

Studiecentrum voor Militair Recht en Oorlogsrecht v.z.w.
Centre d'Etude de Droit Militair et de Droit de la Guerre a.s.b.l.



“Personnel capturé”
-
“Gevangengenomen personeel”

Journée d'Etude
du 18 Mai 2005

Studiedag
van 18 mei 2005

**Editeur responsable – Verantwoordelijk uitgever :
Colonel d'Avi Ir Res / Res Kol v/h Vlw Ir. G. LORIAUX**

Centre d'Etude de Droit Militaire et de Droit de la Guerre a.s.b.l.
Ecole Royale Militaire – 30, Avenue de la Renaissance – B-1000 Bruxelles

Studiecentrum voor Militair Recht en Oorlogsrecht vzw
Koninklijke Militaire School – 30 Renaissancelaan – B-1000 Brussel

Tel/Fax : ++32 (2) 742 61 77
E-mail : srt.sem@scarlet.be
Website : <http://home.scarlet.be/~tsb93638/>

Sauf indication contraire, les opinions exprimées dans les contributions à cet ouvrage n'engagent que leur auteur.

Tenzij anders aangegeven, geven de opvattingen in de bijdragen in deze publicatie enkel de mening weer van hun auteur.

Unless indicated otherwise, opinions expressed in contributions to this publication are solely those of the authors.

©La reproduction, même partielle et sous quelque forme que ce soit, des textes publiés dans cet ouvrage est strictement interdite, sauf autorisation expresse, préalable et écrite de leur auteur et l'éditeur responsable de la présente publication.

©Niets uit deze publicatie mag vermenigvuldigd worden en/of openbaar gemaakt worden op enige wijze zonder expliciete, voorafgaande en schriftelijke toestemming van de auteur en van de verantwoordelijke uitgever van deze publicatie.

©No part of this publication may be reproduced, in any form or by any means, without the prior, explicit and written permission of the author and the responsible editor of this publication.

***JOURNEE D'ETUDE DU 18 mai 2005
STUDIEDAG VAN 18 mei 2005***

" Personnel capturé " - " Gevangengenomen personeel "

PROGRAMME - PROGRAMMA

08.30 - 09.00	Accueil - Onthaal.
09.00 - 09.15	Introduction - Inleiding Kol v/h Vlw (Res) G. LORIAUX, Sessiedirecteur.
09.15 - 10.00	Het statuut van gevangenen door Dhr. F. NAERT, Attaché, DGJM LEGAD-Hum/Int.
10.00 - 10.30	De praktische toepassing van het verbod op foltering, onmenselijke of vernederende behandelingen bij het opsluiten en ondervragen van gevangenen door Mvr. I. HEYNDRICKX, Attaché, DGJM-LEGAD-Int.
10.30 - 11.00	Koffie – Café.
11.00 - 11.30	Réglementation internationale aperçu document OTAN AJP 2.5 par le LtCol d'Avi (Res) M. ALLAER, ACOS-IS.
11.30 - 12.00	Internationale reglementering : Belgische kijk op detentiepolitiek ISAF door Lt v/h Vlw P. VAN MALDEREN, DGJM-LEGAD-Int.
12.00 - 12.45	Questions - Réponses / Vragen en antwoorden
12.45 - 13.45	Lunch. ¹
13.45 - 14.15	Practical applications and experiences in Iraq - UK approach by Maj Paul BAKER (UK)
14.15 - 14.45	Praktische toepassingen en ervaringen in Irak : NL – benadering door Kapt mr. M. BOTS-BOTTINGA (NL)
14.45 - 15.15	Questions - Réponses / Vragen en antwoorden.
15.15 - 15.30	Koffie – Café.
15.30 - 16.00	La visite des prisonniers par M ^{me} S. JUNOD, Chef de délégation, Comité International de la Croix-Rouge, Bruxelles.
16.00 - 16.30	Comportement déviant : Quelques considérations par le Prof P. THYS, Université de Liège - Ecole de Criminologie.
16.30 - 16.50	Questions - Réponses / Vragen en antwoorden. Conclusions – Conclusies.

Inhoudstabel

Table des matières

Kol v/h Vlw Ir (Res) G. LORIAUX.....	6
<i>Inleiding – Introduction</i>	6
Dhr. Frederik NAERT.....	9
<i>Detention in Peace Operations:</i>	9
<i>The Legal Framework and Main Categories of Detainees</i>	9
Mevr. I. HEYNDRICKX.....	35
<i>“Torture has ceased to exist”</i>	35
LtCol d'Avi (Res) M. ALLAER.....	57
<i>Reglementation Internationale apercu du document OTAN AJP 2.5</i>	57
Lt v/h Vlw P. VAN MALDEREN	59
<i>Een praktische toepassing: “De Detentiepolitiek van de International Security Assistance Force”</i> 59	
Maj P. L. BAKER	69
<i>The UK approach to powhandling – Practical applications from Iraq</i>	69
Prof. Pierre THYS	78
<i>Comportement déviant : Quelques considérations</i>	78

Kol v/h Vlw Ir (Res) G. LORIAUX

Sessiedirecteur

Inleiding – Introduction

Goede morgen en welkom op deze derde studiedag van het Studiecentrum voor militair Recht en Oorlogsrecht.

Bonjour et bienvenue à cette troisième journée d'étude du Séminaire de Droit militaire et de Droit de la Guerre.

Het thema van vandaag is de laatste tijd, geregeld in de actualiteit geweest. En zoals steeds wanneer een thema de actualiteit haalt worden heel wat slagzinnen het publiek ingestuurd die weliswaar de gevoelens of opinies van de media, van sommige NGO's, en zelfs van het grote publiek, aangaande dit onderwerp vertolken, maar die niet noodzakelijk een juiste weergave zijn van de realiteit of van de bestaande regelgeving terzake. Dit kan wijzen op een profileringsdrang vanwege sommige van deze organismen. Maar het kan ook een uiting zijn van diepmenselijke gevoelens ten opzichte van feiten die de publieke opinie meer en meer als aanvaardbaar of als onaanvaardbaar ervaart; en dus komt de vraag op of de bewuste regelgeving aan een aanpassing toe is.

Dans son dernier numéro qui vient de paraître la Revue Internationale de la Croix-Rouge, traite du phénomène de la détention. Je n'ai pas encore reçu mon exemplaire, mais les textes sont disponibles sur le site du CICR. Elle introduit le sujet comme suit :

« Le phénomène de la détention peut être examiné sous différents angles. La détention peut être légale ou pas, juste ou injuste, le traitement des prisonniers peut être correct ou inhumain, les conditions de détention peuvent être décentes ou effrayantes. Une personne peut être gardée sous surveillance comme prisonnier de guerre, comme interné civil, détenue pour des raisons de sécurité ou administratives ou comme détenu politique, ou encore simplement comme criminel. Le statut d'un détenu peut également être douteux. Le but de sa détention diffère autant que les modes ou procédures de sa détention.

Dans des situations de guerre ou de troubles civils, les personnes détenues sont souvent considérées comme des ennemis. Comme un juge de la Court Suprême des Etats-Unis remarqua : « c'est dans les moments les plus difficiles et incertains que notre engagement pour un juste procès est le plus mis à l'épreuve ; et c'est dans ces moments-là que nous devons le plus garder notre engagement (...). » Les détenus peuvent être heureux d'avoir survécus, chanceux s'ils ne sont pas soumis à la torture. Pourtant leur vie quotidienne en

prison est souvent dure, et même après leur arrestation et interrogation initiale ils peuvent subir, la faim, la maladie ou le sadisme de leurs gardiens. »

Op het niveau van het internationaal recht zijn de staten en hun vertegenwoordigers, (dus onder andere, en in het bijzonder de militairen), gehouden de bestaande regels toe te passen en te doen toepassen. Dit lijkt op het eerste gezicht eenvoudig. Maar zoals de meeste onder u hebben geleerd en ervaren is dit verre van evident wanneer men met de realiteit op het terrein geconfronteerd wordt : met de verscheidenheid aan regels waaraan verschillende staten zich verbonden of niet verbonden hebben, met de verscheidenheid aan regels wanneer het op nationale implementatie aankomt, met de concrete toepassingsmogelijkheid ervan op het terrein, met de menselijke (of onmenselijke) gevoelens en reacties die een oorlogssituatie maar al te dikwijls oproept.

De feiten uit de actualiteit maken het maar al te duidelijk dat de eensgezindheid hier aangaande ver te zoeken is. Deze studiedag komt daarom op zijn tijd.

In onze voorafgaande vergaderingen kwamen wij tot de conclusie dat verschillende aspecten absoluut moesten belicht worden.

Vooreerst krijgt u de regelgeving : de internationale verdragen, waarbij wij in het bijzonder zullen stilstaan bij de definitie en de verschillende soorten van gevangenen, gedetineerden, enz... U krijgt ook een toelichting bij de bepalingen van foltering en onmenselijke behandelingen. Hoe wordt dit toegepast in de nationale en internationale reglementen voor militairen op het terrein? De NATO heeft een reglement in voortdurende evolutie, België heeft (of had) een reglement of richtlijnen voor gebruik tijdens operaties.

Après le lunch que nous prendrons au mess de l'ERM nous nous tournerons plus vers la pratique sur le terrain. Les Britanniques nous présenteront leur expérience dans la préparation d'une opération comme en Irak où ils doivent tenir compte avec la possibilité de prisonniers. Les Néerlandais nous feront part de leur expérience en Irak où ils étaient présents dans le secteur britannique.

Vous l'avez tous appris par la presse : Guantanamo et Abu Graib ne sont plus des noms inconnus. La politique suivie par les Etats-Unis a donné lieu à pas mal de critique. Nos militaires ont également dû se justifier pour des faits commis envers des prisonniers.

Comment des tels faits peuvent-ils se produire, et que pouvons nous faire pour les éviter ?

Pour traiter de ces sujets nous aurons cette après-midi un panel international que vous pourrez non seulement écouter mais à qui vous pourrez poser vos questions, à qui vous pourrez faire part de vos soucis ou de vos objections. Je vous demande donc expressément d'être présent cette après-midi de façon à ce que cette journée ne soit pas seulement une suite d'exposés, mais un réel échange d'idées et d'expériences. Om dit alles te behandelen hebben we voor deze namiddag een internationaal panel kunnen bijeenroepen van Britten, Nederlanders, Amerikanen, Zwitsers en Belgen.

Nog twee opmerkingen vooraleer het woord te laten aan de werkelijke sprekers.

Ik zou in uw naam de Cdt van het Vlw Chris de Cock en Res Maj Philippe Rousseau willen bedanken die verantwoordelijk zijn voor een goed deel van het voorbereidend werk van deze dag. De Cdt De Cock had hier in mijn plaats moeten staan maar hij werd geroepen om deze weken een cursus te verzorgen in San Remo en kon dus niet aanwezig zijn.

Het tweede punt betreft een publicatie van een werk door het ICRC waarvan ik zeker wil zijn dat iedereen ervan op de hoogte is. Zoals u allen weet bestaat het internationaal recht en meer bepaald het humanitair recht niet alleen uit verdragen en conventies maar ook uit gewoonterecht, les 'us et coutumes de la guerre', 'de zeden en gewoonten van de oorlog'. De definitie ervan en de concrete invulling is steeds het voorwerp geweest van discussie en de rechtbanken hebben sommige knopen doorgehakt maar verre van allemaal. Het ICRC heeft, in opdracht van de internationale gemeenschap, getracht het begrip gewoonterecht in te vullen en heeft dit na een jarenlange studie en internationale consultatie, onder de leiding van onze landgenoot Jean Marie Henckaerts, gepubliceerd. Het is een mijlpaal geworden in de geschiedenis van het humanitair recht waarmee in de toekomst door iedereen zal rekening gehouden worden.

*Detention in Peace Operations:
The Legal Framework and Main Categories of Detainees*

I. Introduction

This paper attempts to briefly sketch the legal framework for detention in peace operations. It will illustrate that, albeit certain rules apply to all or most cases of detention in such operations,² there are also significant differences between various operations, situations in which they are conducted, and categories of detainees. These differences exist especially concerning the right to detain and the possibility to prosecute detainees.

Peace operations is used as an overarching term including operations ranging from consensual peacekeeping in a permissive environment to peace enforcement in a hostile environment.³ Moreover, occasionally references will be made to military operations that may not qualify as peace operations by way of comparison, analogy or contrast. Similarly, detention is used as a general term for any deprivation of liberty of a person by personnel of a peace operation (including *inter alia* internment of civilians and pre-trial detention of suspected criminals).⁴

* Legal advisor, DG Legal Support & Mediation, Belgian Ministry of Defence, and researcher, Institute for International Law, Catholic University of Leuven (<http://www.internationallaw.be>). The views expressed in this contribution are solely those of the author and do not necessarily reflect the views of the Belgian Government, the Belgian Ministry of Defence and the latter's DG Legal Support and Mediation. This text elaborates on the presentation which the author gave at the Conference organised by the Studiecentrum voor Militair Recht en Oorlogsrecht in Brussels on 18 May 2005 on 'Gevangengenomen personen' [captured persons].

² For a more uniform approach, albeit not limited to the law as it stands, see J. Pejic, 'Procedural Principles and Safeguards for Internment/Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence', 87 No. 858 International Review of the Red Cross/Revue internationale de la Croix-Rouge (hereinafter "IRRC/RICR") 2005, 375, available at [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-858-p375/\\$File/irrc_858_Pejic.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-858-p375/$File/irrc_858_Pejic.pdf). All internet addresses were active on 8 May 2006.

³ The term peace operations is also used in a rather broad sense in the *Report of the Panel on United Nations Peace Operations* ('Brahimi report', UN Doc. A/55/305-S/2000/809, 17 August 2000, http://www.un.org/peace/reports/peace_operations), § 10 *et seq.*. The term as used in this contribution includes, amongst others, UN peacekeeping operations, NATO 'non article V' or 'crisis response operations' and the former Western European Union 'Petersberg' tasks now taken over by the European Union and defined in article 17(2) EU Treaty (Treaty on European Union, Maastricht, 7 February 1992, as subsequently amended, in particular by the Treaty of Amsterdam, 2 October 1997, entered into force on 1 May 1999, and by the Treaty of Nice Amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts, 26 February 2001, entered into force on 1 February 2003; the consolidated version of the EU Treaty as currently in force is published in the 2002 *Official Journal C* 325, available at <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/en/treaties/index.htm>).

⁴ For a NATO definition, see *NATO Glossary of Term and Definitions*, AAP-6(2006), available at <http://www.nato.int/docu/stanag/aap006/aap6.htm>, which defines detention as "The act of holding in custody for lawful purposes such as prosecution, maintenance of public safety, or pursuant to legal order". See also US Joint Publication 3-63, Joint Doctrine for Detainee Operations, in the final coordination draft version of 23 March 2005 (available at <http://hrw.org/campaigns/torture/jointdoctrine/jointdoctrine040705.pdf>; see *infra* note 75 on its status), I-8: "The [Department of Defense] definition of the word "detainee" refers to any person captured or otherwise detained by an armed force".

