to the conflict,

⁴⁹ J.-M. Henckaerts, *supra* note 15, at 133.

⁵⁰ ICRC Expert Seminars, *supra* note 41, at 22.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² M. Sassoli, *supra* note 26, at 14.

⁵³ *Ibid.*, at 23.

⁵⁴ "Talking peace in Colombia. Give up and you can stay home", *The Economist*, 31 July – 6 August 2004, at 42–43.

⁵⁵ G. Aldrich, "Compliance with the Law: Problems and Prospects", in H. Fox & M.A. Mayer (eds.), *Armed Conflict and the New Law. Vol. II: Effecting Compliance*, London, British Institute of International and Comparative Law, 1993, at 4.

⁵⁶ ICRC Expert Seminars, *supra* note 41, at 23.

⁵⁷ C. Greenwood, "Ensuring Compliance ...", *supra* note 48, at 197.

⁵⁸ Article 126 of the Third 1949 Geneva Convention (Prisoners of War); Article 143 of the Fourth 1949 Geneva Convention (Civilians); Article 5(4) of API.

⁵⁹ Common Article 3 (3) of the 1949 Geneva Conventions provides that: "[a]n impartial humanitarian body, such as the International Committee of the Red Cross, may offer its services to the Parties to the conflict".

⁶⁰ D.P. Forsythe, "The International Committee of the Red Cross", in H. Fox & M.A. Mayer (eds.), *supra* note 55, at 93.

⁶¹ P.H. Koojmans, *supra* note 43, at 333–334.

⁶² UN Security Council, Resolution 688, UN Doc. S/RES/688 (1991), 5 April 1991. The Security Council, by condemning internal atrocities caused by the war in Iraq, implicitly called for compliance with this law, and, in particular, Common Article 3 (H.-P. Gasser, "Ensuring Respect for the 1949 Geneva Conventions and the Protocols: The Role of Third States and the United Nations", in H. Fox & M.A. Mayer (eds.), *supra* note 55, at 39.)

including non-State armed groups.⁶³ Other organs of the UN, namely the General Assembly, the ICJ, the Secretary General, and UN sub-commissions, may promote IHL, but do not have the power to take enforcement action.

In contrast to IHL, international and regional human rights monitoring mechanisms are working very efficiently. Similar mechanisms for supervising compliance with the law of war are indeed almost absent. Proposals have therefore been made to use the existing human rights bodies, such as the IACHR, to monitor compliance with this law. However, there are numerous problems. Firstly, human rights bodies lack an express mandate in their constitutional instruments to apply the law of war.⁶⁴ Secondly, human rights protect individuals by imposing obligations on States. Human rights bodies can therefore only hold States responsible, not armed groups. To allow them to apply IHL applicable to internal armed conflicts runs the risk that they only monitor compliance by States.⁶⁵

Other bodies specialised in monitoring compliance by non-State actors are for example the IFFC established by AP I in order to monitor the observance of the Geneva Conventions and the Protocol in time of international armed conflict.⁶⁶ Although it lacks an express mandate, the IFFC would be the appropriate body to deal with monitoring the observance of the law in time of non-international armed conflict. Indeed, it has even expressed its willingness to do so,⁶⁷ and got very close to becoming involved in Colombia.⁶⁸ Other organisations that do not specialise in monitoring compliance with IHL could also offer their good offices so as to accelerate peace negotiations and condemn violations of the law. Official organisations, like the EU in Yugoslavia,⁶⁹ and non-official organisations, like the Community of Saint'Egidio in Mozambique,⁷⁰ made successful diplomatic interventions during internal armed conflicts.

One could argue that there are no adequate monitoring mechanisms investigating individual complaints of violations of IHL by non-State actors. What is needed is an appropriate *forum* mandated to deal with such complaints, as already exists in relation to international human rights.⁷¹ However, difficulties might occur, since armed groups are not always organised, which complicates the designation of representatives and armed groups may also collapse if they lose the conflict.⁷² Despite these complications, creating IHL verification bodies does not seem impossible. The ICRC Expert Seminar expressed the idea of an overall International Humanitarian Law Commission having the powers to scrutinise armed groups' compliance with the law.⁷³ This commission could also supervise special agreements or declarations of conduct made by non-State actors.⁷⁴

Finally, third States are also required to ensure compliance with the law of war. Common Article 1 of the Geneva Conventions declares that State parties "undertake to respect and ensure respect" for the Conventions, which includes ensuring respect for Common Article 3. Common Article 1 stems from the acceptance that all States have an interest in the Geneva Conventions being respected by all other States. However, neither AP I (and more importantly for non-State actors) nor AP II contains such a provision. The question is

how far does the obligation of States go to ensure respect of IHL. Surely, States should be required to refrain from encouraging armed groups to violate IHL.⁷⁵ What is more, the responsibility of States in close contact with non-State actors is greater than that of States unable to use their influence on these actors.⁷⁶ Common Article 1 can so be seen as a positive obligation for States in contact with armed groups. Third States could also provide their good offices to secure a peace settlement, like Norway did in Sri Lanka.⁷⁷

3.5 Dissemination of International Humanitarian Law

Ignorance of the law contributes to the failure to comply with IHL. Although ignorance is no excuse,⁷⁸ knowledge of inter-

⁶³ In the Yugoslavian crisis, the Security Council issued a direct reminder to State and non-State parties to comply with the law of war. Under Chapter VII it also imposed sanctions on both parties to internal armed conflicts for violating the peace agreements. UN Security Council, Resolution 770, UN Doc. S/RES/770 (1992), 13 August 1992.

⁶⁴ D. Fleck, "Humanitarian Protection against Non-State Actors", in J.A. Frowein, *Verhandeln für den Frieden (Negotiating for peace). Liber amicorum Tono Eitel. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, Max Plank Institute for Comparative Public Law and International Law, 2003), at 84.

⁶⁵ J.K. Kleffner, "Improving Compliance with International Humanitarian Law Through the Establishment of Individual Complaints Procedures", (2002) 15 *Leiden Journal of International Law* 241–242.

⁶⁶ Article 90 AP I.

⁶⁷ R. Gutman, L. Zegveld, M. Veuthey, M. Sassoli, & J.-M. Henckaerts, *supra* note 7, at 174; ICRC Expert Seminars, *supra* note 41, at 24.

⁶⁸ F. Kalshoven, "The International Humanitarian Fact-Finding Commission: A Sleeping Beauty", (2002) 4 *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* 215. See also: F. Kalshoven, "The Undertaking to Respect and Ensure Respect in All Circumstances: From Tiny Seed to Ripening Fruit", (1999) 2 *Yearbook of International Humanitarian Law* 3–61; F. Kalshoven, "The International Humanitarian Fact-finding Commission: Its Birth and early Years", in E. Denters & N. Schrijver (eds), *Reflections on International Law from the Low Countries*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, at 14; A. de Zayas, "The Kalshoven Commission", (1993) 1 *Leiden Journal of International Law* 131–134.

⁶⁹ J. Wouters, "Improving Compliance with International Humanitarian Law during Non-International Armed Conflicts: Some Reflections", *Presentation at ICRC Seminar*, Collège d'Europe, 12 September 2003, at 3–4.

⁷⁰ For the method and experience of the Community of Saint'Egidio see <http://www.santegidio.org>.

⁷¹ L. Zegveld, *supra* note 16, p. 162; R. Gutman, L. Zegveld, M. Veuthey, M. Sassoli & J.-M. Henckaerts, *supra* note 7, at 174; J.K. Kleffner, *supra* note 65, at 242–43; M. Sassoli, *supra* note 26, at 20.

⁷² J.K. Kleffner, *supra* note 65, at 247–48.

⁷³ ICRC Expert Seminars, *supra* note 41, at 25. An alternative solution would be to create a position of an International Humanitarian Law High Commissioner or Ombudsman.

⁷⁴ As we have seen, armed groups tend to make agreements and declarations of conduct solely for political purposes. There have been cases such as in El Salvador, where despite undertakings made by the FMLN to observe Common Article 3 and AP II, violations of the provisions have occurred on a regular basis. The commitments emanating from non-State actors must therefore be accompanied by mechanisms for reporting and monitoring compliance with their pledges (ICRC Expert Seminars, *supra* note 41, at 21).

⁷⁵ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (27 June 1986) (Merits) 1986 ICJ Rep. 14, at 114, paras 254–256.

⁷⁶ H.-P. Gasser, *supra* note 63, at 28.

⁷⁷ ICRC Expert Seminars, *supra* note 41, at 24.

⁷⁸ The Latin maxim sounds: "ignorantia juris quod quisque tenetur scire, neminem excusat" (Ignorance of the law, which every man is bound to know, excuses no man). Translation: L.C. Green, "The Man in the Field and the Maxim *Ignorantia Juris non excusat*", in L.C. Green, *Essays on the Modern Law of War*, New York, Transnational Publisher, 2nd ed., 1999, at 228, footnote 7.

national law, and *a fortiori* IHL, is more difficult to acquire than knowledge of national law. International law, unlike national law, might contrast with the political choices and policies of a State, so that it is less accessible to the general population. Failure by the State to adequately disseminate the law of war can have the same damaging effect as a terrorist blowing a bomb in a plane or building.⁷⁹

To ensure the implementation of IHL, the Geneva Conventions require dissemination of their provisions by the High Contracting Parties.⁸⁰ This obligation includes instructing all nationals under its jurisdiction on the provisions of Common Article 3.⁸¹ AP II also requires, albeit in shorter and vaguer terms, that its content be disseminated by simply stating that “[t]his Protocol shall be disseminated as widely as possible”.⁸²

It is in time of peace, ahead of a conflict, that instruction on the law of war should take place.⁸³ Fighters should at least know what are the rights of civilians and prisoners under their control before the outbreak of the hostilities. Moreover, as far as common Article 3 is concerned, it is timely and widespread dissemination that is required by the Geneva Conventions. Even though it might be difficult for States to reach and instruct everybody on their territory, especially those who do not recognise their authority and eventually rebel against the government, I personally agree with the ICRC Seminar Experts as well as Greenwood that IHL should be disseminated to the military as well as to the entire civilian population, especially in States where civil wars are frequently waged.⁸⁴ Members of armed rebel groups are indeed mostly derived from the civilian population among which they come and go.

However, dissemination of the law to State soldiers is not the same as dissemination to insurgents, because of the significant difference between the structure of State armies and that of rebel forces. Propagation of information very much depends on military discipline and on the hierarchy of a particular armed group in which secrecy often prevails so that actual fighters do not meet their leaders.⁸⁵ Other factors to be taken into account are the current level of education of the combatants, the claims of the group, and its political and religious ideology.⁸⁶ Bearing this in mind, it is possible to instruct armed groups on the fundamental concepts of IHL, such as respect for the civilian population, the humane treatment of prisoners, and elementary constraints on the means and method of warfare.

States must disseminate among their nationals the law of war provided for by the Geneva Conventions and AP II in case they also ratified the Protocol. Unfortunately, leaders of armed groups are not High Contracting Parties in the meaning of the Geneva Conventions, with the result that it is not incumbent upon them to propagate the provisions of Common Article 3. On the other hand, non-State actors must disseminate AP II when this Protocol applies to them. Third States also have an obligation to propagate IHL abroad,⁸⁷ especially in countries where internal wars are waged on a regular basis. They can advise armed groups to instruct their

members and even recommend that they create internal regulations governing their organisation.⁸⁸ They should do this particularly with armed groups on which they have some influence. On the other hand, States likely to be confronted with a rebellion might regard the endeavours of third States as interference and incitement to take up arms against the government.⁸⁹ Dissemination of the law to armed groups, therefore, should preferably be authorised by their State.

Although the ICRC is relatively reluctant to offer its services to non-State actors, even more relevant would be endeavours on its part to instruct willing participants on IHL.⁹⁰ The ICRC has extensive experience in instructing on the law of war, and is in a good position to communicate with armed forces. More assistance should be given to the ICRC to enable it to propagate the principles of humanitarian law in the less accessible regions of the world. To this end, the UN could help the ICRC to pay for its expenses.⁹¹ Indeed, it might cost the international community a lot less to instruct people than to send troops to maintain peace in regions ravaged by civil wars.

3.6. Enforcement of International Humanitarian Law

To persuade the parties to a conflict to comply with the law of war is better than to sanction them for non-compliance. However, where persuasive methods fail to bear fruit, coercive remedies are necessary to remedy the failure of compliance. The absence of concrete enforcement mechanisms punishing the authors of violations of the law also leads to its disrespect.⁹² There are two ways to enforce IHL on non-State

⁷⁹ G.H. Aldrich, *supra* note 55, at 5.

⁸⁰ Articles 47/48/127/144 of the 1949 Geneva Conventions require that: “[t]he High Contracting Parties undertake, in time of peace as in time of war, to disseminate the text of the Present Convention as widely as possible in their respective countries, and, in particular, to include the study thereof in their programmes of military and, if possible, civil instruction, so that the principles thereof may become known to the entire population”.

⁸¹ L. Moir, *supra* note 2, at 243; G.I.A.D. Draper, “The Implementation of the 1949 Geneva Conventions of 1949 and Additional Protocols of 1977”, in M.A. Meyer & H. McCoubrey (eds), *Reflections on Law and Armed Conflict. The Selected Works on the Laws of War by the late Professor Colonel G.I.A.D. Draper, OBE*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, at 105.

⁸² Article 19 of AP II. There is no such provision provided for by AP I. The drafters of this Protocol were reluctant to make provision for more precise requirements for the dissemination of AP II, since this would result in placing limits on a State’s freedom of action to keep order on its territory (L.C. Green, *supra* note 78, at 242).

⁸³ D. Fleck, *supra* note 64, at 83–84.

⁸⁴ ICRC Expert Seminars, *supra* note 41, at 25–26; C. Greenwood, “Ensuring Compliance ...”, *supra* note 48, at 199.

⁸⁵ M. Sassoli, *supra* note 26, at 5.

⁸⁶ J.C. Lacayo, *supra* note 47, at 2–3.

⁸⁷ L. Moir, *supra* note 2, p. 246. The special provisions relating to dissemination as well as common Article 1 of the Geneva Conventions require that States participate in the worldwide diffusion of the Conventions.

⁸⁸ M. Sassoli, *supra* note 26, at 11.

⁸⁹ L.C. Green, *supra* note 78, at 241.

⁹⁰ H. McCoubrey, *International Humanitarian Law*, Aldershot, Ashgate Publishing Ltd., 2nd ed., 1998, p. 74. In 1980, for instance, the ICRC was permitted to teach El Salvador’s armed forces.

⁹¹ C. Greenwood, “Ensuring Compliance ...”, *supra* note 48, at 202.

⁹² G.H. Aldrich, *supra* note 55, at 4.

actors. Firstly, States fighting rebels or neutral States may take sanctions against armed groups for violating the law of war. Secondly, where IHL cannot be imposed during a conflict, it should be judicially enforced once the conflict is over.⁹³

Sanctions are the most direct means of enforcing the law. There are different degrees of sanctioning armed groups who violate IHL. States confronted with insurgency can resort to belligerent reprisals, i.e. unlawful, but proportionate measures taken to stop a breach of international law. Although they may be legal in certain circumstances, they are not recommended because of their dangerous consequences, such as the possible escalation of the conflict and the collateral damage on the civilian population.⁹⁴ In practice though, parties to internal armed conflicts often resort to belligerent reprisals, which lead to counter-reprisals.

Third States may also use enforcement action to stop atrocities committed by armed groups. However, armed intervention to halt violations of IHL has no legal base in the Geneva Conventions, and is very controversial, although it has been used in case of civil wars. States must use retortion, i.e. non-peaceful but legal measures under international law, and public naming and shaming of non-State actors in the first place. If denouncement and diplomatic interventions do not work, States could use retaliatory measures such as trade interruptions, embargoes, a moratorium on aid and development, the suspension of diplomatic relations, and so on.⁹⁵ However, it is difficult to imagine how such measures could work on non-State actors, since they do not generally benefit from such privileges. On the other hand, enforcement measures taken by the international community must be endorsed by the authority of the UN. The UN Security Council has thus sanctioned armed groups, such as UNITA of Angola in Resolution 1127,⁹⁶ directly for violating agreements or declarations on IHL.

Some violations of IHL applicable to non-international armed conflicts entail individual criminal liability. The authors of violations can only be accused of being criminals if these violations are also crimes under international law. The criminalisation of violations of IHL applicable to non-international armed conflicts, however, is not the same as the law applicable to international armed conflicts.⁹⁷ Violations of Common Article 3 do not generally constitute grave breaches of the Geneva Conventions incurring criminal liability. Neither are violations of AP II. Transgressions of certain prohibitions provided for by these IHL instruments, though, have progressively become criminalised.⁹⁸ However, armed groups as such cannot be held responsible for crimes committed by their members.⁹⁹ Only rebel movements succeeding governments can be liable for the criminal actions committed by their men during the conflict.¹⁰⁰ For the rest, prosecution is limited to those who under international law personally committed crimes or ordered them to be committed.

The next question is: who has jurisdiction to try members of armed groups accused of being criminals under international law or in other words of having committed ‘international cri-

mes’? Common Article 3 and AP II do not give jurisdiction to any particular body to prosecute violations of their provisions.¹⁰¹ However, there are treaties applicable to internal armed conflicts that give jurisdiction to States or international bodies to punish those who failed to respect them. The Convention on Cultural Property and its Second Protocol, both applicable to non-international armed conflicts, oblige States to impose sanctions on those having infringed these instruments,¹⁰² as does the Ottawa Treaty on the ban of anti-personal mines.¹⁰³

The establishment of the ICTR and ICJY has been a stepping stone towards the concrete enforcement of the law of war, and, as far as non-international armed conflicts are concerned, especially the former tribunal, because of the exclusively internal nature of the Rwandese conflict. However, these tribunals provided jurisdiction solely for the conflicts in Rwanda and the former Republic of Yugoslavia. Experience has shown that the prosecution of alleged criminals was highly selective, and that international tribunals are better off sharing the burden with the respective national courts.¹⁰⁴ The Rome Statute establishing the International Criminal Court (ICC) took these problems into consideration by providing for a complementary jurisdiction for this Court. States now have a principal role in the punishment of ‘international crimes’ committed in time of both international and non-international armed conflict.

Universal jurisdiction gives all States the right to prosecute under international law some crimes which are considered to be offences against the international community as a whole.¹⁰⁵ Essentially, however, Common Article 3 and AP II do not provide for universal jurisdiction. But there are special

⁹³ L. Moir, *supra* note 2, p. 275.

⁹⁴ H. McCoubrey, *supra* note 90, p. 308; G.H. Aldrich, *supra* note 55, at 8.

⁹⁵ H.-P. Gasser, *supra* note 63, at 29.

⁹⁶ UN Security Council, Resolution 1127, UN Doc. S/RES/1127 (1997), 28 August 1997.

⁹⁷ See W.A. Schabas, “Punishment of Non-State Actors in Non-International Armed Conflict”, (2003) 26 *Fordham International Law Journal* 907–933.

⁹⁸ The criminal character of the violation of the law of war depends on the category and seriousness of the violation, as well as on its importance to the international community (T. Meron, “International Criminalization of Internal Atrocities”, (1995) 89 *American Journal of International Law* 562). These criteria lead to violations of Common Article 3 now being considered criminal.

⁹⁹ L. Zegveld, *supra* note 16, p. 158; M. Sassoli, *supra* note 26, at 3.

¹⁰⁰ Article 18(1) of the Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens (See: D. Matas, “Armed Opposition Groups”, (1997) 24 *Manitoba Law Journal* 9).

¹⁰¹ L. Zegveld, *supra* note 16, p. 198.

¹⁰² Article 19 and 28 of the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict; Article 14 and 15 of the 1999 Second Hague Protocol for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict. The Second Hague Protocol is applicable to both international and non-international armed conflicts.

¹⁰³ Article 9 of the 1997 Ottawa Convention on Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction.

¹⁰⁴ L. Moir, *supra* note 2, pp. 233–234.

¹⁰⁵ M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 4th ed., 1997, p. 470.

treaties concerning some of the provisions of these instruments that do provide for universal jurisdiction. The Torture Convention, for instance, requires that States punish the authors of torture if the latter are present on their territory.¹⁰⁶ This Convention is applicable to non-international armed conflicts.¹⁰⁷ The Hostages Convention requires that States prosecute or extradite alleged offenders of the Convention.¹⁰⁸ Both torture and the taking of hostages are now proscribed by Common Article 3 and AP II,¹⁰⁹ and States have jurisdiction to try the suspected authors of these crimes, thanks to the two aforementioned conventions. Furthermore, the creation of international criminal tribunals and the development of customary law have also contributed to the affirmation of the principle of universal jurisdiction. It is now widely accepted that war crimes are punishable by all States under their universal jurisdiction, even in case of non-international armed conflicts.¹¹⁰

4. Conclusion

Although the overwhelming majority of armed conflicts in the world are internal, these are governed by an underdeveloped and largely confusing body of law. What is more, 90 % of violations during hostilities are violations of Common Article 3. Since the basic humanitarian norms applicable to non-international armed conflicts are generally infringed, we must first ensure compliance of the law that already exists.

The following are endeavours that the international community can make to ensure that armed groups feel more involved and consequently increase their compliance with the law of internal armed conflict:

1. Non-State actors should be invited as observers to the *travaux préparatoires* of new IHL treaties, as was the case for the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Conflicts held in Geneva from 1947 to 1977.
2. Non-State actors should be encouraged to conclude agreements and make unilateral declarations, while States or organisations should offer their good services for their negotiations and for monitoring their compliance.
3. States should grant insurgents amnesties after the conflict, provided they agree and subsequently comply with IHL. Such amnesties might also be provided for in special agreements between the government and armed groups. Third States should harbour and refuse to extradite those who observed humanitarian law rules, and try those who did not.

4. States or organisations could encourage armed groups to monitor their own compliance with the law of war, and to account to an independent body. Since existing human rights bodies are not suited to monitor compliance, a special International Humanitarian Law Commission should be created, taking the characteristics of non-State actors into account.

5. Since compliance with the law requires its knowledge, IHL should be disseminated as widely as possible. The ICRC is best suited for this purpose, and should be supported by third States and the UN.

6. Force should only be used as a last resort, since there is a risk that this might lead to an escalation of the conflict. The law of war should be judicially enforced to avoid impunity for crimes. Alleged criminals should be tried in their national courts, and if not, in international courts.

Is there any possibility that the law of internal armed conflict might somehow be brought back from the “vanishing point of the vanishing point”?¹¹¹ Since the end of the Cold War, the international community has shown increasing concern in relation to violations of IHL during civil wars. The community of States should now act preventively. However, to hold armed groups accountable, one first needs to talk with them. To begin with, they must be persuaded that it is in their best interest and to their advantage to comply with the law of war and to guarantee its respect by all their members.

None of the means for ensuring compliance with IHL by non-State actors examined so far are effective if taken on their own. Special agreements and unilateral declarations should provide for dissemination, monitoring mechanisms, and be enforced. The law of war should be created in the presence of armed groups. Its observance should be verified by independent monitoring bodies and lead to mandatory amnesties. Methods for enhancing compliance only make sense if observance of the law is commended, and violations are condemned. In this way, working with non-State actors will not just provide them with an opportunity to make political Statements ‘for free’.

¹⁰⁶ Article 5(2) of the 1984 UN Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

¹⁰⁷ W.A. Schabas, *supra* note 97, at 5.

¹⁰⁸ Article 5 of the 1979 International Convention against the Taking of Hostages.

¹⁰⁹ Common Article 3(1)(a) and (b) of the 1949 Geneva Conventions; Article 4 (2)(a) and (c) of AP II.

¹¹⁰ W.A. Schabas, *supra* note 97, at 5-6; T. Meron, *supra* note 98, at 569.

¹¹¹ L. Moir, *supra* note 2, p. 232, footnote 2.

The Role of the National Human Rights Commission of India in Protecting Human Rights

Manoj Kumar Sinha*

Der Artikel behandelt die wichtige Rolle der nationalen Menschenrechtskommission Indiens, in Bezug auf die Verbreitung und Sicherung der Menschenrechte. Das indische Rechtssystem hat mithilfe der im dritten Abschnitt ihrer Verfassung verankerten Möglichkeit, durch die Errichtung der Kommission eine starke Plattform der Menschenrechtsgewährleistung ermöglicht. Die im Jahre 1993 errichtete Kommission öffnet die quasi gerichtliche Durchsetzung von Menschenrechten, auch für die sozial schwächere Bevölkerung Indiens. Es wird insbesondere beleuchtet, wie die Kommission das Verfahren der eingereichten, mutmaßlichen Verletzungen vereinfachte und wie sie versucht der eventuell noch andauernden Verletzungen schnellstmöglich entgegen zu wirken. Erstaunlicherweise sind diese Methoden weder mühsam und beschwerlich, noch besonders kostenintensiv. Obwohl die Kommission von Entstehung an der Kritik ausgesetzt war, die Entscheidungen der Kommission könnten nur empfehlenden Charakter aufweisen, ist doch zu sagen, dass nahezu sämtliche dieser Empfehlungen von den jeweils streitenden Parteien eingesehen und befolgt wurden. Die Anstrengungen der Kommission haben dazu beigetragen, dass die sittlich-moralische Grundhaltung der Bevölkerung zu menschenrechtskonformem Verhalten von Grund auf eine bessere geworden ist, sodass die Kommission nicht zuletzt eine Möglichkeit der Verteidigung der elementaren Menschenrechte für die am wenigsten geschützten Individuen der Landes geschaffen hat. Es kann also mit Stolz darauf geschaut werden, dass die Bemühungen dazu führten, eine Stärkung des Rechtsempfinden und der Anteilnahme in Gang gesetzt zu haben. Die nationale Menschenrechtskommission Indiens ist damit ein zentraler Ausgangspunkt der Implementierung der Menschenrechte Indiens geworden.

1. Introduction

The Indian culture is the product of the assimilation of various cultures and religions that came into contact in the enormous Indian sub-continent over a longer period of time. Respect for the dignity of human beings and striving for peace and harmony in society have always been important factors in Indian culture. Hence human rights issues have often been at the core of the Indian culture.

The Indian Constitution envisages a democracy which ensures freedom under the law and the dignity of the individual. Part III of the Indian Constitution enumerates the fundamental rights and Part IV sets out the Directive Principle of State Policy. While the former guarantees fundamental rights¹ to the individual, the latter gives direction to the State to provide economic and social rights to its people in specified matters.² Together, they constitute the conscience of the Constitution. The justiciability of fundamental rights is itself guaranteed under the Indian Constitution.³ In particular, by virtue of articles 32 and 226 of the Constitution the responsibility for the enforcement of the fundamental rights lies with the Supreme Court to the High Courts.⁴

However, the rights guaranteed and provided in the Constitution are required to be in conformity with the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant on Economic, social and Cultural Rights (ICESCR), in view of the fact that India has become a party to these Covenants by ratifying them.⁵

The international community has long recognised the growing importance of strengthening national human rights institutions. In this context, in the year 1991 a UN-sponsored meeting of representatives of national institutions which was held in Paris, developed a detailed set of principles on the status of national institutions; these are commonly known as the Paris Principles. These principles, subsequently endorsed

by the UN Commission on Human Rights⁶ and the UN General Assembly,⁷ have become the foundation and reference point for the establishment and operation of national human rights institutions.⁸

2. The Establishment of the Indian National Human Rights Commission

The government of India quickly realised the need to establish an independent body for the promotion and protection of human rights. The establishment of an autonomous National Human Rights Commission (hereinafter the Commission) by the government of India reflects its commitment towards

* Dr. Manoj Kumar Sinha is visiting Professor at the Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law at the University of Lund (Sweden). He is also Assistant Professor (on leave) at the Indian Society of International Law in New Delhi (India). I would like to convey my sincere thanks to my wife Preet Kumar Sinha for her support and encouragement and thank Dr. Noëlle Quéniwet for her valuable suggestions.

¹ Articles 12 to 35 of the Indian Constitution deal with Fundamental Rights. The Indian Constitution groups the Fundamental Rights under several sub-heads. (A) Right to Equality (Articles 14 to 18); (B) Right to Freedom (Articles 19 to 22); (c) Right Against Exploitation (Articles 23 to 24); (D) Right to Freedom of Religion (Articles 25 to 26); (E) Cultural and Educational Rights (Articles 29 to 30); (F) Right to Constitutional Remedies (Article 32).

² Articles 36 to 51 contain the Directive Principles of State Policy. The idea to have such principles in the Constitution has been borrowed from the Irish Constitution. The Directive Principles are not enforceable by the Court of Law.

³ D.D. Basu, *Human Rights in Constitutional Law*, New Delhi, Prentice Hall, 1994.

⁴ The Supreme Court of India is the highest court in India and its below are the High Courts in each State or group of States.

⁵ Government of India ratified these two instruments on 10 April 1979. See, UN Publications, *Human Rights International Instruments: Signatures, Ratification*, United Nations, New York, 1982, p. 52.

⁶ Commission on Human Rights, Resolution 1992/54, 3 March 1992.

⁷ General Assembly, Resolution 48/134, 20 December 1993.

⁸ The Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions <http://www.asiapacificforum.net/about/paris_principles.html>, 18 April 2005.

the effective implementation of human rights provisions under national and international instruments. The Commission is the first of its kind among the South Asian countries⁹ and also few among the National Human Rights institutions, which were established in the early 1990s. The Commission came into effect on 12 October 1993 by virtue of the Protection of Human Rights Act 1993.¹⁰ Fourteen Indian States¹¹ have also set up their own human rights commissions to deal with violations from within their states. The Act contains broad provisions pertaining to the function and powers of the National Commission, its composition and other related aspects.¹² As a matter of principle, section 2(d) of the Act defines human rights as rights relating to life, equality and dignity of the individual guaranteed by the Constitution or embodied in the international covenants and enforceable by Indian courts.

2.1. The Constitution of the National Human Rights Commission

The Constitution of the Commission is the subject of Chapter II of the Protection of Human Rights Act of 1993.

1. Section 3 of the Act states that “the Central government shall constitute a body to be known to the National Human Rights Commission to exercise the powers conferred upon, and to perform the functions assigned to it, under this Act.
2. The Commission shall consist of
 - (a) A Chairperson who has been a Chief Justice of the Supreme Court;
 - (b) One Member who is, or has been a judge of the Supreme Court;
 - (c) One Member who is, or has been the Chief Justice of the High Court;
 - (d) Two members to be appointed from amongst persons having knowledge of, or practical experience in, matters relating to human rights.
3. The Chairpersons of the National Commission for Minorities, the National Commission for the Scheduled Castes and Scheduled Tribes and the National Commission for Women shall be deemed to be Members of the Commission for the discharge of functions specified in clauses (b) to (j) of section 12.
4. There shall be a Secretary-General who shall be the Chief Executive Officer of the Commission and shall exercise such powers and discharge such functions of the Commission as it may delegate to him.
5. The headquarters of the Commission shall be Delhi and the Commission may, with the previous approval of the Central Government, establish offices at other places in India.”

The appointment of the Chairperson and other Members is elaborately discussed under Section 4 of the Act.¹³ The other provisions relate to the removal of a member of the Commission (section 5), the term of office of Members (section 6), a member to act as a Chairperson or to discharge his functions in certain circumstances¹⁴ (section 7), the terms and conditions of service of members (section 8), vacancies, etc., the impossibility to invalidate the proceedings of the Commis-

sion (section 9), the procedure to be regulated by the Commission (section 10), and the officers and the other staff of the Commission (section 11).

2.2. Functions and Powers of the Commission

According to section 12 of the Act, the Commission is endowed with wide powers and functions. Paragraph (a) of section 12 provides that the Commission can enquire *suo motu* against any public servant against whom a complaint has been registered for violation of human rights. Section 12(b) stipulates that the Commission can intervene in any court proceedings involving allegations of a human rights violation provided the court approves of the intervention.¹⁵ Furthermore, for the purpose of mainly monitoring prison or custodial practice Section 12(c) empowers the Commission to visit any jail or any other similar institution by intimating the concerned State government about its plan to visit prisons within the State. The Commission can make recommendations to State governments on the basis of such visits. The Commission found after visiting a series of jails that pitiable conditions prevailed in many of them. In its view this is due to the apathy and the lack of priority accorded to prison conditions as well as to the rights of prisoners and those held in pre-trial condition. The Commission initiated on numerous occasions action to improve prison conditions in India and specifically started studying all existent reports relating to prison conditions.¹⁶ As

⁹ The Human Rights Commission of Sri Lanka was established under the Human Rights Commission of Sri Lanka Act, No. 21 (1996) and became operational in September 1997. The National Human Rights Commission (NHRC) of Nepal is an independent and autonomous statutory body established in the year 2000 under the Human Rights Commission Act 1997.

¹⁰ The Commission was constituted by an Act of Parliament. The Act is divided into eight Chapters consisting of 43 Articles. Some articles are worth being mentioned. For example, special powers are conferred to the Commission under Article 10(c): “the Commission shall regulate its own procedure.” There are 19 Articles under Procedural Regulations.

¹¹ The fourteen States which established such commissions are: Assam, Chhattisgarh, Himachal Pradesh, Jammu & Kashmir, Kerala Madhya Pradesh, Maharashtra, Manipur, Orissa, Punjab, Rajasthan, Tamil Nadu, Uttar Pradesh and West Bengal. See <<http://www.nhrc.in>>, visited on 12 April 2005.

¹² See for details The Protection of Human Rights Act 1993 with Procedural Regulations.

¹³ According to Section 4 of the Act “Selection of Chairperson and members of the Commission is made on the recommendations of a committee consisting of the Prime Minister, Speaker and leader of the opposition in the House of the People (Lok Sabha) and Deputy Chairman and leader of the opposition in the Council of States (Rajya Sabha).”

¹⁴ Section 7 of the Act stipulates that in the event of the occurrence of any vacancy of the Chairperson by reason of his death, resignation or otherwise, the President may authorise one of the Members to act as the Chairperson until the appointment of a new Chairperson is completed.

¹⁵ The Commission has decided to intervene in the pending court proceeding in the Punjab & Haryana Court relating to the disappearance of Harjit Singh. National Human Rights Commission, The Commission intervenes in case of disappearance, (1995) 2.7. *Human Rights Newsletter* 1.

¹⁶ Report of the All India Jail Manual Committee of 1957-59; the Report of the All-India Committee on Jail Reforms 1980-83 Chaired by the Justice A.N. Mulla (popularly known as Mulla Committee Report); The Report of the National Expert Committee on Women Prisoners of 1987 chaired by Justice V.R. Krishna Iyer; the Report of the Group of Officers on Prison Administration chaired by Sri R.K. Kapur in 1987. In addition to this the Commission remains mindful the need for the country to abide by the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners of 1957.

a consequence, the Commission recommended the preparation of a new All India Jail Manual and further suggested the revision of the old Indian Prison Act dated 1894. To come to such a conclusion, the Commission sought assistance from all those who believe that human dignity must be ensured also when a person enters the gates of a prison.¹⁷

Section 12(d) empowers the Commission to review the safeguards provided under the Constitution or any law relating to the protection of human rights. The Commission took initiative in adopting new legislations by the government of India in various areas, namely, women, children and prison conditions, which are relevant to present time. Moreover, it may recommend specific measures for their effective implementation. Under Section 12(e) there is a separate provision enabling the Commission to review cases pertaining to terrorism, which inhibits the enjoyment of human rights as well as to recommend appropriate remedial measures.

It is particularly interesting to notice that section 12(f) provides for the study of all treaties related with international human rights instruments and the making of recommendations for their effective implementation. This undoubtedly links national with international instruments and ensures that national laws are in compliance with international human rights documents.

A specific aspect incorporated in the Act is the general study and promotion of human rights. Section 12(g) provides for the promotion of research in the human rights field. In addition, section 12(h) empowers the Commission to spread human rights literacy amongst various sections of the society as well as to promote awareness through publications, the media, seminars, and any other available means. Section 12(i) authorises the Commission to encourage efforts of non-governmental organisations (NGOs) working in the field of human rights. Lastly, Section 12(j) provides for any other functions deemed necessary for the promotion of human rights.

3. Functional Approach of the Commission

One must stress that the responsibility entrusted to the Commission under the Act of 1993 cannot be adequately fulfilled without the development of close ties between the Commission and NGOs. For the Commission, it is not just a matter of statutory obligation in pursuance of section 12(i) of the Act; the Commission recognised that the human rights cause has much to gain both from the practical assistance and the constructive criticism that NGOs and the Commission can bring to bear in their mutual interaction and growing relationship.¹⁸ From the very outset, the Commission closely associated NGOs when it inquired about complaints. As a matter of fact, during visits undertaken by the Commission, NGOs have boldly come forward with evidence of wrongdoing in relation to specific complaints addressed to the Commission.¹⁹

The Commission acknowledged that the promotion and protection of human rights requires the courage and commit-

ment that NGOs bring to bear in their endeavours and that it is for this reason that the country has much to gain by encouraging their efforts, whether they are working on the national or on the international plane.

3.1. Investigation Division

There is a well organised investigation division within the Commission.²⁰ The primary duty of this investigation division is to look into complaints received by the Commission. For this purpose the investigation team makes on spot investigations. The Act outlines the investigative role of the Commission. Subsection 1(b) of Section 11 provides that “[s]uch police and investigative staff under and officer not below the rank of a Director General of Police and such other officers and staff as may be necessary for the efficient performance of the functions of the Commission.”

3.2. Inquiry into Complaints

A considerable increase in public awareness of the work of the Commission has been observed over the last few years. This is reflected in the vast increase in the number of the complaints of human rights violations received by the Commission. Many of the cases received by the Commission were of great poignancy, but unfortunately they could not be entertained by the Commission because of Regulation 8 of the Commission.²¹ The Commission broadly divides the cases in the following categories: (1) Custodial deaths; (2) Police excesses (torture, illegal detention/unlawful arrest, false implication etc.); (3) Fake encounters; (4) Cases related to women and children; (5) Atrocities on Dalits/members of minority community/Disabled (6) Bonded labour (7) Armed forces/paramilitary forces and (8) other important cases.²²

Once the Commission accepts to look into a complaint, the Commission seeks comments from the concerned government or authority.²³ After receiving the comments from the concerned authorities, the Commission makes a recommendation on the basis the report.²⁴ The recommendations of the commission are communicated to the concerned government under sections 18 and 19 of the Act.

¹⁷ National Human Rights Commission Report, *Second Annual Report 1994–1995*, New Delhi, 1994–95, pp. 12–16.

¹⁸ National Human Rights Commission Report, *First Annual Report 1993–1994*, New Delhi, 1993–94, pp. 28–29.

¹⁹ National Human Rights Commission Report, *Second Annual Report, supra* note 17, 1994–1995, p. 27.

²⁰ The Investigation Division of the Commission is headed by an officer of the rank of Director General of Police (DIG). The Director General (Investigation) is assisted by a DIG, three senior Superintendents of Police and 20 other investigators of various ranks.

²¹ Under this Regulation, the Commission refused to entertain cases relating to (a) events which happened more than one year before the making the complaint (b) matters which are *sub judice* (c) those which are vague, anonymous or written under a pseudonym (d) those which are frivolous in nature, or (e) matters which are outside the purview of the Commission.

²² <<http://www.nhrc.in>>, on 18 April 2005.

²³ Section 8(7) of Procedural Regulation.

²⁴ Section 8(8) of Procedural Regulation

Since its establishment in October 1993 the Commission has awarded compensation in 559 cases.²⁵ From 1 April 2002 to 31 March 2003 the Commission registered 68,779 cases.²⁶ Out of 68,779 cases registered in the year 2002 to 2003, 67,354 complaints included issues relating to human rights violations, 1,340 related to custodial deaths, 2 concerned custodial rapes and 83 related to police encounters.²⁷ As of 31 March 2003 the total number of cases before the Commission was 43,010, which included 9763 cases awaiting preliminary consideration and 33,247 cases in respect of which reports were either awaited from the concerned authorities or the reports were received and are pending further consideration within the Commission.²⁸

In a certain number of cases the Commission may opt for a personal hearing with the petitioner or any other person speaking on behalf of the petitioner. This personal hearing usually provides an opportunity for examining any witnesses, if any, in support of the complaint and the petitioner's stand.²⁹ Once the Commission or any other person under its authority undertakes an investigation, the report of the investigation should be submitted within a week of its completion. In some cases, the Commission may allow further time for the submission of the report. If the Commission is not satisfied with any report it may recommend a fresh investigation for ascertaining the truth or enabling it to properly dispose of the case.

Lastly, under section 8(12) the Commission or any of its members, when requested by the Chairperson, may undertake visits for on-the-spot study in cases of the grave violations of human rights.

4. Steps after Inquiry

Upon completion of the inquiry, the Commission may take any of the following steps under Section 18 of this Act, namely:

- (1) Where the inquiry discloses, the commission of violation of human rights or negligence in the prevention of violation of human rights by a public servant, it may recommend to the concerned Government or authority the initiation of proceedings for prosecution or such other action as the Commission may deem fit against the concerned person or persons;
- (2) approach the Supreme Court or the High Court concerned for such directions, orders or units as that Court may deem necessary.
- (3) recommend to the concerned government or authority for the grant of such immediate interim relief to the victim or the members of his family as the Commission may consider necessary;
- (4) subject to the provisions of clause (5) provide a copy of the inquiry report to the petitioner or his representative;
- (5) the Commission shall send a copy of its inquiry report together with its recommendations to the concerned government or authority who shall, within a period of one month, or such further time as the Commission may allow, forward its comments on the report, including the action taken or proposed to be taken thereon, to the Commission.
- (6) the Commission shall publish its inquiry report together with the comments of the concerned government or autho-

riety, if any, and the action taken or proposed to be taken by the concerned government or authority on the recommendations of the Commission.”

In several cases, the Commission recommended the prosecution of the public servant responsible for violation of human rights, under section 18(1) of the Act. In the case of violation of human rights, the Commission may recommend under Section 18 (3) of the Act that the concerned State to grant immediate interim relief to the victim or members of the family.

The Commission incorporated elaborated provisions under section 18(5) of procedural regulations in order to make its inquiry more transparent and impartial. After the completion of its inquiry the Commission generally sends a report along with recommendations to the concerned government that is allowed to report back and comment upon the report of the Commission within a period of one month, or such further time as the Commission may allow. This recommendation also includes what action should be taken in a particular case.

Lastly, section 18(6) stipulates that the Commission should publish its report in detail. It must contain the comments of the Government or the authority in charge. The report should also include the type of action the concerned government or authority is going to take in a particular case.

However, the Commission has been deprived of similar powers when examining cases relating to the armed forces. Section 19 restricts the power of the NHRC to initiate investigation on its own in the case of human rights violations by the armed forces. According to section 19(a)(1) of the Act the Commission has to seek a report from the Central Government. Upon receipt of the report from the Central Government, it may, either not proceed with the complaint or formulate its recommendations to the government.³⁰ Nothing provided in section 19 curtails the power of the Commission to make recommendations. As a matter of fact, these restrictions do not affect the jurisdiction of the NHRC when dealing with complaints against the armed forces; it only subjects the NRHC to a more restrictive procedure.

From the above provisions it transpires that the Commission is fully equipped to handle any situation, but in practice the Commission is powerless especially when a government refuses to comply with its recommendation. The Commission is only endowed with recommendatory powers in as much as the recommendations are not legally binding.

²⁵ National Human Rights Commission, *Report 2002–2003*, New Delhi, 2003, p. 170.

²⁶ In the same period for 2001 to 2002 the Commission registered 69,083 cases in the year 2001–2002. National Human Rights Commission, *Report 2002–2003*, *supra* note 25, p. 168.

²⁷ National Human Rights Commission, *Report 2002–2003*, *supra* note 25, p. 169, para. 13.4.

²⁸ National Human Rights Commission, *Report 2002–2003*, *supra* note 25, p. 168, para 13.3.

²⁹ Section 8 (10) of Procedural Regulation.

³⁰ Section 19(1) (b) of the Act.

However, in most of the cases recommendations of the Commission have been complied with by the concerned government or authority: several police officials were prosecuted and compensation was awarded to victims in various cases.

5. Illustrative Cases

5.1. National Human Rights Commission v. State of Arunachal Pradesh

Under article 32 of the Indian Constitution the Commission has filed a writ petition as a public interest petition before the Supreme Court of India.³¹ The Commission filed this petition mainly for the enforcement of fundamental rights of about 65,000 members of the Chakma and Hajong tribal population whose lives are protected under article 21 of the Constitution.³² In this case a large number of refugees from erstwhile East Pakistan³³ were displaced in 1964 due to the Kaptain Hydrel project. These displaced Chakmas had taken shelter in the North-Eastern States of India, namely, in Assam and Tripura. The two main issues involved in this case were (1) the conferring of citizenship and (2) the fear of persecution by certain sections of the citizens of Arunachal Pradesh. To different NGOs approached the NHRC pertaining to these issues.

Largely, due to these two issues NHRC was approached by two NGOs. The first to approach NHRC was the People's Union for Civil Liberties (PUCL) which brought these issues to the attention of NHRC on 9 September 1994. Similar issues were raised by a second organisation, the Committee for Citizenship Rights for the Chakmas (The CCRC) on 15 October 1994. The CCRC petitioned contained a report in which All Arunachal Pradesh Students Union (AAPSU) had issued "quit notices" to all alleged foreigners, including the Chakmas asking them to leave the State. The AAPSU had threatened to unleash violence if its demand was not complied with.

In this case the Commission contended before the Supreme Court that the Commission found serving of quit notices by All Arunachal Pradesh Students Union (AAPSU) to Chakmas and their attempted enforcement appeared to be supported by the administrative and police officers of Arunachal Pradesh. The State government deliberately delayed the disposal of the matter by not furnishing the required response to the NHRC and, in fact, assisted in the enforcement of the eviction of the Chakmas from the State through its agencies.³⁴

The Court, after hearing the argument, directed the government of Arunachal Pradesh to ensure the life and personal liberty of each and every Chakma residing within the State. The significance of this judgement also lies in clearing the doubts regarding the applicability of fundamental rights to refugees. This decision rules that foreigners are entitled to enjoy the protection of the right to life and liberty under Article 21 of the Indian Constitution. The timely intervention by the Commission saved the life of thousands of innocent Chakma refugees from AAPSU.

5.2. Indian Council of Legal Aid and Advice and others

On 3 December 1996 the Commission took cognisance of a letter from Chaturanan Mishra, the then Union Minister for Agriculture regarding deaths caused by starvation after the drought in the Bolangir district of Orissa. A Writ petition³⁵ was filed on 23 December 1996 by the *Indian Council of Legal Aid and Advice and others* before the Supreme Court of India under article 32 of the Constitution. The petition alleged that deaths by starvation continued to occur in certain districts of Orissa.³⁶ The Supreme Court of India on 26 July 1997 pointed out that since the matter had been seized with the NHRC and the NHRC was expected to deliver a direction in this case, the petitioner could approach the Commission. Realising the urgency of the matter the Commission acted quickly, prepared interim measures for a two-year period, and requested the Orissa State Government to constitute a Committee to examine all aspects of the Land Reform question in the Kalahandi, Bolangir and Koraput (KBK) districts.³⁷ The Commission has appointed a Special Rapporteur to monitor the progress of implementation of its directions.

The Commission observed that as starvation deaths reported from some pockets of the country are invariably the consequence of mis-governance resulting from acts of omission and commission on the part of the public servant.³⁸ The Commission strongly supported the view that to be free from hunger is a fundamental right of the people of the country. Starvation, hence, constitutes a gross denial and violation of this right.

The Commission organised a meeting with leading experts on the subject, in January 2004, to discuss issues relating to the right to food.³⁹ The Commission approved the constitution of a Core Group on Right to Food that can advise on issues referred to it and also suggest appropriate programmes, which can be undertaken by the Commission.⁴⁰ By this decision it is firmly established in the context of India that economic, social and cultural rights are treated on a par with civil and political rights before Indian courts and the NHRC. India is amongst the few countries in the world which has accorded justiciability of economic, social and cultural rights.

³¹ *National Human Rights Commission of India v. State of Arunachal Pradesh*, AIR 1996 SC 1235.

³² Article 21 of the Indian Constitution provides, "[n]o one shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law.

³³ East Pakistan, presently known as Bangladesh, gained independence in 1971.

³⁴ M. Kumar Sinha, "National Human Rights Commission v. State of Arunachal Pradesh", (1997) 37.1. *Indian Journal of International Law* 128–34.

³⁵ Writ petition (civil) No.42\97. Sanjay Parikh, a public-spirited lawyer on behalf of the Indian Council of Legal Aid and Advice and others, filed this petition.

³⁶ The author has personally seen the file and appeared before the Commission on a couple of occasions along with Sanjay Parikh as an advocate.

³⁷ Starvation Death in Orissa, <<http://nhrc.nic.in/HRIssue.htm#Right%20to%20Food>>, 19 April 2005.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

5.3. The Punjab Mass Cremation Order

Two writ petitions⁴¹ were filed before the Supreme Court of India containing serious allegations that the Punjab Police had carried out large-scale cremations of persons allegedly killed in what were termed as ‘encounters’. The main thrust of the Writ Petitions was that these extra-judicial executions as well as hasty and secret cremations rendered the State liable for action. These petitions largely relied on a press note dated 16 January 1995 by the Human Rights Wing of the Shiromani Akali Dal under the caption ‘disappeared’ and ‘cremation ground’. The note alleged that the Punjab Police had cremated a large number of human bodies after labelling them as unidentified. The Supreme Court after examining a report on the subject-matter submitted to the Court by the Central Bureau of Investigation (CBI) observed that the report indicated that 585 dead bodies were fully identified, 274 partially identified and 1238 unidentified.⁴² The report disclosed flagrant violations of human rights on a large scale. On 12 December 1996 the Court requested the Commission to examine the matter in accordance with law and determine all issues relating to the case. Although the matter is still pending before the Commission for final consideration, the Commission has granted in some cases compensation amounting to Rupees Two hundred and fifty thousands to the next of kin of 89 deceased persons.⁴³ While granting the compensation the Commission relied on the jurisprudence developed by Indian courts pertaining to legal standards for remedial, reparatory, punitive and exemplary damages for human rights violation.⁴⁴ The Commission observed that it is now a well accepted proposition in most of legal systems that monetary or pecuniary compensation is an appropriate and, indeed, effective and sometimes perhaps the only suitable remedy for redress of the established infringement of the fundamental right of life of a citizen by public servants and the State.⁴⁵ The claim of the citizen is based on the principle of strict liability to which the defence of sovereign immunity cannot be raised and the citizen must receive the amount of compensation.⁴⁶

5.4. Gujarat Communal Riot

The commission took *suo motu* action on the communal riots which took place in Gujarat in early 2002. The decision to take action was based on both print and electronic media reports.⁴⁷ Besides, the Commission received an e-mail communication requesting the Commission to intervene. A team of the Commission visited Gujarat between 19 and 22 March 2002 and prepared a confidential report, which was later made public.⁴⁸ The release of the confidential report was initially withheld to provide an opportunity to the Gujarat government to comment on its contents, given the sensitivity

of the allegations contained in it.⁴⁹ Unfortunately, the State government did not bother much about this report. The Commission observed that the State had failed to discharge its primary and inescapable responsibility to protect the rights to life, liberty, equality, and dignity of all of those who constitute it.⁵⁰ The principle of *res ipsa loquitur* (the affair speaking for itself) applies in this case in assessing the degree of State responsibility in the failure to protect the constitutional rights of the people of Gujarat.⁵¹ The responsibility of the State extended not only to the acts of its own agents, but also to those of non-State actors within its jurisdiction and to any action that may cause or facilitate the violation of human rights.⁵² Recently, the US government denied visa to Chief Minister Narendra Modi because of the Commission’s report on Gujarat.⁵³

6. Conclusion

From its inception the Commission attracted much suspicion because of its status as a governmental institution. However, in twelve years it was able to ascertain its integrity and commitment. The Commission was able to demonstrate its ability to work independently and impartially, which is borne out by its recommendations. Even if the Commission is a very small step in the daunting task of the implementation of human rights at the national level, it remains a very significant step. Considering India’s extensive territory, the vastness of its population and the complexity of social structure, cases of violation of rights, whether attributable to the agencies of the State or to the private individuals or groups, may occur despite its best efforts.

⁴¹ Writ Petition (Crl.) No. 497/95, *Paramjit Kaur v. State of Punjab and others* and Writ Petition (Crl.) No. 447/95, *Committee for Information and Initiative on Punjab v. State of Punjab*.

⁴² Punjab Mass Cremation Order, available at <<http://nhrc.nic.in>>, 19 April 2005.

⁴³ Punjab Mass Cremation Order, *supra* note 42.

⁴⁴ M. Kumar Sinha, *Implementation of Basic Human Rights*, Manak Publications, New Delhi, 1999, pp. 322–330.

⁴⁵ Punjab Mass cremation order, *supra* note 42.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ National Human Rights Commission, *Gujarat case*, Case No. 1150/6/2001–2002, 6 March 2002.

⁴⁸ National Human Rights Commission, *Gujarat Case*, <<http://nhrc.nic.in/Gujarat.htm>>, 19 April 2005.

⁴⁹ National Human Rights Commission, *Gujarat Case*, *supra* note 48.

⁵⁰ National Human Rights Commission, *Gujarat Case*, *supra* note 48.

⁵¹ National Human Rights Commission, *Gujarat Case*, *supra* note 48.

⁵² National Human Rights Commission, *Gujarat Case*, *supra* note 48.

⁵³ Nilova Roy Chaudhury “US Denies Visa to Modi, India asks for Review” *Hindustan Times*, 18 March 2005, available at <http://www.hindustantimes.com/news/181_1284687,00080001.htm>, 19 April 2005.

Verbreitung des Humanitären Völkerrechts (HVR) in Deutschland

Deutsches Rotes Kreuz

For an effective dissemination of humanitarian law, it is highly important to develop mechanisms which ensure that the obligations arising out of the Geneva Conventions and their Additional Protocols will be followed. In Germany, there are several institutions that deal with the dissemination of those norms. For instance, the armed forces developed such a mechanism for their members so that they abide by the laws of armed conflict. Additionally, there are several organisations, such as the German Red Cross, the Johanniter-Unfall-Hilfe, some universities and institutes which design materials and organise conferences for the implementation and promotion of international humanitarian law throughout Germany.

Further, attention should be paid to the system of the delegates of the Red Cross which is constituted of 19 delegates in different areas of Germany; they are responsible for coordinating another 530 people who then train members of the Red Cross throughout Germany. To qualify as a delegate one should have a law degree or at least an interest in law, and be motivated to disseminate international humanitarian law.

Die erfolgreiche Umsetzung des humanitären Völkerrechts hängt von seiner Verbreitung ab. Diese stellt eine notwendige Form der Aufklärung und Ausbildung dar, um die Akzeptanz der Prinzipien des humanitären Völkerrechts als eine Errungenschaft der sozialen und kulturellen Entwicklung der Menschheit zu vergrößern. Die Befolgung der Grundsätze des humanitären Völkerrechts kann nur dann erwartet werden, wenn sämtliche relevanten Behörden, die Streitkräfte und die allgemeine Öffentlichkeit mit seinen Inhalten vertraut sind. Als Vertragsstaat der Genfer Abkommen von 1949 und der Zusatzprotokolle von 1977 ist die Bundesrepublik Deutschland dazu verpflichtet, die Inhalte dieser Verträge so weit wie möglich zu verbreiten (Art. 47 Genfer Abkommen I, Art. 48 GA II, Art. 127 Abs. 1 GA III, Art. 144 Abs. 1 GA IV, Art. 83 Abs. 1 ZP I und Art. 19 ZP II).

1. Mit Verbreitungsarbeit befasste Institutionen

1.1. Streitkräfte

Vorrangig bezieht sich die Verbreitung von humanitärem Völkerrecht auf die Streitkräfte. Die Bundeswehr betreibt ein umfassendes System der Verbreitung von humanitärem Völkerrecht. Gemäß § 33 Abs. 2 des Wehrgesetzes sind alle Soldaten der Streitkräfte über ihre Rechte und Pflichten im Rahmen des Völkerrechts zu Friedens- und Kriegszeiten aufzuklären. Die Prinzipien des humanitären Völkerrechts werden Soldaten aller Dienstgrade vermittelt, in besonderem Maße denen, die zukünftig an internationalen Auslandseinsätzen teilnehmen. Diese Instruktion soll nicht nur der Verbreitung von Wissen dienen, sondern auch und zuvorderst der Entwicklung des Bewusstseins, was in unterschiedlichen Situationen richtig oder falsch ist. Die allgemeinen Prinzipien und Kernbereiche des humanitären Völkerrechts sind Bestandteil der Wehrgrundausbildung. Die Kenntnisse werden im Laufe alljährlicher Fortbildungen vertieft. Die Instruktion wird dabei innerhalb der militärischen Einheiten von den Vorgesetzten geleistet. Instruktionen, Vorlesungen und Ausbildungen im humanitären Völkerrecht sind gleichfalls Teil der verschiedenen Wehrübungen, als auch Qualifikationsvoraussetzungen für eine militärische Führungsposition. Sie werden dem jeweiligen Dienstgrad angepasst (Unteroffizier, Offizier, Stabsoffizier, Generalstabsoffizier). Die Fortbildung wird

von Rechtsdozenten, meistens erfahrene ehemalige Rechtsberater, der verschiedenen Bundeswehrakademien durchgeführt. Schließlich bietet das *Zentrum Innere Führung* in Koblenz unterschiedliche spezialisierte Kurse im humanitären Völkerrecht für Mitglieder der Rechtsabteilung und für Stabsoffiziere an.

1.2. Freiwillige Hilfsorganisationen

Zusätzlich zu den Streitkräften sind in Deutschland traditionell einige freiwillige Hilfsorganisationen mit der Verbreitung des humanitären Völkerrechts befasst.

Das **Deutsche Rote Kreuz** besitzt eine weitreichende Erfahrung auf diesem Gebiet. So bietet das Deutsche Rote Kreuz nicht nur seinen ehrenamtlichen und hauptamtlichen Mitarbeitern, sondern auch der allgemeinen Öffentlichkeit eine Fülle von Informationen und Veranstaltungen zum humanitären Völkerrecht an. Die Verbreitung des humanitären Völkerrechts ist in der Satzung des Deutschen Roten Kreuzes als erste Aufgabe festgelegt (Satzung, Art 1, Abs. 2 und Art. 2). Um diese Aufgabe zu erfüllen, hat das Deutsche Rote Kreuz ein System von ehrenamtlichen, auf den verschiedenen Verbandsebenen tätigen Konventionsbeauftragten entwickelt. Neben anderen gemeinsamen Verbreitungsaktivitäten organisiert das Deutsche Rote Kreuz mit dem Bundesverteidigungsministerium und dem Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) der Universität Bochum alljährlich eine themenspezifische Tagung in Bad Teinach, um den Dialog zwischen den Rechtsberatern der Streitkräfte und den Konventionsbeauftragten des Deutschen Roten Kreuzes zu stärken. Das Deutsche Rote Kreuz veröffentlicht zudem vierteljährlich eine Zeitschrift zum humanitären Völkerrecht (*Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften*), um unter anderem die Rechtsberater der Bundeswehr und die Konventionsbeauftragten in ihrer Arbeit zu unterstützen. Schließlich nimmt das Deutsche Rote Kreuz die Geschäftsführung der Nationalen Kommission zum Humanitären Völkerrecht wahr, ein Gremium, das sowohl Beratungsorgan seines Präsidiums ist („DRK-Fachausschuss Humanitäres Völkerrecht“) als auch das einzige nationale Forum, auf dem sich Vertreter des DRK, aller relevanter Ministerien und der prominentesten

fachbezogenen Lehrstühle über Fragen des humanitären Völkerrechts austauschen können.

Neben dem Deutschen Roten Kreuz ist auch die **Johanniter-Unfall-Hilfe** damit befasst, die Prinzipien des humanitären Völkerrechts zu verbreiten. Um diese Aufgabe zu erfüllen, hat die Johanniter-Unfall-Hilfe als größtes Ordenswerk des deutschen Johanniterordens die Institution eines Konventionsbeauftragten auf Bundes- sowie vereinzelt auf Landesverbandsebene eingerichtet. Als die Vertreter der nationalen Einheiten des Johanniterordens aus Deutschland, den Niederlanden, Schweden und Großbritannien im Jahre 2001 beschlossen, unter dem Namen **Johanniter International** zusammenzuarbeiten, wollten sie damit gleichzeitig die Verbreitung von humanitären Prinzipien fördern.

1.3. Universitäten

Neben den freiwilligen Hilfsorganisationen beteiligen sich auch Universitäten an der Verbreitung des humanitären Völkerrechts in Deutschland. Jedoch spielen nur wenige Universitäten dabei eine aktive Rolle. Die meisten Universitäten bieten keine speziellen Vorlesungen zum humanitären Völkerrecht an. Die bekannteste Institution der Lehre und Forschung auf dem Gebiet des humanitären Völkerrechts in Deutschland ist das **Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) der Universität Bochum**. Ziel des IFHV ist es, sich sowohl mit Fragen der Friedenswahrung als auch Fragen bewaffneter Konflikte auseinander zu setzen. Es berücksichtigt dabei die wachsende Beziehung zwischen diesen Bereichen internationaler Beziehungen, welche im Laufe der vergangenen Jahre *in vitro und in vivo* deutlich geworden sind. Darüber hinaus stellt das Institut eine beratende Einrichtung des Deutschen Roten Kreuzes und seiner Konventionsbeauftragten dar. Es leistet diesen Beitrag, indem es Materialien für die Einweisung von Mitarbeitern auf dem Gebiet des humanitären Völkerrechts zur Verfügung stellt, sowie Seminare und Tagungen organisiert.

Das **Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg** hat ebenfalls wichtige Forschungsarbeit auf dem Gebiet des humanitären Völkerrechts geleistet.

1.4. Andere Institutionen

Das **Bundesinnenministerium** ist vor allem durch das *Technische Hilfswerk (THW)*, das *Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe (BBK)* und die *Akademie für Krisenmanagement, Notfallplanung und Zivilschutz (AKNZ)* ebenfalls mit der Verbreitung des humanitären Völkerrechts befasst. Diese Institutionen unternehmen insbesondere im Hinblick auf den Schutz von Kulturgütern verschiedene Verbreitungsaktivitäten.

Im Zuge der Entwicklung des Regelwerks des Völkerstrafrechts ist das Interesse an den Prinzipien des humanitären Völkerrechts neu geweckt worden. Bewaffnete Konflikte zeichnen sich immer noch durch Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht aus und erfordern daher, dieses verstärkt

durchzusetzen. In dieser Hinsicht gibt es keine dogmatische Trennung zwischen dem internationalen Recht und dem Strafrecht. In Deutschland befasst sich eine zwar noch kleine, aber wachsende Anzahl von Experten mit **internationalen strafrechtlichen Angelegenheiten**. Aufgrund des zunehmenden Interesses der Zivilgesellschaft an der Ermittlung und Verfolgung von gravierenden Verletzungen des humanitären Völkerrechts wird klar, dass diese Entwicklung die Gelegenheit für eine bessere Verbreitungsarbeit bietet und damit eine bessere Umsetzung des humanitären Völkerrechts ermöglicht.

2. Das System der ehrenamtlichen Konventionsbeauftragten beim Deutschen Roten Kreuz

Gemäß der föderalen Struktur des Deutschen Roten Kreuzes hat jede Verbandsebene eine eigene Verantwortlichkeit für die Koordinierung und Durchführung der Verbreitungsarbeit, um die Umsetzung von humanitärem Völkerrecht zu ermöglichen und zu verbessern. Dieses System umfasst den Bundeskonventionsbeauftragten, 19 Landeskonventionsbeauftragte und etwa 300 Kreis- und Bezirkskonventionsbeauftragte.

Der **Bundeskonventionsbeauftragte** ist ein hochrangiger Völkerrechtler, der

- das Präsidium des Deutschen Roten Kreuzes und gegebenenfalls die Ressorts der Bundesregierung in Fragen des humanitären Völkerrechts berät,
- die Tätigkeit der 19 Landeskonventionsbeauftragten koordiniert und unterstützt,
- sowie die Positionen des Deutschen Roten Kreuzes in Fragen des humanitären Völkerrechts auf nationaler und internationaler Ebene verbreitet.