However, detention of personnel of a peace operation will not be discussed.⁵ Nor will this paper deal with detention within the territory of a State which is participating in a peace operation in another State, except where such detention is initiated on the territory of the State in which the peace operation is conducted.⁶

Finally, detention in maritime operations will only be addressed marginally, although detention in these operations may well occur, e.g. in operations directed against drugs, terrorism⁷ and piracy.⁸ In such operations, the legal framework generally and detention issues specifically have distinct characteristics from land operations, even though some rules, e.g. on humane treatment (see below), will be the same.

II. The General Legal Framework

The different status of the various categories of detainees results both from variations in applicable law and from differences of treatment within a given legal framework.

In respect of the former, it is clear that where the law of armed conflict (hereinafter ‘LOAC’) applies (this term is used hereinafter as a synonym for international humanitarian law), or rather the law of *international* armed conflicts, the legal regime is quite different from a consensual post-conflict peacekeeping operation not amounting to participation in an armed conflict to which the law of armed conflict does not apply or only amounting to participation in an armed conflict not of an international character. For instance, prisoners of war (hereinafter ‘POWs’) are only provided for in an international armed conflict.

As to divergent treatment under the same legal framework, it is well known that different categories of persons enjoy a different status and are subject to different (detention) regimes under the LOAC. For instance, POWs are treated differently from interned civilians (see below).

⁵ In operations, both jurisdiction in criminal matters and detention (except sometimes immediate arrest with a view to handing over the arrested person) are usually reserved for the nation in whose armed forces an individual is serving under various international arrangements, especially status of forces agreements (hereinafter ‘SOFA’s). See for the UN the UN Model SOFA, UN Doc. A/45/594, 9 October 1990, <http://www.amicc.org/docs/UNSOFA.pdf>, especially §§ 41-42 and 47(b). See also, for EU operations, F. Naert, ‘ESDP in Practice: Increasingly Varied and Ambitious EU Security and Defence Operations’, forthcoming in M. Trybus & N. White (eds.), *European Security Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

⁶ Therefore, detention of terrorists in the US, UK, or any other State participating in a peace operation is, in principle, not discussed in this contribution. Moreover, such detention will rarely occur in a peace operation but rather in “the war on terror” (see below).

⁷ For NATO, see http://www.nato.int/docu/briefing/terrorism_at_sea-e.pdf.

⁸ On piracy, see below, III, notes 17-18 and accompanying text.

Therefore the first step required to determine the status of a detainee, is the identification of the applicable law. The second step is the application of that law to a given operation/situation/person.

III. Identifying the Applicable Law

The applicable law is likely to be a combination of domestic law and international law. Applicable domestic law will normally include the law of the troop contributing nations (hereinafter ‘TCNs’) but it may also include the local law of the host State (hereinafter ‘local law’). Applicable international law may include the LOAC, including the four 1949 Geneva Conventions⁹ and the two 1977 Protocols thereto,¹⁰ human rights law, including the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights (hereinafter ‘ICCPR’)¹¹ and the 1984 UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (hereinafter ‘UNCAT’)¹² and regional instruments such as the ECHR¹³, the ACHR¹⁴ and the ACHPR,¹⁵ and public international law, each of which may comprise international agreements such as those already mentioned, customary international law and decisions of international organizations, such as the *UN Secretary-General Bulletin on Observance by United Nations forces of international humanitarian law*¹⁶ or the EU’s

⁹ Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 75 *U.N.T.S.* 31 (hereinafter ‘GC I’), Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 75 *U.N.T.S.* 85 (hereinafter ‘GC II’), Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, 75 *U.N.T.S.* 135 (hereinafter ‘GC III’) and Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 75 *U.N.T.S.* 287 (hereinafter ‘GC IV’), all 12 August 1949 and available, including status information and with commentaries, on <http://www.icrc.org/ihl>.

¹⁰ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 8 June 1977, 1125 *U.N.T.S.* 3 (hereinafter ‘AP I’) and Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Conflicts, 8 June 1977, 1125 *U.N.T.S.* 609 (hereinafter ‘AP II’) and available, including status information and with commentaries, on <http://www.icrc.org/ihl>.

¹¹ New York, 19 December 1966, 999 *U.N.T.S.* 171.

¹² New York, 10 December 1984, 1465 *U.N.T.S.* 85.

¹³ (European) Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4 November 1950, *E.T.S.* No. 5 (as subsequently amended).

¹⁴ American Convention on Human Rights, San José, 22 November 1969, *OAS Treaties Series* No. 36.

¹⁵ African Charter on Human and People’s Rights, Banjul, 27 June 1981.

¹⁶ UN Doc. ST/SGB/1999/13, 6 August 1999, available at <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwpList367/711A2C1A3BD7FA2EC1256B66005DD94A>.

Charter of Fundamental Rights.¹⁷ For peace operations, the mandate from the UN Security Council and/or other international organizations and status of forces agreements (hereinafter ‘SOFAs’) will often be of crucial importance.

As an example of the interplay between international and domestic law, detention of pirates in maritime operations may serve as a useful example. Pursuant to article 105 of the UN Convention on the Law of the Sea “*On the high seas, or in any other place outside the jurisdiction of any State, every State may seize a pirate ship or aircraft, or a ship or aircraft taken by piracy and under the control of pirates, and arrest the persons and seize the property on board. The courts of the State which carried out the seizure may decide upon the penalties to be imposed, ...*”.¹⁸ However, a State wishing to exercise this right will need to adopt domestic legislation incorporating piracy as crime, specifying the penalties and establishing the conditions under which its courts may exercise jurisdiction over this crime.¹⁹

It would exceed the scope of this paper to try to determine the applicable law for the various types of operations. However, some elaboration is necessary. The principal point, in my view, is making a distinction between operations to which the law of international armed conflict applies on the one hand, and operations to which this law does not apply on the other hand. The reason for this is quite simple: when the law of international armed conflict applies, it provides fairly detailed guidance on who may be detained for what reasons and who may be treated in what manner. That is not to say it provides a complete and exclusive answer in every case (see below), but it addresses most issues to at least some extent. In contrast, the rules concerning detention in other operations are often less clear.

¹⁷ Charter of Fundamental Rights of the European Union, *Official Journal C* 364, 18 December 2000, see http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/charte/index_en.html. The legal status of the Charter is not very clear but the Charter is incorporated in the Treaty Establishing a Constitution for Europe (Rome, 29 October 2004, *Official Journal C* 310, 16 December 2004, available <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/en/treaties/index.htm>), which, however, has not yet entered (and may never enter) into force, see article I-9 and Part II. On the relevance and applicability of the Charter to EU operations, see F. Naert, ‘De binding van NAVO- en EU-strijdkrachten aan mensenrechten bij operaties tegen terrorisme’, 30(7) *NJCM-Bulletin* 2005, 909-919. On the Constitutional Treaty’s significance in the field of security and defence generally, see F. Naert, ‘European Security and Defence in the EU Constitutional Treaty’, 10 *Journal of Conflict & Security Law* 2005, 187-207 (prior versions are available at <http://www.law.kuleuven.ac.be/iir/eng/research/JCSLwebsite.pdf> and at <http://www.mil.be/rdc/viewdoc.asp?LAN=nl&FILE=doc&ID=143>).

¹⁸ UN Convention on the Law of the Sea, Montego Bay, 10 December 1982, 1833 *U.N.T.S.* 3.

¹⁹ While it could be argued that this provision is sufficiently clear to be self executing in countries that do not require domestic implementing legislation for treaties, a lack of such legislation would be problematic concerning the criminal law aspect of piracy since the principle of legality laid down in human rights instruments requires that the crime *and penalty* be defined by law, see article 15 ICCPR; article 7 ECHR; article 9 ACHR and article 7.2 ACHPR. See on this issue, in relation to war crimes, crimes against humanity and genocide, F. Naert & L. De Smet, ‘Making or Breaking International Law? An International Law Analysis of Belgium’s Act Concerning the Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law’, 35 *Belgian Review of International Law / Belgisch Tijdschrift voor Internationaal Recht / Revue Belge de Droit International* 2002, 471-511, especially 483-489.

1. Operations Governed by the LOAC

While the applicability of the LOAC to peace operations is well researched,²⁰ it is not free from controversy. Five remarks on this point may suffice for the purposes of this paper.

First, the LOAC may apply to a peace operation, even one mandated by the UN Security Council (subject to some derogations, see below), but does not always apply to such operations. Peace operations subject to the LOAC include the 1991 war against Iraq mandated by UN Security Council Resolution 678,²¹ which clearly constituted an international armed conflict between Iraq and the Coalition forces.²² It is submitted that the LOAC also applies to peacekeeping missions that are engaged in an armed conflict, such as the UN peacekeeping operation in the Democratic Republic of the Congo (MONUC).²³ In contrast, the present situation in Bosnia and Herzegovina no longer constitutes an armed conflict neither an occupation and is therefore not subject to the LOAC. The same is true for most consensual peacekeeping operations that do not engage in combat actions. It is therefore submitted that the *UN Secretary-General Bulletin on Observance by United Nations forces of international humanitarian law* is correct in endorsing the applicability of (certain rules of) the LOAC to UN forces “when in situations of armed conflict they are actively engaged therein as combatants, to the extent and for the duration of their engagement” but that it errs in stating

²⁰ Recent publications include the *Report on the Expert meeting on multinational peace operations Organized by the International Committee of the Red Cross in cooperation with the University Centre for International Humanitarian Law, Geneva, 11-12 December 2003*, <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/iwpList367/72ED8C709C9AD840C1256EA0004F8A77>; S. Vité, ‘L’applicabilité du droit international de l’occupation militaire aux activités des organisations internationales’, 86 No. 853 *IRRC/RICR* 2004, 9-36 (<http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/iwpList367/3701C439A8F1DA84C1256EA00036D4D9>); M.J. Kelly, *Restoring and Maintaining Order in Complex Peace Operations. The Search for a Legal Framework*, The Hague, Kluwer, 1999 and M. Zwanenburg, *Accountability under International Humanitarian Law for United Nations and North Atlantic Treaty Organization Peace Support Operations*, Leiden, E.M. Meijers Institute, 2004 and *Accountability of Peace Support Operations*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005.

²¹ 29 November 1990. All UN Security Council Resolutions are available at <http://www.un.org/documents/scres.htm>.

²² This is, e.g., clearly recognized in the UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (hereinafter ‘*UK Manual*’), *inter alia* at 143, note 20, and 153, note 95. However, since this war can also be viewed as an exercise of the right of collective self-defence, its character as peace enforcement has sometimes been questioned, see e.g. Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001 (3rd ed.), 242-245 and 260.

²³ MONUC regularly conducts significant combat operations against certain rebel groups (for instance, on 1 March 2006, MONUC provided some details on an operation conducted by 500 UN forces and 2500 DRC armed forces against rebel forces in which the UN had to engage attack helicopters and mortar fire, see <http://www.monuc.org/news.aspx?newsID=10105>) arguably amounting to an armed conflict and subject to the LOAC (albeit not necessarily the law of international armed conflict, see below notes 35-37 and accompanying text). See also more generally *UK Manual*, *supra* note 21, 376-377.

that “accordingly” these rules also apply “in peacekeeping operations when the use of force is permitted in self-defence”.²⁴

Second, while TCNs, and/or an international organization, may decide to apply, as a matter of policy, the LOAC, or parts thereof, in situations where that body of law does not apply *de iure*, for instance in Bosnia in 2005,²⁵ this may not provide an adequate legal basis for detention. For instance, applying the law of occupation where there is no occupation could lead to internment of civilians in an operation where there is no legal authority under the LOAC for such internment. This would have been the case in Iraq once the occupation had ended if there would have been no other authority to detain.²⁶ Therefore, even though such an application as a matter of policy may be intended to protect humanitarian values and fundamental rights, and may do so in many respects, in respect of the right to liberty it can restrict fundamental rights without the required legal basis for such restrictions. In this respect, it is interesting that the *UN Secretary-General Bulletin on Observance by United Nations forces of international humanitarian law* appears to deal only with the treatment of persons once they are captured, and not with their legal status;²⁷ the latter presumably includes the legal basis for their detention.

²⁴ *Supra* note 15, section 1. For instance, it can hardly be argued that the use of force by a peacekeeper against an attack by a single criminal who resists arrest for law enforcement purposes is subject to the LOAC, even though some principles of the LOAC may also be relevant in this situation. It should be noted that the Bulletin is controversial on various points, see e.g. P. Benvenuti, ‘Le respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies: la circulaire du Secrétaire Général’, 105 *Revue générale de droit international public*, 2001, 355-372 and M. Zwanenburg, ‘The Secretary-General’s Bulletin on Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law: Some Preliminary Observations’, 5 *International Peacekeeping* 1999, 133-139. I will not dwell upon the 1994 Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel (New York, 9 December 1994, available at <http://www.un.org/law/cod/safety.htm>) as its section 20(a) states that it does not affect the applicability of the LOAC; on this convention and the problems concerning its scope of application and relationship to the LOAC, see M.-C. Bourloyannis-Vrailas, ‘The Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel’, 44 *International & Comparative Law Quarterly* 1995, 560-590 and P. Kirsch, ‘The Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel’, 2 *International Peacekeeping* 1995, 102-106.

²⁵ When the son of indicted war criminal Karadzic was detained by NATO-led forces in Bosnia in July 2005, the NATO Headquarters in Sarajevo declared that he would be treated “in accordance with international humanitarian law” (see the press release at http://www.afsouth.nato.int/NHQSA/PressReleases/2005/PR_10_05.htm), even though the situation in Bosnia at that time no longer constituted an armed conflict nor an occupation (see above).

²⁶ On this other authority, see *infra* note 93.

²⁷ *Supra* note 15, section 8: the UN force “shall treat with humanity and respect for their dignity detained members of the armed forces and other persons who no longer take part in military operations by reason of detention. Without prejudice to their legal status, they shall be treated in accordance with the relevant provisions of the Third Geneva Convention of 1949, as may be applicable to them *mutatis mutandis*. In particular [...]”.

Third, the UN Security Council may authorize a derogation from the LOAC,²⁸ except for rules which have a *ius cogens* character,²⁹ a view recently confirmed by the European Court of Justice (in particular its Court of First Instance).³⁰ Such a derogation was arguably adopted concerning the occupation of Iraq in 2003-2004, where the Security Council would seem to have declared inapplicable part of the law of occupation.³¹

Fourth, where the LOAC applies concurrently with human rights law,³² it will, in most cases, be *lex specialis* and prevail.³³ This is, e.g., clearly the case for the right to intern POWs and

²⁸ This would seem to be accepted, amongst others, by the US (see Annex O of the *Final Report to (the US) Congress on the Conduct of the Persian Gulf War*, April 1992, available at <http://www.globalsecurity.org/military/library/report/1992/cpgw.pdf>, p. 607) and the UK (*UK Manual*, *supra* note 21, 279, § 11.11, note 15).