Zurzeit ist der Bundeskonventionsbeauftragte Prof. Dr. Horst Fischer, der Leiter des Instituts für Friedenssicherung und Humanitäres Völkerrecht in Bochum.

Die **19 Landeskonventionsbeauftragten** sind Juristen oder haben eine gleichwertige Qualifikation und sie

- beraten die Landesverbände des Deutschen Roten Kreuzes in Fragen des humanitären Völkerrechts,
- koordinieren und unterstützen die Kreis- und Bezirkskonventionsbeauftragten, indem sie Seminare und Tagungen veranstalten,
- bilden insbesondere junge Juristen sowie Mitglieder des Deutschen Roten Kreuzes im humanitären Völkerrecht aus und entwerfen dafür das entsprechende Schulungsmaterial,
- verbreiten die Positionen des Deutschen Roten Kreuzes zu Fragen des humanitären Völkerrechts auf Landesverbandsebene.

Zurzeit sind zwei der 19 Landeskonventionsbeauftragten Stellen vakant.

Die Kreis- und Bezirkskonventionsbeauftragten:

- beraten die Kreise und Bezirke des Deutschen Roten Kreuzes in Fragen des humanitären Völkerrechts,
- stellen die Ausbildung von aktiven Rotkreuzmitgliedern in Sachen humanitäres Völkerrecht und Grundprinzipien sicher,
- schulen Mitarbeiter, die im Bereich der zivilen Verteidigung tätig sind, z. B. medizinische Mitarbeiter.

Zurzeit haben rund $\frac{2}{3}$ der zirka 530 Kreis- und Bezirksverbände ihre eigenen Konventionsbeauftragten.

Das Bestreben, neue Konventionsbeauftragte zu finden, ist von zentraler Bedeutung, um das System von Konventionsbeauftragten innerhalb des Deutschen Roten Kreuzes aufrecht zu halten und weiterzuentwickeln. Dazu sind spezielle Konzepte, Programme und Lehrpläne entworfen und aufgestellt worden; weitere Diskussionen sowie der Verfeinerungs- und Umsetzungsprozess dauern an.

Die **idealen Qualifikationen potentieller Konventionsbeauftragter** lassen sich in drei Kategorien klassifizieren: beruflich-fachliche Qualifikationen, persönliche Qualifikationen sowie Rotkreuzerfahrung.

Zu den erforderlichen **beruflich-fachlichen Qualifikationen** zählen eine juristische Vorbildung bzw. juristische Kenntnisse oder zumindest Verständnis für juristische Fragen. Daneben sind pädagogische und methodisch-didaktische Fähigkeiten, insbesondere in der Erwachsenenbildung, von Vorteil. Rhetorische und sprachliche Gewandtheit runden das Profil ab. Neben Juristen bieten sich in beruflich-fachlicher Hinsicht daher vor allem auch Pädagogen und Öffentlichkeitsarbeiter sowie ehemalige Offiziere der Bundeswehr mit entsprechender Lehrerfahrung für die Verbreitungsarbeit an.

Zu den gewünschten **persönlichen Qualifikationen** zählen: Identifikation mit der Materie und auch die Motivation, sich ggf. in neue Materie einzuarbeiten, Bereitschaft für ehrenamtliches Engagement, persönliche Reife und Integrität, Zuverlässigkeit und Organisationstalent, Ausstrahlung und Aufgeschlossenheit, Überzeugungskraft und Toleranz sowie die Freude am Umgang mit Menschen.

Was die **Rotkreuzerfahrung** betrifft, so sollte diese zumindest solide Kenntnisse über die Geschichte und Ideale der Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung sowie deren völkerrechtliche Anbindung umfassen. Erfahrung in der ehrenamtlichen Mitarbeit ist von Vorteil, der Besuch einschlägiger Rotkreuz-Einführungsseminare oder Ausbildungsveranstaltungen ist ggf. nachzuholen. Aufgrund der Verknüpfung von pädagogischer und Rotkreuzerfahrung bietet sich insbesondere auch die Arbeit im Jugendrotkreuz als gute Voraussetzung für eine spätere Verbreitungstätigkeit an.

Erfahrungsgemäß werden die o.g. idealtypischen Eingangskriterien nur selten voll erfüllt. Wichtig sind daher vor allem die Bereitschaft und die Fähigkeit der Interessenten, die entsprechenden Qualifikationen zu entwickeln, und nicht zuletzt eine gewisse zeitliche Verfügbarkeit für die anstehenden Aufgaben. Für Interessenten bzw. potentielle Konventionsbeauftragte sind zukünftig Einführungsveranstaltungen geplant. Bereits tätige Konventionsbeauftragte erhalten die Gelegenheit, auf Landesverbandsebene an Informations- und Austauschveranstaltungen teilzunehmen. Für diese Zielgruppe sind zukünftig ebenfalls bundesweite Fortbildungsveranstaltungen geplant. Daneben besteht für Interessenten an der Verbreitungsarbeit ggf. auch die Möglichkeit, die Arbeit von aktiven Konventionsbeauftragten begleitend zu unterstützen.

3. Verbreitungspraktiken für bestimmte Zielgruppen beim Deutschen Roten Kreuz

Das Deutsche Rote Kreuz bildet **junge Juristen** seit den 50er Jahren im humanitären Völkerrecht fort, indem es Seminare und Tagungen veranstaltet. Auf Landesebene hat das Deutsche Rote Kreuz beispielsweise eine Reihe regelmäßiger Tagungen etabliert. Zusätzlich organisiert das Deutsche Rote Kreuz auf Bundesebene gemeinsam mit dem Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht und dem Internationalen Komitee vom Roten Kreuz seit 1993 eine Sommerschule zum humanitären Völkerrecht, die sich an Jurastudenten und junge Juristen aus ganz Deutschland und einigen europäischen Ländern richtet. Beide Maßnahmen decken eine Vielzahl relevanter Themen des humanitären Völkerrechts ab, angefangen bei der Geschichte und dem Konzept des humanitären Völkerrechts bis hin zu seinen aktuellen Problemen.

Im Hinblick auf **Kinder und Jugendliche** sind die Aktivitäten des Jugendrotkreuzes ebenso bedeutsam. Sie beinhalten neben dem Engagement für die öffentliche Gesundheit insbesondere die Förderung von sozialem Engagement, Friedensaktivitäten und internationalem Verständnis sowie die Anerkennung politischer Verantwortung. Die entsprechenden Maßnahmen schließen unter anderem den Einsatz von Kampagnen ein, z. B. zu Landminen und Kindersoldaten, als auch die Veröffentlichung unterschiedlicher Materialien, Broschüren und Videos (z.B. über Gewalt). Außerdem verfasst das Jugendrotkreuz jährlich Unterrichtsmaterial für Schulen, das unter anderem auch die Anliegen des humanitären Völkerrechts und seine Grundprinzipien behandelt.

Decisions of the United States Courts in Regards to the Guantanamo Bay Detainees; How Do They Comport with International Humanitarian Law?*

Bernard Dougherty**

Der Artikel behandelt detailliert die Entscheidungen der US-Gerichte bezüglich der Gefangenen Guantánamos. Nachdem das amerikanische Rechtssystem vorgestellt wird, analysiert der Autor jede einzelne Entscheidung separat. Bei jedem Fall werden sowohl die Fakten als auch die jeweiligen prozessualen Gegebenheiten präsentiert, bevor der Autor in die Einzelheiten der Entscheidung eindringt. Besondere Aufmerksamkeit werden neben den Entscheidungen *Hamdi*, *Padilla* und *Rasul* des Supreme Courts, auch denen des US District Courts des District of Columbia gewidmet.

Es werden nicht nur Einblicke in das Rechtssystem gewährt, sondern auch die Anwendung in Zeiten eines bewaffneten Konflikts. Dabei bleibt auch ein Überblick über die Anwendung des humanitären Völkerrechts durch amerikanische Gerichte nicht außer Betracht. Während einige eine wirklich hervorragende Aufarbeitung des Status einiger Gefangener i.S.d. Genfer Konventionen betrieben haben, haben andere diese Rechte und Pflichten gänzlich außer Acht gelassen und nur das innerstaatliche, amerikanische Recht angewandt. Der Autor versucht dieses Auseinanderklaffen aufzuklären und zu erläutern.

1. Introduction

On 28 June 2004, the Supreme Court of the United States issued three decisions regarding the detainees held at Guantanamo Bay, Cuba and two other detainees held in the continental United States. These cases are referred to as *Hamdi*, *Padilla*, and *Rasul*. These cases will be analysed in section 3 of this article.

Following the decisions of the Supreme Court, the U.S. District Court for the District of Columbia has issued three decisions involving the Guantanamo detainees. These cases are referred to as *Hamdan*, *Khalid*, and *In re Guantanamo Detainee Cases*. *Hamdan* is a case involving trial by military commission. These cases will be analysed in section 4 of this article. In the conclusion I will address, where possible, how the cases comport with the requirements of International Humanitarian Law.

But first, in section 2, it is necessary to explain, in general, the design and functioning of the United States judicial system. A basic understanding of the U.S. judicial system is necessary in order to follow the path of these decisions.

2. U.S. Judicial System

The U.S. does not have a singular judicial system. It has 52 separate judicial systems, 51 of which do not concern us here: the judicial systems of the 50 states and the District of Columbia, which is the federal enclave known as Washington, D.C.

The judicial system we are concerned with is the federal court system. It is completely separate from the courts of the states and deals only with what are termed federal questions and diversity of citizenship. These are the only two paths of entry into the federal court system: an action must either involve diversity of citizenship or a federal question. Diversity of citizenship is present when a citizen of one state has a dispute with a citizen of another state. For example, a citizen of the state of Alaska has a contract dispute with a company incorporated in the state of Florida that involves more than a

threshold amount of money: he or she can bring suit in the federal court. We are not concerned here with this ground for jurisdiction.

We are concerned with a federal question, that is, a case brought before the court presenting a matter arising under the U.S. Constitution, a federal statute or an international agreement or treaty.¹

It would facilitate the understanding of the flow of the cases to explain the structure of the federal court system.

There are three levels of courts in the federal system. The trial level is known as the U.S. District Court. There are 94 districts throughout the 50 united states, the District of Columbia, and various U.S. territories like Puerto Rico and Guam. These are the courts in which trials take place also known as the court of first instance.²

From a decision of a U.S. District Court there is appeal to a U.S. Circuit Court of Appeals for the circuit or geographic area in which the particular district court sits. For example, in the state of Alaska, there is only one U.S. District Court for the entire state because of its sparse population. Appeal is to the 9th Circuit Court of Appeals which sits in San Francisco.

There are 12 circuits by geographic area, plus a 13th appeals court for specialised cases, e.g., patents, international trade issues, etc.³

* This article is based on a lecture delivered on 27 January 2005 at the Grotius Center for International Legal Studies, University of Leiden, Campus The Hague (The Netherlands). The contents have been updated through 4 March 2005.

** Bernard Dougherty, J.D. Georgetown University, LL.M. University of Miami, LL.M. University of Leiden, is currently a Ph.D. candidate at the University of Leiden (The Netherlands) and Research Associate at the Institute for the International Law of Peace and Armed Conflict of the Ruhr-University Bochum (Germany).

¹ U.S. Constitution, Article III, Section 2.

² For further information see <<http://www.uscourts.gov/districtcourts.html>>.

³ For further information see <<http://www.uscourts.gov/courtsofappeal.html>>.

Above the circuit courts of appeals sits the final court, the Supreme Court of the United States.⁴ It is composed of a Chief Justice and eight associate justices, who serve for life. The U.S. Supreme Court is a court which hears relatively few cases. It has original jurisdiction in the very limited arena when one state sues another state, e.g., if there were a dispute between the states of Vermont and New York over Lake Champlain, which sits between them.

The Supreme Court also has appellate jurisdiction, but this jurisdiction is not by matter of right. The Supreme Court itself decides whether to hear a case. This procedure is via the filing by the appellant of a petition for a writ of *certiorari*. If the Supreme Court decides to hear the case it issues a writ of *certiorari*, directing the court below to certify the record of the case and send it up to the Supreme Court for hearing.

3. U.S. Supreme Court Decisions

In 2001 after the attack on the World Trade Center buildings in New York City and the Pentagon in Virginia, the U.S. and its coalition partners launched an attack on the territory of Afghanistan. During that conflict, which continues today, more than 600 individuals of many nationalities have been detained and removed to a detention facility located on the U.S. naval base in Guantanamo Bay, Cuba. It is necessary to look at the international agreements governing the naval base at Guantanamo Bay.

3.1. The Guantanamo Bay Agreements

The original agreement is the lease of the base by Cuba to the U.S. in 1903. The later agreement is the treaty of 1934.⁵ According to these documents, and this language is essential to understanding the jurisdictional dispute of the cases, the U.S. has “complete jurisdiction and control” over the area leased as long as it occupies it and uses it as a military base. According to Article III of the 1903 lease agreement Cuba has “ultimate sovereignty” over the area.

3.2. The Cases

The Northwestern University’s Center for International Human Rights characterises the cases this way: “The core contention of the litigation was that the United States cannot order indefinite detention without due process. The detainees have the right to challenge the legality of their detention in court. To make that challenge meaningful, they have the right to be informed of the charges they face, and the right to present evidence on their own behalves and to cross-examine their accusers. The failure of the Bush Administration to provide these protections raises serious questions about their commitment to the U.S. Constitution and international law.”⁶

3.2.1. Hamdi

3.2.1.1. Facts

This case is the only one to have been resolved. Today Hamdi, having been released from Guantanamo, resides in Saudi Arabia.

Hamdi was captured in Afghanistan in the fall of 2001. In January 2002 he was transferred to and incarcerated in Guantanamo. In April 2002, when it was discovered that he was a U.S. citizen, he was transferred to the Navy brig (detention center) in Norfolk, Virginia.

3.2.1.2. Procedural History

The *Hamdi* case has followed a tortuous procedural path.⁷ On 10 May 2002 in the U.S. District Court, Eastern District of Virginia, the public defender filed a *habeas corpus* petition on Hamdi’s behalf and asked that he be appointed counsel to Hamdi.

A petition for a writ of *habeas corpus* is a proceeding under the common law pursuant to which a challenge to the holding of a prisoner is brought before a court for review.

On 20 May 2002 the magistrate judge appointed the public defender as counsel to Hamdi and ordered that he be given immediate unmonitored access to the detainee.

On 11 June 2002 the U.S. District Court ruled that Hamdi must have access to an attorney.⁸

The government appealed to the U.S. Court of Appeals for the 4th Circuit which dismissed the petition on 26 June 2002,⁹ finding that the petitioner had no significant relationship to Hamdi and thus no standing to file the petition on his behalf.

The case returned to the District Court where the same petition was refiled by Hamdi’s father. The District Court rendered the same decision it had the first time, in Hamdi’s favor.¹⁰

The government again appealed to the 4th Circuit Court of Appeals which ruled the second time on 12 July 2002.¹¹ It reversed and remanded (sent back) the case to the District Court. The Appellate Court found that the Constitution’s commitment of the conduct of war to the political branches of American government requires the court’s respect and “[...] that the District Court had not shown proper deference

⁴ For further information see <<http://www.uscourts.gov/supremecourt.html>>.

⁵ Both of these, together with the historic background, can be found on the internet <http://www.nsgtmo.navy.mil/gazette/History_98-64/hisapxd.htm>, 14 June 2005.

⁶ See <www.law.northwestern.edu/humanrights/>, 14 June 2005.

⁷ See B. Dougherty, “Hamdi v. US, v. US, v. US: The Ping-Pong Match of Repeated Review”, Bofax No. 237, 12 March 2003; Sybill Pauckstadt, “Lighting the Legal Black Hole? The US Supreme Court, *Hamdi*, and the ‘Enemy Combatant’”, Bofax No. 278, 28 July 2004; B. Dougherty, “Hamdi: The Ping-Pong Game Continues”, Bofax No. 279, 29 July 2004.

⁸ *Hamdi v. Rumsfeld*, – F. Supp. 2nd – (EDVA 2002); Civil action No. 2:02CV348.

⁹ *Hamdi v. Rumsfeld*, 294 F. 3d 598 (CA 4th 2002); No. 02-6827; (Hamdi I).

¹⁰ *Hamdi v. Rumsfeld*, – F. Supp. 2nd – (EDVA 2002); Civil action No. 2:02CV439.

¹¹ *Hamdi v. Rumsfeld*, 296 F. 3d 278 (CA 4th 2002); No. 02-6895; (Hamdi II).

to the government's legitimate security and intelligence interests."¹²

After the third hearing of this case before the U.S. District Court, the Court ruled on 14 August 2002¹³ that Hamdi was entitled to due process of law as provided by the 5th amendment to the U.S. constitution, stating that even in *Quirin*,¹⁴ a case to be explained later, detainees were given access to counsel. The District Court also said it was unable to assess the government's classification of Hamdi's combatant status on the evidence submitted by the government.

On the third hearing of this case, the 4th Circuit Court of Appeals again reversed and remanded with instructions to the District Court to dismiss the case.¹⁵ The Court found the evidence submitted by the government was sufficient and that Hamdi is constitutionally detained pursuant to war powers entrusted to the executive branch.

Hamdi raised article 5 of the Third Geneva Convention (GC III),¹⁶ arguing that there must be an initial formal determination of his status by a competent tribunal. The Court found that GC III confers no right of private action to request enforcement of the convention. This is the right of a government.

3.2.1.3. Decision of the Supreme Court¹⁷

The case is presented as a 6-3 decision but can also be seen as an 8-1 decision. A plurality opinion was written by Justice O'Connor with three justices joining. Justices Souter and Ginsburg issued an opinion, concurring in part, dissenting in part, and concurring in the judgment. Justices Scalia and Stevens dissented, but still supported Hamdi's position. Justice Thomas dissented.

The plurality found that Congress had authorised detention of combatants, but due process demanded that a citizen held in the U.S. as an enemy combatant be given a meaningful opportunity to contest the factual basis for that detention before a neutral decision-maker. The simple allegation by the government was not sufficient without giving the detainee an opportunity to challenge the evidence. Interestingly, the Court did refer to article 118 GC III, pointing that detention can last only as long as active hostilities.

Justice Thomas in dissent gave total deference to the military and the executive branch of government.

Justices Souter and Ginsburg stated that the joint resolution for the use of military force (AUMF)¹⁸ passed by Congress on 18 September 2001 did not authorise detention of a person in Hamdi's position.

Justices Scalia and Stevens found much more strongly in favor of Hamdi. The writ of *habeas corpus* had not been suspended. Absent this there was no exception to the right of a citizen to trial by jury in accordance with the 5th amendment to the constitution, be they termed belligerents or enemy combatants. Hamdi is entitled to release unless proceedings are promptly brought.

Justices Scalia and Stevens also discussed article 5 GC III. They stated that detainees must be treated as prisoners of war (POWs) until their status is determined by a competent tribunal. They called into question President Bush's statement that there was no doubt as to detainees' status and quoted a U.S. army regulation.¹⁹ They also said that holding a detainee incommunicado violated the Geneva Convention. These points will also be emphasised in the later discussion of the case of *Hamdan*.

The judgment of the Court of Appeals for the 4th Circuit was vacated and the matter remanded to the District Court.

3.2.1.4. Post Supreme Court Proceedings

On 11 August 2004 the District Court approved a joint motion of the parties to stay the proceedings while the parties were negotiating to dispose of the case. In September 2004 Hamdi was released from detention and flown to Saudi Arabia where he was delivered into the custody of Saudi officials and has since been released.

Thus, the *Hamdi* case has come to an end.

3.2.2. Padilla

This case has been discussed in Bofaxe No. 276,²⁰ by Sven Peterke who concludes, rightfully, "The decision indeed seems to lack courage."

3.2.2.1. Facts

Padilla is a U.S. citizen. He was arrested in Chicago on 5 May 2002 pursuant to a warrant issued by the U.S. District Court in New York City. He was transferred to a detention facility in New York. He filed a petition in the U.S. District Court for the Southern District of New York to challenge his detention via a petition for a writ of *habeas corpus*. While this petition was pending, President Bush classified him as an 'enemy combatant' and transferred him to military custody in South Caro-

¹² *Hamdi v. Rumsfeld*, 316 F. 3rd 450 (CA 4th 2003), No. 02-7338; (Hamdi III).

¹³ *Hamdi v. Rumsfeld*, *supra* note 10.

¹⁴ *Ex parte Quirin* 317 U.S. 1 (1942).

¹⁵ *Hamdi v. Rumsfeld*, *supra* note 12.

¹⁶ Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949: "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 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."

¹⁷ *Hamdi v. Rumsfeld*, 540 U.S. – (2004); No. 03-6696.

¹⁸ Authorization for the Use of Military Force, 18 September 2001, 115 Stat. 224.

¹⁹ Army Regulation 190-8, Enemy POWs, Retained Personnel, Civilian Internees and Other Detainees, 1 October 1997; <<http://www.nimj.com/Home.asp>>.

²⁰ S. Peterke, "No End to the Padilla Case: US Supreme Court Refers the 'Enemy Combatant' back to Lower Instance", Bofax No. 276, 6 July 2004.

²¹ *Padilla v. Bush*, 233 F. Supp. 2d 564 (SDNY 2002).

lina. Cited as authority to do this were the President's authority as commander in chief of the U.S. armed forces and the Authorization for Use of Military Force.

3.2.2.2. Procedural History

The District Court ruled in December 2002 that:²¹

- Rumsfeld's personal involvement in Padilla's military custody renders him a proper respondent;
- The New York District Court has jurisdiction under its "long-arm" statute;
- On the merits, the court ruled that the President has the authority to detain U.S. citizens as enemy combatants.

3.2.2.3. The U.S. Court of Appeals for the 2nd Circuit²²

It agreed that Rumsfeld is a proper respondent because he is exercising "legal reality of control" over the petitioner.

It agreed that the New York District court has jurisdiction.

It did not agree on the third point and reversed. It found that the President lacks authority to detain Padilla in military custody and that neither ground put forth by the government supports its action. There would have to be specific congressional authorisation. Padilla must be released from military custody.

3.2.2.3. Decision of the Supreme Court²³

In a 5–4 decision the Supreme Court:

1. Found that Rumsfeld was not a proper respondent. The proper respondent is only the prisoner's "immediate custodian", based on the *habeas corpus* statute.
2. Found that the New York District Court lacks jurisdiction. The geographic element is lacking.
3. Ducked a decision on the merits of the case and did not address the issue of the President's authority to authorise military detention.

To emphasise, the Court did not decide the issue on the merits, but only on procedural grounds. The Court agreed with the government that the case was filed in the wrong court. It should have been filed in South Carolina where Padilla is held. The proper defendant is his immediate custodian, the commander of the prison where he is held and she was not under the jurisdiction of the New York court.

There was a strong dissent. The Justices in dissent found that the New York court had jurisdiction when the petition was filed and the transfer of Padilla to another jurisdiction should not defeat the jurisdiction of the New York court.

3.2.2.4. Post Supreme Court Decision Proceedings

On 2 July 2004 Padilla filed a Petition for a writ of *Habeas Corpus* in the U.S. District Court for the district of South Carolina.

On 30 August 2004 the government filed an opposition to the petition.

On 20 October 2004 Padilla filed a Motion for Summary Judgment. By this device he is asking the Court to decide the issue on the law, asserting that there are no significant questions of fact that could result in a decision against him. There is no evidentiary hearing in this procedure. The Court hears the arguments and makes its decision.

On 5 January 2005 a hearing was held to argue the Motion for Summary Judgment. The District Court rendered its decision on 28 February 2005.²⁴ The Court stated that "[t]he sole question before the Court today is whether the President of the United States (President) is authorised to detain a United States citizen as an enemy combatant under the unique circumstances presented here."²⁵

In other words, whatever the Court decides is severely limited only to Padilla's factual situation. The Court strongly answers this question in the negative. It grants Padilla's petition for a writ of *habeas corpus* and directs the release of Padilla within 45 days. Of course, the government will appeal this decision.

The Court reviewed the three decisions of 28 June 2004 of the U.S. Supreme Court. Central to the decision of this Court is the fact that Padilla was arrested in the U.S. and not on the battlefield. "In clear and unambiguous language the Non-Detention Act forbids *any* kind of detention of an [sic] United States citizen, except that which is specifically allowed by Congress."²⁶ The Court specifically found that the AUMF did not authorise Padilla's detention: "[...] the Court finds that the President has no power, neither express nor implied, neither constitutional nor statutory, to hold Petitioner as an enemy combatant."²⁷

3.2.3. *Rasul*

3.2.3.1. Facts

Rasul was released from Guantanamo in March 2004 to the authorities of the U.K. However the case continues using his name.

The facts prior to his release: *Rasul* was apprehended in Afghanistan and was held at Guantanamo Bay, Cuba. He is not a national of the U.S.²⁸

3.2.3.2. Procedural History

Rasul filed a petition for a writ of *habeas corpus* in the U.S. District Court for the District of Columbia in February 2002.

²² *Padilla v. Bush*, 352 F. 3d 695 (CA 2nd 2003).

²³ *Rumsfeld v. Padilla*, 540 U.S. – (2004); No. 03-1027.

²⁴ *Padilla v. Hanft*, – F. Supp 2nd – (2005); Civil action No. 2:04-2221-26AJ.

²⁵ Slip opinion. at 1.

²⁶ *Ibid.* at 16.

²⁷ *Ibid.* at 21.

²⁸ B. Dougherty, "Rasul: The US Constitution or International Humanitarian Law", Bofaxe No. 277, 20 July 2004.

That court dismissed for lack of jurisdiction,²⁹ in reliance on the *Eisentrager*³⁰ decision (1950). In the *Eisentrager* case the court ruled that aliens (non-U.S. citizens) detained outside the sovereign territory of the U.S. may not invoke the jurisdiction of a U.S. court by a petition for a writ of *habeas corpus*.

The Court of Appeals for the DC Circuit affirmed the decision of the District Court.³¹

3.2.3.3. Decision of the Supreme Court³²

A very interesting *Amicus Curiae* brief was filed with the Supreme Court by the National Institute for Military Justice.³³ In the U.S. system, a ‘brief’ is a written legal memorandum containing the arguments of a party to the action. An ‘*Amicus Curiae* brief’ is filed by someone who is not directly involved in the action but who offers research and argument, as a disinterested advisor.

The portion of the brief that is of most interest here is the section dealing with international law. The brief states: “[T]he Third and Fourth Geneva Conventions [...] provide as a bedrock principle that every person in enemy hands must have some status under international law [...]. There is no intermediate status; nobody is outside the law [...]. Central to these conventions is the principle that, having committed a belligerent act and having fallen into the hands of the enemy [...] such persons shall enjoy protection of the present Convention until such time as their status has been determined by a competent tribunal.”

However, the Supreme Court did not address these issues as such. The Supreme Court reversed and remanded the case. The majority decision was written by Justice Stevens, with four justices concurring. Justice Kennedy wrote a separate concurring opinion, which is well reasoned. Three justices dissented with the opinion written by Justice Scalia. Still there was no discussion of international law or the Geneva Conventions. The case was decided solely on the issue of whether the U.S. courts had jurisdiction to hear a petition for a writ of *habeas corpus* to enable a detainee to challenge his detention.

The decision indicates the difficulties in the stretching of reasoning in the common law practice of *stare decisis*, the requirement that a prior decision of the Supreme Court be followed unless it can be distinguished on the facts or is specifically overturned or reversed. We thus find an analysis of the earlier cases of *Quirin*³⁴ (1942, involving German saboteurs arrested in the United States during World War II), *Ahrens*³⁵ (1948, involving Germans detained at Ellis Island, New York, being held for deportation), *Eisentrager*³⁶ (1950, a case involving the trial of German soldiers in China after the cessation of hostilities in World War II) and *Braden*³⁷ (1973, having to do with the writ of *habeas corpus*).

For this present decision, *Eisentrager* is the most important case. It involved 21 Germans captured in China and tried by

a U.S. military tribunal for violations of the laws of war. Following conviction they were imprisoned in Germany. The Supreme Court held that the *Eisentrager* petitioners had no right to a writ of *habeas corpus*, basing its decision on an analysis of six criteria.

The Supreme Court in the *Rasul* case identified the six criteria of *Eisentrager* as follows: the German prisoners

1. were enemy aliens;
2. had never resided in the U.S.;
3. were captured outside U.S. territory and were held in military custody;
4. were tried and convicted by the military commission;
5. for offenses committed against the law of war outside the U.S.; and
6. were imprisoned outside the U.S. at all times.

The Supreme Court, contrasting the facts of the present case, found that the petitioners in *Rasul*:

1. are not nationals of countries at war with the U.S.;
2. have never been afforded access to any tribunal, nor charged with and convicted of wrongdoing; and
3. for more than two years have been imprisoned in territory over which U.S. exercises exclusive jurisdiction and control.

The Court found that *Eisentrager* is not controlling. This is the usual analytical process involved in *stare decisis*. The Court must follow a prior decision but not if the court can distinguish the earlier case on the facts, which it did with the ‘six criteria’ which it identified.

The Court also analysed and followed *Braden*, the 1973 decision, which stated that the writ of *habeas corpus* acts upon the person holding the prisoner, not the prisoner himself, getting away from the geographic limitation of the location of detention.

Regarding Guantanamo and its status, the Court found that the U.S. exercises “complete jurisdiction and control” over Guantanamo and aliens held there are entitled to invoke the federal courts’ authority.

In particular, the Supreme Court held that United States courts do have jurisdiction to consider challenges to the legality of the detention of foreign nationals captured abroad in connection with hostilities and incarcerated at Guantanamo Bay. Regarding the issue of the status of Guantanamo Bay, the Court said, “[...] [the] jurisdiction [of U.S. courts] extends to aliens held in a territory over which the

²⁹ *Rasul v. Bush*, 215 F. Supp 2d 55 (DCDC 2002).

³⁰ *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950).

³¹ *Rasul v. Bush*, 321 F. 3d 1134 (CADC 2003).

³² *Rasul v. Bush*, 540 U.S. – (2004); No. 03-334.

³³ *Ibidem*, the brief was filed in January 2004; <<http://www.nimj.com/Home.asp>>, 14 June 2005.

³⁴ Ex parte *Quirin*, *supra* note 14.

³⁵ *Ahrens v. Clark*, 335 U.S. 188 (1948).

³⁶ *Johnson v. Eisentrager*, *supra* note 30.

³⁷ *Braden v. 30th Judicial Circuit Court of Ky*, 410 U.S. 484 (1973).

U.S. exercises plenary and exclusive jurisdiction, but not ‘ultimate sovereignty’.”³⁸ The court specifically did not address whether and what further proceedings may become necessary or the merits of the petitioners’ claims.

A point to be emphasised here is that in this case involving detainees at Guantanamo, there is no mention of the Geneva Conventions or international humanitarian law. The case is decided solely on the basis of U.S. domestic law.

4. U.S. District Court Decisions

4.1. Hamdan

This is perhaps the case which so far has been decided most in favor of a detainee and also most discusses elements of international humanitarian law.

4.1.1. Facts

Hamdan was taken captive in Afghanistan in late 2001. He was transferred to Guantanamo in 2002. On 3 July 2003 he was designated for trial by a military commission created by executive order of the president as commander-in-chief of the armed forces of the U.S.³⁹ In December 2003 he was assigned a military legal counsel who then filed a demand for charges and a speedy trial under Article 10 of the Uniform Code of Military Justice (UCMJ),⁴⁰ the legal code that governs all the armed forces of the U.S. The convening authority ruled that the UCMJ does not apply to Hamdan’s detention.

4.1.2. Procedural History and Decision

On 6 April 2004 Hamdan filed a petition for a writ of *habeas corpus* in the U.S. District Court for the Western District of Washington (the state).

On 9 July 2004 Hamdan was formally charged with conspiracy to commit the following acts: attacking civilians; attacking civilian objects; murder by an unprivileged combatant; and terrorism.

Following the decision in *Rasul* on 28 June 2004, all legal matters involving Guantanamo were transferred to the U.S. District Court for the D.C. district. It was before this court that Hamdan’s case was argued and this court, per Judge Robertson, issued its decision on 8 November 2004.⁴¹

Hamdan’s petition is stated in eight counts (points).⁴² The counts that are most of interest are:

1. The denial of Hamdan’s speedy trial rights in violation of Article 10 of the Uniform Code of Military Justice;
2. Challenge to the nature and length of Hamdan’s pretrial detention as a violation of the Third Geneva Convention and of Common Article 3;
3. Challenge to the order establishing the Military Commission as a violation of the separation of powers doctrine of the U.S. Constitution; and,
4. as purporting to invest the Military Commission with authority that exceeds the law of war.

The Court stated that only three facts were important to its decision which would be made as a matter of law. The three facts are:

1. Hamdan was captured in Afghanistan during hostilities;
2. He has asserted his entitlement to POW status under GC III;
3. The government has not convened a competent tribunal to determine Hamdan’s status (GC III, Art.5).⁴³

Next follows the parts of the decision most relevant to international humanitarian law.

There has been no proper determination that Hamdan is an offender triable by military tribunal under the law of war. In going through the argument regarding the determination of status, the court discusses GC III and acknowledges that it is part of the law of war. The court concludes that GC III is applicable to the conflict in Afghanistan, at least while it was characterised as an international armed conflict. It cites Article 102: “A prisoner of war can be validly sentenced only if the sentence has been pronounced by the same courts according to the same procedure as in the case of members of the armed forces of the Detaining Power, and if, furthermore, the provisions of the present chapter have been observed.”

However, the government argued that Hamdan is not a POW and so article 102 should not apply. The court rejected the government’s argument that the conflict with al Qaeda was different from the conflict with the Taliban, citing another *Amicus Curiae* brief, that of the Generals and Admirals: “[...] the government’s attempt to separate the Taliban from al Qaeda for Geneva Convention purposes finds no support in the structure of the Conventions themselves, which are triggered by the place of the conflict, and not by what particular faction a fighter is associated with.”⁴⁴ This is an oversimplification because under article 4A GC III it can be argued that it is proper to distinguish al Qaeda personnel from Taliban.

The government next argued that members of al Qaeda are not entitled to POW status because they do not satisfy the test of article 4A(2) in that they do not carry their arms openly and do not operate under the laws and customs of war.

The court here discusses article 5 and U.S. Army Regulation 190–8 which confirms article 5. The court again rejected the government’s argument: “[...] the govern-

³⁸ *Rasul v. Bush*, *supra* note 32.

³⁹ Military Order of November 13, 2001, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, 66 Fed. Reg. 57833 (16 November 2001).

⁴⁰ 10 U.S.C. sec. 801-946.

⁴¹ *Hamdan v. Rumsfeld*, F. Supp. 2nd, (DCDC2004); Civil Action No. 04-cv-1519.

⁴² Slip opinion at 4.

⁴³ *Ibid.* at 5.

⁴⁴ See <<http://www.law.georgetown.edu/faculty/NKK/publicationa.html#chapters>>, 1. August 2005.

ment's position that no doubt has arisen as to Hamdan's status does not withstand scrutiny."⁴⁵ There has been no competent tribunal. The Combatant Status Review Tribunal, which was established in July 2004 in response to the *Rasul* decision, was not established to address detainees' status under the Geneva Conventions. "The President is not such a 'tribunal' [...]. Until and unless such a tribunal decides otherwise, Hamdan has and must be accorded the full protection of a prisoner of war."⁴⁶

Next, the Court rejected the government's argument that Common Article 3 does not apply. The court cited the International Court of Justice opinion in *Nicaragua*⁴⁷ that in international armed conflict Common Article 3 constitutes a minimum standard. The District Court also affirmed that Common Article 3 applies in both international and non-international armed conflict.

The Court rejected the government's argument that GC III is not enforceable by a court: "Treaties made under the authority of the United States are the supreme law of the land."⁴⁸

U.S. courts are bound to give effect to international law and to international agreements. The legislative history of the ratification of the Geneva Conventions in 1955 indicates that the Geneva Conventions are, for the most part, self-executing: "Because the Geneva Conventions were written to protect individuals, because the Executive Branch of our government has implemented the Geneva Conventions for fifty years without questioning the absence of implementing legislation, because Congress clearly understood that the Conventions did not require implementing legislation except in a few specific areas, and because nothing in the Third Geneva Convention itself manifests the contracting parties' intention that it not become effective as domestic law without the enactment of implementing legislation, I conclude that, insofar as it is pertinent here, the Third Geneva Convention is a self-executing treaty[...]. Hamdan may not be tried for the war crimes he is charged with except by a court-martial duly convened under the UCMJ."⁴⁹

The final point concerns the procedures of the military commission.

The Court found that in at least one critical respect the procedures of the military commission are fatally contrary to those of the UCMJ: the right to a trial in one's presence, which right is established as a matter of international humanitarian and human rights law, citing article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights. Because the rules of procedure of the military commissions permit an accused to be excluded from the proceedings and that evidence can be adduced which he will never see, there is a violation of the UCMJ.

The court did not address the issue of whether a military commission is a regularly constituted court as required by article 3 GC III. It also did not address the issue of "speedy trial" nor Hamdan's assertion that his confinement for more than three months violated article 103 GC III.

Because *Hamdi* held that an enemy combatant could be detained for the duration of hostilities in Afghanistan, the court found that the detention of Hamdan is not unlawful *per se*. The order of the court was issued 8 November 2004:

- "1. [...] unless and until a competent tribunal determines that petitioner is not entitled to the protections afforded prisoners of war under Art. 4 of GC III, he may not be tried by Military Commission; and
2. unless and until the rules for Military Commissions are amended so that they are consistent with and not contrary to UCMJ [...] petitioner may not be tried by Military Commission."⁵⁰

4.1.3. Post Decision Proceedings

On 16 November 2004, the government filed a Notice of Appeal to the Court of Appeals for the D.C. Circuit. Argument before the court is set for 8 March 2005.

On 22 November 2004, Hamdan filed a Petition for Writ of Certiorari before Judgment, an attempt to bypass the intermediate court of appeals and go directly to the U.S. Supreme Court. On 19 January 2005 the Supreme Court rejected this petition, meaning that the usual appeals process must be followed.

4.2 *Khalid*⁵¹

4.2.1. Facts

The petitioners are seven foreign nationals: five Algerian-Bosnians, one Algerian-Frenchman, and one Frenchman. All seven were seized outside Afghanistan, six in Bosnia and one in Pakistan. They are all detained in Guantanamo. They challenged their detention as a violation of the U.S. Constitution, U.S. statutes, U.S. treaties and international law.

The government denied all and argued that the court has no jurisdiction to consider their cases because they are foreign nationals detained outside the sovereignty of the U.S., pursuant to military orders, during an armed conflict. Thus, the same issues as *Eisenstrager* and *Rasul* were put into contention.

4.2.2. Procedural History and Decision

The Court agreed with the government and dismissed the petition. The Court reviewed the history that the base at Guantanamo is occupied by the U.S. pursuant to a lease with Cuba of 1903 and a treaty of 1934. The lease is in perpetuity and the U.S. exercises "complete jurisdiction and control".

⁴⁵ *Ibid.*, at 17.

⁴⁶ *Ibid.*, at 18.

⁴⁷ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v USA)*, 27 June 1986, ICJ, Judgement.

⁴⁸ *Hamdan v. Rumsfeld*, *supra* note 41, slip opinion at 22; U.S. Constitution, Article VI, clause 2.

⁴⁹ *Ibid.*, slip opinion at 25.

⁵⁰ The order of the court entered on 8 November 2004.

⁵¹ *Khalid v. Bush*, – F. Supp. 2nd, – (DCDC 2005); Civil Case No. 1:04-1142.

Cuba retains “ultimate sovereignty.” “[T]he petitioners are asking this court to do something no federal court has done before: evaluate the legality of the Executive’s capture and detention of non-resident aliens, outside the United States, during a time of armed conflict.”⁵²

The court found that Congress had authorised the President to capture and detain enemy combatants, and that the AUMF resolution is the authorisation by Congress for the President to wage war. “The history of armed conflict [...] established that the President’s ‘war power’ must include the power to capture and detain our enemies.”⁵³

The court also found that non-resident aliens captured and detained outside the U.S. have no cognisable constitutional rights.

Petitioners relied on *Rasul* but the Court denied that *Rasul* changed the ground rules and insisted that the holding of *Eisenrager* is still controlling law. It is this author’s opinion that this conclusion is incorrect. *Rasul* stands for the proposition that the status of U.S. control over Guantanamo is such that to say the U.S. courts have no jurisdiction there is untenable. The Court stated that “[n]othing in *Rasul* alters the holding articulated in *Eisenrager* [...]”⁵⁴ This seems to totally ignore the literal language of *Rasul*. The Court is distinguishing between the holding of the *Rasul* court that federal courts have jurisdiction to hear the petition and the next step, that the petitioners have substantive rights under the U.S. Constitution. However, how does one explain the long treatment by the *Rasul* court of *Eisenrager* and its six criteria if one were to agree with the District Court that *Eisenrager* remains controlling law?

The Court held that the petitioners failed to identify any U.S. law or treaty the violation of which would provide a viable basis to grant a *habeas corpus* petition. The Court found that the statutes cited do not create a private cause of action: “[...] they [the petitioners] subsequently conceded [...] that that Convention [GC III] does not apply because they were not captured in the ‘zone of hostilities’ [...]”⁵⁵ The petitioners also alleged that their detention violated the Convention Against Torture and the ICCPR. The Court also found that these treaties are not privately enforceable. “There is no viable legal theory under international law upon which this Court could issue a writ of *habeas corpus*.”⁵⁶

The Court refused to address conditions of detention saying that this is within the prerogative of the executive branch of government. However, its failure to address the legality of the detention itself is mystifying.

In summary, the Court’s reasoning lacks a sound basis. There is no attempt to compare and contrast the findings of the court in the *Hamdan* case, unfortunately.

4.3. In Re Guantanamo Detainee Cases⁵⁷

This is a petition in 11 coordinated cases filed by Guantanamo detainees. The decision of the Court, by Judge

Green, is diametrically opposed to that of Judge Leon of the same court, 19 January 2005, entitled *Khalid*. “The Court concludes that the petitioners have stated valid claims under the Fifth Amendment to the United States Constitution and that the procedures implemented by the government to confirm that the petitioners are ‘enemy combatants’ subject to indefinite detention violate the petitioners’ rights to due process of law. The Court also holds that the petitioners have stated valid claims under the Third Geneva Convention.”⁵⁸

This case is not concerned with the legality of the military commission. That issue is being litigated in *Hamdan*. It is concerned with the issue of the rights of the detainees with respect to their classification as ‘enemy combatants’.

The court gives a good history of the earlier Guantanamo cases, especially *Rasul* and how the Supreme Court distinguished the *Eisenrager* decision of 1950, so that it could grant jurisdiction to the petitioners held outside the U.S.

It set out the definition of ‘enemy combatant’ issued in July 2004: “The term ‘enemy combatant’ shall mean an individual who was part of or supporting Taliban or al Qaeda forces, or associated forces that are engaged in hostilities against the U.S. or its coalition partners. This includes any person who has committed a belligerent act or has directly supported hostilities in aid of enemy armed forces.”⁵⁹

The Department of Defense noted that all detainees had previously been determined to be ‘enemy combatants’.

In the Court’s analysis it found that in the case of Guantanamo there is extraterritorial application of the constitution to aliens.

Rasul requires the Court to recognise that the detainees have enforceable constitutional rights. The Court traces the development of the law pertaining to the applicability of the U.S. constitution outside the U.S. prior to *Rasul*. Since the *Eisenrager* decision, jurisdiction has been denied, emphasising that Guantanamo is not sovereign territory of the U.S. The decision of the District Court and its affirmation by the Court of Appeals were reversed by the Supreme Court which affirmed the jurisdiction of the federal courts over Guantanamo. The Court cited Justice Kennedy’s opinion that Guantanamo is, for all significant purposes, the equivalent of sovereign U.S. territory.⁶⁰

⁵² Slip opinion at 6.

⁵³ *Ibid.*, at 11.

⁵⁴ *Ibid.*, at 18.

⁵⁵ *Ibid.*, at 26.

⁵⁶ *Ibid.*, at 28.

⁵⁷ *In re Guantanamo Detainee Cases*, – F. Supp. 2nd, – (DCDC 2005); Civil Action Nos. 02-CV-0299(CKK) et al.

⁵⁸ Slip opinion at 1.

⁵⁹ *Ibid.*, at 10.

⁶⁰ *Ibid.*, at 9.

The Court found on this point: in light of *Rasul* Guantanamo must be considered the equivalent of U.S. territory in which fundamental constitutional rights apply and certainly the 5th amendment's right to due process is one of these and the detainees have this constitutional right.

The Court next addressed the specific requirements of the 5th amendment due process clause. "As was the case in *Hamdi*, the potential length of incarceration is highly relevant to the weighing of the individual interest at stake here."⁶¹ According to the government's argument that the detainees are enemy combatants and, thus the government has the right to detain them until the war on terrorism has ended, they face the possibility of life imprisonment. This is just short of the most severe sentence possible.

Citing *Hamdi*, the court states: "[...] an individual detained by the government on the ground that he is an 'enemy combatant' 'must receive notice of the factual basis for his classification, and a fair opportunity to rebut the Government's factual assertions before a neutral decisionmaker'."⁶²

The Court found that the procedures provided in the Combatant Status Review Tribunal (CSRT) regulations failed to satisfy constitutional due process requirements.⁶³

The Court then addressed the specific constitutional defects in the CSRT process as written in the regulations and as applied to the detainees.

Among general defects the Court identified the failure to provide the detainee with the assistance of counsel. The detainee is not permitted to see classified evidence used against him. This fails to provide the detainee with sufficient notice of the factual basis for which he is being detained and with a fair opportunity to rebut the government's evidence. Thus, the CSRT is not an impartial decision-maker.

Among specific defects the Court identified reliance on statements possibly obtained through torture or other coercion and vague and overly broad definition of 'enemy combatant'. This includes detention based solely on membership in an organisation rather than actual activities. The process must be conducted on an individual basis.

Most of interest to international humanitarian law, the court addressed the petitioners' claims based on the Geneva Conventions. The government again argued that the conventions are not self-executing and grant no right of private action. The Court acknowledges that GC III and GC IV⁶⁴ do not expressly grant private rights of action. This is currently under evaluation by the Court of Appeals in *Hamdan*. However, this Court finds the conventions self-executing and adopts the language of Judge Robertson of this court in *Hamdan*.

The Court found that the determination by the President that the detainees were not entitled to POW status was not proper. "[T]he Third Geneva Convention does not permit the determination of prisoner of war status in such a conclusory fash-

ion."⁶⁵ The Court cites article 5 GC III: "If there is any doubt as to whether individuals satisfy the Article 4 requirements, Article 5 entitles them to be treated as POWs 'until such time as their status has been determined by a competent tribunal'."⁶⁶ "Nothing in the [3rd] Convention itself or in Army Regulation 190-8 authorizes the President of the United States to rule by fait that an entire group of fighters covered by the Third Geneva Convention falls outside of the Article 4 definitions of 'prisoners of war'. To the contrary [...] the President's broad characterization [...] cannot substitute for an Article 5 tribunal's determination on an individual basis of whether a particular fighter complied with the laws of war or otherwise falls within an exception denying him prisoner of war status."⁶⁷

In conclusion the Court holds:⁶⁸

1. Petitioners have stated a valid claim under the 5th amendment;
2. The CSRT procedures are unconstitutional for failing to meet the requirements of due process; and
3. The Taliban fighters who have not had an individual determination as to status are entitled to such by a competent tribunal under Article 5, GC III.

5. Conclusion

This article has analysed six cases, three decided by the U.S. Supreme Court of the United States, including *Padilla* upon remand to and decision by the District Court, and three by the U.S. District Court.

How do these decisions comport with the requirements of international humanitarian law?

The *Rasul* case is decided solely on U.S. law and is formulated solely as a matter of the jurisdiction of the court.

In *Hamdi* the petitioner raised article 5 GC III, having to do with resolution of doubt as to his status but there was a meaningful discussion of this issue only in the dissenting opinion, which stated that article 5 must be followed and that Hamdi was entitled to POW treatment until his status was determined by a competent tribunal, following exactly the requirement of article 5. The dissenting opinion also stated that his being held incommunicado violated the Geneva Convention. The only mention of the Geneva Conventions in the plurality opinion was a referral to article 118 GC III, which requires repatriation of POWs upon cessation of active hostilities.

⁶¹ *Ibid.*, at 39.

⁶² *Ibid.*, at 42.

⁶³ *Ibid.*, at 44.

⁶⁴ Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 75 UNTS 287, 12 August 1949.

⁶⁵ *In re Guantanamo Detainee Cases*, *supra* note 57, slip opinion at 71.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*, at 72.

⁶⁸ *Ibid.*, at 74.

The Supreme Court decided *Padilla*, as *Rasul*, solely on the basis of U.S. law. Likewise on remand, the District Court, in deciding the case strongly in favour of Padilla, held that he must be charged or released but solely on the basis of domestic law.

The decisions of the U.S. District Court for the District of Columbia have been most interesting. Three cases have been decided by three different judges. Two cases, *Hamdan* and *In re Guantanamo Detainee Cases*, have been decided partly on the basis of IHL, holding that the Geneva Conventions were self-executing and granting the detainees a private cause of action. Both also cited article 5, holding that no competent tribunal had been held to determine the status of the detainees and that President Bush was not such a tribunal. The *Hamdan* court cited article 102 GC III and analysed the requirements of “[...] same courts according to the same procedure as in the case of members of the armed forces of the Detaining Power [...]”. Based on this provision and article 5 the Court held that, unless and until such a tribunal determined the status of the detainees and unless certain procedures of the military commission were amended, the military commission trial could not go forward. Finally, there was also a discussion of Common Article 3 and its application to both international and non-international armed

conflicts as determined by the International Court of Justice in *Nicaragua*.

The *Khalid* case was decided completely against the detainees on the basis that the court did not have jurisdiction, that the conventions were not self-executing, and that there was no private right of action under them. It is the opinion of this writer that the *Khalid* case was wrongly decided and will be reversed on appeal.

Have these cases had an effect on the persons detained in Guantanamo and in other locales? Definitely. Hamdi has been released. Rasul has been released. Padilla has been ordered released. Hamdan’s trial before a military commission has been put on hold. The Supreme Court, though not in a major way, has addressed some of the issues raised by the Geneva Conventions.

Most inspiring have been the decisions of the U.S. District Court for the District of Columbia in *Hamdan* and *In re Guantanamo Detainee Cases*. These decisions have insisted on a determination of the detainees’ status by a competent tribunal in accordance with article 5 GC III, and until that is done, have recognised Hamdan and the other detainees as POWs entitled to the protections of GC III.

Isayeva v. the Russian Federation and Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. the Russian Federation: Targeting Rules according to Article 2 of the European Convention on Human Rights

Noëlle Quénivet*

Der Artikel beleuchtet die zwei letzten Entscheidungen des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) im Rahmen des tschetschenischen Konflikts: *Isayeva v. Russian Federation* und *Isayeva, Yusupova und Bazayeva v. the Russian Federation*. Zunächst wird kurz erörtert, ob die Möglichkeit besteht, dass Menschenrechtsorgane wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) über die ihn erschaffenen Verträge hinausgehend, Prinzipien des humanitären Völkerrechts anzuwenden in der Lage sind. Zweitens wird die Anwendung des humanitären Völkerrechts durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte anhand einer Sachverhaltsanalyse vorgenommen. Danach beurteilt der Autor, das in Art. 2 verankerte Recht auf Leben, als fundamentales Recht der Europäischen Menschenrechtskonvention, jeweils im Zusammenhang mit der Gewaltanwendung als Prinzip des internationalen Rechts.

Des Weiteren hilft der Artikel bei einem Vergleich der Kernprinzipien des humanitären Völkerrechts mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Zeiten eines Konflikts. Dabei werden die zwei oben genannten Entscheidungen als Fallbeispiele herangezogen. Unzweifelhaft muss der EGMR bei der Entscheidung, ob die Gewaltanwendung der Russischen Föderation im Einklang mit Art. 2 EMRK auf die Prinzipien der Unterscheidung, Diskriminierung und der Verhältnismäßigkeit zurückgreifen. Bemerkenswert erscheint, dass der EGMR sogar noch weiter geht, indem er im Rahmen dieser Feststellung untersucht, ob die Angreifer genügend vorbeugende Maßnahmen unternommen haben, um das Leben sowie das Eigentum der Zivilbevölkerung bei den Angriffen unter allen Umständen zu schützen. Der Autor kommt zu dem Schluss, dass obwohl der EGMR die Anwendung des humanitären Völkerrechts verneint, er sich trotzdem in weitem Maße an dessen Prinzipien orientiert.

1. Introduction

On 24 February 2005 the European Court of Human Rights delivered a series of judgments on cases relating to violations committed on the territory of the Chechen Republic in the Russian Federation.¹ The long awaited rulings were widely applauded by human rights organisations such as Amnesty International² inasmuch as they were the first condemnations of the Russian State for its actions during the conflict in Chechnya in 1999–2000. The judgments lift the pull of pessimism that hung over the Russian operations in Chechnya and their apparent impunity.

Most importantly, they are confirming earlier judgments of the Court in relation to situations rising to armed confrontations. Indeed, “the European Court of Human Rights has repeatedly interpreted the right to life guaranteed by the ECHR to apply to the context of military use of lethal force”.³ Already in 1997, some authors forecasted that “[t]he complaints that have emerged from the conflict in Turkey could be a foretaste of the future”.⁴ The latest jurisprudence confirms their premonition.

Two cases need particular attention since they deal with issues that pertain to the field of international humanitarian law (IHL), namely targeting in times of armed conflict.

The first case, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. the Russian Federation*,⁵ wrestles with the aerial attacks by military planes of a 12 km long civilian convoy of refugees fleeing Grozny through a ‘humanitarian corridor’ on 29 October 1999.⁶ Ms Isayeva was wounded while her two children and her daughter-in-law were killed. Ms Yusupova was also inju-

red and Ms Bazayeva’s cars as well as personal and family possessions were destroyed during the air strikes.

The second case, *Isayeva v. the Russian Federation*,⁷ involves the aerial and artillery bombing of the village of Katyr-Yurt on 4 February 2000. At the time of the attack that particular village was the home of about 25,000 people, including internally displaced persons from all over Chechnya. Ms

* Dr. Noëlle Quénivet is Researcher at the Institute for International Law of Peace and Armed Conflict at the Ruhr-University Bochum (Germany) and Assistant Editor of the Journal of International Law of Peace and Armed Conflict. She holds a LL.M. in ‘international human rights law’ from the University of Nottingham (UK) and a Ph.D. from the University of Essex (UK).

¹ These are the first cases on the conflict in Chechnya, yet not against the Russian Federation. For an examination of the cases presented against the Russian Federation, see B.L. Zimnenko, “Analysis of Applications of Citizens to the European Court of Human Rights versus the Russian Federation”, (2000) 2 *Moscow Journal of International Law* 39–47.

² Amnesty International, *Russian Federation: European Court of Human Rights Rulings on Six Cases from the Chechen Republic*, EUR 46/006/2005, 24 February 2005.

³ F.F. Martin, “The Unified Use of Force and Exclusionary Rules: The Unified Use of Force Rule Revisited: The Penetration of the Law of Armed Conflict by International Human Rights Law”, (2002) 65 *Saskatchewan Law Review* 407.

⁴ A. Reidy, F. Hampson & K. Boyle, “Gross Violations of Human Rights: Invoking the European Convention on Human Rights in the Case of Turkey”, (1997) 15.2. *Netherlands Quarterly of Human Rights* 173.

⁵ *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. the Russian Federation*, Applications Nos. 57947/00, 57948/00 and 57949/00, Judgment, 24 February 2005.

⁶ The convoy had been promised safe passage out of the village by Russia through a certain road accordingly dubbed a ‘safe corridor’.

⁷ *Isayeva v. the Russian Federation*, Application No. 57950/00, Judgment, 24 February 2005.

Isayeva claimed that the attack led to the death of her son and three nieces.

This case study explores the possibility that human rights bodies reach beyond the treaties that established them and draw upon the principles of the law of armed conflict. First the application of international humanitarian rules by the European Court of Human Rights merits examination. Then the contribution analyses the right to life as protected by the European Convention. It further takes particularly into consideration elements that are connected with IHL. It is however not the aim of this article to determine whether IHL would indeed be applicable to the given cases. Rather it aims to compare principles found in IHL to the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

2. The Application of International Humanitarian Law by the ECtHR

The two cases invigorate the debate relating to the application of international humanitarian law by the European Court of Human Rights. According to the European Convention on Human Rights, the Court determines whether a State party to the said convention has violated its provisions. It is only competent to decide in the field of human rights law and not of IHL. Consequently, the Court is not required by virtue of the European Convention on Human Rights to examine whether a State party also complies with the 1949 Geneva Conventions and the 1977 Additional Protocols. The Court has consistently refused to apply IHL despite the fact that several applicants referred to this *corpus juris*.⁸ In several cases it referred to the possible applicability of IHL, yet never applied it as such. In the *Cyprus v. Turkey case*, the Court conceded that the Geneva Convention III was applicable to the prisoners of wars of 1974 but, in fact, did not use the convention as a yardstick when examining the events and only adjudicated the matter on the basis of article 5 ECHR.⁹

As Kleffner explains “[u]sing international humanitarian law as a means of interpretation of human rights law is [...] [an indirect] way to achieve [compliance with international humanitarian law]”.¹⁰ It is nonetheless not the aim of a human rights body such as the European Court of Human Rights to be involved in the implementation of IHL. However, as Watkin notes “[t]hat highly developed system of accountability has much to offer in terms of limiting the impact of some forms of violence, especially when compared to the still evolving accountability framework under international humanitarian law”.¹¹ Yet, it is clear from the jurisprudence of the European Court and Commission of Human Rights that both bodies, specifically designed to control the application of the European Convention on Human Rights, reject their role as guardians of IHL. However, this reluctance is difficult to understand inasmuch as the Court is obliged by virtue of article 15(1) ECHR to take into account any relevant international rules when interpreting the Convention.¹²

In the case *Isayeva et al.*¹³ a USA-based NGO called Rights International, the Centre for International Human Rights Law, submitted written comments alleging that Common

Article 3 of the Geneva Conventions was applicable. The submission then explains that the norms of IHL must “be construed in conformity with international human rights law governing the right to life and to human treatment”.¹⁴ Yet, in spite of this call, the European Court of Human Rights does not refer to IHL at all. It only analyses the situation in the light of the human rights enshrined in the European Convention.

The areas of commonality between human rights law and IHL are however highlighted in the case at hands. Although “the internal use of force is normally dealt with under a human rights paradigm”¹⁵ the European Court of Human Rights draws heavily upon principles of IHL pertaining to international and non-international armed conflicts. Hence, the comment of Watkin that “human rights advocates will have to become more comfortable with both the scope of [international humanitarian law] and its application to conflict”¹⁶ seems to be moot.

⁸ The only exception to the rule is the *Engel case*. *Engel et al. v. The Netherlands*, Applications 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5102/72, Judgment, 8 June 1976.

⁹ *Cyprus v. Turkey*, Applications 6780/74 and 6950/75, 26 May 1975. See also J.A. Frowein, “The Relationship between Human Rights Regimes and Regimes of Belligerent Occupation”, (1999) 28 *Israel Yearbook of Human Rights* 10 and A. Reidy, “The Approach of the European Commission and Court of Human Rights to International Humanitarian Law”, (1998) 324 *International Review of the Red Cross* 519. In this regard, the European Court of Human Rights seems to run counter the argument propounded by Heinschel von Heinegg that “the law of international armed conflict is especially designed to serve as a binding guidelines for the armed forces engaged in combat operations. Hence, it would not make much sense to complicate the situation by demanding they also submit to the obligations provided for by human rights instruments”. W. Heinschel von Heinegg, “The Rule of Law in Conflict and Post-Conflict Situations: Factors in War to Peace Transitions”, (2004) 27 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 868–869.

¹⁰ J.K. Kleffner, “Improving Compliance with International Humanitarian Law through the Establishment of an Individual Complaints Procedure”, (2002) 15 *Leiden Journal of International Law* 241. The same opinion was expressed by Greenwood. C. Greenwood, “International Humanitarian Law”, in F. Kalshoven (ed.), *The Centennial of the First International Peace Conference*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, pp. 240–241 and 251–252. Roberts also argues that “[a]lthough the right to life is inevitably subject to certain limitations in times of war and insurgency, its existence can potentially provide a basis for those whose rights have been undermined (or their surviving relatives) to argue that an armed force acted recklessly, granted its obligations”. A. Roberts, “Implementation of the Laws of War in Late-Twentieth-Century Conflicts”, in M.N. Schmitt & L.C. Green (eds), *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium*, Newport, Rhode Island, Naval War College, 1998, at 366.

¹¹ K. Watkin, “Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict”, (2004) 98 *American Journal of International Law* 2. According to Heintze, the use of human rights bodies enables a better protection in times of non-international armed conflicts. H.-J. Heintze, “Entscheidungen des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs als Politikersatz? Menschenrechtsverletzungen der Türkei vor dem EGMR”, in J. Hasse, E. Müller & P. Schneider (eds.), *Menschenrechte: Bilanz und Perspektiven*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, at 444.

¹² For an appreciation of the Court’s position in this regard, see F. Martin, “Le Droit International Humanitaire devant les Organes de Contrôle des Droits de l’Homme”, (2001) 1 *Droits Fondamentaux* 124–128.

¹³ *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 5, paras 161–167.

¹⁴ *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 5, para. 166.

¹⁵ K. Watkin, *supra* note 11, at 2.

¹⁶ K. Watkin, *supra* note 11, at 32.

Strikingly, the European Court of Human Rights applies the core principles of IHL without having to determine whether an armed conflict is indeed taking place. This lack of determinacy may be the reason for the Court's reluctance to state expressly that it applies IHL. In fact, should the Court declare that it contemplates IHL as the *lex specialis*, then States could oppose that the Court first needs to demonstrate that an armed conflict of either international or non-international nature is taking place. The determination of the existence of such a conflict and further of its character is strenuous in situations alike Chechnya.

By only examining the events according to human rights law the European Court of Human Rights eludes answering this tricky question. In previous jurisprudence the Court never referred to the concept of 'armed conflict', preferring to speak of "armed clash",¹⁷ "violent armed clashes",¹⁸ "armed combat".¹⁹ The Court thus refuses to delve in the intricacies of the determination of the nature of the conflict.²⁰ In the instant cases, the Court observes that the situation amounted to "armed resistance",²¹ "illegal armed insurgency"²². The word "armed conflict" only appears in correlation with the documents produced by the applicant.²³

Legal literature on the conflict in Chechnya is deeply divided, ranging from the position that the conflict, which took place in Chechnya in 1999 at the time of the events which are presented before the Court²⁴ is a non-international armed conflict according to Common Article 3²⁵ to a conflict falling within the purview of article 1(1) of Additional Protocol II.²⁶ Besides, the Russian Federation claimed at the time of the incidents that the events were only disturbances leading to a police operation and, therefore, IHL was not applicable.²⁷ This determination is however superfluous when adjudicating violations of human rights law.

4. Justifying the Use of Force under Article 2 ECHR: The Principle of Necessity?

The right to life is one of the core rights protected by the ECHR. In the words of the Court, it "ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention".²⁸ This principle cannot be derogated even in times of emergency as provided for by article 15 ECHR. This means that "the human-rights-based normative framework [...] is predisposed to question any use of deadly force".²⁹

Although the right to life is encapsulated in article 2(1) of the Convention, article 2 does not purport to protect life unconditionally. The need to maintain public order both on the domestic and international level is expressed in the exceptions to the rule.³⁰ Indeed, deprivation of life can still be lawful provided it fulfils a certain purpose that is spelled out in the second paragraph of the same article or if it falls under article 15(2) ECHR concerning "lawful acts of war".³¹ In the instant cases article 15 is not pertinent since the Russian Federation did not call for its application, thus, relegating the issue of permissibility to the scope of article 2 ECHR. Lethal use of force can be used to defend a person against unlawful violence, to arrest a person or prevent the escape of a detainee, and

to quell a riot or an insurrection. As the list is restrictive lethal use of force must consequently be grounded in one of the aforementioned purposes. In addition, because the right to life is core right, any possible justification for infringing this right must be interpreted in a restrictive manner.³²

After careful examination of the background to the two aforementioned cases, the European Court of Human Rights

¹⁷ *Ergi v. Turkey*, Application No. 23818/94, Judgment, 28 July 1998, paras 16–20–22–79

¹⁸ *Ergi v. Turkey*, *supra* note 17, para. 85.