²⁹ It is generally acknowledged that by virtue of Articles 103 and 25 of the UN Charter, the Security Council may derogate from international treaties. The International Court of Justice considered in its Order of 14 April 1992 in the cases *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libya v. UK & Libya v. US)*, Provisional Measures, respectively at § 39 and § 42 (available at <http://www.icj-cij.org>), that the obligations under Articles 25 and 103 of the UN Charter extended *prima facie* to the obligations under Resolution 748 (1992) and that this Resolution prevailed *prima facie* over the Montreal Convention. See also R. Bernhardt, 'Article 103', in B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002 (2nd ed.), 1292-1302. It is also mostly held that the Security Council may equally derogate from customary international law (*id.*, 1298-1299). However, in both cases this does not apply to rules that are part of *ius cogens*; see the separate opinion of Judge Lauterpacht to the Order of the International Court of Justice in the case *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* of 13 September 1993, §§ 99-104 (available at <http://www.icj-cij.org>); M. Sassoli, 'Article 43 of the Hague Regulations and Peace Operations in the Twenty-first Century', background paper, June 2004 (available at <http://www.ihlresearch.org>), 16 and A. Orakhelashvili, 'The Post-War Settlement in Iraq: the UN Security Council Resolution 1483 (2003) and General International Law', 8 *Journal of Conflict and Security Law* 2003, 308.

³⁰ Cases T-306/01, *Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission* and T-315/01, especially §§ 231-259 and 277-282, and *Kadi v. Council and Commission*, especially §§ 181-208 and 226-231, both available at <http://www.curia.eu.int>. The Court upheld EU anti-terrorism measures that were based on UN Security Council resolutions, ruling that the latter were binding upon the EU and its Member States and that it could not review their legality, except under *ius cogens*. See *International Law in Brief* of 17 October 2005 (<http://www.asil.org/ilib/2005/10/ilib051017.htm#11>) and *Sentinelles* Nos. 35 and 36 of 2 and 9 October 2005 (<http://www.sfdi.org/actualites/Sentinelles%2035.htm#sanctions> and <http://www.sfdi.org/actualites/Sentinelles%2035.htm#sanctions>) for a summary of the cases.

³¹ See for a brief analysis in this sense T.D. Grant, 'Iraq: How to Reconcile Conflicting Obligations of Occupation and Reform', *ASIL Insight*, June 2003, <http://www.asil.org/insights/insigh107a1.htm>. Compare F. Naert, with the cooperation of J. Vergauwen, A. Vanheusden & I. Heyndrickx, 'Toepasselijk recht op de conflicten in Irak (1991-2004)', 43 *The Military Law and the Law of War Review / Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre* 2004, 155-192 (with summaries in English and French); A. Orakhelashvili, *supra* note 28, 307-314; M. Sassoli, *supra* note 28, 16-17; D. Scheffer, 'Beyond Occupation Law', 97 *American Journal Int. Law* 2003, 846-847 and M. Zwanenburg, 'Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the Law of Occupation', 86 No. 856 *IRRC/RICR* 2004, 745-769.

³² It is submitted that human rights also apply in situations of armed conflict or occupation, albeit subject to certain derogations and restrictions and only to the extent that the relevant human rights instruments apply (extraterritorially). See below, notes 40-46 and accompanying text for some further analysis. However, this issue is not developed in detail in this contribution. For a discussion and further references, see F. Naert, 'Het internationaalrechtelijk kader voor de uitoefening van politietaken door militairen', in Studiecentrum voor Militair Recht en Oorlogsrecht (ed.), *Ondersteuning door Militairen bij de uitvoering van Politietaken. Proceedings van de studiedag van 18 maart 2004*, Brussels, 2005, 31-73 (also available as working paper no 65 at <http://www.law.kuleuven.ac.be/iir/nl/wp/WP/WP65n.pdf>).

³³ See e.g. International Court of Justice, advisory opinions on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* of 8 July 1996 (§ 25) and on the *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* of 9 July 2004 (§§ 104-106) (both available at <http://www.icj-cij.org>) and Inter-American Commission on Human Rights, *Juan Carlos Abella v. Argentina*, 18 November 1997, §§ 157-171 (available at <http://www.cidh.oas.org>). In the same sense, Human Rights Committee (hereinafter 'HRC'), General Comment 31, 21 April 2004, UN Doc. CCPR/C/74/CRP.4/Rev.6, § 11 (available at <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>). See also article 15(2) ECHR, which permits exceptions to the right to life "resulting from lawful acts of war", which logically refers to the LOAC. See also the *background paper* by W. Kälin for the *Expert Meeting on the Supervision of the Lawfulness of detention during Armed*

civilians in occupied territory. This relationship was assessed correctly in the European Commission of Human Rights' report of 10 July 1976 in the case of *Cyprus v. Turkey*, in which the Commission did not deem it necessary to inquire whether the detention of POWs by Turkey was compatible with article 5 ECHR because this issue was regulated by GC III,³⁴ though the opinion may be criticized on other points.³⁵

Fifth, even where the LOAC is applicable, the nature of the armed conflict (or occupation) will be of importance. While the distinction between international armed conflicts and armed conflicts not of an international character has become less significant, it still exists and is especially relevant with regard to the legal status of persons taking part in hostilities and detainees. In respect of peace operations, the key issue that arises is how one can qualify an armed conflict between a peace force and an armed rebel group in the host State when the latter cannot claim to represent the Government of that State. Such a conflict is not an international one in the sense of the LOAC because the peace force is not fighting any Government/State. On the other hand, it is somewhat artificial to qualify it as an internal armed conflict since the peace force is composed of armed forces coming from other States, even though the fighting usually takes place only in the host State. The latter element precludes the applicability of AP II, which, by virtue of its article 1(1), only applies to “*armed conflicts ... not covered by [AP I] and which take place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups ...*” (emphasis added). However, article 8(2)(e)-(f) of the ICC Statute³⁶ may better lend itself to including such conflicts since it only requires “*protracted armed conflict between governmental authorities and organised armed groups or between such groups*” and since one could read armed conflicts “*not of an international character*” as “*not of an international character*” within the meaning of the Geneva Conventions and AP I. Similarly, Article 3 common to the Geneva Conventions might be interpreted as only excluding armed conflicts “*not of an international character*” in the sense of these Conventions and AP I. Moreover, in respect of many matters, there is arguably a common core of rules applicable to any armed

Conflicts organised by the University Centre for International Humanitarian Law, Geneva and Convened in Geneva on 24-25 July 2004, available at http://www.ucihl.org/communication/communication_colloque_rapport04.pdf, 25-32.

³⁴ See 4 *European Human Rights Reports* 1982, 482-582, especially §§ 309-313.

³⁵ In particular, it would have been more appropriate and consistent had the Commission considered whether GC III was correctly applied through inquiring into respect for the limits on derogation under article 15 ECHR, as it did for interned civilians. It is also interesting to note that the Commission seems to have considered that the application of the LOAC automatically entails derogations since it had found that Turkey had not invoked a derogation in respect of Northern Cyprus and in respect of persons held in Turkey but transferred from Northern Cyprus (*id.*, §§ 525-531). Moreover, Commission members Sperduti and Trechsel in their dissenting opinion stated that this *lex specialis* rule should be generalised and that occupation *ipso facto* allows for derogations in as much as these are in conformity with the law of occupation (*id.*, 561-565).

³⁶ Statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, 2187 *U.N.T.S.* 3 and 37 *I.L.M.* 1998, 998-1069.

conflict.³⁷ However, such common rules are lacking in respect of the legal status of detainees (as opposed to some aspects of their treatment) and the right to detain. In fact, even if the kind of armed conflict at stake is subject to the rules applicable to (some) internal armed conflicts, this does not quite solve the problem of detention. The reason is that detention in internal armed conflicts normally takes place under the domestic law of the State in which the conflict is being fought and detention will consequently only be legal when conducted by the Government side (detention of Government forces will be contrary to domestic law, even though it may not violate the LOAC as such).³⁸ This means that in these cases, either the host State will have to confer detention authority to the peace force (in its domestic legislation or by way of an international agreement) or the UN Security Council will have to do so.³⁹

2. Operations Not Governed by the LOAC

Where the LOAC does not apply, the right to detain, and other rules relating to detention, must have an adequate legal basis in applicable law other than the LOAC. This will be required under both (applicable) international human rights law and domestic law (of the TCNs and host State⁴⁰).

It is not possible to dwell upon the applicability of international human rights instruments within the confines of this paper.⁴¹ However, for the purposes of this paper it is assumed that the right to liberty under human rights treaties does apply extraterritorially at least to some

³⁷ See on this F. Naert, *supra* note 30, 166-168, and, in respect of the “war against terrorism”, J. Wouters & F. Naert, ‘Shockwaves through International Law after 11 September: Finding the Right Responses to the Challenges of International Terrorism’, in C. Fijnaut, J. Wouters & F. Naert (red.), *Legal Instruments in the Fight Against International Terrorism. A Transatlantic Dialogue*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff 2004 (available at <http://www.law.kuleuven.ac.be/iir/eng/research/publications/NaertWoutersIL.pdf>), 478-483. See on the common rules S. Boelaert-Suominen, ‘The Yugoslavia Tribunal and the Common Core of Humanitarian Law Applicable to All Armed Conflicts’, 13 *Leiden Journal Int. Law* 2000, 619-653. For instance, the International Court of Justice labelled fundamental principles such as the distinction between combatants and civilians, the interdiction to attack civilians and the interdiction to cause unnecessary suffering as “cardinal” and “intransgressible” principles in its Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (*supra* note 32), §§ 78-79. From the reference made by the Court to the “Martens clause” in Article 1(2) AP II, it can be deduced in our opinion that this applies to all kinds of armed conflicts, see J. Wouters and F. Naert, *supra* this note, 478-479.

³⁸ In a Background Paper for the Expert Meeting on the Supervision of the Lawfulness of detention during Armed Conflicts organised by the University Centre for International Humanitarian Law, Geneva and Convened in Geneva on 24-25 July 2004, L. Doswald Beck wrote “*The grounds and procedure of detention are not regulated by international humanitarian law with regard to [non-international armed] conflicts. The law is limited to procedures relating to criminal offences. Therefore, only national law is relevant, as well as international human rights law*” (proceedings available at http://www.ucihr.org/communication/communication_colloque_rapport04.pdf, at 3). See also the paper by K. Dörmann, *id.*, 15.

³⁹ Therefore, even assuming that some parts of the “war on terror” may be qualified as an armed conflict, it is submitted that the LOAC does not confer an authority to detain except (i) in an international armed conflict (or occupation) or (ii) in an internal armed conflict on the basis of domestic law, relevant international agreements, or a Security Council mandate.

⁴⁰ Detention without legal basis will normally constitute a criminal offence.

⁴¹ See also *supra* notes 31-34.

extent⁴² and in any case to persons detained by personnel of peace operations.⁴³ The latter view is *inter alia* supported for the ECHR by the jurisprudence of the European Court of Human Rights⁴⁴ and in the recent British case of *Al-Skeini and others*.⁴⁵ However, it should be noted that it is sometimes contested by States.⁴⁶ Nevertheless, assuming this view is correct, this means that deprivations of liberty must comply with the relevant provisions, subject to derogations where applicable and invoked.⁴⁷

⁴² See on the extraterritorial application of human rights, e.g., F. Coomans & T. Kamminga (red.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antwerp: Intersentia 2004; M.J. Dennis, 'Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict', 99 *A.J.I.L.* 2005, 119-141; U. Erberich, *Auslandseinsätze der Bundeswehr und Europäische Menschenrechtskonvention*, Carl Heymanns, 2004; H. Krieger, 'Die Verantwortlichkeit Deutschlands nach der EMRK für seine Streitkräfte im Auslandseinsatz', *Z.a.ö.R.V.* 2002, 669-702; R. Bakels, *In de vuurlinie: Aansprakelijkheid onder het EVRM voor schendingen van dat verdrag door het Nederlandse contingent in Irak*, Leiden 2003; J. Wouters & F. Naert, *supra* note 36, 514-525; K. Altiparmak, 'Bankovic: an Obstacle to the Application of the European Convention on Human Rights in Iraq?', *Journal of Conflict & Security Law* 2004, 213-240 and T. Meron, 'Extraterritoriality of Human Rights Treaties', *A.J.I.L.* 1995, 78-80.

⁴³ See also W. Kälin, *supra* note 32, 32-34. Compare L. Condorelli & P. De Sena, 'The Relevance of the Obligations Flowing from the UN Covenant on Civil and Political rights to US Courts Dealing with Guantanamo Detainees', 2 *Journal of International Criminal Justice* 2004, 107-120.

⁴⁴ See especially Grand Chamber, *Öcalan v. Turkey*, 12 May 2005, available at <http://www.echr.coe.int>, § 91. The Court held that "It is common ground that, directly after being handed over to the Turkish officials by the Kenyan officials [in Kenya], the applicant [PKK leader Öcalan] was under effective Turkish authority and therefore within the "jurisdiction" of that State for the purposes of Article 1 of the Convention, even though in this instance Turkey exercised its authority outside its territory".

⁴⁵ *R (Al-Skeini and others) v Secretary of State for Defence* ([2004] EWHC 2911 (Admin), 14 December 2004, available at <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2004/2911.html>, upheld on appeal on 21 December 2005 in [2005] EWCA Civ 1609, available at <http://www.matrixlaw.co.uk/showDocument.aspx?documentId=2813>, and briefly discussed at http://www.publicinterestlawyers.co.uk/iraq_litigation.htm). The case concerned 5 Iraqis killed by or in the course of action taken by UK forces in Iraq and 1 Iraqi deceased in UK custody in Iraq. In first instance, the Court concluded that "the case of Mr Baha Mousa's death in the custody of British forces in Iraq comes within the scope of the [ECHR] as falling within the jurisdiction of the [UK] ... but that the other claims ... arising out of shootings of Iraqis by British forces in the field fail on the ground that those shootings occurred outside the jurisdiction of the [UK] and thus outside the scope of the [ECHR]" (§ 344). The appeals court upheld this ruling (with one of the three judges expressing doubts) but took a different position on some of the arguments leading to this conclusion.

⁴⁶ For instance, in its 3rd periodic report to the Human Rights Committee, the US did not recognise the extraterritorial application of the ICCPR, see Doc. CCPR/C/USA/3, 28 November 2005 (available at [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.USA.3.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.USA.3.En?Opendocument)), § 3 and annex I. Similarly, in respect of the UNCAT, the US has recently stated that "As a purely legal matter, we think it is crystal clear in reading the terms of the (torture) Convention ... that it does not apply to (detainee) transfers that take place outside of the United States" but that "Outside the United States, while it's clear that it doesn't apply as a legal matter, we have, as a policy matter, applied exactly the same standards", see S. Nebehay, 'US defends treatment of terror suspects to UN body', Reuters, 5 May 2006, http://reuters.myway.com/article/20060505/2006-05-05T142520Z_01_L05700899_RTRIDST_0_NEWS-RIGHTS-USA-TORTURE-DC.html (quoting John Bellinger, the State Department's legal advisor). See also the 7 December 2005 statement by US Secretary of State Rice that "as a matter of US policy, The United States obligations under the [Convention against Torture], which prohibits, of course, cruel and inhumane and degrading treatment, those obligations extend to US personnel wherever they are, whether they are in the United States or outside of the United States" (R.W. Stevenson & J. Brinkley, 'More Questions as Rice Asserts Detainee Policy', *The New York Times online*, 8 December 2005, emphasis added).

⁴⁷ See *infra* notes 95-102 and accompanying text.

The required legal basis may be found (directly or indirectly) in a UN Security Council mandate, a SOFA, peace agreement or other treaty, and/or in the local law of the host State.⁴⁸ Especially in the case of a UN Security Council mandate, it may be a matter of interpretation whether, and if so to what extent, there is a right to detain. In this case, it may also be difficult but necessary to provide safeguards in order to prevent arbitrary detention (see below).

IV. Applying the Applicable Law

Once the overall legal framework is determined, one must identify the status of a particular detainee within this legal framework.

Where the LOAC applies and there is an international armed conflict and/or occupation, the main categories of detainees are POWs, a second category which is labeled ‘POW equivalents’ for the sake of convenience,⁴⁹ spies and mercenaries, interned civilians and criminals. The so-called ‘enemy combatants’ held by the US will also be discussed briefly, although this category is less relevant to peace operations.

Where the LOAC does not apply, or does apply but only in an armed conflict not of an international character, the principle categories of detainees are criminals and persons being held for posing a security threat without necessarily (being charged with) having committed a crime.

For each of these categories, several aspects can be discussed. The only aspects analysed below are a general description of the category concerned and the required ‘situational’ element (e.g. international armed conflict or occupation for POWs), the legal basis for detention, the possibilities of prosecution and trial, and the conditions for the transfer of a detainee.

Other specific rules concerning the treatment of detainees will not be addressed,⁵⁰ except for a general remark on humane treatment. This remark is that both under the LOAC and under international human rights law, and in most cases also domestic law, all persons detained must be treated humanely and may not be subjected to torture or inhuman or degrading

⁴⁸ The question of the extent to which detention based solely on international instruments may have effect in the legal order of the host State vis-à-vis individuals is not addressed here.

⁴⁹ These are called ‘retained persons’ in the Draft US Joint Publication 3-63, Joint Doctrine for Detainee Operations of 23 March 2005, *supra* note 3, I-10 and I-11.

⁵⁰ See e.g. J. Pejic, *supra* note 1.

treatment or punishment.⁵¹ This is not subject to any exception, not even military necessity. Nor will this paper address specific rules pertaining to the detention of children or women.⁵²

1. Categories of Detainees in Peace Operations Governed by the Law of International Armed Conflict

A. POWs

Who is entitled to POW status is defined in article IV GC IV and articles 43-45 AP I. The wounded, sick and shipwrecked of a belligerent State who fall into the hands of an enemy shall also be POWs.⁵³ As these instruments only apply in an international armed conflict (including equated conflicts for States party to AP I) or occupation, POWs can, as a matter of law, only be taken in such situations. The controversies over the scope of these provisions is well known and will not be addressed here. The internment of POWs until the cessation of active hostilities,⁵⁴ is explicitly authorised by GC III.⁵⁵ Its sole objective is to prevent POWs from further participation in the hostilities.

POWs may not be tried for mere participation in the hostilities. However, they may be prosecuted for war crimes and for other violations of the laws and regulations of the armed forces of the detaining State.⁵⁶ They may also be prosecuted under the laws of the detaining State for offences committed prior to capture, whether committed before or during an armed conflict, except for spies who have rejoined their armed forces or successfully escaped POWs.⁵⁷ In all these cases, the law making the offence punishable must have been in force at the time of the conduct.⁵⁸

⁵¹ See e.g. common article 3 to the four 1949 Geneva Conventions ; article 12 and 15 GC I; article 12 and 18 GC II; articles 13-17 and 20 GC III; articles 27 and 31-32 GC IV; articles 10-11 and 75 AP I; articles 4-5 AP II; article 3 ECHR; article 7 ICCPR; article 5 ACHR; article 5 ACHPR and the UNCAT.

⁵² On detention of children, see e.g. W. Schabas & H. Sax, *Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 37: Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty*, Martinus Nijhoff, 2006.

⁵³ Articles 14 GC I and 16 GC II.

⁵⁴ Article 118 GC III.

⁵⁵ See especially article 21, first sentence, GC III.

⁵⁶ Article 82 GC III, which only allows disciplinary sanctions if the conduct is not punishable for the detaining State's own forces.

⁵⁷ Article 85 GC III (for the two exceptions, see respectively article 46(4) AP I and article 91 *in fine* GC III). The ICRC commentary to article 85 GC III elaborates on the conditions under which such prosecution is permissible and mentions the importance of the territorial scope of application of the penal legislation on which prosecution is based. See also the next sentence and accompanying note.

⁵⁸ Article 99 GC III.

Finally, POWs may only be transferred by the Detaining Power to a Power which is a party to GC III and after the Detaining Power has satisfied itself of the willingness and ability of such transferee Power to apply the Convention and even so, if that Power fails to carry out the provisions of the Convention in any important respect, the Power by whom the POWs were transferred shall take effective measures to correct the situation or shall request the return of the POWs.⁵⁹ Similarly, human rights law prohibits the transfer of a person where there is a real risk of torture, inhuman or degrading treatment,⁶⁰ a flagrantly unfair trial,⁶¹ and the death penalty if the detaining State has international obligations prohibiting the death penalty even in time of war.⁶² Transfer of persons indicted by international criminal tribunals should not be a problem, especially for tribunals which have mandatory jurisdiction under Chapter VII of the UN Charter.⁶³

⁵⁹ Article 12 GC III.

⁶⁰ European Court of Human Rights (hereinafter 'ECtHR'), *Soering v. UK*, 7 July 1989 (available at <http://www.echr.coe.int>) and HRC, *Kindler v. Canada* (CCPR/C/48/D/470/1991, Communication No. 470/1991, 18 November 1993, available at <http://www.unhcr.ch>), § 6.2: "a State party would itself be in violation of the Covenant if it handed over a person to another State in circumstances in which it was foreseeable that torture would take place".

⁶¹ Under the ECHR, a (real threat of a) violation of the right to a fair trial will not normally entail an obligation to refuse extradition/surrender but it may exceptionally do so "in circumstances where the fugitive has suffered or risks suffering a flagrant denial of justice in the requesting country" (ECtHR, *Einhorn v. France*, Admissibility, 16 October 2001, § 32). See also ECtHR, *Soering v. UK* (*supra* previous note, § 113: "The Court does not exclude that an issue might exceptionally be raised under Article 6 (art. 6) by an extradition decision in circumstances where the fugitive has suffered or risks suffering a flagrant denial of a fair trial in the requesting country") and *Drozd and Janousek v. France and Spain*, 26 June 1992, § 110 ("The Contracting States are, however, obliged to refuse their co-operation if it emerges that the conviction is the result of a flagrant denial of justice"). These judgments are available at <http://www.echr.coe.int>. To the author's knowledge, the HRC has not yet explicitly held that a flagrant denial of a fair trial would be an obstacle to extradition, but it has adopted more general statements that suggest this would be the case, see e.g. General Comment 31 (*supra* note 32), § 12: "article 2 ... entails an obligation not to extradite, deport, expel or otherwise remove a person from their territory, where there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm, such as that contemplated by articles 6 and 7 of the Covenant, either in the country to which removal is to be effected or in any country to which the person may subsequently be removed". See also the United Nations Model Treaty on Extradition, Annex to UN General Assembly resolution 45/116, 14 December 1990, article 3(f) (listing a violation of minimum fair trial guarantees as laid down in article 14 ICCPR as a mandatory ground for refusing extradition).

⁶² Article 2(1) of the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty (New York, 15 December 1989, 1642 U.N.T.S. 414), permits States to make a reservation providing "for the application of the death penalty in time of war pursuant to a conviction for a most serious crime of a military nature committed during wartime". In contrast, Protocol No. 13 to the [European] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Concerning the Abolition of the Death Penalty in All Circumstances (Vilnius, 3 May 2002, E.T.S. No. 187) leaves no room for any exceptions. In the case of an occupation of a territory in which the death penalty was in force, the question arises whether, for an occupying State bound by such obligations, these obligations are affected by article 43 Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land (Annex to the Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907, available at <http://www.icrc.org/ihl>, hereinafter 'Hague Regulations') and article 64 GC IV; see on the broader issue of human rights under these provisions, M. Sassoli, *supra* note 28, 12-14.

⁶³ On the primacy of binding Security Council decisions, see *supra* notes 27-30 and accompanying text. One may wonder whether transfer to the ICC would be permissible, given that it is not a power party to the Geneva Conventions. Presumably, given the *ratio legis* of article 12 GC III and the *lex posterior* rule *juncto* the later establishment of the ICC and the ICC's fair trial guarantees, such a transfer is permissible.

B. POW Equivalents

Medical personnel and chaplains who fall into the hands of the enemy are not deemed prisoners of war but to the extent that they may be retained to care for POWs, such personnel shall at least benefit from the provisions of GC III.⁶⁴

C. Spies and Mercenaries

Mercenaries, as defined (quite restrictively) in article 47 AP I, have no right to take part in hostilities and are not entitled to POW status. Consequently, they are to be regarded as civilians who commit a crime by unlawfully taking part in the hostilities and may be tried for this by a detaining State to the extent that it has jurisdiction under its laws (see also below). It may be noted that States parties to anti-mercenary conventions⁶⁵ have an obligation to establish jurisdiction over mercenary offences.

Members of the armed forces who spy are not entitled to POW status and may be prosecuted for espionage if they spy without uniform and are captured while doing so before having rejoined their forces.⁶⁶

D. Interned civilians and criminals

Under certain conditions, in an international armed conflict or occupation, a protected person may be interned for security reasons.⁶⁷ The regime of internment differs somewhat according to whether it takes place in occupied territory or in a State's own territory, but in both cases some procedural safeguards, including review mechanisms, are mandatory.⁶⁸

Where a civilian, whether interned or not, has committed a criminal offence, he/she may be prosecuted, either under the laws of the detaining State when the person is in its own territory, or under the law of the occupied territory, as supplemented by legitimate occupying power

⁶⁴ Articles 28 GC I and 33 GC III.

⁶⁵ See the International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries (Annex to UN Doc. A/RES/44/34, 4 December 1989, <http://www.un.org/documents/ga/res/44/a44r034.htm>) and the OAU Convention for the Elimination of Mercenaries in Africa (Libreville, 3 July 1977, <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/1977e.htm>).

⁶⁶ Article 46 AP I. See also articles 29-31 Hague Regulations.

⁶⁷ See articles 5, 41-43 and 78 GC IV.

⁶⁸ See and compare articles 43 and 78 GC IV.

legislation, when the person is in occupied territory.⁶⁹ However, the permissibility of prosecution for offences committed prior to the occupation is limited.⁷⁰

Furthermore, protected persons in the territory of a party to the conflict may only be transferred by that party to a party which is a party to GC IV and after the former party has satisfied itself of the willingness and ability of the ‘receiving’ party to apply the Convention and even so, if that ‘receiving’ party fails to carry out the provisions of the Convention in any important respect, the transferring party shall take effective measures to correct the situation or shall request the return of the persons.⁷¹ In occupied territory, protected persons may not be deported from such territory.⁷² The latter rule gave rise to some discussion in respect of Iraq, in respect of which a draft US Department of Justice legal memorandum dated 19 March 2004 claimed that the rule was subject to exceptions, including illegal aliens under Iraqi law and temporary transfers for interrogation purposes,⁷³ a memo upon which the CIA appears to have acted.⁷⁴ Moreover, the same human rights limits would apply as for POWs (see above).

E. ‘Enemy Combatants’?

The current US Administration has claimed that there exists a category of detainees which are neither POWs nor civilians under the LOAC and therefore enjoy (almost) no protection under the LOAC and has labeled these detainees as ‘enemy combatants’ (initially, other terms appear to have been used too, including ‘unlawful combatants’⁷⁵). For instance, a 2005 draft of a Joint Doctrine for Detainee Operations inter alia stated that “*Following the events of September 11, 2001, a 21 new category of detainee, enemy combatant (EC), was created for personnel who are not granted or entitled to the privileges of the Geneva Convention*” and

⁶⁹ See for the latter articles 64-77 GC IV.

⁷⁰ See article 70 GC IV. However, the question arises whether the exception to this limitation should not be extended to other international crimes rather than only war crimes.

⁷¹ Article 45 GC IV.

⁷² Article 49 GC IV. Again (compare *supra*, note 62), one may wonder whether transfer out of the occupied territory to the ICC would be permissible. Again, given the *ratio legis* of article 49 GC IV and the *lex posterior* rule *juncto* the later establishment of the ICC and the ICC’s fair trial guarantees, such a transfer might be permissible, although it could, under the ICC’s subsidiary jurisdiction, be pre-empted by trial in the occupied territory.

⁷³ Draft Memo from Jack Goldsmith, Attorney General, Office of the Legal Counsel, Department of Justice to the legal counsel for National Security and the general counsel of the Department of Defense, the State Department and the CIA, available at http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/doj_memo031904.pdf.

⁷⁴ See D. Priest, ‘Memo Lets CIA Take Detainees Out of Iraq. Practice Is Called Serious Breach of Geneva Conventions’, *The Washington Post*, 24 October 2004, p. A01, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A57363-2004Oct23.html>.

⁷⁵ This term was used in a briefing by Secretary of Defense Rumsfeld and General Myers on 11 January 2002 (available at http://www.defenselink.mil/news/Jan2002/t01112002_t0111sd.html) which stated that the detainees “*will be handled ... as unlawful combatants*” that “*do not have any rights under the Geneva Convention*”.

defines EC as “Any person that US or allied forces could properly detain under the laws and customs of war. For purposes of the war on terror an enemy combatant includes, but is not necessarily limited to, a member or agent of Al Qaeda, Taliban, or another international terrorist organization against which United States is engaged in an armed conflict. This may include those individuals or entities designated in accordance with references [...], as identified in applicable Executive Orders approved by the Secretary of Defense”.⁷⁶

This is linked to the US claim that the global war on terrorism constitutes a global armed conflict,⁷⁷ a view that does not appear to be shared by many other States^{78,79} Indeed, the existence of this alleged category of detainees is extremely controversial,⁸⁰ is contrary to the

⁷⁶ Joint Publication 3-63, Joint Doctrine for Detainee Operations (*supra* note 3), final coordination draft version of 23 March 2005, at I-1 and I-11 to I-13. To the best of the author’s knowledge, the doctrine has not yet been adopted (a September 2005 coordination is cited at <http://www.dtic.mil/doctrine/pubstat/stat363.htm>). Compare an earlier and broader definition used by William J. Haynes II, General Counsel of the Department of Defense, in a 12 December 2002 memorandum, available at <http://www.cfr.org/publication.html?id=5312> (“An “enemy combatant” is an individual who, under the laws and customs of war, may be detained for the duration of an armed conflict. [...] “Enemy combatant” is a general category that subsumes two sub-categories: lawful and unlawful combatants”).