¹⁹ *Ergi v. Turkey*, *supra* note 17, para. 20.

²⁰ For an evaluation of the Court's reluctance to address the issue of the determination of the nature of conflict, see H.-J. Heintze, "Europäischer Menschenrechtsgerichtshof und Durchsetzung der Menschenrechtsstandards des humanitären Völkerrechts", (2000) 12 *Zeitschrift für Rechtspolitik* 510.

²¹ *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 5, para. 27.

²² *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 5, para. 178; *Isayeva v. the Russian Federation*, *supra* note 7, para. 180.

²³ "The Supreme Court's published case-law did not contain a single example of a civil case brought by a victim of the armed conflict in Chechnya against the state authorities." *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 6, para. 140 and *Isayeva v. the Russian Federation*, *supra* note 8, para. 148. Further, the submission by the NGO Rights International constantly refers to a 'non-international armed conflict'. *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 5, para. 162–167. The opinion of the NGO is again referred to in *Isayeva v. the Russian Federation*, *supra* note 7, para. 167.

²⁴ This is without prejudice to the author's opinion expressed in an earlier article that dealt with the situation in Chechnya in 2002. N. Quéniwet, "The Moscow Hostage Crisis in the Light of the Armed Conflict in Chechnya", (2001) 4 *Yearbook of International Humanitarian Law* 355–358.

²⁵ Commission on Human Rights, Situation in the Republic of Chechnya of the Russian Federation, Resolution 2000/58, 25 April 2000; F. Hampson, "Chechnya and the Laws of War", Crimes of War Project, November 1999; A.P.V. Rogers, "Chechnya and the Laws of War", Crimes of War Project, October 1999;

²⁶ F.L. Kirgis, "Russian Use of Force in Grozny", ASIL Insights, December 1999; Human Rights Watch, "Welcome to Hell", *Arbitrary Detention, Torture, and Extortion in Chechnya*, October 2000; I. Blishchenko & J. Doria, "Correspondents' Reports: Russian Federation", (2000) 3 *Yearbook of International Humanitarian Law* 565.

²⁷ Letter of the Russian Foreign Minister Igor Yvanov dated 24 June 2000 to the Council of Europe. See also information contained in E.S. Berke, "The Chechnya Inquiry: Constitutional Commitment or Abandonment?", (1996) 10.2 *Emory International Law Review* 900.

²⁸ *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 5, para. 168 and *Isayeva v. the Russian Federation*, *supra* note 7, para. 172.

²⁹ K. Watkin, *supra* note 11, at 17.

³⁰ Sometimes one may have the impression that the right to life is absolute in nature. Yet, "that normative structure must also account for the taking of life so as to maintain social order". K. Watkin, *supra* note 11, at 10. "It is accepted that these exceptions enable the State to maintain law and order, a societal interest that outweighs an individual's right to life". R. Harvey & E. Mugnai, *The Right to Life*, August 2002, available at <<http://www.childrenslegalcentre.com/>>, 9 June 2005, p. 17.

³¹ "[T]he European Court of Human Rights' principle of evolutive interpretation demands that the ambiguous language of article 15 of the ECHR be construed to apply to international and non-international conflicts given the changing character of contemporary armed conflicts and the emergence of civil-military operations in international peace-keeping and peace-enforcement operations". F.F. Martin, "The Unified Use of Force and Exclusionary Rules: The United Use of Force Rule: Amplifications in Light of the Comments of Professors Green and Paust", (2002) 65 *Saskatchewan Law Review* 453.

³² *McCann and others v. United Kingdom*, Application No. 18984/91, Judgment, 5 September 1995, para 147; *Soering v. United Kingdom*, Application No. 14038/88, Judgment, 7 July 1989, para. 88.

agrees that the use of force was indeed justified to shield the general population.³³ From a human rights viewpoint Martin observes that “military authorities may use force against combatant or mixed combatant-civilian targets only if there is no other alternative to inflicting injury and suffering for achieving lawful objectives, both tactical *and* strategic.”³⁴ In sum, no other alternative than the use of force could be found. This formulation is closed to the principle of necessity, yet not that found in IHL but in general international law. Indeed, according to the principle of necessity enshrined in IHL those attacking a particular target must prove that it is necessary for military purposes and that a definite military advantage will be gained from carrying out the operation.³⁵ Pursuant to the principle of necessity as spelled out in general international law the resort to force occurs only when no other reasonable options remain to frustrate the continuation of a conflict or a crisis. Undoubtedly, this position is close to that expounded by the European Court of Human Rights in cases alleging violations of the right to life according to article 2 ECHR.

The Court recognises in *Isayeva* that the presence of large groups of armed fighters and their resistance to law-enforcement organs may justify the use of lethal force by State agents of Russia.³⁶ It also accepts in *Isayeva et al.* the governmental position that the situation in Chechnya called for exceptional measures and hence the use of planes against illegal armed groups could be justified.³⁷ The aim of such an operation may be to defend the local population against the illegal armed insurgency. Beyond that, the Court notes that should the planes have been directly attacked, then the use of force would also have been appropriate.

The vocabulary employed by the Court in *Isayeva et al.* can be characterised as very cautious. For example, the Court states that it “is prepared to accept”; it earlier declares that “the measures could *presumably* include employment of military aviation”.³⁸ From the foregoing it transpires that the Court wishes to clarify that it is generous in its appreciation of the situation on the ground.

Indubitably this position reflects the dearth of information which the Court possesses and its inability to judge whether a military decision was opportune. Firstly, the Court clarifies that “[i]n the absence of corroborated evidence that any unlawful violence was threatened or likely, the Court retains certain doubts as to whether the aim at all be said to be applicable”.³⁹ A second, yet linked, ground is that given the circumstances, it is difficult to assess the situation on the ground. Hence, the decision is better left in the hands of the military or those in charge of the operations.⁴⁰ To a certain extent, it appears that the European Court of Human Rights is implicitly taking into consideration the nature of warfare and, thereby, its uniqueness.

This blunt assumption may be criticised by those who are familiar with IHL mechanisms and more particularly with international criminal law. Though, in a human rights context, one should bear in mind that ECHR bodies have little investigation powers and, therefore, must rely on the documents produced by the parties before the court.⁴¹ A notable

part of the rulings deals with the facts, as submitted by the claimant as well as by the governmental authorities. Included in the compilation of documents produced by the parties one may find court cases, NGO reports⁴² as well as reports from the Red Cross.⁴³ When weighting evidence, the European Court of Human Rights uses the standard of proof “beyond reasonable doubt”.⁴⁴ As the Court explains “[s]uch proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant interferences or of similar unrebutted presumptions of fact”.⁴⁵ Moreover, in cases where the facts are of utmost significance to determine whether a violation of the Convention has occurred, the Court must take great care in its assessment. It is aware that it cannot and should not act as a court of first instance. Especially in cases relating to article 2 of the Convention, the Court must take extreme caution and “apply a particularly thorough scrutiny”.⁴⁶

Further, “the scope of fact-finding [...] is particularly tested when the issue is not alone one of resolving a dispute between the applicant and the Government as to the occurrence of particular facts, but over the wider picture: the existence of a practice of which the applicant claims to be a victim”.⁴⁷ Without a doubt the two aforementioned cases are only representative of the general situation that reigned in 1999–2000 on the territory of Chechnya. “Every human life remains precious, but assessing when the taking of life may be justified is rarely undertaken on a scale of one or two victims”.⁴⁸ In this context it is strenuous for the Court to understand a single case when a look should be taken at the

³³ See discussion *infra*.

³⁴ F.F. Martin, “The Unified Use of Force and Exclusionary Rules: The Unified Use of Force Rule Revisited: The Penetration of the Law of Armed Conflict by International Human Rights Law”, *supra* note 3, at 406.

³⁵ Some authors plead for a wider interpretation of the principles of necessity in international humanitarian law. “The principle of necessity in the law of armed conflict requires that, once a valid contingency is identified, alternative strategies be prospectively evaluated. Assuming various sufficient strategies, instruments and programmes should be selected on the basis of which ones accomplish the necessary objectives with the least possible quanta of harm.” W.M. Reisman & D.L. Stevick, “The Applicability of International Law Standards to United Nations Economic Sanctions Programmes”, (1998) 9.1 *European Journal of International Law*, available at <<http://www.ejil.org/journal/Vol9/No1/art4.html>>, 10 June 2005.

³⁶ *Isayeva v. the Russian Federation*, *supra* note 7, para. 180.

³⁷ *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 5, para. 178.

³⁸ *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 5, para. 178. (author’s emphasis)

³⁹ *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 5, para. 181.

⁴⁰ A similar stance was adopted by the Court in the *Ozkan and others v. Turkey*, Application No. 21689/93, Judgment, 6 April 2004, para. 306.

⁴¹ In the past, the European Commission on Human Rights took up the initiative to search for the facts. See J.A. Frowein, “Fact-Finding by the European Commission on Human Rights”, in R.B. Lillich (ed.), *Fact-Finding Before International Tribunals*, Ardsley, Transnational Publishers, 1992, at 237–251.

⁴² *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 5, paras 102–104.

⁴³ *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 5, paras 46–49.

⁴⁴ *Avsar v. Turkey*, Application No. 25657/94, Judgment, 10 July 2001, para. 282.

⁴⁵ *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 5, para. 172.

⁴⁶ *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 5, para. 173.

⁴⁷ A. Reidy, F. Hampson & K. Boyle, *supra* note 4, at 171.

⁴⁸ K. Watkin, *supra* note 11, at 33.

broader picture. The Court has nonetheless consistently rejected this pro-active role in investigating more general claims.⁴⁹

5. The Principles of Distinction and Proportionality

Having decided that the use of force was indeed necessary given the circumstances, the Court must then turn to another criterion that must be fulfilled, namely that the use of force must be strictly proportionate to the achievement of one of the aims specified in article 2(2).

In this context, it is rather surprising that the notions, which are implicitly or explicitly mentioned by the European Court of Human Rights, pertain to the domain of IHL and more specifically of the rules regarding targeting (principles of distinction and proportionality).⁵⁰

5.1. The Principles of Distinction and Discrimination

One of the cornerstones of IHL is the principle that all possible measures must be taken to distinguish between civilian persons and objects, and military objectives. The principle of proportionality, which only applies to mixed military-civilian targets, not exclusively to military targets, is harnessed upon the principles of distinction and discrimination. The cardinal principle of distinction between civilians and fighters/combatants and between civilian objects and military objectives is enshrined in customary international law and is applicable both in international and non-international armed conflicts.⁵¹ Primarily in times of non-international armed conflicts the distinction between members of armed opposition groups and civilians appears difficult to pinpoint.⁵² It is symptomatic that although Additional Protocol II consistently uses this term it does not include a definition of the concept of ‘civilians’ or ‘civilian population’. This lack of clarity is reflected both in further treaties and customary law.

These concepts are used on several occasions by the European Court of Human Rights: “civilian houses”,⁵³ “civilian areas”,⁵⁴ “civilian population”,⁵⁵ “a civilian”⁵⁶. Again, the Court uses terms in connection to the noun or adjective ‘civilian’ in the *Isayeva*⁵⁷ and *Isayeva et al.*⁵⁸ cases. As a matter of fact, the choice of the notion of ‘civilian’ by a human rights organ is rather frightening; for, it apparently negates the basic tenet of human rights law that lies down that all human beings are equal. Human rights law applies both to civilians and combatants, i.e. it does not know of this distinction. Indeed, human rights are “literally, the rights that one has simply because one is a human being”.⁵⁹ Another perplexing characteristic of many judgements of the European Court of Human Rights is that it never imparted any definition of the terms ‘civilians’, ‘combatants’, and ‘fighters’, thereby causing some confusion as to who falls into which category.

The fundamental distinction between civilians and fighters/combatants is important for the application of the principle of discrimination that holds that only fighters/combatants and military objectives can be targeted during an attack. Article 13 APII asserts that “the civilian population as such, as well as

individual civilians, shall not be the object of attack [...] unless and for such time as they take a direct part in hostilities”. This principle of customary nature and applicable in non-international armed conflicts was reasserted in the *Tadic* case before the ICTY.⁶⁰

Although the Court has never explained that it is expressly drawing upon the principle of discrimination it constantly refers to it when it declares that State agents must pay attention to the lives of civilians.⁶¹ Again, the principle of discrimination seems to run counter general human rights law inasmuch as it declares that the lives of some persons, i.e. civilians, is worth being protected while the lives of others, i.e. fighters and combatants, can be violated. To speak of the principle of discrimination in the context of human rights law is unmistakably a *contradictio in terminis*. To a certain extent, the Court disregards the rights of those who are labelled fighters or combatants in the name of the *lex specialis* rule which is predicated on the premise that lethal force will be used and individuals killed.⁶²

⁴⁹ A. Reidy, F. Hampson & K. Boyle, *supra* note 4, at 172.

⁵⁰ “The controlled application of force is often referred to in modern military terminology as ‘targeting’”. K. Watkin, *supra* note 12, at 15. Indeed, “these criteria come remarkably close to those used as targeting principles in humanitarian law”. T. Ruys, *License to Kill? State-Sponsored Assassination under International Law*, Institute for International Law, Working Paper No. 76, May 2005, available at <<http://www.law.kuleuven.ac.be/iir/nl/wp/WP76e.pdf>>, 9 June 2005. “The controlled application of force is often referred to in modern military terminology as ‘targeting’”. K. Watkin, *supra* note 11, at 15.

⁵¹ Rule 1 in J.-M. Henckaerts, “Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict”, (2005) 857 *International Review of the Red Cross* 24.

⁵² J.-M. Henckaerts, *supra* note 51, at 16. See also “there is no reference point for the general distinction between persons authorised to participate directly in the hostilities and those to be protected as civilians”. C. von Oppeln, “Victim’s Protection in International Law: The Normative Basis and a Look into the Practice”, (2002) 10.2/3 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 242.

⁵³ *Ergi v. Turkey*, *supra* note 17, para. 10.

⁵⁴ *Ergi v. Turkey*, *supra* note 17, paras 45; 84.

⁵⁵ *Ergi v. Turkey*, *supra* note 17, paras 70; 72; 80; 81.

⁵⁶ *Ergi v. Turkey*, *supra* note 17, para. 79.

⁵⁷ In the part dealing with the Court’s evaluation the following words can be found “civilians” (paras 176, 182, 183, 189, 190, 193, 194, 195, 196, 197), “civilian life/lives”, (paras 176, 199), “civilian cars” (para. 195), “civilian vehicles” (para. 196), “civilian casualties” (para. 198) and “civilian population” (para. 200). *Isayeva v. the Russian Federation*, *supra* note 7.

⁵⁸ In the part dealing with the Court’s evaluation the following words can be found “civilians” (paras 175, 177, 185, 187, 189, 191, 196, 202, 203, 215, 222, 233), “civilian cars” (para. 184), “civilian casualties” (paras 190, 191, 205), and “civilian population” (para. 199). *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 5.

⁵⁹ J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 2nd edition, Ithaca, Cornell University Press, 2003, p. 10.

⁶⁰ *Prosecutor v. Tadic*, Case IT-94-1-AR72, Appeals Chamber Decision on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 127.

⁶¹ See *infra* discussion on the principle of proportionality and the planning of the operations.

⁶² However, speaking of the right to life as encapsulated in the ICCPR, Greenwood explains that “[i]t has to be remembered that the taking of life is an inherent feature of armed conflict and it was neither the intention nor the effect of Article 6 to prohibit the use of force by states”. C. Greenwood, “Rights at the Frontier – Protecting the Individual in Time of War”, in B. Rider (ed.), *Law at the Centre: The Institute of Advanced Legal Studies at Fifty*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, at 285. Without delving much into details, it may be argued that the same holds true concerning article 2 ECHR.

5.2. The Principle of Proportionality

As stated earlier, the principle of proportionality is one of the criteria to assess the legality of a State operation leading to the death of a person. In the opinion of the Court, the intentional deprivation of life can only be understood as the result of “the deliberate or intended use of lethal force”.⁶³ This use of force should not be more than absolutely necessary for the achievement of one or more of the purposes laid down in article 2(2). Often, when probing a case pertaining to the use of force, the Court speaks of the principle of proportionality rather than of “absolute necessity”.⁶⁴ This is probably due to the linkage between the wording “absolutely necessary” and the reference to the aims of the use of force as mentioned in article 2(2) ECHR.⁶⁵ Indeed, “proportionality [...] demands a careful balance to be struck between the goal to be achieved and the means used to this end. The nature of the threat and the intention of the suspects must be weighed against the possible outcome.”⁶⁶

The mere usage of the word ‘proportionate’ reminds of the principle of proportionality found in customary IHL. This principle is valid in times of international as well as non-international armed conflict.⁶⁷ It requires that any attack that distinguishes between civilian and military objects be proportionate to the direct and concrete military advantage to be gained by the attack.

In treaty law, this principle of proportionality is only found pertaining to international armed conflict.⁶⁸ Yet, reference is found in implicit terms. The principle of proportionality serves as a shortened version for attacks that are “excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated” as spelled out in article 57(2) of Additional Protocol I.⁶⁹ Often this is referred to as “incidental loss of civilians” or “collateral damage”. Accordingly, IHL tolerates “the killing and wounding of innocent human beings not directly participating in an armed conflict, such as civilian victims of lawful collateral damage”.⁷⁰

The notion of “incidental loss”⁷¹ that is specific to IHL was adopted by the ECHR in the *Ergi* case in which a civilian woman had been killed as a result of military operations in Turkey. The Court again adopts this approach in the two aforementioned cases against Russia as it declares that any operation must be mounted “with a view to avoiding and, in any event, minimising, incidental loss of civilian”.⁷² In Heintze’s opinion the choice of words prove that the Court is aware that IHL is the *lex specialis*⁷³ and should be using this *corpus juris* when dealing with cases relating to armed conflicts.⁷⁴

In the cases at hands, the European Court of Human Rights explains that “a balance must be achieved between the aim pursued and the means employed to achieve it”.⁷⁵ In IHL a balance must be struck between the principle of humanity and the principle of military necessity. The connection between military necessity and the aim pursued is easily drawn in times of armed conflict when the State is using military

force to contain an armed opposition group. Unfortunately, the Court does not support its reasoning by any theory. It simply questions in *Isayeva et al.* whether the principle of proportionality was observed when it was obvious that a substantial number of civilian cars and persons were present on the road.⁷⁶ In *Isayeva* the Court does not make many comments as to the compliance with the principle of proportionality; rather it prefers to investigate whether the Russian armed forces took enough precautionary measures to prevent civilian casualties and damages.

6. Precautionary Measures

A second yardstick to determine whether the use of force is no more than absolutely necessary is to assess whether the operation was planned and controlled by the authorities in such a manner that it would minimise recourse to lethal force.

6.1. Planning of the Operation

A way to check whether a certain action is proportionate to the aim is to investigate the planning of the operation and the control by the authorities over the operation. The test was initially laid down in the *McCann and others v. UK*:⁷⁷ the planning and the control of an operation must be so as to minimise recourse to lethal force. This again may be linked to IHL inasmuch as “[t]he principles of discrimination and

⁶³ *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 6, para. 169 and *Isayeva v. the Russian Federation*, *supra* note 7, para. 173.

⁶⁴ *Güleç v. Turkey*, Application No. 21593/93, Judgment, 27 July 1998, para. 83; *Ergi v. Turkey*, *supra* note 17, para. 79.

⁶⁵ H.-J. Heintze, “Entscheidungen des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs als Politikersatz? Menschenrechtsverletzungen der Türkei vor dem EGMR”, *supra* note 11, at 454.

⁶⁶ T. Ruys, *supra* note 50.

⁶⁷ General Assembly, *Respect for Human Rights in Armed Conflicts*, UN Doc. 1/7218, 19 December 1968.

⁶⁸ The protection of civilians against effects of fighting in international armed conflicts is rudimentary and, hence, relies heavily on customary international law.

⁶⁹ “The use of the term ‘excessive’, rather than proportional, in relation to civilian casualties was in response to strong objections by several states that the concept of proportionality was contrary to humanitarian principles and international law.” J.G. Gardam, “Proportionality and Force in International Law”, (1993) 87 *American Journal of International Law* 406.

⁷⁰ T. Meron, “The Humanization of Humanitarian Law”, (2000) 94 *American Journal of International Law* 240.

⁷¹ *Ergi v. Turkey*, *supra* note 17, para. 79.

⁷² *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 5, para. 172 and *Isayeva v. the Russian Federation*, *supra* note 7, para. 176.

⁷³ This principle holds that when two norms of international law collide, the more specific should be applied in order to assist in the interpretation of the more general rule.

⁷⁴ H.-J. Heintze, “Zum Verhältnis von Menschenrechtsschutz und humanitärem Völkerrecht”, (2003) 4 *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* 179. See also H.-J. Heintze, “On the Relationship between Human Rights Law Protection and International Humanitarian Law”, (2004) 856 *International Review of the Red Cross* 796–798.

⁷⁵ *Isayeva v. the Russian Federation*, *supra* note 7, para. 181.

⁷⁶ The number of civilian casualties is nevertheless unclear.

⁷⁷ *McCann and others v. United Kingdom*, *supra* note 32, para. 194.

proportionality in their general formulations guide military commanders planning attacks”.⁷⁸

According to Reidy, the aforementioned test “provides a secure framework for assessing whether killings are illegal under the laws of armed conflict”.⁷⁹ The numerous cases pertaining to the situation in the Kurdish part of Turkey prove her point. For example, in the *Ergi* judgment which concerned the accidental killing of a woman during a military operation the Court argued that the State had failed “to take all feasible precaution in the choice of means and methods of a security operation mounted against an opposing group with a view to avoiding or, at least, minimising incidental loss of civilian life”.⁸⁰ As a consequence, “the responsibility of the State is not confined to circumstances where there is significant evidence that misdirected fire from State agents has killed a civilian”,⁸¹ i.e. it does not only stem from the direct deprivation of life but also from failure to take all feasible precautions.⁸²

In the cases at hands, the Court again stresses that all operations must be undertaken “so as to minimise, to the greatest extent possible, recourse to lethal force”.⁸³ In *Isayeva* in particular the European Court of Human Rights declares that the operation in Katyr-Yurt “was planned some time in advance”⁸⁴ while it notes in both cases that the Russian military should have foreseen the dangers and should have hence acted accordingly.⁸⁵ Especially in *Isayeva* the Court underlines that despite being in possession of all the relevant information on the situation on the ground, the authorities did not take into account the effects of the assault on the civilian population.⁸⁶ As a consequence, the Court found that Russia relinquished its duty to plan the attack with the prerequisite care for the lives of the civilian population, and thereby violated article 2 ECHR.

This reasoning strongly reminds of the rules of IHL. “In the conduct of military operations, constant care must be taken to spare the civilian population, civilians and civilian objects. All feasible precautions must be taken to avoid, and in any event to minimise, incidental loss of civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects.”⁸⁷ In other terms, “the conduct of the attack itself must not be negligent and involve unnecessary civilian casualties.”⁸⁸

Another rule that pertains to the realm of IHL and that is linked to precautionary measures, the issuance of a warning, is also used by the Court. According to IHL, a means to minimise the civilian death toll is to provide adequate advance warning to the civilian population, unless circumstances do not permit.⁸⁹ In other words, if the military situation allows for a warning to be issued, then the combatants must take reasonable efforts to do so in order to allow the civilian population to flee the targeted area. In *Isayeva*, the European Court of Human Rights declares that “it was at least open to [the relevant authorities] to warn the residents in advance”.⁹⁰ Again the Court uses a rule derived from IHL without explicitly referring to it.

The European Court of Human Rights also criticises the fact that the Russian authorities did not seem to be *controlling* the operation appropriately.⁹¹ Despite the dearth of information

and the insurmountable discrepancies between the various testimonies and documents the European Court is convinced that a mistake was made as far as the timing of the strikes was concerned. It declares that it is impossible that by the time the planes fired the missiles the pilots did not see the convoy of civilians.⁹² According to IHL, the attack should have been cancelled or suspended since it became apparent that the target was of civilian nature and that the principle of proportionality would not be respected.⁹³ From the wording it transpires that the European Court of Human Rights does not explicitly but implicitly refer to this rule. It explores all the documents and testimonies before it draws the conclusion that the aerial operation was not carried out in pursuance of article 2 of the ECHR⁹⁴ because of the authorities’ failure to plan and *execute* the strikes with the requisite care for civilian lives.

6.2. Indiscriminate Attacks

Another approach is to peruse the means and methods used inasmuch as they reveal whether the attack was discriminate

⁷⁸ D.S. Koller, “The Moral Imperative: Toward a Human Rights – Based Law of War”, (2005) 46 *Harvard International Law Journal* 237. One must however stress that “[i]t is a duty to act in good faith to take practicable measures, and persons acting in good faith may make mistakes”. W.J. Fenrick, “The Law Applicable to Targeting and Proportionality after Operation Allied Force: A View from the Outside”, (2000) 3 *Yearbook of International Humanitarian Law* 77.

⁷⁹ A. Reidy, *supra* note 9.

⁸⁰ *Ergi v. Turkey*, *supra* note 17, para. 79.

⁸¹ See also *Ozkan and others v. Turkey*, *supra* note 40, para. 297.

⁸² *Isayeva v. the Russian Federation*, *supra* note 7, para. 176. See also The European Court of Human Rights clearly spelled out that “[i]n the light of the importance of the protection afforded by Article 2, the Court must subject deprivations of life to the most careful scrutiny, taking into consideration not only the actions of State agents but also all the surrounding circumstances.” See among others *Kelly and others v. United Kingdom*, Application No. 30054/96, Judgment, 4 May 2001, para. 129; *Gül v. Turkey*, Application No. 22676/93, Judgment, 14 December 2000, para. 78; *Orhan v. Turkey*, Application No. 25656/94, Judgment, 18 June 2002, para. 326.

⁸³ *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 5, para. 171 and *Isayeva v. the Russian Federation*, *supra* note 7, para. 175.

⁸⁴ *Isayeva v. the Russian Federation*, *supra* note 7, para. 188.

⁸⁵ *Isayeva v. the Russian Federation*, *supra* note 7, para. 187 and *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 5, para. 189.

⁸⁶ *Isayeva v. the Russian Federation*, *supra* note 7, para. 189.

⁸⁷ Rule 15 in J.-M. Henckaerts, *supra* note 51, at 25.

⁸⁸ J.G. Gardam, *supra* note 69, at 407. In Gardam’s opinion, this is the third way to assess whether the principle of proportionality was complied with.

⁸⁹ Rule 20 in J.-M. Henckaerts, *supra* note 51, at 25.

⁹⁰ *Isayeva v. the Russian Federation*, *supra* note 7, para. 187.

⁹¹ Similarly the European Court of Human Rights explained in the *Ergi* case that the failure of the authorities to adduce direct evidence on the planning tended to prove that insufficient precautions had been taken. *Ergi v. Turkey*, *supra* note 17, para. 81.

⁹² *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 5, para. 194.

⁹³ Rule 19 in J.-M. Henckaerts, *supra* note 51, at 25. In the Djakovica incident which occurred during the NATO bombing in 1999, the pilots having noticed that the convoy included civilians stopped the attack. ICTY Office of the Prosecutor, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 8 June 2000, reproduced in (2000) *International Legal Materials* 1257–1283. For an appraisal of the Djakovica incident, see E. David, “Respect for the Principle of Distinction in the Kosovo War”, (2000) 3 *Yearbook of International Humanitarian Law* 99–101.

⁹⁴ *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 5, para. 194.

and disproportionate.⁹⁵ According to international customary law indiscriminate attacks are outlawed in non-international armed conflicts. Such attacks are defined as those “which are not directed at a specific military objective”, “which employ a method or means of combat which cannot be directed at a specific military objective” or “which employ a method or means of combat the effects of which cannot be limited as required by international humanitarian law”.⁹⁶

Already in the *Ergi* judgement, the European Court of Human Rights “was unable to avoid checking the compatibility of the weapons systems with both international human rights and humanitarian law”.⁹⁷ A day earlier, the Court had examined the case lodged by *Güleç*,⁹⁸ whose son had been killed by shots fired from a tank during a violent demonstration, and had come to a similar conclusion. The Court ruled that the use of force must be proportional to the aim and the means used. In *Güleç*, the use of battlefield weapons to quell a riot was deemed disproportionate all the more as the armed forces in charge of the repression of the demonstration were equipped with the necessary equipment to fight off demonstrators.

This test was also adopted in the cases relating to the military operations carried out by the Russian armed forces in Chechnya. In *Isayeva et al.* the Court first observed that “[t]he military used an extremely powerful weapon”.⁹⁹ It then goes into examining the weapon employed as well as its effects. It concludes that “[a]nyone who had been on the road at that time would have been in mortal danger”.¹⁰⁰ Assuredly the Russian military employed a weapon whose effects and impact on the population they could not limit.

The Court adopts a similar reasoning in *Isayeva*. Likewise it notices that the authorities decided in favour of strong means to assail the armed opposition group despite the fact that the deployment of such a weapon occurred in a populated area.¹⁰¹ In the opinion of the Court, the military authorities did not take into account the danger of such a means. Similarly, in the *Blaškić* case, the ICTY declared that the mere use of indiscriminate weapons in a populated area can be contemplated as a deliberate assault on civilians.¹⁰²

After analysis of the information at hands, the Court concludes in *Isayeva* that the assessment of the plan of the operation was not a “comprehensive evaluation of the limits of and constraints on the use of indiscriminate weapons within a populated area”.¹⁰³ A similar wording can be found under Fenrick’s pen who explains that “[a]t a minimum, [this principle] requires major improvements in targeting where a massive and comprehensive analysis is needed to create a target base tailored to minimize the risk of collateral damage – ideally before military action – [...]”.¹⁰⁴ The parallel between the interpretation by the European Court of Human Rights of the principle of proportionality and the prohibition of indiscriminate attacks as enshrined in IHL is therefore established. As Reidy rightly asserts “[t]he Court’s reference to means and methods in the conduct of military operation is one of the clearest examples of the Court borrowing language from international humanitarian law when analysing the scope of human rights obligations”.¹⁰⁵

7. Conclusion

Like in the case of *Cyprus v. Turkey*¹⁰⁶ the European Court of Human Rights has again demonstrated that it can protect human rights and public order in Europe even in circumstances that tend to be highly political. Human rights organs can also provide victims a leverage towards their own government. The involvement of victims or their relatives “in the domestically focused human rights endeavor is undoubtedly rooted in the political responsibility and accountability of the state to all its citizens.”¹⁰⁷

Further, these cases highlight the latest developments that have brought human rights law and IHL to converge. The blurring of the demarcation line between the two *corpus juris* is predominantly obvious in situations amounting to a non-international armed conflict. “But rather than a confusing blend of various bodies of law, this confluence is creating a coherent law of internal armed conflict”.¹⁰⁸ Without explicitly recognising that it is appraising the compliance of States with the core principles of IHL in non-international armed conflicts, the European Court of Human Rights is in fact referring to the main principles of the *lex specialis*.¹⁰⁹ As a result, one may maintain that in assessing whether a situation amounts to a violation of article 2(2) ECHR the Court is strongly *inspired* by principles of IHL.

⁹⁵ According to Gardam, a second means to assess whether the principle of proportionality was respected is to examine the means and methods of attack. J.G. Gardam, *supra* note 69, at 407. Fenrick also declares that “the principle of proportionality is implicitly contained in Article 51 of Additional Protocol I, which prohibits indiscriminate attacks”. W.J. Fenrick, *supra* note 78, at 58. In giving advice to legal advisers of the USAF concerning the lawfulness of an attack, Heintzelman and Bloom state that “where the proposed target is a military objective, help is needed only in developing a means of attack that meets the criteria of proportionality.” H.L. Heintzelman & E.S. Bloom, “A Planning Primer: How to Provide Effective Legal Input in to the War Planning and Combat Execution Process”, (1994) 37 *Air Force Law Review* 21.