⁷⁷ This claim is, amongst others, set out in the Letter dated 14 April 2003 from the Chief of Section, Political and Specialized Agencies, of the Permanent Mission of the US to the UN Office at Geneva addressed to the secretariat of the Commission on Human Rights (available at [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/AllSymbols/9B67B6687466CFCAC1256D2600514C7F/\\$File/GO_313804.pdf?OpenElement](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/AllSymbols/9B67B6687466CFCAC1256D2600514C7F/$File/GO_313804.pdf?OpenElement)). See also section 1(a) of the US President’s Military Order concerning the Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War against Terrorism of 13 November 2001 (available at <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/print/20011113-27.html>): “International terrorists, [...], have carried out attacks on [US] diplomatic and military personnel and facilities abroad and on citizens and property within the [US] on a scale that has created a state of armed conflict”.

⁷⁸ For instance, the UK, a close ally in the ‘war on terror’, does not appear to rely on the LOAC for its steps to detain persons for security reasons without criminal charges. These measures include a derogation under the ECHR that has given rise to fierce debate in the UK Parliament. One key measure has been annulled in UK courts: part of the Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 (ATCSA), which had already been criticised in December 2003 by the Privy Counsellor Review Committee (*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 Review: Report*, 12 Dec. 2003, London, The Stationery Office, available at <http://www.statewatch.org/news/2003/dec/atcsReport.pdf>), was held to be contrary to the ECHR by the House of Lords in *Judgment A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* (16 December 2004, [2004] UKHL 56, available at <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth-1.htm>). This led to an amendment of the ATCSA by the Prevention of Terrorism Act 2005 (available at <http://www.hmso.gov.uk/acts/acts2005/20050002.htm>) after fierce debate in Parliament. However, on 17 April 2006, a High Court judge ruled that control orders imposed on a suspect under the Act were illegal: see <http://jurist.law.pitt.edu/paperchase/2006/04/uk-court-rules-control-order-breaches.php>.

⁷⁹ For a more extensive discussion with further references, see F. Naert & J. Wouters, *supra* note 36, 475-485 and 505-506. When five independent UN human rights experts issued a report on 16 February 2006 calling on the US to close the Guantánamo Bay detention centre and either bring all detainees to trial or release them without further delay, their report *inter alia* stated that “the global struggle against international terrorism does not, as such, constitute an armed conflict for the purposes of the applicability of international humanitarian law” (UN Doc. E/CN.4/2006/120, 15 February 2006, available at <http://www.ohchr.org/english/bodies/chr/docs/62chr/E.CN.4.2006.120.pdf>, § 21, with a reference to an ICRC publication).

⁸⁰ For a discussion, see e.g. F. Naert & J. Wouters, *supra* note 36, 488-506, especially 501-502; Crimes of War Project (ed.), ‘POWs or Unlawful Combatants? September 11 and its Aftermath’,

ICRC commentary to the Geneva Conventions,⁸¹ and has been rejected by at least some other States.⁸² It also appears to be contrary to previous US policy.⁸³

It is submitted that this category of ‘enemy combatant’ detainees does not exist except for States that are not party to AP I⁸⁴ in so far as the nationality requirements for civilians under article IV GC IV exclude a group of persons from the definition of civilians (and to the extent that article 50 AP I has not achieved a customary law status⁸⁵).⁸⁶

However, even if and to the extent that such a category exists, the persons belonging thereto do have some rights under the LOAC in the context of an international armed conflict, including part II of GC IV and the rules laid down in article 75 AP I (the latter also as customary international law for non-Parties). These rights include the right to be informed of the reason for detention, the right to a fair trial and protection from torture and humiliating

<http://www.crimesofwar.org/expert/pow-intro.html>; R.K. Goldman and B.D. Tittmore, *Unprivileged Combatants and the Hostilities in Afghanistan: Their Status and Rights Under International Humanitarian and Human Rights Law*, ASIL Task force on Terrorism, December 2002, available at <http://www.asil.org/resources/terrorism.html>.

⁸¹ According to the ICRC commentary to article 4 GC IV: “*In short, all the particular cases we have just been considering confirm a general principle which is embodied in all four Geneva Conventions of 1949. Every person in enemy hands must have some status under international law: he is either a prisoner of war and, as such, covered by the Third Convention, a civilian covered by the Fourth Convention, or again, a member of the medical personnel of the armed forces who is covered by the First Convention. There is no intermediate status; nobody in enemy hands can be outside the law.*”

⁸² See, e.g., explicitly the Dutch position, *inter alia* included in a November 2004 Letter to the Dutch Parliament on the Legal Status of Detainees at Guantanamo Bay (Kamerbrief over verzoek inzake de juridische positie van gevangenen in Guantánamo Bay, 1 November 2004, available at http://www.minbuza.nl/default.asp?CMS_TCP=tcpPrintMinBuza2&CMS_ITEM=EFB14F6811054B23919F019B4A7B3E99X3X37590X32): “*De regering is van mening dat de creatie door de VS van een derde categorie van personen (naast burgers en krijgsgevangenen), de zogeheten “unlawful combatants”, vanuit juridisch oogpunt onwenselijk is. Deze categorie “unlawful combatants” bestaat niet in het internationale humanitaire recht*” [translation by the author: “*The Government is of the opinion that the creation by the US of a third category of detainees (next to civilians and prisoners of war), the so-called unlawful combatants, is undesirable from a legal perspective. This category [...] does not exist in international humanitarian law*”].

⁸³ According to US Field Manual 27-10, The Law of Land Warfare (available at <http://faculty.ed.umuc.edu/~nstanton/FM27-10.htm>), § 247, “*Subject to [derogations under Art. 5 GCIV], those protected by GC also include all persons who have engaged in hostile or belligerent conduct but who are not entitled to treatment as prisoners of war*”. See also (Lt. Col. (Ret.) US Army) H.W. Elliott, ‘POWs or Unlawful Combatants’, January 2002, <http://www.crimesofwar.org/expert/pow-elliott.html> (“*If [the detainees] are not prisoners of war and we are holding them, then they must be civilians, and they would fall under Civilians Convention*”).

⁸⁴ Unlike article 4 GC IV, the definition of civilians in article 50 AP I does not contain exceptions based on nationality.

⁸⁵ The ICRC study on *Customary International Humanitarian Law* (J.-M. Henckaerts & L. Doswald-Beck (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2005) does not mention a nationality exception in its relevant rule (No. 5) and practice, see Vol. I, 17-19 and Vol. II, Part 1, 100-107.

⁸⁶ In the same sense but more elaborate, see K. Dörmann, ‘The legal situation of “unlawful/unprivileged combatants”’, No. 849 *IRRC/RICR* 2003, <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwpList553/88140B29D25A47EFC1256D0B0046F105>. Compare K. Watkin, *Warriors Without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and the Struggle Over Legitimacy*, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, Occasional paper, winter 2005, <http://hpcr.org/pdfs/OccasionalPaper2.pdf>.

and degrading treatment. Likewise, in the case of armed conflicts not of an international character, minimum guarantees are provided for by article 3 common to the Geneva Conventions, articles 4 and 5 AP II and article 8(2) (c)-(f) ICC Statute. Moreover, they also have rights under international human rights law, including protection from arbitrary detention⁸⁷ and from torture and humiliating and degrading treatment.⁸⁸

Transfer of such detainees to another State would be subject to the human rights restraints set out above for POWs. While there appears to be no explicit requirement that requires the transferring State to check compliance with GC IV for these persons,⁸⁹ this obligation arguably results from the said obligations in conjunction with the obligation under article 1 GC IV to respect and ensure respect for the Convention in all circumstances.

2. Categories of Detainees in Peace Operations Not Governed by the Law of International Armed Conflict

It follows from the above that where the law of international armed conflict is applicable in a peace operation, it will provide an adequate legal basis for detention of various categories of people that may need to be detained, from regular combatants over criminals to civilians posing a security threat. However, in peace operations to which the LOAC is not applicable, especially due to the consent of the host State/parties and/or the low intensity of the conflict, there will have to be another legal basis for detention. The same is true for peace forces engaged in an armed conflict not of an international character. The latter will not be discussed separately, but it is submitted that essentially the same rules apply.

A. Persons Posing a Security Threat in Peace Operations

This category of detainees is similar to interned civilians in occupied territory, but the legal basis for their detention is different. In most cases, the authority to detain such persons in peace operations is said to be based on a Security Council mandate and/or a peace agreement (or other arrangement with the host State). However, this mandate is usually worded rather broadly and it may be a matter of interpretation whether it includes detention. For instance, the international security presence in Kosovo derives its detention authority from UN Security Council Resolution 1244 of 10 June 1999 (as extended), which “*Authorizes Member States and relevant international organizations to establish the international security presence in*

⁸⁷ On the nature of this right, see *infra* notes 95-102 and accompanying text.

⁸⁸ See for further references on all of this, J. Paust, ‘Executive Plans and Authorizations to Violate International Law Concerning Treatment and Interrogation of Detainees’, 43 *Columbia Journal of Transnational Law* 2005, 817-823.

⁸⁹ This check under article 45 does not cover persons who do not qualify as civilians.

Kosovo [...] with all necessary means to fulfil its responsibilities” (emphasis added), which include “*establishing a secure environment*” and “*ensuring public safety and order until the international civil presence can take responsibility for this task*”.⁹⁰ Similarly, the detention authority of the International Security Assistance Force (ISAF) in Afghanistan stems from the Security Council mandate to “*assist the Afghan Interim Authority in the maintenance of security in Kabul and its surrounding areas, so that the Afghan Interim Authority as well as the personnel of the United Nations can operate in a secure environment*” and to “*take all necessary measures to fulfil its mandate*”.⁹¹ In East Timor, the International Force for East Timor (INTERFET) saw itself forced to maintain law and order, including some detention powers, even though the UN Security Council’s mandate, while authorizing “*the States participating in [INTERFET] to take all necessary measures*” to fulfil their mandate, had explicitly underlined “*the Government of Indonesia’s continuing responsibility ... to maintain peace and security in East Timor in the interim phase between the conclusion of the popular consultation and the start of the implementation of its result ...*”.⁹² However, in this case the Status of Forces agreement with Indonesia explicitly granted some detention authority.⁹³ In fact, the author is not aware of any Security Council resolution explicitly authorising detention, except to some extent one resolution on Iraq.⁹⁴

While there seems to be less discussion over the issue of whether such mandates may authorise detention, there has been debate over the conditions under which such detention may take place. For instance, in Kosovo the Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE) questioned NATO’s view that it was not bound by human rights to the extent

⁹⁰ See also W. Hermsdörfer, ‘Verhaftung von Störern und Straftätern durch KFOR Im Kosovo’, *UBWV* 8/2003, 290, http://www.deutsches-wehrrecht.de/Aufsätze/UBWV_2003_290.pdf.

⁹¹ UN Security Council Resolution 1386 of 20 December 2001, repeatedly extended and expanded to all Afghanistan.

⁹² Resolution 1264, 15 September 1999, respectively § 3 and § 5. See M.Kelly, T. McCormack, P. Muggleton & B. Oswald, ‘Legal aspects of Australia’s involvement in the International Force for East Timor’, No. 841 *IRRC/RICR* 2001, <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwplList182/FEC1B40BA2DF7C5FC1256B66005F9DDE> and S. Linton, ‘Rising From The Ashes: The Creation Of A Viable Criminal Justice System In East Timor’, 5 *Melbourne University Law Review* 2001, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MULR/2001/5.html>.

⁹³ M.Kelly, T. McCormack, P. Muggleton & B. Oswald, supra previous note.

⁹⁴ In the letter of US Secretary of State annexed to UN Security Council resolution 1546 of 8 June 2004 and endorsed in the resolution (see § 10), albeit in a context which probably amounts to an armed conflict, it is stated that “*the [Multinational Force] stands ready to continue to undertake a broad range of tasks to contribute to the maintenance of security and to ensure force protection. These include ... internment where this is necessary for imperative reasons of security ...*”. On detention in Iraq in earlier phases, see B. Dougherty, ‘Saddam Hussein Is a Prisoner of War’, BOFAXE No. 264E, 18 December 2003 (available at <http://www.ruhr-uni-bochum.de/afh/publications/bofaxe/index.html>) and R.K. Goldman, ‘The Legal Status of Iraqi and Foreign Combatants Captured by Coalition Armed Forces’, Crimes of War Project, 7 April 2003 (available at <http://www.crimesofwar.org>). Furthermore, see the leaked ICRC report of February 2004 on detention by Coalition forces in Iraq alleging serious violations of international humanitarian law and available at http://download.repubblica.it/pdf/rapporto_crocerossa.pdf.

that its security mandate required measures inconsistent with human rights and also questioned the authority of the Special Representative of the UN Secretary-General (SRSG) to detain persons.⁹⁵

Any debate on this issue should include the question of the applicability of human rights standards (see above⁹⁶) and especially the necessity and extent of any derogations from peacetime rules concerning the deprivation of liberty that might be required.⁹⁷ It is submitted that this may differ depending on applicable treaties, as the provisions on deprivation of liberty in the ECHR are, e.g., more detailed than those under the ICCPR,⁹⁸ but that the core of this right is non derogable.⁹⁹ Incidentally, criticism on the US for its handling of detainees in the ‘war on terror’ seems to be partially based on what appear to be attempts by US authorities to avoid or severely limit any judicial scrutiny of such detentions.¹⁰⁰ However, to the author’s knowledge, no State has yet derogated from a human rights treaty specifically in

⁹⁵ For a recent discussion, see OSCE, Department of Human Rights and Rule of Law, Legal System Monitoring Section, *Kosovo. Review of the Criminal Justice System (1999-2005). Reforms and Residual Concerns*, March 2006, available at http://www.osce.org/documents/mik/2006/03/18579_en.pdf, 31-34. For a more extensive analysis concerning KFOR, see J. Cerone, ‘Minding the Gap: Outlining KFOR Accountability in Post-Conflict Kosovo’, 12 *E.J.I.L.* 2001, 469-488.

⁹⁶ *Supra* notes 31-34 and 40-46 and accompanying text.

⁹⁷ For some thoughts on this, see F. Naert, ‘Het internationaalrechtelijk kader voor de uitoefening van politietaken door militairen’, in Studiecentrum voor Militair Recht en Oorlogsrecht (ed.), *Ondersteuning door Militairen bij de uitvoering van Politietaken. Proceedings van de studiedag van 18 maart 2004*, Brussels, 2005, 31-73, especially 51-52 (also available as working paper no 65 at <http://www.law.kuleuven.ac.be/iir/nl/wp/WP/WP65n.pdf>) and L. Doswald Beck, Background Paper, *supra* note 37, 4-8.