⁹⁶ Rule 12 in J.-M. Henckaerts, *supra* note 51, at 25.

⁹⁷ H.-J. Heintze, “On the Relationship between Human Rights Law Protection and International Humanitarian Law”, *supra* note 74, at 810. (emphasis in original).

⁹⁸ *Güleç v. Turkey*, *supra* note 64.

⁹⁹ *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 5, para. 195.

¹⁰⁰ *Isayeva et al. v. the Russian Federation*, *supra* note 5, para. 195.

¹⁰¹ *Isayeva v. the Russian Federation*, *supra* note 7, para. 189.

¹⁰² ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-T, Judgment, 3 March 2000.

¹⁰³ *Isayeva v. the Russian Federation*, *supra* note 7, para. 189.

¹⁰⁴ W.J. Fenrick, *supra* note 78, at 75.

¹⁰⁵ A. Reidy, *supra* note 9.

¹⁰⁶ L.G. Loucaides, “The Judgement of the European Court of Human Rights in the *Case of Cyprus v. Turkey*”, (2002) 15 *Leiden Journal of International Law* 235.

¹⁰⁷ K. Watkin, *supra* note 11, at 34.

¹⁰⁸ A.G. Peterson, “Order out of Chaos: Domestic Enforcement of the Law of Internal Armed Conflict”, (2002) 171 *Military Law Review* 42. In contradistinction, Heinschel von Heinegg argues that “[i]f [the members of the armed forces] were obliged to also comply with human rights, the applicable law would become rather complicated and, in many cases, inoperable”. W. Heinschel von Heinegg, *supra* note 9, at 872.

¹⁰⁹ H.-J. Heintze, “Entscheidungen des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs als Politikersatz? Menschenrechtsverletzungen der Türkei vor dem EGMR”, *supra* note 11, at 446.

9. Seerechtsseminar am Taktikzentrum der Marine: „Develop RoE for NEO!“, Bremerhaven, 14.–18. März 2005

Roland Otto*

Bereits zum neunten Mal wurde vom 14. bis zum 18. März 2005 das Seminar zum internationalen Seerecht am Taktikzentrum der Marine, der Marineoperationsschule Bremerhaven in Zusammenarbeit mit Prof. Dr. Wolff Heintschel von Heinegg von der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder), veranstaltet. Thema des diesjährigen Seminars war der „Einsatz von Kriegsschiffen: Völkerrechtliche Dimensionen Maritimer Operationen“, wobei die Seminarsprache seit der Veranstaltung im Jahr 2004 Englisch ist. Diese Tatsache beruht nicht nur darauf, dass neben Dozenten der deutschen Marine und Prof. Heintschel von Heinegg, auch ausländische Marineangehörige Vorträge halten. Dies ermöglicht ein immer internationaler werdendes Teilnehmerfeld: Neben deutschen Marineangehörigen, Offizieren der Reserve und zivilen Juristen wurde das Seminar diesmal auch von dänischen, italienischen und holländischen Offizieren besucht.

Dreh- und Angelpunkt der Veranstaltung war das Szenario „Crisis in the North Zoran Sea“, welches sich wie folgt darstellt: Auf dem Kontinent *Constellatia* liegen u.a. die Staaten *Vulpecula*, *Perseus*, *Auriga* und *Sagitta*. Im Grenzgebiet von *Vulpecula* zu *Perseus* und *Auriga* liegt die Region *Batari*. Hier gibt es seit langem Unruhen, die zu bürgerkriegsähnlichen Zuständen angewachsen sind, da die *Batari Liberation Army (BLA)* mit Waffengewalt für die Abspaltung der Region von *Perseus* und *Auriga* kämpft. Dabei erhält sie sowohl indirekte als auch direkte Unterstützung von *Vulpecula*. Nach einer Eskalation, während der u.a. ein von den Vereinten Nationen geführtes Flüchtlingslager angegriffen wurde und der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen mehrfach in Resolutionen zum beschriebenen Konflikt Stellung nahm, entschließt sich die NATO-ähnlich organisierte *Alliance*, einen Eingriff in den Konflikt vorzubereiten. Dieser Eingriff wurde im Laufe des Seminars von den Teilnehmern ausgestaltet. Dabei wechselten sich allgemeine Vorträge zu völkerrechtlichen Fragen immer mit Sitzungen der Arbeitsgruppen ab, deren Ergebnisse wiederum im Plenum vorgestellt wurden.

Die Grundlagen wurden an den ersten beiden Tagen durch eine Einführung in das Szenario von *Fregattenkapitän Schatz* und Vorträge von Prof. Heintschel von Heinegg zum *ius ad bellum* und dem internationalen

Seerecht dargestellt. Es folgten Vorträge zur *Proliferation Security Initiative* von *Cdr. Annunziata* der italienischen Marine, der eigene praktische Erfahrungen einbringen konnte, sowie zu den *IMO Measures on Maritime Security* von *Herrn Keil* vom Auswärtigen Amt.

Die Arbeitsgruppen hatten ab dem zweiten Tag die Aufgabe, die von *Fregattenkapitän Böhlke* vom Taktikzentrum vorgestellten möglichen Einsatzarten und deren rechtliche Zulässigkeit zu erörtern. Ausgangspunkte waren immer eine Analyse des derzeitigen Stands des Konflikts und die Frage, welche Rechtsregime zu unterschiedlichen Zeitpunkten auf die jeweilige Situation anwendbar sind.

Die Vortragsthemen von Prof. Heintschel von Heinegg des dritten Tages waren das humanitäre Völkerrecht, das Recht des Seekriegs und die Neutralität auf See. In den Arbeitsgruppen wurden dann Fragen wie zulässige militärische Ziele, Methoden und Mittel der Kriegsführung und die Behandlung von Verwundeten, Schiffbrüchigen und Gefangenen anhand des Szenarios behandelt.

Fregattenkapitän Böhlke stellte am vierten Tag anhand des NATO-Referenzbuchs zu den *Rules of Engagement (RoE)* Struktur und Umfang dieser militärischen Einsatzregeln vor und Prof. Heintschel von Heinegg ging umfangreich auf die Frage der Zulässigkeit der Terrorismusbekämpfung mit militärischen Mitteln ein. Die Arbeitsgruppen suchten nach Lösungen, um Seewege und Häfen im Vorfeld des zu planenden Eingriffs zu sichern und entwarfen entsprechende Einsatzregeln. Dabei wurden dann auch die „*RoE for NEO*“ erarbeitet: Die *Rules of Engagement* für die Rettung eigener Staatsangehöriger aus dem Krisengebiet, also für eine *Non-Combatant Evacuation Operation*.

Der fünfte und letzte Seminartag bot abschließend Gelegenheit, im Dialog mit Prof. Heintschel von Heinegg auf weitere Fragen wie z.B. das Problem der Piraterie und der neue Entwicklungen des humanitären Völkerrechts einzugehen. Hier zeigte sich, was auch in den Arbeitsgruppen zuvor eine große Rolle gespielt hatte: Der besondere Reiz der Mischung aus „Praktikern“ der Marine und „Rechtsberatern“. Während die zum Teil vertretene pragmatische Herange-

hensweise der einen sich manchmal einer kritischen rechtlichen Prüfung unterwerfen musste, mussten sich auch die theoretischen rechtlichen Erwägungen der anderen immer an Erfahrungswerten messen lassen. Es galt, unterschiedliche Kenntnisstände auszugleichen, Fachvokabular und vor allem die dazugehörigen Abkürzungen allen zugänglich zu machen und sich schließlich auf Operationen zu einigen, die sowohl erfolversprechend als auch rechtlich zulässig waren. Diese Diskussionen fanden vor dem Hintergrund eines hervorragend ausgearbeiteten Szenarios statt, das aus 17 Seiten Text und genauen Karten bestand. Die Detailfülle des Szenarios „*Crisis in the North Zoran Sea*“ konnte in diesem fünftägigen Seminar bei weitem nicht ausgeschöpft werden. Es bot jedoch Gelegenheit, bei jedem Vortrag sofort als Beispiel herangezogen zu werden und diente so auch außerhalb der Arbeitsgruppen der Veranschaulichung des Stoffes.

Die Seminarteilnehmer und Referenten waren auf dem Gelände der Marineschule Bremerhaven in geräumigen Einzel- oder Doppelzimmern untergebracht. Dadurch bestand die Gelegenheit, abends in der Offiziersmesse in ungezwungener Runde die Diskussionen des Tages fortzuführen und die unterschiedlichsten beruflichen Hintergründe kennen zu lernen.

Im Jahr 2006 wird vom 13. bis zum 17. März das zehnte Seminar zum internationalen Seerecht am Taktikzentrum der Marine stattfinden. Nach den guten Erfahrungen in diesem Jahr ist ein noch internationaleres Teilnehmerfeld geplant. Es wird sich also wieder die Möglichkeit für Praktiker und Juristen bieten, sich gemeinsam intensiv mit Fragen des internationalen Seerechts auseinanderzusetzen. Wie die vielschichtigen Themen des diesjährigen Seminars zeigen, ist dies eine Gelegenheit, die nicht nur jeder Seerechtsinteressierte nutzen sollte.

* Roland Otto ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Völkerrecht an der Universität Göttingen (Deutschland).

Gus Martin, *Understanding Terrorism: Challenges, Perspectives and Issues*, London, Sage Publications, 2003, 512 pages, \$ 48.95

Anthony R. Turton*

The concept of terrorism is very much part of the daily vocabulary of normal people living across large swathes of planet Earth. The book entitled *Understanding Terrorism: Challenges, Perspectives and Issues* by Gus Martin is a credible piece of work. Published by Sage Publications and comprising 413 pages with a number of Appendices, the book covers a complex topic in a compelling way.

The book is structured in four parts and is supported by four appendices. Part 1 deals with the conceptual issues associated with the term 'terrorism' and serves as a foundation on which the rest of the book is developed. Central to this is the complex issue of defining terrorism, along with a brief but concise history of the concept. Part 2 focuses on the individuals and organizations that practise terrorism. This section is logically ordered around useful conceptual clusters, presented as a typology, that cover the logical range of what can be described as terrorist actors. Starting with terror from above, the notion of State-sponsored terrorism is presented to the reader. The focus is shifted to examine terror from below under the broad banner of dissident terrorism. The class struggle and the struggle for national liberation are presented under the banner of the Terrorist Left, whereas issues of race and perceptions of order in society are dealt with under the title of the Terrorist Right. The phenomenon of religious and criminal terrorism is presented under the title of Faith and Profit. Finally, the internationalisation of terror is dealt with under the heading of Terrorist Spillovers. Part 3 deals exclusively with the terror trade and examines tactics, targets and the role of the media in terrorist events. The book is wrapped up in Part 4 under the heading of the Final Analysis, which focuses exclusively on terrorism in the United States. The options that can be used by counter-terrorism agencies are also examined, as is the future of terrorism. Finally, the reader is presented a number of map references in Appendix A. A series of concise historic examples are presented in Appendix B. A number of useful websites are presented in Appendix C. A list of films that can be used for teaching purposes is presented in Appendix D. Not listed in the Table of Contents, but present as Appendix G is a glossary of the terms used in the book.

On the whole the book is easy to read, and from a pedagogical perspective, there is little to find fault with. The overall structure of the book is logical and easy to reference, while each chapter is coherently presented in a way that highlights the key concepts around which the rest of the chapter is structured. Specific issues and concepts that need to be highlighted are presented as separate word boxes. This helps the reader to gain insight into the logic of the argument being presented in each case. Each chapter ends with a brief summary – something that will no doubt be invaluable to college students cramming for final exams. Each chapter is then rounded off with a list of recommended websites that is supported by a suggested web exercise. The teaching value of each chapter is then reinforced by a discussion box that presents a specific case that illustrates the key issues being dealt with in the chapter. This is supported by a useful set of discussion questions. The book is therefore very useful as a teaching aid and is user friendly to both student and faculty. In these aspects the book cannot be faulted.

The author aims to producing a book that can be regarded as being a primary textbook for students enrolled in a single semester course, with the intended level of instruction being upper-level undergraduate and master's-level graduate students. Given that this is the stated objective, the book has been evaluated with these criteria in mind. It can be concluded that the book is generally well written and certainly meets this objective.

What I found particularly useful about the book was the fact that the author presented a complex subject in a balanced way. Being aimed specifically at American students, I initially assumed that there might be biases in this direction. Despite every attempt at ferreting out such bias, little could be found however. If anything, the book has a slight legal bias, but this is understandable given the author's background in law enforcement and criminal justice from the perspective of a practicing attorney. The selection of definitions of terrorism in Chapter 1 shows this bias, which is certainly not problematic, because in truth each author would have his or her own perspective on things. Indeed, my own bias comes from my experience as an intelligence officer in a special operations counter terrorism unit during the years of the

liberation struggle in Southern Africa, so my comments should be read in this light.

The author's credibility is thus established in the eyes of a sceptical non-American reader, when some of the complexities associated with terror from above in the context of both the US and Israeli government is dealt with. For example, the author notes on page 36 that the, "Israeli government [has] regularly applied repressive measures [...] including physically coercive interrogations and assassination". He again notes on page 95 that the American Government colluded with South Vietnam during the Phoenix Program, concluding that this shows how, "democracies have been known to resort to terrorist methods when operating within certain security or political environments". This is refreshing, because it shows balance in a clinical way, and serves to illustrate some of the conceptual complexities associated with the topic of terrorism.

What I found disappointing was the lack of insight into terrorism on the African continent as a whole. While fair mention is made of Africa, there is little real insight into the topic, which is a great pity because there are so many rich examples from which valuable learning experiences can be gleaned. For example, no mention is made of the terrorist attacks on innocent civilian aircraft during the Rhodesian Bush War. During that war – essentially a war of liberation being contested by two liberation movements known as the Zimbabwe African National Union (ZANU) and the Zimbabwe African People's Union (ZAPU), each being supported by their respective armed wings known as ZANLA and ZIPRA – a series of terror attacks were used. One attack used shoulder fired SAM 7 (also known as Strela) surface to air rockets to bring down two civilian aircraft (both propeller powered Viscounts). The first attack occurred on 3 September 1978 when flight RH 825 was shot down. Of the original 48 passengers, 18 survived the crash, but ten of these were bayoneted by ZIPRA forces. The second attack occurred in 1979 where all 59 passengers were killed by the blast.¹ Such an act is clearly one of terror-

* Dr. Anthony R. Turton is a member of the Centre for International Political Studies (CIPS) of the University of Pretoria (South Africa). He is also the Head of the African Water Issues Research Unit at the same University.

¹ See J. Turner, *Continent Ablaze: The Insurgency Wars in Africa 1960 to the Present*, Johannesburg, Jonathan Ball, 1998; P. Stiff, *See you in November: Rhodesia's No-holds-barred Intelligence War*, Alberton, Galago Publishers, 1985; R. Reid Daly, *Selous Scouts: Top Secret War*, Alberton, Galago Publishers, 1982.

ism, similar in style (if not in scale) to the downing of Pan Am Flight 103 over Lockerbie, yet it is given no mention in the book. In similar vein, no mention is made of the ethnic cleansing that was perpetrated in Zimbabwe after independence when ZANU turned on ZAPU by unleashing an elite government combat unit (the 5th Brigade) in the Matabeleland area where they massacred 20,000 Ndebele people. This is a great omission in my view, because this case represents an interesting phenomenon in the field of terrorism studies that is omitted from the book.

What happens when political movements that practice terror come to power and morph themselves into the Government of the Day? This is a really interesting question, because it is highly relevant in many parts of the world. For example, in Zimbabwe ZANU came to power on the back of a legitimate liberation struggle that used distinct elements of terror, including terror attack on civilian aircraft as noted above, but also terror attacks on other Zimbabwean citizens who were not seen to be supportive enough of the so-called ‘struggle’. That same terror is now being perpetrated in the form of State-sponsored terrorism such as the illegal land grab, thinly veiled in the rhetoric of race, empire, and the anti-colonialism struggle. It is also being perpetrated against innocent civilians that are not voting for the ruling ZANU party in the form of withholding food aid and destroying houses and private property under the thinly veiled guise of urban upliftment. It is a great pity that this specific angle has not been dealt with, because it is an interesting topic that has ramifications for many parts of the world, where the transformation from a war footing, to one of peace, is occurring. For example, the Irish Republican Army (IRA) used to finance its activities by means of criminal acts, and is today being dogged by this culture of criminality, which clearly has no place in a democratic dispensation (specifically post 9/11 when a new international morality was forged).

Keeping with the same theme, Africa provides excellent examples of state-sponsored terrorism, with South Africa giving some of the most chilling insights.² For example, the activities of the so-called Koevoet (Crowbar) Unit of the South African Police Anti-Terrorism force provides excellent insight into the crossover between law enforcement and terror. A book by Jim Hooper entitled *Beneath the Visiting Moon: Images of Combat in Southern Africa*³ documents this aspect in some detail. In similar vein the activities of the Citizen Cooperation Bureau (CCB) and the now notorious Vlakplaas unit of the South

African Special Branch show just how institutionalised terror from above can become. These activities are well documented in the proceedings of the Truth and Reconciliation Commission (TRC),⁴ and in a book written by Jacques Pauw (in collaboration with former Vlakplaas operative Dirk Coetzee) entitled, *In the Heart of the Whore: The Inside Story of Apartheid's Death Squads*,⁵ and in a documentary movie entitled *The Gugulethu Seven*.⁶

This element of the theme leads to another interesting aspect that is not dealt with in the book *Understanding Terrorism: Challenges, Perspectives and Issues* by Gus Martin. How is the spiral of violence ended after a protracted period of both terror from above and terror from below? Is this question not relevant to Chile, Argentina, Kosovo, Sudan, the former East Germany, Uganda, Angola, Rwanda, Burundi, Cambodia, Vietnam and indeed many other countries of the world? What about the USA as it deals with the fallout from the Patriot Act and the clearly illegal application of state power at Guantanamo Bay? In this regard, the experiences of South Africa provide a rich history of case material. While there was a very dubious history of State-sponsored terrorism in South Africa, there is also a vibrant history of dealing with the fallout of that legacy in the form of post-conflict reconstruction and the TRC.

This leads logically into the next omission. How can a political movement that uses elements of terrorism to further its aims, transform itself into a legitimate government that is respected by other sovereign States, capable of taking its rightful place amongst the international community of nations? This question is clearly relevant to the PLO as it seeks to morph itself into the Palestinian Authority. It is certainly relevant to South Africa, where the terrorism perpetrators and fallout from their actions are being dealt with. A rich example here is the amnesty that was given to all who were convicted of terrorism and were sitting on Death Row. This includes the Magoos Bar Bomber Robert MacBride,⁷ who was convicted and sentenced to death, only to be released where he became a senior member of the Foreign Ministry, and today is the Chief of Police in Ekurhuleni east of Johannesburg. This whole case history is complex but rich, with teaching material that is relevant to the book *Understanding Terrorism: Challenges, Perspectives and Issues* by Gus Martin, because it deals with legal issues such as amnesty, and the need to balance forgiveness and pardon against the need to stop the spiral of violence in a sincere effort to move the country to a more stable political culture. A useful book that

can be listed as additional reading is the work by Ronnie Kasrils entitled *Armed and Dangerous: My Undercover Struggle Against Apartheid* published in 1993 by Heineman in London. The significance of this book is that the author – Ronnie Kasrils – was a senior operative in the armed struggle against the South African government, and at the time of writing is the Minister of Intelligence. He is thus a living example of the point I am making about the complex path from the armed struggle to responsible government.

Another aspect that is missing from the book is the role of failed States as crucibles for terrorism. This is highly relevant to the American focus that Gus Martin has chosen to give his book *Understanding Terrorism: Challenges, Perspectives and Issues*, because of the rhetoric used by the Bush Administration in their self-styled War on Terror that is focussed on both real and imaginary threats seemingly located inside a number of failed States.

Another aspect that I feel was inadequately dealt with is the whole range of issues relating to the management of elite special operations units that are deployed in either a counter-terrorism or anti-terrorism role. This has specific relevance to the functioning of a democracy, because the tension between the need for secrecy on the one hand, when weighed up against the fundamental democratic principles of accountability and transparency on the other, becomes a highly specialised topic in its own right. An excellent example of this arises from the hunt for Pablo Escobar, because that specific case shows the relative potential for success when deploying a highly specialized surveillance unit in support of tactically mobile ground forces.⁸ This raises the issue of illegal activities by the State, and high-

² See W. Gutteridge (ed.) *South Africa: From Apartheid to National Unity, 1981–1994*, Brookfield, Dartmouth Publishing, 1995.

³ J. Hooper, *Beneath the Visiting Moon: Images of Combat in Southern Africa*, Lexington MA, Lexington Books, 1990.

⁴ For further information see <<http://www.doj.gov.za/trc/>>.

⁵ J. Pauw (in collaboration with former Vlakplaas operative Dirk Coetzee), *In the Heart of the Whore: The Inside Story of Apartheid's Death Squads*, Durban, Uthmaniyah Publishers, 1991

⁶ For further information see <http://www.bbc.co.uk/bbcfour/documentaries/storyville/gugulethu_seven>.

⁷ For further information see <http://en.wikipedia.org/wiki/Terrorist_incident>.

⁸ See M. Bowden, *Killing Pablo: The Hunt for the World's Greatest Outlaw*, Grove, Ashbro-

lights the sensitive but necessary oversight needs.⁹

In my view the book would have some more value if it showed deeper insight into the operational *problematique* posed by the deployment of an elite special operations counter-terrorism unit. Having already noted the issue of oversight, I will say no more of this. However, there are a number of other operational issues that are important, which any serious student of terrorism should at least be aware of. For example, the intelligence gathering side of counter-terrorism is a veritable minefield of issues. What happens when an asset in place reports a specific terror event, but when countering that threat would endanger the life of the informant/operative, and would close off access to future (presumably bigger) actions? This is certainly a real-life problem faced almost routinely by any effective special-operations unit. Another example is the difficulty of detecting a lone-wolf type of terrorist such as Barend Strydom, the so-called White Wolf in South Africa, or Timothy McVeigh, his American equivalent. The reason for this is that they simply never show up as a blip on the counter-terrorism radar screen, until after the fact. This is a fundamental problem that cuts to the heart of intelligence gathering operations within any democracy. The operational problem differs radically from that presented by a known group such as the IRA

or PLO, where surveillance nets are likely to detect individual operatives and planned actions before the fact, provided the intelligence service concerned is doing its job effectively.

Having noted these omissions, I return again to my original assessment. I found the book *Understanding Terrorism: Challenges, Perspectives and Issues* by Gus Martin a useful product that was easy to read and systematic in its approach. It certainly meets the objectives originally set by the author to provide a primary textbook for upper-level undergraduates and master's-level graduate students. Standing at 413 pages the book is certainly not small, so any inclusion of the points raised above might make it excessively bulky. I have no hesitation in recommending the book for any university course on the subject. It provides a one-stop-shop for the new student, and the glossary of terms and historic examples are an easy-to-use ready reference for the beginner. The recommended reading list in each chapter is useful, but a bit thin in my view. The omission of African examples is unfortunate for reasons stated above.

ok, 2001.

⁹ See J. Rennie, *The Operators*, London, Arrow Books Ltd., 1997 and R. Faligot & P. Krop, *La Piscine: The French Secret Service since*

Geert-Jan Alexander Knoops, An Introduction to the Law of International Criminal Tribunals: A Comparative Study, Transnational Publishers, Ardsley, 2003, 250 pages, \$ 29.50

Michael A. Newton*

An Introduction to the Law of International Criminal Tribunals very nearly disproves Walt Whitman's opinion that "the real war will never get into the books." Geert-Jan Alexander Knoops has prepared a wonderfully readable and organised comparative text that captures the functional flavour of the existing international criminal tribunals. Over the years, as it is (hopefully) revised to include newer developments and new forums, this will be the seminal desk reference for any academic or practitioner who seeks to gain an in-depth understanding of the structure and practice of international criminal tribunals in the modern world. This work is particularly well suited for use as a course text in an introductory course in international criminal law.

Knoops promises the reader that the slim volume will "provide a comprehensive overview of and introductory guide to the law and practice of contemporary tribunals." Remarkably, the text delivers on this sweeping aspiration in less than 200 pages in a manner that is at once both readable and informative yet substantively documented in a useful manner. If anything, the work could benefit from deeper and more documented use of comparative case law, but that would fundamentally alter the character of the text. In its present form, the book juxtaposes substantive and procedural developments in a crisp and abbreviated manner that makes it a very good start point for further research and makes it an ideal teaching vehicle.

One of the strengths of the work is the manner in which Knoops recognizes the reality that the criminal forums can serve not only as effective enforcement mechanisms but are also the vehicle to refine and clarify the normative gaps in international criminal law. The increasing use of international criminal tribunals, and the subsequent development of internationalised domestic forums is one of the most visible landmarks on the modern international law stage. These criminal tribunals raise an array of complex legal and political issues, which must often be resolved in the midst of political uncertainty following conflict. This work addresses those issues in a succinct yet sufficient manner that makes it an almost ideal start point for further research on a wide range of specific trial and pretrial issues. Knoops employs an organised developmental framework to capture the substantive and procedural law of the tribunals, which includes wonderful insights into the major evidentiary and pretrial issues addressed by each of the tribunals.

Furthermore, this work documents better than any other available reference the key developments that the tribunals have made to their rules of procedure for remedying the problems encountered over time. For example, he documents the specific amendments made to make trial processes more timely while fully respecting applicable trial standards. Knoops also provides precise examples of the effects of both civil and common law perspectives on the consolidated international procedures developed for use by the international tribunals. The work wonderfully captures the similarity and differences in approach employed by the existing *ad hoc* tribunals (both the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda) and the International Criminal Court. As such, it is an essential reference for those who are continuing the evolution of this rich field in other forums such as the Special Court for Sierra Leone, the Iraq Special Tribunal, and the pending Extraordinary Chambers in Cambodia.

* Lieutenant Colonel Michael A. Newton is a member of the Judge Advocate General's Corps, United States Army (USA). He is presently assigned to the Department of Law, United States Military Academy at West Point. The opinions and conclusions of this paper are solely those of the author. They do not necessarily reflect the views of the Judge Advocate General, the United States Army, the United States Department of State, or any other federal entity.

Mr. Knoops is a professor of international law, but has also served as an advocate in the international criminal tribunals, and his meticulous documentation of the evolving practices and rulings within the criminal tribunals provides an invaluable resource for any serious student of the judicial mechanisms that have developed within the international political context. Knoops'

portrayal of the sweeping history of the courts is predicated on a broader view of the role of justice within the existing international environment. This work documents the creation, operation, and maturation of international criminal tribunals in a way that provides an essential framework for anyone who really desires to understand the mechanisms of modern justice.

Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union (EU).

Die Kirchen haben im Rahmen ihres Öffentlichkeitsauftrages auf dem Gebiet der Außen-, Sicherheits- und Europapolitik immer wieder kompetent und nachhaltig ihre Stimme erhoben. Hierzu enthält die Festschrift eine Reihe wichtiger Beiträge, die zugleich Wegmarken setzen für die weitere Diskussion des europäischen Einigungsprozesses wie für das kirchliche Engagement weltweit. Dabei gibt es für den Rezensenten auch eine persönliche Verbindung zu den Inhalten der Festschrift: So schildert einer der Beiträge einen Sachverhalt, an dem der Verfasser dieser Besprechung selbst mit einer gutachtlichen Stellungnahme für den Bevollmächtigten des Rates der EKD beteiligt war, nämlich vor acht Jahren als Rechtsreferendar in dessen Brüsseler Dienststelle.

Ricarda Dill, Stephan Reimers, Christoph Thiele (Hrsg.), Im Dienste der Sache: Liber amicorum für Joachim Gaertner, Peter Lang Frankfurt a. M. 2003, 768 Seiten, € 95

Sascha Rolf Lüder*

Die Barmer Theologische Erklärung vom 31. Mai 1934 stellt in ihrer sechsten These fest: „Der Auftrag der Kirche, in welchem ihre Freiheit gründet, besteht darin, an Christi Statt und also im Dienst seines eigenen Wortes und Werkes durch Predigt und Sakrament die Botschaft von der freien Gnade Gottes auszurichten an alles Volk“. Entscheidender Ansatzpunkt für den Öffentlichkeitsauftrag der evangelischen Kirche ist somit der Verkündigungsauftrag, der sich aus dem im Matthäusevangelium niedergelegten Missionsbefehl Christi ergibt, alle Völker zu lehren. Die christliche Verkündigung ist dabei nicht darauf angelegt, im lediglich privaten Raum Platz zu greifen. Vielmehr soll die Frohe Botschaft jedermann bekannt gemacht werden und findet demnach innerhalb der weltlichen Ordnung statt.

Mit den Worten Joachim E. Christophs bedeutet dies, dass sich die Kirchen begrenzt durch den Verkündigungsauftrag im Rahmen ihrer öffentlichen Verantwortung „(...) insbesondere zu den Bereichen Religion / Weltanschauung, Politik, Wissenschaft und Ökonomie äußern“ (S. 120 f.) können. Der so verstandene Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen erfordert das regelmäßige Gespräch mit Staat und Gesellschaft auf allen Ebenen. Innerhalb der Ev. Kirche in Deutschland (EKD) ist hierfür namentlich der Bevollmächtigte des Rates der EKD berufen. Mit seinen Dienststellen in Berlin und Brüssel gehört der Dialog mit den dort ansässigen deutschen und europäischen In-

stitutionen zu seinen wesentlichen Aufgaben. Bevollmächtigter des Rates der EKD ist derzeit Prälat Stephan Reimers, neben den Oberkirchenräten Ricarda Dill und Christoph Thiele Mitherausgeber der hier anzuzeigenden Festschrift. Seinem langjährigen Vertreter Oberkirchenrat Joachim Gaertner wurde aus Anlass seines 65. Geburtstages und des damit verbundenen Eintrittes in den Ruhestand eine Festschrift gewidmet. Zahlreiche Persönlichkeiten aus Wissenschaft und Praxis, aus Staat und Kirche haben sich darin versammelt, um für die immer wieder gute und fruchtbare Zusammenarbeit mit dem Jubilar „im Dienste der Sache“, wie es der Titel der Festschrift zutreffend formuliert, gemeinsam Dank zu sagen.

Mit Blick auf die Nahtstelle von Kirche und Politik werden an die Person des Bevollmächtigten des Rates der EKD besondere Anforderungen gestellt, wie der Präsident des Kirchenamtes der EKD Valentin Schmidt in seinem Grußwort (S. 17 f.) zutreffend formuliert. Neben hoher Sachkompetenz und diplomatischem Geschick ist es – zumal in heutiger Zeit – vor allem europäischer Weitblick, der für eine Tätigkeit beim Bevollmächtigten des Rates der EKD unverzichtbar ist, denn die europäische Dimension hat das kirchliche Wirken längst erfasst. Insbesondere sind kirchliche Belange nur indirekt berührende Rechtssetzungsverfahren, die es nötig machen, dass sich die Kirchen in den politischen Dialog auch auf europäischer Ebene einbringen. Über die Rechtssetzung im Einzelfall hinaus stellt die Entwicklung eines europäischen Gesellschaftsmodells Anfragen an die Kirchen. Weiterhin spielen außen- und vor allem friedenspolitische Fragestellungen im Engagement der Kirchen eine wichtige Rolle, so ganz aktuell mit Blick auf die Gemeinsame

Zu Recht weisen die Autoren der Festschrift in ihren europapolitischen Beiträgen darauf hin, dass die Idee der europäischen Integration die historische Antwort auf die Katastrophe zweier Weltkriege war. Im Anschluss an den Zweiten Weltkrieg waren sich weitsichtige Staatsmänner bewusst, dass Europa nur durch einen Zusammenschluss und den zumindest teilweisen Verzicht auf eigene Hoheitsgewalt zu Gunsten einer supranationalen Einrichtung seine politischen und wirtschaftlichen Aufgaben zukünftig erfüllen können. Das Ziel der europäischen Gründerväter war dabei gleichwohl in erster Linie eine verlässliche Friedensordnung für Europa; der wirtschaftliche Ansatz war und bleibt Mittel zu diesem Zweck.

Nach weiteren ergänzenden Verträgen in den folgenden Jahren ist nunmehr mit dem am 29. Oktober 2004 in Rom unterzeichneten Vertrag über eine Verfassung für Europa die Verwirklichung der Idee von einem politisch vereinten Europa ein weiteres Stück näher gerückt. War die europäische Integration zunächst eben eher von der Erfüllung wirtschaftlicher Aufgaben geprägt, zielt der europäische Verfassungsvertrag nunmehr darauf ab, ebenso die Kernbereiche staatlicher Souveränität auf europäischer Ebene zu verbinden. Namentlich gehört hierzu eine Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik.

Als Staatenverbund von 25 Staaten mit 450 Millionen Unionsbürgern, der über ein Viertel des Bruttosozialproduktes der Welt erzeugt, vertritt die EU weltweit ihre Wirtschaftsinteressen. Europa muss somit auch politisch einflussreicher werden und seinen aktiven Beitrag zur Sicherheit in der Welt leisten. Von besonderer Bedeutung ist es

* Dr. Sascha Rolf Lüder ist Akademischer Koordinator des Institutes für Berg- und Energierecht der Ruhr-Universität Bochum (Deutschland) und Landeskonventionsbeauftragter des DRK-Landesverbandes Westfalen-Lippe, Münster.

dabei, dass die EU insbesondere im Umgang mit ihrem stärksten Partner, den Vereinigten Staaten von Amerika, mit einer Stimme sprechen kann. Nur dort, wo der EU dies gelingt, erlangt sie auch Einfluss in deren Politik.

Der Irak-Konflikt hat mit dem Auseinanderfallen der Mitgliedstaaten in Befürworter und Gegner des Krieges ein grelles Licht auf die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik geworfen. In der Tat geben in der 1992 aus der Europäischen Politischen Zusammenarbeit weiterentwickelten Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik die Mitgliedstaaten „den Ton an“. Der Europäische Rat bestimmt die Grundsätze und der Außenministerrat verabschiedet einstimmig die Positionen der EU zu außen- und sicherheitspolitischen Fragen. Viele Bürger sind deshalb der Ansicht, dass es eigentlich gar keine europäische Außenpolitik gebe. Dies wird sich erst dann ändern, wenn Europa bereit ist, nicht nur für wirtschaftlichen Wohlstand, sondern auch für Sicherheit in Europa und in seinen Nachbarregionen selbst Verantwortung zu übernehmen.

In den letzten Jahren ist die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik von einer Randerscheinung zu einem der wichtigsten Politikfelder der EU geworden. Eine Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik kann allerdings nur dann aktionsfähig sein, wenn die Mitgliedstaaten den politischen Willen zur Gemeinsamkeit haben. Außen- und Sicherheitspolitik wird gleichwohl noch lange als eines der stärksten Symbole von Staatlichkeit verstanden. Deswegen werden viele Mitgliedstaaten zunächst weiterhin auf einem starken direkten Einfluss

in diesen Politikbereich beharren, auch wenn es zu Reformen kommen wird – etwa in der Art und Weise, wie die EU nach außen hin vertreten wird.

Europa muss daher außenpolitisch mehr als der kleinste gemeinsame Nenner der Interessen seiner Mitgliedstaaten werden. Die vielen unterschiedlichen außenpolitischen Traditionen, Interessen und Erfahrungen sollten in einer „Doktrin der europäischen Außenpolitik“ gebündelt werden, die gemeinsame Werte, Ziele und Methoden fest schreibt und auf diese Weise die neue Sicherheitsstrategie der EU ergänzt. Außerdem ist Europa so zu gestalten, dass es mit einer Stimme sprechen, wirksam handeln und sich schnell auf eine gemeinsame Position einigen kann.

Des Weiteren muss sich die EU für multilaterale Lösungsansätze einsetzen. Dies schließt nach Ansicht der Kirchen die Förderung der Herrschaft des Rechtes in den internationalen Beziehungen in Verbindung mit einem weiterhin tatkräftigen Engagement für einen unabhängigen Internationalen Strafgerichtshof ein. Ebenso sollten friedenserhaltende und friedensfördernde Aufgaben zentrale Elemente einer Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik werden, so namentlich der frühere Vorsitzende des Rates der EKD Präses *Manfred Kock* in seinem Beitrag (S. 431 f.).

Wichtige Erfolge auf dem Politikfeld der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik konnten bei der Formulierung des Verfassungsvertrags – auch mit Hilfe kirchlicher Fürsprecher im politischen Prozess – inzwischen erreicht werden. Dazu zählen neben der Schaffung eines europäischen

Außenministers, der die gemeinsame europäische Außenpolitik bei gleichzeitiger Abschaffung der rotierenden Präsidentschaft im Außenministerrat weltweit vertritt, der Aufbau eines auswärtigen Dienstes der EU sowie die Erweiterung des sicherheitspolitischen Aufgabenkataloges der EU von bisher Friedensschaffung und -sicherung bis auf Abrüstung, Konfliktverhütung, Nach-Konfliktstabilisierung und Bekämpfung des internationalen Terrorismus.

Nach allem bedarf die europäische Integration eines soliden Fundamentes und der breiten Unterstützung ihrer Unionsbürger. In den nächsten Jahren voller richtungweisender Entscheidungen für diesen Kontinent wird es umso wichtiger sein, die Suche nach der europäischen Identität, der „Seele Europas“, verstärkt fortzusetzen. Mit den Worten *Katharina Erdmengers* muss es Ziel sein, einen Beitrag dazu zu leisten, „(...) dass die zukünftige Europäische Union sich ihrer christlichen Wurzeln bewusst bleibt und mehr wird als ein großer einheitlicher Markt“ (S. 184). Dafür einzutreten, ist eine realistische Perspektive und allgemeine Verpflichtung – nicht nur – der Kirchen. Aus Sicht des Rezensenten bleibt es daher – ganz im Sinne der in der Festschrift enthaltenen europapolitischen Beiträge – wünschenswert, bei der Ratifikation des Verfassungsvertrages in Deutschland eine Erklärung zum Gottesbezug abzugeben, so wie es das Europäische Parlament in einer Entschließung den Mitgliedstaaten jetzt anheimgestellt hat. Auch für die Begründung insoweit liefert die Festschrift wichtige Anhaltspunkte, die für die Wahrnehmung des Öffentlichkeitsauftrages der Kirchen in unserer Welt ohne Halt von großem Nutzen sind.

Friedrich Ebert Stiftung, West Papua Network, Watch Indonesia, Autonomy for Papua: Opportunity or Illusion?, Papers Presented at a Conference held in Berlin (Germany) on 4 and 5 June 2003, Jakarta, 2004, 203 pages

Thomas Goumenos*

This book is a collection of presentations and papers from a conference held in Berlin in June 2003, organised by a large number of non-governmental, human rights and church organisations, most of them German. The conference examined and evaluated the prospects of the relatively recent (2001) grant of autonomy to the province of (West) Papua by the Indonesian government. This province has been a territory of the Indonesian State since 1963, and offi-

cially since 1969 after the highly controversial “Act of Free Choice”. Since then the region has experienced a low-intensity though persistent separatist conflict, which has caused the death of thousands of civilians. The post-Suharto period of democratisation in Indonesia, known as *Reformasi*, signalled the opening of political opportunities for Papuans. However, the implementation of autonomy in Papua is until now (January 2005) highly problematic and has not

importantly contributed to the settlement of the conflict, the termination of violence, and the effective respect of the human rights of the Papuans. The contributors of this book, who range from German and Indonesian academics to Papuan human rights activists, members of the provincial parliament of Papua and of the national parliament, local church representatives and the Indonesian ambassador in Germany, raise different aspects of the first period of autonomy.

We will start with the only chapter that does not deal directly with the issue of

* Thomas Goumenos is a Ph.D. candidate at the Panteion University of Athens (Greece). He was a Marie Curie Fellow at the Institute for International Law of Peace and Armed Conflict of the Ruhr-University Bochum (Germany).

Papuan autonomy, but instead presents the broader picture of autonomy regulations from the international law standpoint. The author of this contribution, Dr. Hans-Joachim Heintze, points out two factors that have made autonomy regulations appear as a solution to ethnic and self-determination conflicts: 1) the limited application of the -somewhat vague- concept of self-determination in the post-war world, which was challenged by various groups that aspired to secede and create their own state. 2) The inefficiency of majoritarian – Westminster type – democracies to deal with such demands from the part of the minorities as the protection of their collective identity or, more importantly, their participation in the exercise of power.

Autonomy regulations become more and more appreciated as a solution to the above difficulties, although autonomy is not regarded as a ‘right’ in international treaties. On the one hand, autonomy represents a compromise between the traditional States’ denial to allow secession and the minorities’ aspiration to exercise self-government. Autonomy is often viewed as a form of internal self-determination. On the other hand, autonomy can serve as a remedy to the inefficiency of majoritarian systems to protect the collective interests of their minorities. The concept of autonomy can be reified in many different ways, such as within a federation, through the function of consociational democracy or by territorial autonomy within an otherwise unitary State, as in the case of Papua. The common denominator of the above autonomy schemes is that they represent institutional arrangements built upon the principle of *subsidiarity*. On the more normative and ideological level, autonomy regulations “rest on the assumption that differences enrich more than endanger a society” (p.58).

However, autonomy is not regarded by everyone as effective by definition. Most States still tend to view autonomy arrangements as potentially dangerous and even as a first step towards secession. Some scholars point out that if human rights are respected and democratic institutions function, then autonomy is not needed. Others call attention to the fact that territorial autonomy arrangements favour the rights of *groups* and that might lead to disrespect for the rights of the individuals. Related lines of criticism remind that i) autonomy institutions favour the development of strong ethno-territorial exclusive identities and separatist movements;¹ ii) Groups that gain territorial autonomy sometimes show disrespect for the human rights of the ‘new’ minorities, as in the case of Kosovo (p.62).

The indication made by the author is that autonomy regulations are truly effective and can indeed settle a conflict if democracy is broadened -basically through meaningful self-governance- and if institutional mechanisms are established in order to secure the protection of the human rights of all groups. The political will to make autonomy truly viable by the group in question and especially by the government, as well as effective consultation with all parties, are also essential factors, as it will be shown in the case of Papua.

Moving to the chapters that deal directly with the implementation of autonomy in Papua, we need to make two comments on the note of the Indonesian Ambassador in Germany: a) although it is undisputed that the situation in Indonesia with regard to democracy and human rights has been improving since the Suharto fall, the democratisation process does not remain unchallenged. There are segments of the political system, such as the army, that refuse to adapt to the new environment. b) His firm statement, which represents the traditional belief among the Indonesian political elites, that the Papuan autonomy is understood only within the frames of the unitary Indonesian state (p. 32).²

The other contributions of the book focus on various issues that have delayed the implementation of autonomy. Professor Harun Alrasid brings up two matters that have indeed caused considerable contention in Papua against the central government, the division of the Papua province into three new provinces and the establishment of the Papua People’s Assembly (*Majelis Rakyat Papua*, MRP). By examining the two relevant Laws he concludes that the division of the province, probably an attempt of the then President Soekarnoputri to minimise the ‘risks’ of territorial autonomy, is illegal. This is, among others, due to the fact that MRP, which had to approve such division, has not been yet set up.³

With regard to the aspirations of the local people one has to say that the primary goal of most Papuans has been independence. However, a great part of the local population is holding an expectant attitude towards autonomy as MP Morin argues (p.88). He implies that popular support for autonomy would be stronger if government tried to socialise the autonomy Law both among Papuans and among the Indonesian immigrants and settlers, a group that nowadays constitutes about 30 % of the province and has been part of the conflict. The aspirations of the Papuans can also be evaluated by examining the Draft Law, prepared by a broad commission consisted of various seg-

ments of the local elite. Theo van den Broek compares the Papuan objectives as set out in the Draft Law with the respective actual provisions of the Law.

As it is reflected in various parts of the book, the central government views autonomy as merely an instrument to address economic and development problems. In this context they have not prepared the central and provincial bureaucracies for the new responsibilities that autonomy entails. However, one has to point out the province will receive a major share from the economic activities carried out in the province, like forestry and mining (80 % of revenues), oil and gas exploitation (70 % of revenues for the first 25 years)(pp. 99 and 174). This provision seems to deal fairly with one of the main and most legitimate Papuan grievances, namely that the central government and big companies⁴ exploit their province, one of the richest in natural resources in Indonesia.

On the other hand the Papuan contributors of the book seem to regard autonomy as potentially capable of creating a win-win situation in the province, but at the same time hold a critical position towards the Indonesian government. Papuans perceive the way they were incorporated and treated by the Indonesian State as unjust, that they were denied their right of self-determination and could not even publicly self-identify as Papuans during the Suharto era. They seem to point out that not just *any*

¹ It is almost indisputable nowadays that the Soviet ethno-federal institutions facilitated and structured ethnic mobilisation. On this issue see for example, P.G. Roeder, “Soviet Federalism and Ethnic Mobilization”, (1991) 43.2. *World Politics* 196–232, R. Brubaker, *Nationalism Reframed: Nationhood and the National Question in the New Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996 and D.P. Gorenburg, *Minority Ethnic Mobilization in the Russian Federation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

² Articles 10(1) and 15(1) of the Law on Special Autonomy for the Province of Papua assert this goal (p. 168).

³ The most recent development on the issue of the division does not seem to improve the situation: at this moment (January 2005) there are two provinces in West Papua (Editorial, “Another Fine Mess in Papua”, *The Jakarta Post*, 18 November 2004). The situation is clearer on the issue of the MRP, which is going to be established until the end of 2005 (N.D. Somba, “Papua Government Gears up for People’s Council Election”, *The Jakarta Post*, 28 December 2004).

⁴ One of the foremost is the US mining company Freeport, which owns in West Papua the world’s largest gold and copper mine (“Papua Dreaming About Freeport”, *Tempo*, 23–29 November 2004).

autonomy will settle the conflict, but one that will promote genuine self-governance and offer a remedy to the extended human rights violations by the Indonesian army, often accused of atrocities. The two authors that tackle the human rights issue, Rev. Neles Tebay and John Rumbiak, argue that about 100,000 Papuans were killed since May 1963 (p.137), an estimation upheld by local and international human rights groups.⁵ Papuans hoped that autonomy mechanisms would terminate impunity of human rights violations, but the recommendations they made in the Draft Law have either been denied or not yet materialised (p. 144).

This book manages to shed some light to the unnoticed situation in West Papua. It is particularly useful if one wishes to understand the opinions and aspirations of the Papuan people. It will be also helpful to those scholars who are interested in the relationship between conflict resolution and the role of autonomy arrangements. As a conclusion, one could argue that the Law on Autonomy (selected articles of which can be found at the end of the book) constitutes an opportunity to end a deadly conflict. Until now its implementation has been disappointing and this has only resulted in reinforcing the distrust for the Indonesian government among Papuans. The goal

of independence, demonised by the government, will be weakened only if Papuans feel secure, if their rights are practically respected, and if they have an important say on their own collective life. The realisation of these legitimate aspirations and the meaningful implementation of autonomy lie primarily with the political will of the central government.

⁵ Apart from the Suharto period (1966–1998), which has been particularly harsh, the Indonesian security forces, are accused of killing 136 persons between 1998–2002, among them Theys Eluay, the moderate leader of the major non-violent Papuan organization *Presidium*.

**Albrecht Schnabel and David Carment (eds),
Conflict Prevention from Rhetoric to Reality. Volume I:
Organisations and Institutions and Volume II:
Opportunities and Innovations, Lexington Books,
Lanham, 2004, 456 pages and 458 pages, \$ 25.00
and \$ 25.00**

Emilian Kavalski*

It is always a pleasure to come across volumes with the breadth and scope as the ones edited so perceptively by David Carment and Albrecht Schnabel. Their gumption illuminates the patterns of mainstreaming conflict prevention in the post-Cold War period. In this respect, these tomes are not simply a reassessment of extant analytical frameworks, but an inspiring mapping of the politics and policy of conflict prevention. Thence, the two parts of *Conflict Prevention* are a lasting testimony of the encyclopaedic endeavour to chart the gist of different conflict prevention approaches, while presenting a cornucopia of insight and best-practice.

The general inkling of the various contributors is that conflict prevention is a long-term process, which depends on mutually supportive actions and collaborative efforts of multiple agents, each of which brings special expertise to the process. Thereby, both volumes are quite unabashed in identifying the flaws of conflict prevention, both as a concept and in the application of its praxis.

Volume One focuses on the *Organisations and Institutions* involved in conflict prevention. At the outset, the editors explicate that a substantial part of the analytical

problem of understanding and applying conflict prevention stems from its misunderstanding. In a manner distinctive of Carment's and Schnabel's writing, they immediately identify the former UN Secretary-General Boutros-Ghali as the 'culprit' for this shortcoming, who in his *Agenda for Peace* offers a rather generous and general definition of conflict prevention (p. 4). Hence, one of the main objectives of this volume is to provide a more operational ramification of conflict prevention activities. Another flaw of conflict prevention identified by the editors derives from its application and relates to the lack of coordination among the range of actors involved in the prevention of conflicts. Intriguingly, Carment and Schnabel explain such deficiency through the pervasive conflict of means – availability of more funds for post-conflict peacemaking rather than conflict prevention – which, in turn, exacerbates the competition for donors' attention. Thence, the volume is quite open about its prescriptive intentions. On the one hand, it urges organisations such as the UN to partner more effectively with various regional, sub-regional, and local actors. On the other, capitalising on the momentum of multi-actor cooperation, the volume urges the international community to embrace a more

proactive approach of capacity-building at grass-root and governmental levels. In order to elucidate these points more effectively, the editors have grouped the contributions in three sections.

The first one examines different cases of violent conflict, their management and the efforts for their prevention. This section benefits from a prescient comparative assessment of varied conflict prevention approaches, contextualised in different geographical experiences. Most of the contributors from this part argue that conflict prevention is above all a process of peace-making through capacity-building. In particular, they emphasise the promotion of certain norms and principles of appropriate inter- and intra-State behaviour. Consequently, the effectiveness of conflict prevention measures tends to be ensured if such patterns are gradually institutionalised in various regional organisations. The authors provide examples from Europe, South and East Asia and Africa. Most indicative of such inkling is Symeon Giannakos' analysis of the ability of European regional institutions such as NATO (and more recently the EU) to constrain and contain the war-like behaviour between Greece and Turkey. In a similar manner, but in the South Asian context, Chetan Kumar argues that conflicts are socially constructed – i.e. they depend not so much on the historical and cultural milieu, but on the ability of the political process to deal peacefully with various tensions (p. 150). Yet, in a sharp contrast to these inferences, the two contributions on Central Asia present (at best) idiosyncratic perspectives on conflict prevention. In the first one, Anara Tabysaliev offers a patently descriptive account of the "ensuing vicious cycle of increasing ethnicization of society" as a result of the endemic authoritarianism in the region. Consequently, her procedural logic fails to operationalise the propositions from her analyses, which is reflected in her

* Emilian Kavalski is a Ph.D. candidate in international relations at the University of Loughborough (United Kingdom). He was a Marie Curie Fellow at the Institute for International Law of Peace and Armed Conflict of the Ruhr-University Bochum (Germany).

cursory conclusions about the requirement of external agency for maintaining peace in Central Asia. In the other assessment of regional conflict prevention efforts, Shahram Akbarzadeh and Rafis Abazov, despite (or rather, because of) their recognition of authoritarian tendencies, emphasise the need for maintaining a strong presidential system in Central Asian countries. Thus, they mount a rather unorthodox challenge to the liberal democratic paradigm espoused by the other contributors (not only in this section, but in both volumes). Akbarzadeh and Abazov insist that the democratic peace argument “ignores the transitional nature of many post-communist societies and does not assess conflict prevention methods beyond liberal democratic practices” (pp. 82–83). Unfortunately, their chapter fails to substantiate such assertion and, thus, it remains an interesting, but largely vacuous claim.

The second section of the volume outlines specific experiences of regional and sub-regional organisations that have been involved in mainstreaming conflict prevention. In this respect, Monika Wohlfeld’s study is emblematic of the methodological approach of the other authors in this part. She elaborates the ability of the OSCE to develop a large entourage of conflict prevention instruments. Yet, she is quick to note, also its immense failure to share these capabilities with other actors on the ground, which has ultimately limited the OSCE’s impact in conflict situations. In contrast to Wohlfeld’s chagrin, Fraser Cameron, in his inimitable style, has managed to communicate his sanguinity about the EU’s role in conflict prevention. Although he is quick to acknowledge its avowed weakness – lack of military muscle and visibility – Cameron maintains that the EU’s ability to project peace by using political and economic instruments makes it a unique actor in the field of conflict prevention. As far as the other contributors to this section are concerned, his assessment seems correct, as they take the EU as a model for regional developments in Africa and Latin America. Thence, this section furthers the conjecture that it is regional organisations that have the capacity to exert compliance with agreed-upon principles and maintain peaceful frameworks of relations.

The third and final section of this volume concentrates entirely on the conflict prevention mechanisms of the UN: both the role of the Secretary-General as well as various mechanisms dedicated to improving the conflict prevention capacity of the UN. In this respect, the contributions are quite forthwith about the ‘success’ and ‘failures’ of the UN to prevent conflicts and

deliberate the implications of the emerging “norm of prevention” on the organisation’s prospective role (p. 290). The latter, has gradually developed a tacit expectation that violent conflicts are not inevitable and can (as well as *should*) be prevented by international actors. However, as Michael Lund concludes, more often than not the UN has failed this expectation. The elaboration of this point is at the heart of A. Walter Dorn’s study. In what is the most thought-provoking contribution in this volume, Dorn discusses the only independent political role given to the UN Secretary-General. Under article 99 of the UN Charter, the Secretary-General is authorised to formally warn the Security Council about new threats to international peace and security. However, as Dorn’s account reveals there have been only three specific invocations and about a dozen of implied ones in the entire history of the UN. His inkling is that such infrequent use of article 99 does not indicate the lack of knowledge of potential conflicts, but, instead, reveals the UN’s paucity of early warning mechanisms and conflict prevention capabilities. Therefore, Dorn prompts concrete measures aimed at better targeting of necessary information, accelerated feedback at headquarters and more proactive approach at undertaking response measures (p. 306). Taking Dorn’s cue, the other contributors in this section trace the development of various capacity-building activities for UN-staff. In particular, Colleen Duggan’s assessment of the UN’s shortcomings and ways in which they can be overcome, is of relevance to the debate on increasing the UN’s institutional effectiveness (p. 347).

In this respect, the contributors to Volume One do much of the conceptual and theoretical brush-clearing on conflict prevention. Thereby, Volume Two (as its title suggests) discusses various *Opportunities and Innovations* for improving existing prevention mechanisms as well as prompting new ones in their stead. The emphasis is on capacity-building and its provision of means for addressing root causes through blueprints and resources. Accordingly, the second volume is organised along three themes.

The first section details the analytical prerequisites for applying conflict prevention. The intimation is that prevention requires insights into the causes of conflict. Hence, long-term stabilisation necessitates mainstreaming of early-warning practices, which is expected to spill over into the “institutionalisation of a culture of prevention” (p. 81). Such dynamic tends to enhance the operational character of preventive strategies. Within the normative context of the section, Barnett Rubin’s stringently neo-re-

alist argument in favour of conflict prevention does stand out. Understandably, a number of critics would have a problem with his approach. However, within the rationalist paradigm of material-capabilities his argument is nearly flawless. In this sense, Rubin’s interest-based analysis of various hierarchies of power is rather refreshing. He concentrates on the different taxonomies of violent conflict and, despite their definitional multiplicity, Rubin’s claim is that the principle obstacle to conflict prevention is that “no major state has adopted it as its principle foreign policy goal” (p. 37). Countering such materialistic argumentation, Tatjana Sikoska and Juliet Solomon offer an ideational (i.e. ideas-driven) approach to conflict prevention. Their contention is that bringing together traditional and new actors compels closer attention to gender dynamics of peace and conflict. In an interesting twist, however, they argue that the focus on “women” has hijacked the application of “gender approaches” to conflict prevention (p. 64). Therefore, they prompt a framework that puts gender roles and identities at the heart of conflict analyses and (potentially) suggests a strategy for rectifying the failure of governments and other actors to address the causes of conflict.

The next section evaluates the efforts to bring conflict prevention to the attention of various actors involved in all stages of the policy-making process. The objective is to proffer a range of pragmatic approaches to conflict prevention planning and coordination. The main argument here is that in order to improve the effectiveness of early warning more attention needs to be paid to establishing a regular policy-process of prevention. In the end, therefore, the mainstreaming of conflict prevention requires most of all a “fundamental attitudinal change among its end-users in order to get the firm commitment that is necessary for its success” (p. 147). Notable in this context is Pamela Aall’s study of the involvement of NGOs in conflict prevention. Although she agrees that their role is largely problematic, she also delineates their contribution. Aall’s suggestion is that part of the difficulty in assessing the impact of NGOs derives from the problem of defining what exactly an NGO is. Therefore, she expands on a thorough overview of the various institutional structures, which reflect the diverse staffing, organisation, management, funding, mission, activities and culture which constitute the NGO community. Ultimately, Aall’s assessment is that, alone, NGOs have a dubious conflict prevention capacity and that they are not a substitute for a concerted international effort. Yet, as part of a multi-actor initiative they can play a special role at the grass-root level (p. 192).

The third (and the most provocative section) of the volume introduces innovative thinking on the functional dimensions and limitations of conflict prevention, in situations where it has previously not been applied. Broadly speaking, the contributors to this part deliberate the issue of confidence-building measures in different contexts. Their suggestion is that owing to the etiology of conflicts, any serious attempt at conflict prevention entails some kind of commitment to follow through with full-fledged intervention if prevention fails. When this point is reached, a new set of criteria will have to be applied. Thus, this section calls for rallying the “financial-capacity building” (p. 343) of donors, in order to bring home to them that conflict prevention is preferable (and more affordable) to intervention. Most of the contributors, therefore, focus on methods of involving the private sector in the prevention and the early-warning of conflicts. In this respect, André Ouellette prompts the suggestion that mainstreaming conflict prevention “rests upon the recognition that it is essentially a political endeavour for which there is no humanitarian or development substitute” (p. 357). Thence, the success of “corporate conflict prevention strategies” (p. 407) hinges on the willingness of companies to introduce risk assessment and risk management procedures in order to ensure that their activities do not aggravate conflict.

In a marked departure from these topics, yet intimately related to their import is the remarkable contribution by Greg Austin. In an outstanding stroke of analytical vigour and methodological sagacity he has mounted on an exploration of the uncharted area of preventing terrorism. Austin’s is by far the most stimulating contribution to these tomes. His point of departure is that the designation of an activity as ‘terrorism’ is already a political act. Both because in large part the terrorists commit their acts in the name of political goals and, also, owing to governmental predilection to refer to particularly heinous crimes in this manner. Thence, in peaceful societies small-scale violence is called terrorism because it is more shocking; while in highly unstable societies similar incidents are referred to as insurgency. Yet, Austin disagrees with the notion that “one person’s terrorist is another’s freedom fighter”. His proposition is that there already exists a growing international acceptance that any quasi-military attacks on civilian targets constitute “crimes against humanity” (p. 305). Therefore, Austin argues that states are not targeting ‘terrorism’ in some general sense, but specific terrorists and groups. In this respect, he outlines two types of factors that give rise to terrorism: (i) the hackneyed, “root

causes”, relating to the social, political and security milieu in which people live; and (ii) the “proximate causes”, referring to the moral and psychological disposition of individuals. Austin’s conclusion is that for the most part, the prevention of terrorist acts does not operate in the structural domain of conflict prevention. The problem stems from the fact that structural prevention as a policy affects the root causes of terrorism over the medium to longer term. However, it cannot impact the proximate causes – i.e. particular individual’s disposition to conduct terrorist actions regardless of the context in which they are living. Therefore, the prevention of terrorism requires direct measures that aim to change the choices and motivations of leaders of terrorist groups and their active members. In this sense, Austin prompts the provocative argument that the international community should not focus on “eliminating” the causes of terrorism, but should “address” them (p. 332). His conjecture is borne out of the recognition that it is impossible to prevent an individual from committing a terrorist act, but it is possible to prevent the terrorists from garnering greater support among a broader disaffected community. Thereby, Austin provides an innovative perspective on the largely understudied topic of preventing terrorism.

In this respect all the essays in Volume Two are a timely contribution to the character of contemporary conflict prevention. As indicated, the superb editorial management of both volumes has meant that (despite their diverse viewpoints) these tomes project a

coherent assessment of the problems and prospects facing the institutions and organisations involved in conflict prevention.

However, some might find problematic the unresolved tension between conflict prevention and conflict pre-emption. Although pre-emption is implicated by a number of contributors, the concept is largely absent in the editorial setting of the volume. A further analytical point relates to the striking lack of definition of the concept of peace – even, if only as an operational concept. This absence is made obvious by the constant reference to ‘maintaining peace’ and ‘early warning of threats to peace’, etc, which beckon an elaboration of its framework of order. Furthermore, given the date of the publication one would expect a broader focus on the impact of ‘9/11’ on the theory and praxis of conflict prevention. The latter point, however, is apparently a topic for a further study.

Nevertheless, despite these shortcomings Carment’s and Schnabel’s volumes provide a valuable contribution to the study of conflict prevention, and their conclusions would benefit both the student and practitioner of international relations. The ability to gather such wide range of perspectives and experiences makes their effort worthwhile, and it will therefore be very useful for anyone working and dealing with international security issues. Furthermore, it is expected that it would provoke others to further and elaborate the issues stirred up by the contributors to these outstanding tomes on conflict prevention.

Deborah Mancini-Griffoli und André Picot, Humanitarian Negotiation – A Handbook for Securing Access, Assistance and Protection for Civilians in Armed Conflict, Centre for Humanitarian Dialogue, Genf 2004, 168 Seiten, 10 CHF

Regine Reim*

Mit Unterstützung des United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), des International Committee of the Red Cross (ICRC), des Graduate Institute of Development Studies (IUED), sowie des Geneva International Academic Network (GIAN) wurde in der vorliegenden Publikation erstmalig ein Handbuch speziell für Verhandlungen im humanitären Bereich erstellt.

Humanitäres Verhandeln werde bislang als Thematik vernachlässigt und finde sich in der beruflichen Vorbereitung des entsprechenden Personenkreises nur unzureichend berücksichtigt. Das Handbuch versteht sich als ersten Schritt eines Prozesses, dieser Problematik Abhilfe zu schaffen. Verhandlungsführung und entsprechende Fähigkeiten seien jeder humanitären Tätigkeit in-

* Rechtsanwältin *Regine Reim* ist nach beruflichen Auslandsaufenthalten in der Russischen Föderation und der V.R. China als Rechtsberaterin u.a. im Auftrag der Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) nunmehr in Bonn in der Internationale Weiterbildung und Entwicklung (InWEnt) gGmbH tätig und derzeit an das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ) abgeordnet. Im DRK ist sie im Kreisverband Bonn, Bereitschaft rechtsrheinisch (<http://www.drk-beuel.de>) sowohl im Sanitätsdienst als auch in der Verbreitungsarbeit im humanitären Völkerrecht aktiv.

härent und damit als übertragbares Wissenssegment einer allgemeinen Darstellung – unabhängig von den spezifischen Erfordernissen der beteiligten Organisationen bzw. kultureller Unterschiede in den einzelnen Einsatzgebieten – fähig.

Die Autoren gehen in ihrer Grundannahme von 3 Dilemmata aus:

- Die Beteiligten müssen über Angelegenheiten verhandeln, die eigentlich nicht verhandelbar sind, da das Völkerrecht sie verbindlich regelt.
- Der Verhandlungsführer befinde sich meist in einer win-lose-Situation, d.h. er befinde sich in einer schwächeren Position als die Gegenseite.
- In humanitären Verhandlungen könne normalerweise nur eine suboptimale Lösung erzielt werden.