⁹⁸ Compare article 5 ECHR with article 9 ICCPR.

⁹⁹ Although the prohibition on arbitrary deprivation of liberty is not listed as a non derogable right in the ECHR, ICCPR and ACHR, the view that its core is non derogable is, *inter alia*, supported by HRC, General Comment 29, *State of Emergency (Article 4)*, Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 August 2001 (available at <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>), § 16 (“*In order to protect non-derogable rights, the right to take proceedings before a court to enable the court to decide without delay on the lawfulness of detention, must not be diminished by a State party’s decision to derogate from the Covenant*”) and Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-8/87, *Habeas Corpus in Emergency Situations*, 30 January 1987 and Advisory Opinion OC-9/87, *Judicial Guarantees in States of Emergency*, 6 October 1987 (both available at http://www.corteidh.or.cr/seriea_ing/index.html). For a discussion in relation to armed conflicts, see L. Doswald Beck, Background Paper, *supra* note 37, 3-7.

¹⁰⁰ For instance, the National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2006 (H.R. 1815, available at <http://thomas.loc.gov>) *inter alia* contains a provision seriously limiting court review of detentions outside the US (s. 1405). Also, press reports suggest that the US stopped transferring detainees to Guantanamo Bay after a court ruling late 2004 opening the possibility of legal scrutiny and instead has been using a prison in Bagram (Afghanistan) as a key detention facility (see T. Golden & E. Schmitt, ‘A Growing Afghan Prison Rivals Bleak Guantanamo’, the *New York Times*, 26 February 2006). Furthermore, when, late November 2005, the US administration decided to charge Jose Padilla, an American citizen, with less serious crimes than those for which he was originally detained and transferred him to a civilian court, it was believed that this decision resulted in part from a desire to avoid Padilla from being able to further challenge the legality of his detention by the military (with success so far, as the Supreme Court declined to hear this case on 3 April 2006: *Padilla v. Hanft*, No. 05-533, see <http://www.supremecourtus.gov/docket/05-533.htm>). However, at least one other detainee case is pending before the Supreme Court, see *Hamdan v. Rumsfeld*, docket 05-184, <http://www.supremecourtus.gov/docket/05-184.htm>). For a fairly recent discussion of US detention, see C. Weisselberg, ‘The Detention and Treatment of Aliens Three Years After September 11: A New New World?’, 38 *U.C. Davis Law Review* 2005, 815-860, available at <http://www.law.berkeley.edu/faculty/profiles/facultyPubsPDF.php?facID=549&pubID=52>.

respect of its participation in a peace operation, although this may stem from a failure or refusal to recognize the applicability of human rights treaties in the first place.¹⁰¹ Specific questions to any derogation only applicable to a peace operation include which authority can invoke such a derogation.¹⁰² When it comes to the substantive issue of what restrictions are permissible, recent debates about anti-terrorism detention measures may be instructive.¹⁰³

In any event, in respect of detention for security reasons, it is essential that adequate safeguards are put in place to avoid arbitrary detention. These may include limits on the duration of detention, reserving detention authority at a high level, reporting procedures, access by the ICRC or competent human rights bodies, review mechanisms where detention exceeds a short duration, etc. In many peace operations, at least some safeguards have been put in place. While much of the information is classified, some information concerning Afghanistan, East Timor and Kosovo is in the public domain and can give at least a basic picture.

In Afghanistan, ISAF may, in principle, not hold detainees longer than 96 hours and aims to transfer detainees to the Afghan authorities within this time (see below on the transfer) and ISAF will respect applicable international law during its detention.¹⁰⁴

The detention by the International Force for East Timor (INTERFET) was regulated by the INTERFET Detainee Ordinance issued by the INTERFET Commander¹⁰⁵ and has been described in some detail in a few publications¹⁰⁶ and seems to have offered significant safeguards. From these sources the following elements may be summarised. INTERFET

¹⁰¹ A point noted by the ECtHR in *Vlastimir and Borka Bankovic' and Others v. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom*, 12 December 2001 (decision on admissibility, available at <http://www.echr.coe.int>), § 62.

¹⁰² Would it be each TCN, with potentially different judgments between TCNs, and/or an international administration where present?

¹⁰³ See, e.g., the UK measures mentioned *supra* note 77.

¹⁰⁴ See the replies by the Dutch Ministers of Defence and Foreign Affairs to Parliamentary questions, dated 27 January 2006 (questions 137-142), available at http://www.minbuza.nl/default.asp?CMS_TCP=tcpAsset&id=ED4B709E18C7409CB796A5D1C7AA10EFX1X69455X64, and the Letter of said Ministers to the Dutch Parliament dated 22 December 2005, available at http://www.minbuza.nl/default.asp?CMS_TCP=tcpAsset&id=93044FCCBA6F4F639DAB548599E264FCX1X56773X59. On ISAF, see also the contribution by P. Van Malderen in the forthcoming Proceedings of the Conference organised by the Studiecentrum voor Militair Recht en Oorlogsrecht in Brussels on 18 May 2005 on 'Gevangengenomen personen'.

¹⁰⁵ Dated 21 October 1999, see M. Kelly, T. McCormack, P. Muggleton & B. Oswald, *supra* note 91, on file with the author (obtained via the American Society for International Law's email list).

¹⁰⁶ See M. Kelly, *INTERFET Detainee Management Unit in East Timor*, paper presented at the Swiss Seminar on the Law of Armed Conflict in 2000 on 27 October 2000, on file with the author and obtained via the American Society for International Law's email list; B. Oswald, 'The INTERFET Detainee Management Unit in East Timor', 3 *Yearbook of International Humanitarian Law* 2000, 347-361; M. Kelly, T. McCormack, P. Muggleton & B. Oswald, *supra* note 91, and S. Linton, *supra* note 91.

detainees included persons suspected of having committed serious crimes (that were listed after INTERFET's deployment and persons posing a security risk (as well as voluntary detainees). The 'security detainees' included person suspected of having committed serious crimes before INTERFET's deployment and were subject to a regime based on GC IV. Furthermore, INTERFET set up a Detention Management Unit which functioned for a few months as an independent interim judicial system pending the re-establishment of a civil judiciary (this unit did not conduct trials itself) and suspended any contrary legislation on arrest and detention in East Timor. For a period not exceeding 96 hours, the decision to hold or release a detainee was a matter for the command discretion of COMINTERFET but after this period an independent reviewing authority could order the release of a detainee or his continued detention pending trial for a maximum of up to 90 days with 30 day reviews. However, when the INTERFET Commander or his delegate had certified that the risk to security posed by the detainee warranted that the detainee be held in detention for a longer period than 96 hours, this was possible, though the detainee had to be notified of the reason and could submit arguments rebutting this reason. From the perspective of being able to challenge the legality of detention before a judicial body, this last mechanism does raise questions.

In Kosovo, there appear to (have) be(en) fewer safeguards and some problems have arisen. In particular, both the SRSG and the Kosovo Force (KFOR) Commander claimed the right to detain persons, sometimes even after the courts had ordered them to be freed and sometimes even for months.¹⁰⁷ In 2001, the SRSG did provide a review mechanism¹⁰⁸ and the last detention by the SRSG took place late 2001.¹⁰⁹ KFOR has reportedly held 3600 detainees but none after 2004.¹¹⁰ Moreover, the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment has reached an agreement with the UN Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK) on visiting detention facilities in Kosovo and is currently negotiating with NATO on visiting KFOR detention facilities (NATO leads KFOR).¹¹¹ It is submitted that visits by the ICRC and competent human rights

¹⁰⁷ OSCE, Department of Human Rights and Rule of Law, Legal System Monitoring Section, *supra* note 94, 31-33.

¹⁰⁸ UNMIK Regulation 2001/18 of 25 August 2001 on the Establishment of Detention Review Commission for Extra-Judicial Detention Based on Executive Orders, available at http://www.unmikonline.org/regulations/unmikgazette/02english/E2001regs/RE2001_18.pdf.

¹⁰⁹ OSCE, Department of Human Rights and Rule of Law, Legal System Monitoring Section, *supra* note 94, 33.

¹¹⁰ *Id.*, 33.

¹¹¹ The Agreement between the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo and the Council of Europe on technical arrangements related to the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 23 August 2004 is available at <http://www.cpt.coe.int/en/states/scg.htm>. Under its section 1(2),

bodies, such as this one, can be an important safeguard against arbitrary detention and abuse. Secret detention must be avoided and can only create an impression that there is something to hide.

In terms of transfer of detainees, the same human rights limits would apply as for POWs (see above). This may pose difficulties where the local justice and law enforcement system is not functioning or does not attain international human rights standards: if a peace operation detains anyone for too long itself this poses problems in terms of judicial oversight over the legality of detention (see above) but a transfer which may harm the detainee is also problematic¹¹² and release may also be inappropriate where the detainee really poses a threat. While efforts to reform the local judicial system may solve this problem in the long run, the short term dilemma cannot easily be solved. One way to obtain some guarantees is to conclude an arrangement with the local authorities intended to ensure correct treatment and including some follow-up mechanisms. This approach has been adopted in Afghanistan, where some ISAF participating nations have concluded arrangements on this issue with the Afghan authorities and NATO is also negotiating such an arrangement. At least one of these agreements is in the public domain, namely that concluded by the Netherlands.¹¹³

B. Criminals

Detention of persons suspected of or convicted for a criminal offence also requires a legal basis. This basis may be identical to the one for persons posing a security threat or may be based on a separate legal basis. In the former case, much of what has been said above also applies here. For an example of the latter, where local law allows any person to arrest the perpetrator of a crime when caught in the act and hold him until the police arrive, this also permits personnel of a peace operation to do so.¹¹⁴

“UNMIK shall permit visits, in accordance with the present Agreement, to any place in Kosovo where persons are deprived of their liberty by an authority of UNMIK”, though under section 1(3), “The Committee shall not visit places which representatives or delegates of Protecting Powers or the International Committee of the Red Cross effectively visit on a regular basis by virtue of the Geneva Conventions of 12 August 1949 and the Additional Protocols of 8 June 1977 thereto”.

¹¹² See, albeit in a context which may amount to an armed conflict, the December 2005 US decision no longer to transfer any detainees to Iraqi authorities until the latter meet certain human rights standards, following the discovery of two Iraqi detention facilities where detainees were mistreated.

¹¹³ Memorandum of Understanding between the Ministry of Defense of the Islamic Republic of Afghanistan And The Minister of Defense of the Kingdom of the Netherlands concerning the transfer of persons by Netherlands military forces in Afghanistan to Afghan authorities, concluded late 2005. See the Dutch documents cited *supra* note 103. The English text of the MOU is available at http://www.minbuza.nl/default.asp?CMS_TCP=tcpAsset&id=FAC0BEAB679D475FA4A5B40C8334FE69X1X73604X97 and is included in the annex to this contribution.

¹¹⁴ In Belgium, any individual may arrest and hold a person caught in the act of committing the more serious categories of crimes until the police arrive: see article 1, 3° of the Act of 20 July 1990 concerning pre-trial detention [Loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive] (as amended).

However, in contrast with ‘security detentions’, the aim of detaining (suspected) criminals will be prosecution or serving of a sentence already pronounced. This means that some specific rules apply, such as the notification of the charges (based on legislation in force at the time of the offence) and of the rights of an accused. The actual prosecution and trial of criminals will rarely fall within the competences of a peace operation.¹¹⁵

Therefore, surrender to local authorities will normally be required. Here too, the already mentioned human rights restrictions may prohibit such a surrender. If that is the case, the situation is again hard to solve. Until local authorities function in accordance with an acceptable human rights standard, the only solution will be detention by the peace operation the release of the person. It will therefore be important to support the development of the local law enforcement and judicial system. Where there are competent international criminal tribunals, surrender of persons indicted by such tribunals can solve this problem.

V. Conclusions

Albeit certain rules apply to all cases of detention in peace operations, in particular the prohibition of torture, inhuman and degrading treatment and the core of the prohibition of arbitrary detention, there are significant differences between various categories of detainees, especially concerning the right to detain and the possibility to prosecute persons detained. These differences result from variations in the legal framework and from the application of these legal frameworks. Whereas the rules are generally fairly clear in peace operations to which the law of international armed conflict applies, they are less clear in other peace operations. In the latter operations, care should be taken to establish adequate safeguards to avoid arbitrary detention.

Annex: Memorandum of Understanding between the Ministry of Defense of the Islamic Republic of Afghanistan And The Minister of Defense of the Kingdom of the Netherlands concerning the transfer of persons by Netherlands military forces in Afghanistan to Afghan authorities¹¹⁶

¹¹⁵ The question may be raised whether a captured criminal could be surrendered for trial to a TCN if that TCN has jurisdiction over the offender under its domestic law and if so, whether normal extradition procedures would have to be followed, if possible. The author has heard of at least one case where a suspected criminal sought by German authorities was arrested and taken to Germany without recourse to extradition.

¹¹⁶

http://www.minbuza.nl/default.asp?CMS_TCP=tcpAsset&id=FAC0BEAB679D475FA4A5B40C8334FE69X1X73604X97.

The Ministry of Defense of the Islamic Republic of Afghanistan and the Minister of Defense of the Kingdom of the Netherlands, hereinafter referred to as the Participants,

Desiring to establish procedures in the event of the transfer by the military forces of the Netherlands to Afghan authorities of persons detained in Afghanistan;

Bearing in mind the need to respect basic standards of international human rights law and international humanitarian law such as the right to life, to a fair trial and the protection against torture;

have reached the following understanding:

Section 1

The purpose of this Memorandum of Understanding is to ensure that the Participants will observe applicable national law of the Islamic Republic of Afghanistan and international law pertaining to the treatment and transfer of persons by the military forces of the Netherlands to Afghan authorities.

Section 2

The Netherlands military forces will treat persons detained by them in accordance with the relevant provisions of international law, including providing humane treatment.

Section 3

The Afghan authorities will accept the transfer of persons detained by the Netherlands armed forces for investigation and possible legal proceedings. The Afghan authorities will be responsible for treating such individuals in accordance with the relevant provisions of international law, including providing humane treatment.

Section 4

Representatives of the Afghan Independent Human Rights Commission, representatives of the Royal Netherlands Embassy including members of The Netherlands military forces acting on behalf of the Embassy, and others as determined between the Participants, will have full access to any persons transferred by the Netherlands military forces to Afghan authorities while such persons are in custody. The International Committee of the Red Cross and Red Crescent (ICRC) and relevant human rights institutions within the UN system will be allowed to visit such persons. The military forces of the Netherlands will notify the ICRC, as appropriate, and the Afghan Independent Human Rights Commission when a person has been transferred to Afghan authorities.

Section 5

The Afghan authorities will be responsible for keeping accurate account of all persons transferred to them by the Netherlands military forces. For this purpose records will be kept by the Afghan authorities which will be available upon request.

Section 6

The Royal Netherlands Embassy will be notified prior to the initiation of legal proceedings involving persons transferred by the Netherlands military forces and prior to the transfer to third parties or release of such persons. The Royal Netherlands Embassy will also be notified if other relevant changes concerning such persons occur.

Section 7

No person transferred by the Netherlands military forces to Afghan authorities will be subject to the execution of the death penalty.

Section 8

Any dispute concerning the interpretation or application of the Memorandum of Understanding will be resolved exclusively by negotiations between the Participants.

Section 9

This Memorandum of Understanding may be amended at any time by mutual written consent of the Participants.

Section 10

This Memorandum of Understanding will become effective on the date of the last signature and will remain effective until terminated by any of the Participants giving thirty days written notice to the other Participant.

Mevr. I. HEYNDRICKX

“Torture has ceased to exist”

Victor Hugo (1874)

Inleiding

Sinds januari 2002 worden een zeshonderdtal verdachten vastgehouden in Camp Delta op Guantanamo Bay als rechtstreeks gevolg van de inmiddels beruchte “War on Terror”. Weinig is geweten over de levensomstandigheden en gebruikte ondervragingstechnieken, maar beelden van geblinddoekte en in oranje pluige gehulde gevangenen, geboeid en aan elkaar geketend, geknield en in de vlakke zon, doen mensenrechtenorganisaties het ergste vermoeden. Drie jaar later weigeren US officials nog steeds toegang tot Guantanamo of enige verklaring omtrent de gangbare praktijken in de betwiste gevangenis. Al van bij het begin weigert de Bush-administratie de status van krijgsgevangene¹¹⁷ en de daaraan verbonden rechten en juridische waarborgen toe te kennen aan personen gevangengenomen in de strijd tegen het terrorisme. Onder internationale druk krijgen deze gevangenen nu langzaam het “proces” waar ze al drie jaar op wachten en recht op hebben¹¹⁸.

In mei 2004 wordt de wereld zo mogelijk nog heviger opgeschrikt door de foto’s uit de Abu Ghraib gevangenis. Niet mis te verstane beelden getuigen van folterpraktijken en denigrerende handelwijzen waar de betrokkenen zich blijkbaar niet over schamen. Inmiddels kent iedereen de namen en foto’s van Specialist Charles Graner en Private Lynndie England en laait overal de discussie op rond de mogelijke betrokkenheid van hogergeplaatsten en de commando-aansprakelijkheid van D. Rumsfeld¹¹⁹.

Minder bekend zijn de talloze misbruiken tegen het verbod op foltering op vele andere plaatsen in de wereld waar politieke tegenstanders of verdachte terroristen mishandeld worden om tot gedwongen bekentenissen over te gaan. In vele uithoeken van de wereld laten de detentieomstandigheden te wensen over, en wordt nog met de regelmaat van de klok teruggегrepen naar geweld om de gevangenen in het gareel te houden of te doen praten. Voor vele ngo’s en mensenrechtenorganisaties blijft afschaffing van foltering den ook één van hun kernactiviteiten.

¹¹⁷ Verdrag van Genève (III) betreffende de behandeling van krijgsgevangenen, aangenomen 12 augustus 1949, goedgekeurd bij wet van 3 september 1952, B.S. 26 september 1952.

¹¹⁸ Zie o.a.: D.M. Amann, “Guantánamo”, (2004) 42 *Colum. J. Transnat’l L.* 263-347.

Het verbod op foltering, onmenselijke en vernederende behandeling kende de voorbij decennia een groeiende aandacht en jurisprudentie. Vooral het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg heeft veel bijgedragen tot de ontwikkeling van een beter begrip van dit verbod en tot de invoering van stringenter richtlijnen voor wat betreft het gebruik van geweld. In dit essay zullen wij eerst de verschillende nationale, regionale en internationale bepalingen die dit verbod betreffen bestuderen en naast elkaar leggen en ook de definitie van foltering, onmenselijke en vernederende behandeling verduidelijken. Tevens wordt het werk van het Europees Comité ter Preventie van Foltering nader toegelicht. Vervolgens bekijken we een deel van de uitgebreide, voornamelijk internationale rechtspraak die dit onderwerp reeds behandelden, en meer specifiek voor wat betreft de ondervraging en opsluiting van gevangenen. Tot slot wordt de moeilijke problematiek van het bewijs behandeld.

1. Verbod op foltering, onmenselijke en vernederende behandeling

Los van de discussie rond het statuut van krijgsgevangene en de daaropvolgende toepassing van de derde Conventie van Genève staan de fundamentele rechten van de mens. Deze normen, voor het eerst gecodificeerd na de wredeheden van de Tweede Wereldoorlog, zijn steeds en zonder enig onderscheid van toepassing en werden in de voorbije decennia neergelegd in allerlei internationale en regionale verdragen en teksten. Hoewel van sommige rechten kan worden afgeweken in tijden van oorlog en algemene noodtoestand waarbij het voortbestaan van de natie wordt bedreigd, worden sommige rechten en vrijheden als zo fundamenteel beschouwd dat zij onder geen enkele omstandigheid kunnen worden beperkt. Naast onder andere het recht op leven en het verbod op slavernij, gaat het hier om het verbod op foltering, onmenselijke en vernederende behandeling.

a. De definitie van foltering in het internationale recht

Hoewel er reeds in de zeventiende eeuw een aantal “Bill of rights” bestonden die voornamelijk de macht van de heersende staatshoofden dienden te beperken, werden internationale mensenrechten pas echt een feit in het tweede deel van de 20ste eeuw. De wredeheden van WOII maakten de nood aan internationale codificaties met betrekking tot de fundamentele rechten en vrijheden van alle mensen zonder onderscheid duidelijk.

¹¹⁹ Zie hierover: Human Rights Watch, *Getting away with torture? Command responsibility for the U.S. abuse of detainees*, rapport HRW april 2005, beschikbaar op <http://www.hrw.org/reports/2005/us0405/>.

Het verbod op foltering, onmenselijke en vernederende behandeling werd hierbij als één van de meest dwingende bepalingen beschouwd. Artikel 5 van de Universele Verklaring van de rechten van de Mens¹²⁰ bepaalt:

“Niemand zal aan folteringen noch aan wreedaardige, onmenselijke of vernederende straffen of behandelingen onderworpen worden.”

Deze fundamentele stelregel werd in de daaropvolgende decennia door verschillende internationale¹²¹ en regionale¹²² codificaties bevestigd en neergelegd. Inmiddels vond dit verbod ook zijn weerklink in onze nationale regelgeving¹²³. Tot slot dient bijzondere aandacht te worden besteed aan 3 anti-folterverdragen¹²⁴, met name: het VN Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of onterende behandelingen of straffen¹²⁵, het Europees Verdrag ter voorkoming van foltering en onmenselijke en vernederende behandeling of bestraffing¹²⁶ en de Interamerikaanse Conventie ter preventie en bestraffing van foltering¹²⁷.

Een algemeen aanvaarde definitie werd echter lange tijd niet gevonden en de jurisprudentie van de verschillende internationale en nationale rechtbanken bleek van cruciaal belang om de noties “foltering, onmenselijke en vernederende behandeling” te begrijpen.

Sinds het ontstaan van internationaal strafrecht en de ontwikkeling van jurisprudentie door de nieuw opgerichte internationale strafrechtbanken dringt een algemeen aanvaarde notie van het begrip zich op. Een eerste definitie vinden we terug in artikel 1 van het VN Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of onterende behandeling of bestraffing (Anti-Folterverdrag):

¹²⁰ Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, aangenomen 10 december 1948, UN GA Res. 217 A (III), UN Doc. A/810 at 71 (1948), *B.S.* 31 maart 1949.

¹²¹ O.a. artikels 7 en 10 Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (BUPO-Verdrag), aangenomen 16 december 1966, in werking 23 maart 1976, GA Res. 2200A (XXI), UN Doc. A/6316, *B.S.* 6 juli 1983.

¹²² Artikel 3 Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM), ondertekend 4 november 1950, in werking 3 september 1953, goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955, *B.S.* 29 juni 1961; artikel 5 American Convention on Human Rights (ACHR), ondertekend 22 november 1969, in werking 18 juli 1978, 9 *I.L.M.* (1970) 673; artikel 5 African Charter on Human and People's Rights (ACHPR), aangenomen 27 juni 1981, in werking 21 oktober 1986, 21 *I.L.M.* (1982) 58.

¹²³ Artikel 417bis tot 417quinquies Sw.

¹²⁴ zie hierover: H. Danelius, “Protection against torture in Europe and the World” in R. MacDonald, F. Matscher and H. Petzold (eds.), *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1993, 263-275.

¹²⁵ VN-Conventie tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of vernederende behandelingen of straffen, aangenomen 10 december 1984, UN Doc. A/39/51 at 197 (1984), goedgekeurd bij wet van 9 juni 1999, *B.S.* 28 oktober 1999.

¹²⁶ Europees Verdrag ter voorkoming van foltering en onmenselijke en vernederende behandeling of bestraffing, aangenomen 26 november 1987, in werking 1 februari 1989, goedgekeurd bij wet van 17 juni 1991, *B.S.* 29 januari 1992.

¹²⁷ Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, signed 9 December 1985, entered into force 28 February 1987, 25 *I.L.M.* (1986) 519.

“Voor de toepassing van dit Verdrag wordt onder "foltering" verstaan iedere handeling waardoor opzettelijk hevige pijn of hevig leed, lichamelijk dan wel geestelijk, wordt toegebracht aan een persoon met zulke oogmerken als om van hem of van een derde inlichtingen of een bekentenis te verkrijgen, hem te bestraffen voor een handeling die hij of een derde heeft begaan of waarvan hij of een derde wordt verdacht deze te hebben begaan, of hem of een derde te intimideren of ergens toe te dwingen dan wel om enigerlei reden gebaseerd op discriminatie van welke aard ook, wanneer zulke pijn of zulk leed wordt toegebracht door of op aanstichten van dan wel met de instemming of gedogen van een overheidsfunctionaris of andere persoon die in een officiële hoedanigheid handelt. Foltering omvat niet pijn of leed slechts voortvloeiend uit, inherent aan of samenhangend met wettige straffen.”

Deze definitie omschrijft de drie pijlers van het verbod op foltering, namelijk: 1) de relatieve intensiteit van de aangebrachte pijn; 2) de doelbewuste intentie van de handelingen, zoals het verkrijgen van inlichtingen of de bestraffing; en 3) de status van de dader, namelijk een persoon in officiële hoedanigheid. Met andere woorden vallen foltering of onmenselijke behandeling toegebracht door derde personen, niet verbonden aan de uitoefening van overheidsgezag, buiten de definitie. Foltering door onafhankelijke milities of door andere derde personen kunnen dus niet gevat worden onder dit verbod. Verschillende rechtbanken hebben wel aanvaard dat een staat vervolgd kan worden omwille van het gebrek aan bescherming voorzien voor zijn burgers zodat deze werden blootgesteld aan foltering door derden, wat men noemt de horizontale werking van mensenrechten¹²⁸.

Het Statuut van Rome inzake het Internationale Strafgerechtshof¹²⁹ houdt er in artikel 7 (2e) een beperktere omschrijving op na:

“marteling: het opzettelijk toebrengen van ernstige pijn of veroorzaken van ernstig lijden, hetzij lichamelijk, hetzij geestelijk, aan of van een persoon die zich in bewaring of in de macht bevindt van degene die beschuldigd wordt, met dien verstande dat onder marteling niet tevens wordt verstaan pijn of lijden dat louter het gevolg is van, inherent is aan of veroorzaakt is door rechtmatige sancties;”

In deze definitie is er geen vereiste van relatieve intensiteit, noch van een doelbewuste reden voor de foltering, noch van de aanwezigheid van een drager van de openbare macht. Een algemeen aanvaarde definitie die wordt gehanteerd door alle internationale instellingen is er

¹²⁸ Zie hierover: Y. Arai-Takahashi, 'Uneven, but in the direction of enhanced effectiveness – A critical analysis of anticipatory ill-treatment under article 3 ECHR' (2002) 20/1 *N.Q.H.R.*, 5-27.

dus vooralsnog niet, maar duidelijk is wel dat het verbod op foltering universeel wordt aanvaard.

b. Verschillende gradaties van mishandeling

In bijna elke bepaling betreffende het verbod op foltering wordt het onderscheid gemaakt tussen drie gradaties van mishandeling: 1) foltering; 2) onmenselijke en 3) vernederende behandeling. Veel rechtsleer is reeds geschreven rond deze onderscheiden en hoe de verschillende gradaties te definiëren¹³⁰. Deze drie begrippen worden in elk mensenrechtenverdrag steeds in één verbodsbepaling opgenomen, wat impliceert dat het verbod wordt geschonden van zodra de eerste drempel van mishandeling is bereikt¹³¹.

Bij het opstellen van het EVRM werd er expliciet voor gekozen deze drie noties niet nader te omschrijven, uit vrees voor al te restrictieve interpretatie¹³². Niettemin stelden verschillende opstellers voor een lijst op te nemen van mogelijke foltertechnieken, zoals het gebruik van drugs, het blootstellen aan extreem licht of donker, luide geluiden of complete stilte. Ook het Human Rights Comité beschrijft in zijn General Comment 20¹³³ dat geen definities, noch voorbeelden zullen worden gegeven rond de begrippen van artikel 7 BUPO, noch dat een exhaustieve lijst zal worden opgesteld van verboden praktijken, noch dat een duidelijke afbakening zal worden opgesteld tussen de drie gradaties. Het HRC verduidelijkt dat een dergelijke afweging afhankelijk is van de specifieke omstandigheden van elke zaak, het doel en de ernst van de behandeling.

Het is dus voornamelijk uit de jurisprudentie af te leiden hoe deze begrippen kunnen worden afgebakend. Het is inmiddels duidelijk dat één en ander evolutief dient te worden geïnterpreteerd. Praktijken die in het verleden als vernederend of onmenselijk werden beschouwd, worden intussen soms als foltering aanzien. Het Straatsburgse Hof voor het Rechten van de Mens heeft er reeds herhaaldelijk op gewezen dat het EVRM “een levend instrument” is dat dient te worden geïnterpreteerd in het licht van “actuele omstandigheden”¹³⁴. Als men er de rechtspraak op naleest wordt ook duidelijk dat de

¹²⁹ Statuut van Rome inzake het Internationale Strafgerechtshof, aangenomen te Rome op 17 juli 1998, goedgekeurd bij wet van 25 mei 2000, *B.S.* 1 december 2000.

¹³⁰ Zie o.a. D.J. Harris, M. O’Boyle en C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Butterworths, 1995, 59-89.

¹³¹ M.D. Evans en R. Morgan, *Preventing torture: A study of the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 79.

¹³² A. Cassese, “Prohibition of torture and inhuman and degrading treatment or punishment” in R. MacDonald, F. Matscher and H. Petzold (eds.), *o.c.*, 225-261, p 226-228.