Humanitäre Arbeit habe sich inzwischen zu einer Berufssparte *sui generis* entwickelt, die über eigene Standards für *best practices* verfüge. Ausgenommen sei davon der Bereich der Verhandlungsführung, der zwar in allgemeinen Publikationen abgedeckt sei, jedoch den Spezifika der Berufsgruppe keine Rechnung trage. Insofern hoffen die Autoren, sowohl zur Verbesserung der institutionellen als auch der individuellen Verhandlungsfähigkeiten der Berufssparte beizutragen.

Hilfreich ist insofern die detailgenaue Spezifizierung der Zielgruppe des Handbuchs. Selbiges richte sich an staatliche Einrichtungen, Militärangehörige, bewaffnete Gruppen und die Zivilbevölkerung in Ländern, die sich im Zustand eines bewaffneten Konflikts befinden. Behandelte Themen sind dabei Verhandlungen über Zugang, Unterstützung und Schutz der Zivil-

bevölkerung mit den genannten Personengruppen. Schwerpunkt der Darstellung sind Verhandlungen auf *mid/operational level* sowie *ground/frontline level*, weniger auf dem *high/strategic level*, da sich die Autoren auf den vorgenannten zwei Ebenen die größere Wirkung versprechen.

Für die Erarbeitung der Inhalte des Handbuchs wurde einerseits Literatur ausgewertet, andererseits wurden wegen des Schwerpunkts auf dem Praxisbezug auch Einzel- oder Gruppeninterviews mit Vertretern humanitärer Organisationen als auch mit Vertretern der von bewaffneten Konflikten betroffenen Länder geführt.

Die starke Ausrichtung des Handbuchs auf die praktische Nutzung zeigt sich deutlich in der inhaltlichen als auch strukturellen Gestaltung.

Nach einer Übersicht über humanitäres Verhandeln insgesamt widmen sich Kapitel 2 – 5 den klassischen Verhandlungsstadien, wie Analyse, Strategieentwicklung, die Verhandlung selbst, sowie die Umsetzung und Nachverfolgung. Unter diesen generellen Überschriften reichen die Themen praxisnah von der Zusammensetzung des Verhandlungsteams, von der Strukturierung der eigenen Argumentationslinie, vom Umgang mit dem Dolmetscher bis hin zum Monitoring laufender Verhandlungen und erzielter Vereinbarungen.

In struktureller Hinsicht hilfreich ist die durchweg einheitliche Terminologie, die dem Leser klar vermittelt wird, sei dies die Abgrenzung zwischen *negotiator* und *interlocutor* als auch die Definition von humanitärem Verhandeln, als solchem von humanitären Akteuren mit humanitärer

Zielsetzung in von bewaffneten Konflikten betroffenen Ländern mit den Konfliktparteien.

Die einzelnen Kapitel führen präzise und übersichtlich in die jeweilige Thematik ein, wobei Wortzitate von Interviewpartnern, allgemeine Beispiele, exemplarische *case studies* aus Mazedonien und Cote d'Ivoire, Beispiele aus Ruanda und dem Sudan, sowie Tabellen und Grafiken genutzt werden. Jedes Kapitel schließt mit einer Checkliste und einer Zusammenfassung ab. Am Ende des Buches befindet sich eine zweiseitige Zusammenstellung der wichtigsten Punkte. Im Anhang werden die Methodik des Handbuchs, spezifische Beispiele von *operational* und *frontline* Verhandlungen, *stakeholder maps*, Beispiele für Sitzordnungen bei Verhandlungen und weiterführende Literaturhinweise aufgeführt.

Mögen an mancher Stelle dem Nutzer die inhaltlichen Beiträge in Einzelpunkten zwar selbstverständlich erscheinen, sind sie jedoch im Zusammenhang möglichst umfangreicher und vollständiger Checklisten hilfreiche Gedankenstützen in der Fülle zu berücksichtigender Punkte.

Insgesamt besticht das mit knappen 170 Seiten kompakte Handbuch durch eine aufgelockerte Darstellungsweise, die die Inhalte leicht zugänglich vermittelt. Die Praxisnähe der Inhalte lädt zu Lektüre und alltäglicher Nutzung ein. Dem Handbuch und seinen Autoren ist zu wünschen, dass die Praxis den selbst gesetzten Anspruch, einen Beitrag zu einer sichereren und effektiveren Gestaltung der Tätigkeit von humanitärem Personal beizutragen, bestätigen wird.

Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge 2004, 296 Seiten, £ 22.99

Jeannine Drohla*

1. Einleitung

Das Buch besticht durch seine klare präzise Darstellung. Auf nur 275 Seiten gelingt es dem israelischen Völkerrechtsexperten und Mitglied des Institut de Droit Interna-

tional *Yoram Dinstein* einen einmaligen – wenn auch im Einzelnen streitbaren – Überblick über die wichtigsten Fragen des im internationalen bewaffneten Konflikt anwendbaren Rechts zu schaffen. In diesem Buch findet nun auch der Praktiker Antworten. Genau das war auch *Dinstains* Anliegen.

Der Autor verzichtet in seinem Buch auf textreiche Vorbetrachtungen zur Entstehungsgeschichte des humanitären Völkerrechts und umfangreiche Fußnotenapparate. *Dinstein* wiederholt und spekuliert nicht,

Dinstein analysiert. Gegenstand ist dabei nicht das vergangene oder künftige, sondern das gegenwärtige Recht. Immer wieder bildet er verschiedene Szenarien und zieht aktuelle Beispiele aus der Praxis heran, um die von ihm aufgeworfenen Fragen zu beantworten. Dies belebt nicht nur die Darstellung dieses komplexen Rechtsgebiets ungemain, sondern ist zugleich Ausdruck der hohen Bedeutung, die der Autor der Praxis im humanitären Völkerrecht beimisst.

2. Erstes Kapitel

Mit dem ersten Kapitel (*General Framework*) schafft *Dinstein* die Ausgangsbasis für die acht folgenden Kapitel. Im Zentrum steht hier das Grunddilemma des Rechts des bewaffneten Konflikts, zwei diametrale Gegensätze – Krieg und Humanität – miteinander in Einklang zu bringen. Der Ge-

* *Jeannine Drohla*, Maître en droit international (I.D.P.D.), ist Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Völkerrecht, Europarecht und ausländisches Verfassungsrecht am Lehrstuhl von Prof. Dr. W. Heintschel von Heinegg and der Universität Frankfurt/Oder (Deutschland).

danke des Ausgleichs zwischen beiden Anliegen finde sich in jeder einzelnen Norm des Rechts des bewaffneten Konflikts wieder. Haager und Genfer Recht seien insofern keine Gegensätze. Weder vermöge die Zielsetzung der Humanität das Anliegen der militärischen Notwendigkeit gänzlich zu verdrängen noch laute die *Maxime à la guerre comme à la guerre*. Dennoch lässt *Dinstein* keinen Zweifel aufkommen, will das Recht des bewaffneten Konflikts seine Autorität bewahren, muss es realistisch sein. Dieser Gedanke durchzieht die gesamte *Dinsteinsche* Sichtweise auf das humanitäre Völkerrecht wie ein roter Faden.

3. Zweites Kapitel

Dementsprechend lautet sein Resümee bezogen auf das zweite Kapitel (*Lawful Combatancy*): Nur die unbedingte Einhaltung der Kombattantenpflicht, sich von der Zivilbevölkerung durch äußere Erkennungszeichen zu unterscheiden, könne Garant für die Einhaltung des Unterscheidungsgrundsatzes in der Praxis sein. Jegliche Verwässerungen dieses in den Art. I–III des IV. Haager Abkommens niedergelegten Grundsatzes seien daher unakzeptabel. Die wenig eingängigen Regelungen in den Absätzen 2, 3 des Art. 44 ZP I seien insofern bedauerlich. Diese These verbindet *Dinstein* zugleich mit einem aktuellen Problem – dem Status von Taliban und Al-Quaida-Kämpfern im Afghanistankonflikt. Er lehnt – entgegen der überwiegenden Auffassung im Schrifttum – für beide Gruppierungen die für den rechtmäßigen Kombattanten geltenden Privilegien, den Kriegsgefangenenstatus und die Kombattantenimmunität, ab. Die Pflicht, die Waffen offen und zudem ein Unterscheidungszeichen zu tragen, gelte kumulativ für alle Kombattanten. Jede andere Interpretation führe den Unterscheidungsgrundsatz *ad absurdum*, so die Auffassung *Dinsteins*.

4. Drittes Kapitel

Auch das dritte Kapitel (*Prohibited Weapons*) wendet sich gegen eine allzu einseitig von humanitären Erwägungen dominierte Sichtweise auf das Recht des bewaffneten Konflikts. Gleich eingangs meint *Dinstein*, weder das öffentliche Gewissen noch der Grundsatz der Menschlichkeit können unmittelbar als Rechtsmaßstab für den Einsatz von Waffen dienen. Dies mag für das öffentliche Gewissen einleuchten, für den Grundsatz der Menschlichkeit dagegen erscheint diese Auffassung hingegen befremdend, haben doch internationale Spruchkörper angefangen vom Korfu-Kanal-Fall über die Rechtsprechung des Jugoslawientribunals bis hin zum Nuklearwaffengutachten die elementaren Grundsätze der Menschlichkeit zum Prüfungs-

maßstab erhoben. Dies übersieht *Dinstein* nicht. Vielmehr identifiziert er hinter dem vom Gericht im Nuklearwaffengutachten als *basic considerations of humanity* bezeichneten Grundsatz zwei alte Prinzipien: den Unterscheidungsgrundsatz und das Verbot unnötige Leiden zu verursachen. *Dinstein* zieht die konkrete Benennung dieser beiden Prinzipien als unmittelbaren Rechtsmaßstab für den Einsatz von Waffen dem unbestimmten und von daher interpretationsanfälligeren Grundsatz der Menschlichkeit vor – auch das ein Zeichen für sein Bestreben nach klaren, operablen Regeln.

5. Viertes Kapitel

Wohl am deutlichsten tritt *Dinsteins* Grundanliegen, auch aus militärischer Sicht praktikable Lösungen anzubieten, im vierten Kapitel (*Legitimate Military Objectives*) hervor. Im Gegensatz zu den Vertragsparteien des ZP I und dem Großteil des Schrifttums scheut sich *Dinstein* nicht, militärische Ziele klar zu benennen. Militärbasen, vorübergehende Truppenlager, militärische Luftfahrzeuge, Kriegsschiffe, Transportwege von strategischer Bedeutung, aber auch Labors oder andere Einrichtungen, die der Forschung und Entwicklung neuer Waffen dienen, sind in der nicht abschließenden Liste aufgeführt. Auch dies ist vor dem Hintergrund des Unterscheidungsgrundsatzes im Ansatz begrüßenswert. Er bietet dem Praktiker ein Mehr an Rechtssicherheit, zeigt ihm aber zugleich negativ auf, was nicht mehr zu den Angriffsobjekten gehört (ziviles Objekt). Ganz klar – diese von *Dinstein* aufgezählten Objekte sind auch nicht *per se* als militärische Objekte zu qualifizieren. Bei seiner Aufzählung kann es sich ähnlich wie in Art. 52 Abs. 3 ZP I nur um eine Anscheinsregel handeln. Die von Art. 52 Abs. 2 ZP I unzweifelhaft geforderte Einzelfallbeurteilung, ob die Neutralisierung dieses Ziels tatsächlich einen eindeutigen militärischen Nachteil darstellt, kann mittels einer solchen Liste nicht in Frage gestellt werden.

Das Problem einer solchen enumerativen Aufzählung von militärischen Zielen liegt vielmehr in der Frage festzustellen, welche Objekte nun dem ersten Anschein nach militärische Objekte sind. Soweit es sich um klassische militärische Einrichtungen handelt, besteht kein Problem. Der weit überwiegende Teil der von *Dinstein* aufgezählten Objekte findet sich – worauf er auch zutreffend hinweist – in zahlreichen Militärhandbüchern, aber auch in den einschlägigen Kommentierungen des Zusatzprotokolls als Beispiele für militärische Objekte. Dies gilt nicht für Labors oder andere Einrichtungen, die der Forschung und Entwicklung neuer Waffen dienen. Hält

man sich nun die Ausführungen *Dinsteins* zum israelischen Angriff auf den damals noch im Bau befindlichen irakischen Kernreaktor Osirak in seiner ersten in dieser Reihe erschienen Monographie (*War, Aggression and Self-Defence*, 3. Aufl., Cambridge 2001, S. 169) vor Augen, dann erhält dieses Beispiel einen bitteren Beigeschmack. Der noch zuvor von *Dinstein* betonte Unterschied zwischen einem wirksamen Beitrag zu „militärischen Handlungen“ (Art. 52 Abs. 2 S. 2 ZP I) und dem bloßen Ausbau der „war sustaining capability“ (US Commander’s Handbook on Naval Operations, Annotated Supplement 8.1.1.), droht mit diesem Beispiel verwischt zu werden.

6. Fünftes Kapitel

Gezielte und unterschiedslose Angriffe auf die Zivilbevölkerung sind unzulässig – so auch der Grundtenor *Dinsteins* in seinem 5. Kapitel (*Protection of Civilians and Civilian Objects from Attack*). Nicht verboten seien dagegen „indirekte“ zivile Schäden, sofern sie im Verhältnis zu dem mit dem Angriff erzielten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen. „Bloße“ ausgedehnte oder unverhältnismäßige zivile Schäden – wie es insbesondere die wenig gelungene deutsche Übersetzung des Art. 51 Abs. 5 ZP I nahe legt – reichen hierfür nicht aus. Die Schlüsselfrage lautet in diesem Zusammenhang, wann ein ziviler Schaden unverhältnismässig gegenüber dem erwarteten, konkreten und unmittelbaren Vorteil ist. Im Gegensatz zu den militärischen Zielen, hält *Dinstein* hier keine Beispielliste parat. Eine Antwort auf diese Frage könne nur mit Bezug zum konkreten Einzelfall erfolgen, sie erfordere die Zusammenschau einer Vielzahl von faktischen Gegebenheiten in einer spezifischen Situation: „*There is no objective possibility of quantifying the factors of equation.*“ Zu der Tatsache, dass die Einschätzung der Faktenlage in einer konkreten Situation dem jeweiligen Akteur obliegt und damit weitgehend von dessen subjektiver Einschätzung abhängt, gebe es – so *Dinstein* – keine Alternative.

Der Schutz des Art. 51 Abs. 5 b ZP I erstreckte sich grundsätzlich auch auf Personen, die sich in militärischen Zielen aufhalten und auf menschliche Schutzschilder, ganz gleich, ob unfreiwilliger oder freiwilliger Natur. Sie würden – entgegen einer im neueren Schrifttum vordringlichen Auffassung – nicht zu Quasi-Kombattanten. Sie blieben vielmehr Zivilisten. Gleichwohl führe ihre Anwesenheit nicht zu einer Immunität des militärischen Ziels. Dies scheint mit Blick auf das ZP I nur konsequent, bereitet aber im Hinblick auf

menschliche Schutzschilder – wie *Dinstein* zutreffend bemerkt – insbesondere dann Probleme, wenn diese gerade so eingesetzt werden, dass ein Angriff nach Art. 51 Abs. 5 b ZP I normalerweise nicht mehr zulässig wäre. Auch hier fällt *Dinsteins* Lösung pragmatisch, das heißt im Sinne eines Ausgleichs zwischen Humanität und militärischer Vernunft, aus. Die Anforderungen an einen exzessiven zivilen Verlust müssten in diesem Fall strenger sein. Jede andere Auslegung führe zu einer Privilegierung desjenigen, der sich unter Verstoß gegen Art. 51 Abs. 7 ZP I menschlicher Schutzschilder bedient. Es bleibt allerdings auch hier schwer vorstellbar, in welchen Konstellationen Art. 51 Abs. 5 b ZP I dann überhaupt noch zivilen Opfern Schutz zu bieten vermag.

7. Sechstes Kapitel

Neben dem Schutz, der zivilen Objekten und Zivilisten ohnehin zukommt, erkennt das humanitäre Völkerrecht bestimmte Personengruppen und Objekte als besonders schutzwürdig an. Mit ihnen befasst sich *Dinstein* im 6. Kapitel (*Measures of Special Protection*). Kinder, Frauen, Verwundete, Schiffbrüchige, Seelsorger, medizinische Einrichtungen, Anlagen und Einrichtungen, die gefährliche Stoffe enthalten, aber auch Kultstätten und Kulturgüter gehören hierzu. Dies ist allgemein anerkannt und wird auch vom Autor keineswegs in Frage gestellt. Sofern sich in diesem Kapitel überhaupt Unterschiede zwischen der Auffassung *Dinsteins* und der anderer Autoren auftun, beziehen sich diese auf die Frage, wie weit dieser Schutz im Einzelfall reicht, und sind allenfalls gradueller Natur. Offensichtlich wird dies bei Art. 53 ZP I. Danach sind Angriffe auf Kultstätten und Kulturgüter verboten. Auch dürften diese nicht für den militärischen Einsatz genutzt werden. Ähnlich wie beim Missbrauch von Zivilisten als Schutzschilder stellt sich auch hier die Frage, inwieweit diese Objekte gegen Angriffe immun sind. Wende man auch auf sie die Vorschrift des Art. 52 Abs. 2 ZP I an, würde ihr Schutz nicht weiter reichen als der gewöhnlicher ziviler Objekte. Geht man hingegen von einer absoluten Immunität von Kultstätten und Kulturgut aus, privilegiere man auch hier denjenigen, der das Schutzobjekt als Kriegsschauplatz missbraucht. Auch in dieser Situation wendet sich *Dinstein* gegen eine einseitige Betrachtung zu Gunsten der Humanität oder anders – auch hier sucht er den Ausgleich. Der Unterschied zwischen Art. 52 und Art. 53 ZP I ist nach ihm ein zeitlicher: Könne man vormals zivile Objekte, die allein kraft ihrer Lage zu militärischen Zielen geworden sind, angreifen, soll der Angriff einer Kulturstätt nur dann zulässig sein, wenn sie

zum Zeitpunkt des Angriffs zu militärischen Zwecken genutzt wird.

8. Siebentes Kapitel

Der Schutz der Umwelt, dem sich das 7. Kapitel (*Protection of the Environment*) widmet, gehört zu den Belangen, die erst in den letzten Jahrzehnten in das Bewusstsein der internationalen Gemeinschaft gerückt sind. Folglich fehle es hier an einem angemessenen gewohnheitsrechtlich anerkannten Schutz – so *Dinstein*. So bedauernd sei dieser Umstand, die Forderung nach einer 5. Genfer Konvention halte er derzeit für nicht durchsetzbar. Folglich bliebe es dabei, dass Art. 55 ZP I und die ENMOD-Konvention in erster Linie den rechtlichen Maßstab für den Schutz der Umwelt bilden. Die Vielzahl der mit diesen Regelungen verbundenen Unklarheiten und Lücken illustriert *Dinstein* am Beispiel des 2. Golfkrieges. So verheerend die durch das Abbrennen der zirka 600 kuwaitischen Ölfelder hervorgerufenen Umweltschäden wären, rechtlich sei es keineswegs klar, inwieweit darin ein Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht gelegen habe. Nehme man an, dass es sich – was ebenfalls noch zu klären wäre – bei den Ölfelder um militärische Ziele gehandelt habe, dann scheitere die Anwendbarkeit des Art. 55 ZP I am Erfordernis des lang anhaltenden Schadens. Zwar sehe die ENMOD-Konvention von den hohen Anforderungen eines ausgedehnten, lang anhaltenden Schadens ab, jedoch stünden ihrer Anwendbarkeit, abgesehen von der fehlenden Ratifikation des Iraks, Bedenken wegen des auf Umweltmodifikationen beschränkten Anwendungsbereichs entgegen.

9. Achtes Kapitel

Unter dem Titel *Other Methods and Means of Warfare* greift *Dinstein* mit Kriegslisten, Spionage, Entziehung und Zerstörung feindlichen Eigentums und Repressalien vier weitere Problembereiche des humanitären Völkerrechts auf. Den wohl streitbarsten Teil in diesem Kapitel dürften die Repressalienverbote darstellen. Nach *Dinstein* beschränkten sich die gewohnheitsrechtlich anerkannten Repressalienverbote auf Repressalien, die nachhaltig die Menschenrechte, die natürliche Umwelt und historische Monumente berührten. Anders als das ZP I in Art. 51 Abs. 6, Art. 52 Abs. 1 und vom Jugoslawientribunal im *Kupreskic*-Fall ausgesprochen seien Zivilisten und zivile Objekte nicht gänzlich repressalienfest. Nicht allein deshalb, dass sich nach Ansicht *Dinsteins* keine hinreichende Praxis für einen derartigen gewohnheitsrechtlichen Rechtssatz ausmachen ließe. Es sei einem Staat, der sich einem Gegner ge-

genüber sieht, der die Verletzung des humanitären Völkerrechts gerade zu seiner Politik erhebt, nicht mehr zumutbar, an einem absoluten Repressalienverbot festzuhalten. Zur Annahme eines absoluten Repressalienverbots bemerkt *Dinstein* zusammenfassend: „*This sounds more like an exercise in theology than in the laws of war.*“

10. Neuntes Kapitel

Mit dem 9. Kapitel (*War Crimes, Command Responsibility and Defences*) rundet *Dinstein* seine Betrachtung des Rechts des bewaffneten Konflikts ab. Die völkerstrafrechtlichen Fragen überlässt er also nicht einem dritten Buch, sondern integriert sie – entgegen der inzwischen weit verbreiteten Praxis – dort, wo sie hingehören: in das Recht des bewaffneten Konflikts. Die Definition von Kriegsverbrechen, der Unterschied zwischen Kriegsverbrechern und illegalen Kombattanten, die Verantwortlichkeit von Befehlshabern und die Rechtfertigungsgründe bilden hier die zentralen Themen.

11. Fazit

Man mag im Ergebnis der einen oder anderen Äußerung *Dinsteins* widersprechen wollen. Dafür braucht man aber gute Argumente. *Dinsteins* Argumente sind stichhaltig, seine juristische Analyse präzise, seine Erfahrung reich und seine Sprache glasklar. Seine Maxime lautet: Humanität durch Rechtsklarheit und Regelungsakzeptanz. Eine Auslegungsregel *in dubio pro humanitate* kennt *Dinstein* nicht. Er warnt vor der Ignoranz der Realität. *Dinstein* deshalb als reaktionär zu bezeichnen – wozu man beim Lesen des Buches hin und wieder neigt – würde seinem Konzept nicht gerecht. Auch *Dinstein* hat eine Vision vom humanitären Völkerrecht. Diese findet sich aber der Klarheit wegen nicht in den neun Kapiteln, die *Dinstein* dem Ist-Bestand des humanitären Völkerrechts widmet, sondern in den davon getrennten *General Conclusions*.

Dennoch wirft das Werk – bei allem Lob, das es verdient – einen Schatten: Die große Überzeugungskraft der *Dinsteinschen* Argumente schwindet genau wie in seinem ersten Buch aus dieser Reihe an den Stellen, wo Israel ins Spiel kommt. Egal, ob man sich die Ausführungen zu den gezielten Tötungen, zum Tatbestand der Ansiedlung in besetzten Gebieten, zum Schutz von Kulturgut oder die fehlenden Ausführungen zu Art. 1 Abs. 4 ZP I anschaut, die Darstellungen wirken emotionsgeladen, verlieren an Objektivität und erwecken den Eindruck einer Verteidigungssituation. Aber auch das macht das Buch wiederum interessant.

**Karen J. Greenberg and Joshua L. Dratel (eds),
The Torture Papers: The Road to Abu Ghraib,
Cambridge University Press, Cambridge, 2005,
1284 pages, £ 27.50**

Anna Sabasteanski*

Karen J. Greenberg is the executive director of the Center on Law and Security at the New York University School of Law. Joshua L. Dratel serves on the Board of Directors of the National Association of Criminal Defense Lawyers and is currently assisting in the defense of Guantanamo detainees.

Sweeping claims of unlimited executive privilege set the foundation laid out in shocking detail in *The Torture Papers*. Step by step, the memoranda and reports in this collection lay out, step by step, the steady progression to the legitimization of routine coercion and torture.¹ Senior administrative officials, including President Bush and leaders of the Departments of Justice, Defense, and State authored the memoranda and opinions. The book also includes the investigative reports of the International Committee of the Red Cross, The Taguba Report, the Mikolashek Report, the Schlesinger Report, the Fay-Jones Report and the American Bar Association Report to the House of Delegates.

The Bush administration and senior military leaders claims that prisoner abuse involved only isolated actions of rogue guards and insist that the public pursuit of those responsible demonstrates the transparency and accountability of true democracy. In fact, it has been low level soldiers² who have been held accountable and only one officer (General Janet Karpinski, a re-

servist in charge of Iraqi prisons) suffered any consequences.

As reports of abuse continue to emerge, from desecration of the Koran witnessed by the International Committee for the Red Cross, to the murder of prisoners in Afghanistan, current events lend credence to the suggestion that there is a pattern of abuse that merits a full and honest accounting.

The Torture Papers begins the process of establishing accountability. It fills in many missing pieces, compiling materials that were previously difficult to obtain or available only in pieces. Not all of the relevant documents have been declassified or made available, and the book, published in January, does not include the most recent findings of abuse in Afghanistan. Nonetheless, it provides a critical foundation in understanding how the country that once stood

for the rule of law has become a case study in international hypocrisy.

The collection makes clear the connection from policy to action. It exposes the initial decision to bypass both the Geneva Conventions and U.S. law, the impact of contradictory verbiage at the highest levels of leadership, and the chaos that devolved into a pattern of expediency in which the ends justified the means, even when the ends were not clearly understood. It begs us to complete the tentative connections exposed by the use of the same personnel in different theaters, and to investigate how redress for these abuses can be made. It screams for accountability at the highest levels of government, among those who set the policies and made the decisions.

As Karen Greenberg says in her introduction “[u]ltimately, what the reader is left with after reading these documents is a clear sense of the systematic decision to alter the use of methods of coercion and torture that lay outside of accepted and legal norms [...]. Not only did the lawyers and policy makers knowingly overstep legal doctrine, but they did so against the advice of individuals in their midst, notably Secretary of State Colin Powell and William H. Taft, Legal Advisor to the Secretary of State”. (page xix)

* Anna Sabasteanski is publisher of the TerrorismCentral database and newsletter and editor-in-chief of *AML/CFT Monitor* and *Political Risk Monitor* (USA).

¹ “[W]e conclude that torture as defined in and proscribed by Sections 2340–2340A, covers only extreme acts. Severe pain is generally of the kind difficult for the victim to endure. Where the pain is physical, it must be of an intensity akin to that which accompanies serious physical injury such as death or organ failure. Severe mental pain requires suffering not just at the moment of infliction but it also requires lasting psychological harm, such as seen in mental disorders like post-traumatic stress disorder: Additionally, such severe mental pain can arise only from the predicate acts listed in Section 2340. Because the acts inflicting torture are extreme, there is significant range of acts that though they might constitute cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment fail to rise to the level of torture.” Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, 1 August 2002, pp. 213–214.

² “I had a choice, but I chose to do what my friends wanted me to do [...] They did it for their own amusement.” Lynndie England, at her military hearing, 3 May 2005.



THE PROSECUTION AND DEFENSE OF PEACEKEEPERS UNDER INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

By Geert-Jan Alexander Knoops

2004. Approx. 350 pages. ISBN 1-57105-154-6. \$125.00/hardcover.

This book is the first comprehensive study on the international judicial implications of prosecution of international peacekeepers and members of military crisis operations under the principles of international criminal law and especially those of the International Criminal Court (ICC). The ever important topic of international peacekeeping is poised to enter a new dimension, namely the subjection to ICC prosecution in particular since the discontinuation of Security Council Resolutions 1422-1487 in June 2004.

Based on both domestic case law and that of the ICTY-ICTR, this study analyzes the foundation and application of international criminal liability concepts and defences from the perspective of the prosecution and defence in the area of peacekeeping. It assesses whether prosecution of international peacekeepers merits a distinct judicial position due to (UN) peacekeeping mandates as well as the concept of Rules of Engagement. Special attention is paid to the new era of international military crisis operations in terms of prosecution and defence of military servicemen involved in these operations.

Can international peacekeepers be exempted from criminal responsibility due to, *inter alia*, military necessity, reprisals, military duress and self-defence against war crimes or even anticipatory self-defence invoked by States? Can Article 98 Agreements serve as a shield from prosecution before the ICC? By addressing these questions, this book is a profoundly valuable study of several fundamental issues in the rudimentary (criminal) law of international peacekeeping and military crisis operations and is therefore an indispensable work for all academics and practitioners involved in these missions. It is also of highly practical relevance, since it addresses important case law in this field such as the Iraqi prisoners abuse case and its implications for peacekeepers' criminal liability.

Dr. Knoops is an international criminal lawyer with Knoops & Partners, Amsterdam, and Professor of International Criminal Law at the University of Utrecht.

Peter G. Kirchschräger / Thomas Kirchschräger /
Andréa Belliger / David J. Krieger
(Herausgeber)

Menschenrechte und Terrorismus

Band I

1. Internationales Menschenrechtsforum in Luzern (IHRF) 2004

Tagungsband

348 Seiten, broschiert, CHF 25.–/€ 16.50
ISBN 3-7272-2820-2



Bildet der internationale Kampf gegen den Terrorismus eine Gefahr für die Menschenrechtstradition? Terrorismusbekämpfung und Menschenrechtsschutz – wie geht ein moderner Staat vor? Was kann die Wirtschaft zur Förderung der Menschenrechte beitragen? Diesen und ähnlichen Fragen ging das 1. Internationale Menschenrechtsforum Luzern (IHRF) zum Thema «Menschenrechte und Terrorismus» des Instituts für Kommunikation und Kultur der Universität Luzern nach. Prominente Akteure und renommierte Expertinnen und Experten aus dem In- und Ausland aus Politik, Wissenschaft, Wirtschaft und Zivilgesellschaft nützten das Forum zur sorgfältigen Gegenüberstellung ihrer unterschiedlichen Standpunkte und zur intensiven Auseinandersetzung mit dem Thema. Gerade diese unterschiedlichen Perspektiven der verschiedenen Akteure fliessen auf einzigartige Weise in den Band I der Reihe Internationales Menschenrechtsforum Luzern (IHRF) ein, der den Verlauf des 1. IHRF wiedergibt.

Peter G. Kirchschräger / Thomas Kirchschräger /
Andréa Belliger / David J. Krieger
(Herausgeber)

Menschenrechte und Wirtschaft

im Spannungsfeld von State und Nonstate Actors

Band II

2. Internationales Menschenrechtsforum in Luzern (IHRF) 2005

Tagungsband

ca. 360 Seiten, broschiert, CHF 45.–/€ 29.70, erscheint im Sommer 2005
ISBN 3-7272-2821-0



Sind die Menschenrechte notwendige Voraussetzung für oder Folge von wirtschaftlicher Entwicklung? Tragen Unternehmen Verantwortung für den Schutz und für die Durchsetzung der Menschenrechte? Oder sind die Menschenrechte Aufgabe des Staates allein? Prominente Akteure und renommierte Expertinnen und Experten aus dem In- und Ausland untersuchten am 2. Internationalen Menschenrechtsforum Luzern (IHRF) zum Thema «Menschenrechte und Wirtschaft im Spannungsfeld zwischen State und Nonstate Actors» diese und ähnliche Fragen aus der Perspektive der Politik, Wissenschaft, Wirtschaft und Zivilgesellschaft und stellten sich der öffentlichen Diskussion. Den Verlauf der thematisch breiten Auseinandersetzung, der intensiven Gegenüberstellung und der teilweisen Annäherung der verschiedenen Positionen, für die das 2. IHRF eine neutrale Plattform bot, gibt der Band II der Reihe Internationales Menschenrechtsforum Luzern (IHRF) auf einzigartige Weise wieder.



Stämpfli Verlag AG
www.staempfliverlag.com

Zu beziehen bei **Buchstämpfli**
Versandbuchhandlung
Wölflistrasse 1, CH-3001 Bern
Telefon 0041 31 300 66, 77, Fax 0041 31 300 66 88
E-Mail: order@buchstaempfli.com
www.buchstaempfli.com
oder durch jede Buchhandlung