¹³³ Human Rights Committee, General Comment 20, Article 7, § 5 (Forty-fourth session, 1992), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 30 (1994).

¹³⁴ ECHR, *Tyrer v. UK*, arrest van 25 april 1978.

tolerantie met betrekking tot wreedheid en foltering door de decennia heen is gewijzigd. Met het afschaffen van de doodstraf in vele Europese landen is de aanvaardbaarheid van geweld door staten ten opzichte van zijn burgers gradueel afgenomen.

c. Minimum graad van ernst

Nu vaststaat dat het verbod op foltering reeds wordt geschonden eens de eerste drempel van mishandeling is overschreden stelt zich de vraag waar die minimumgrens dan precies ligt. In de zaak *Tyrer t. Verenigd Koninkrijk* stelde het Europese Hof dat ‘the humiliation or debasement involved must attain a particular level’¹³⁵.

Uit recente Straatsburgse rechtspraak is eveneens herhaaldelijk gebleken dat de gradatie van mishandeling en de “minimale graad van ernst” afhankelijk is van de concrete omstandigheden van de zaak: ‘it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and in some cases, the sex, age and state of health of the victim’¹³⁶. Ook op dit vlak heeft het Europese Hof al een aantal malen verduidelijkt dat de Conventie een ‘levend’ instrument is, dat dient geïnterpreteerd te worden in het licht van de actuele levensomstandigheden¹³⁷.

Opmerkelijk is wel dat hoewel één mishandeling op zich misschien niet de minimumgrens van het verbod haalt, jurisprudentie aantoont dat cumulatieve beoordeling van verschillende praktijken samen wel de minimumgrens kan halen en vervolgens het verbod kan schenden.

d. Absoluut recht

Zoals hierboven reeds aangehaald is het verbod of foltering, onmenselijke en vernederende behandeling een absoluut recht, waarvan geen afwijking mogelijk is, of waartegen geen reservaties kunnen worden aangenomen¹³⁸. Artikel 2.2 Anti-Folterverdrag stelt ‘Geen enkele uitzonderlijke omstandigheid, ongeacht of het gaat om een oorlogstoestand, een oorlogsdreiging, binnenlandse politieke onrust of welke andere openbare noodsituatie dan ook, kan worden aangevoerd als rechtvaardiging voor foltering’. Bovendien mag een bevel van een hoger geplaatste functionaris of een overheidsinstantie niet worden aangevoerd als rechtvaardiging voor foltering¹³⁹.

¹³⁵ ECHR, *Tyrer v. UK*, arrest van 25 april 1978, para. 30.

¹³⁶ ECHR, *Smith and Grady v. UK*, arrest van 27 september 1999, para. 120.

¹³⁷ ECHR, *Soering v. UK*, arrest van 7 juli 1989, para. 102.

¹³⁸ Zie hierover: M. Addo and N. Grief, ‘Some practical issues affecting the notion of absolute right in article 3 ECHR’ (1998) 1 *E.L.Rev. H.R. Survey* 17-30.

¹³⁹ Artikel 2 VN-Conventie tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of vernederende behandelingen of straffen.

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens bevestigde in recente arresten dat zelfs in de meest moeilijke omstandigheden, zoals de strijd tegen terrorisme en de georganiseerde misdaad geen ruimte is voor uitzonderingen¹⁴⁰. Zelfs voor proportionaliteit lijkt geen ruimte te zijn in deze absolute definitie. Israëlische wetten bijvoorbeeld laten toe dat ‘moderate physical and psychological pressure’ bij het ondervragen van verdachte terroristen wordt gebruikt¹⁴¹. Het VN Foltercomité veroordeelde verschillende van de gebruikte technieken als foltering in zijn Concluding Observations met betrekking tot Israël in 1997¹⁴².

e. Specifieke bepalingen omtrent de behandeling van gevangenen

Bovendien werden verschillende *soft law* documenten aangenomen ter bescherming van personen in handen van staatsorganen. Reeds in 1955 ontwikkelde de Verenigde Naties de “UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners”¹⁴³, die, hoewel niet bindend, toch een belangrijke maatstaf zijn bij het beoordelen van de behandeling van gevangenen¹⁴⁴. Niet in het minst omdat de meeste regels slechts een weergave zijn van internationale verplichtingen die reeds in verschillende andere codificaties zijn opgenomen. In 1978 werd door de UN Sub-Commissie voor de Preventie van discriminatie en de bescherming van minderheden een gelijkaardig document aangenomen: de “Body of Principles for the Protection of all Persons under any Form of Detention or Imprisonment”¹⁴⁵. Beide teksten vormen een belangrijke aanvulling op de bestaande dwingende regels met betrekking tot het behandelen van personen in detentie.

2. European Committee for the Prevention of Torture (CPT)

In 1989 werd in de schoot van de Raad van Europa en volgend op het Europees Verdrag ter voorkoming van foltering en onmenselijke en vernederende behandeling of bestraffing¹⁴⁶, het Europees Comité voor de Preventie van Foltering opgericht. Dit Comité van

¹⁴⁰ Zie o.a. ECHR, *Selmouni v France*, arrest van 28 juli 1999, para. 95; en voetnoten in J. Vande Lanotte en Y. Haeck (eds.), *Handboek EVRM, Deel 2; Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, Vol. I, p 145.

¹⁴¹ Zie hierover A. Reichman en T. Kahana, “Israel and the recognition of torture: domestic and international aspects” in C. Scott (ed.) *Torture as tort: comparative perspectives on the development of transnational human rights litigation*, Oxford, Hart Publishers, 2001, p 631-658.

¹⁴² Concluding observations of the Committee against Torture : Israel, 9 mei 1997, UN Doc. A/52/44, paras. 253-260.

¹⁴³ UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, adopted 31 July 1957, E.S.C. Res. 663C (XXIV), extended 13 May 1977, E.S.C. Res. 2076 (LXIII), UN Doc. A/COMF/611, Annex 1.

¹⁴⁴ Zie hierover N. Rodley, *The treatment of prisoners under international law*, Oxford, Oxford University Press, 1999 (2nd ed.), p 279-281.

¹⁴⁵ Body of Principles for the Protection of all Persons under any Form of Detention or Imprisonment, adopted 9 December 1988, GA Res. 43/173, UN Doc. A/43/49 (1988).

onafhankelijke deskundigen kreeg de opdracht de lidstaten te bezoeken en alle plaatsen waar mensen worden vastgehouden te inspecteren. Opmerkelijk aan dit Comité is dat geen klachtenprocedure of enige ander juridische oplossingen naderhand worden geboden, maar integendeel dat zij preventief werken en gevangenissen gaan bezoeken, de zgn. fact-finding missions. Vervolgens vaardigen zij aanbevelingen uit, die hoewel niet juridisch bindend, toch een grote morele waarde hebben verworven door de jaren heen.

Het CPT kondigt zijn bezoeken gewoonlijk van tevoren aan net zoals de plaatsen die het wenst te inspecteren. Normaal gezien is de toestemming van de geïnspecteerde lidstaat nodig om het rapport met de bevindingen van het CPT te publiceren, maar onder bepaalde voorwaarden, voornamelijk als *ultima ratio* in het geval van onwillige staten, kan het CPT een ‘public statement’ uitbrengen, zoals in het verleden reeds tweemaal is gebeurd tegen Turkije en éénmaal tegen Rusland. Het beoogde resultaat van deze fact-finding missions is voornamelijk een samenwerking tot stand te brengen en zo verbeteringen aan detentieomstandigheden teweeg te brengen. De effectiviteit van het werk van het CPT ligt vooral in de geslaagde combinatie van vertrouwen en samenwerking. Bij het ondertekenen van het Verdrag¹⁴⁷ aanvaarden staten te zullen samenwerken met het CPT en belangrijker nog beloven zij het CPT toe te laten ‘to visit any place within its jurisdiction where persons are deprived of their liberty by a public authority’¹⁴⁸

Eigenaardig genoeg besteden de Europese autoriteiten weinig aandacht aan de bevindingen van het CPT. In *Aerts t. België*¹⁴⁹ bijvoorbeeld, besloot het Hof dat de detentieomstandigheden van de betrokken gevangenis, hoewel veroordeeld door het CPT in zijn rapport, niet ernstig genoeg waren om een schending van artikel 3 op te leveren.

1. Ondervraging van gevangenen

In zijn General Comment nr. 20 met betrekking tot artikel 7 BUPO verduidelijkte het Human Rights Committee dat regels over ondervragingstechnieken, instructies, mogelijke methodes en praktijken door staten systematisch moeten worden herzien en beoordeeld. Bovendien eist het HRC dat gevangenen steeds dienen te worden vastgehouden in officieel daarvoor erkende gebouwen, dat de namen van de gevangenen zowel als de namen van de ondervragers dienen te worden bijgehouden in registers, permanent beschikbaar voor alle betrokkenen alsook voor vrienden en familie van de gevangenen. Evenzo dienen tijd en plaats van alle ondervragingen

¹⁴⁶ Europees Verdrag ter voorkoming van foltering en onmenselijke en vernederende behandeling of bestraffing, aangenomen 26 november 1987, in werking 1 februari 1989, goedgekeurd bij wet van 17 juni 1991, *B.S.* 29 januari 1992.

¹⁴⁷ Op dit moment zijn er 46 lidstaten. Zie www.cpt.coe.int.

¹⁴⁸ Artikel 2 Europees Verdrag ter voorkoming van foltering en onmenselijke en vernederende behandeling of bestraffing.

¹⁴⁹ ECHR, *Aerts v. Belgium*, arrest van 30 juli 1998.

te worden genoteerd en bijgehouden en dient elke ondervraging te worden geregistreerd. Staten moeten er ook op toezien dat op plaatsen van detentie geen materiaal aanwezig is dat kan worden gebruikt voor foltering. Bovendien dienen dokters en advocaten “prompt and regular access” te worden verzekerd¹⁵⁰.

a. Ondervragingstechnieken

Eén van de eerste en meest toonaangevende arresten rond ondervragingstechnieken is ongetwijfeld het arrest *Ierland t. Verenigd Koninkrijk*¹⁵¹ uit 1978. In deze zaak diende het Straatsburgse Hof zich uit te spreken over een vijftal “technieken” die door de Britse politie werden gebruikt om Ierse IRA-verdachten tot bekentenissen te doen overgaan. Het betrof¹⁵²:

1° wall standing, namelijk het gedwongen gedurende lange tijd in een pijnlijke houding tegen de muur staan

2° hooding, namelijk langdurig een donkere zak over het hoofd van een verdachte zetten tijdens de ondervragingen

3° blootstelling aan lawaai en schrille fluittonen

4° onthouding van voedsel en drank

5° onthouding van slaap

Vreemd genoeg werden deze praktijken eind jaren '70 slechts gekwalificeerd als onmenselijke behandeling. De Commissie besloot in deze zaak dat de vereiste drempel van ernst had bereikt om als foltering te kunnen worden bestempeld. Deze uitspraak riep vele vragen op en gaf aanleiding tot heel wat controverse. In een later arrest verduidelijkte het Hof dat praktijken die in het verleden als onmenselijke behandeling werden aanzien, in het licht van gewijzigde omstandigheden nu wel als foltering zouden kunnen worden beschouwd¹⁵³. Inderdaad merken we dat in latere zaken het Straatsburgse Hof nu sneller tot een schending van het verbod op foltering komt.

Het Hof te Straatsburg heeft zich de laatste jaren meerdere malen moeten uitspreken over praktijken gehanteerd door de Turkse politie ten opzichte van (politieke) opposanten en/of gedetineerden. De zaak *Aksoy t. Turkije*¹⁵⁴ betrof een verdachte die door de politie was gearresteerd en twee weken vastgehouden tijdens dewelke hij meerdere malen werd ondervraagd met behulp van de zogenaamde techniek van de “Palestijnse ophanging”. Deze praktijk houdt in dat de handen van het slachtoffer op de rug worden vastgebonden en waarbij

¹⁵⁰ Eigen vertaling: Human Rights Committee, General Comment 20, Article 7, § 11 (Forty-fourth session, 1992), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 30 (1994).

¹⁵¹ ECHR, *Ireland v. United Kingdom*, arrest van 18 januari 1978.

¹⁵² ECHR, *Ireland v. United Kingdom*, arrest van 18 januari 1978, para. 96.

¹⁵³ ECHR, *Selmouni v. France*, arrest van 28 juli 1999, para. 101.

nadien de persoon met de touwen aan de polsen wordt opgehangen, meestal naakt en geblinddoekt wat na enige tijd verlamming van de armen tot gevolg heeft. Terwijl Aksoy zo was opgehangen werden elektroden aan zijn geslachtsdelen vastgemaakt, en terwijl water over hem heen werd gegoten zouden verschillende malen stroomstoten zijn toegediend. Nadien werd hij gedurende dagen met korte tussenpauzes geslagen. Na vier dagen kon Aksoy zijn handen en armen niet meer bewegen. Er werd een medisch rapport opgesteld dat beklagde geen enkel spoor van geweld vertoonde. Ook in verschillende andere Turkse zaken werd het toebrengen van elektrische schokken aan een gevangene via voeten, tong, geslachtsorganen, tepels, oren, enz. eventueel gecombineerd met het overgieten van water om het effect te vergroten, geacht een schending in te houden van het verbod op foltering¹⁵⁵. In de zaak van *Akkoc t. Turkije*¹⁵⁶ werd het slachtoffer tijdens haar ondervragingen onderworpen aan elektrische schokken, werd gedwongen te strippen, werd blootgesteld aan lawaai en afwisselend met koud en warm water gesproeid, kreeg verschillende slagen en onderging de psychologische druk van dreigementen.

Ook het niet mogen wisselen van kleren tijdens de ondervragingen, ook al waren zij besmeurd met uitwerpselen, werd door de Commissie als vernederende behandeling beschouwd¹⁵⁷.

Interessant genoeg werd de klachten in de zaken *Ebbinge*¹⁵⁸ en *Jager*¹⁵⁹ t. *Nederland* manifest ongegrond verklaard. Het betrof twee klachten rond de zgn. ‘Zaanse verhoormethode’ die eruit bestaat verdachten vroeger ervaringen opnieuw te laten beleven via een complexe manier van ondervragen om hen zo tot bekentenissen te doen overgaan. De methode is erop gebaseerd het vertrouwen te winnen van de verdachte door een misleidende sfeer van intimiteit te creëren. De Straatsburgse autoriteiten oordeelden dat hoewel deze methode afkeurenswaardig kan worden beschouwd, zij niet de vereiste graad van ernst in mentale pijn bereikt om aanleiding te geven tot een onmenselijke of vernederende behandelingen.

In *Roslik en anderen t. Uruguay*¹⁶⁰ kwam de Inter-Amerikaanse Commissie tot de vaststelling dat de praktijk van “submarine” waarbij gevangenen het hoofd meerdere malen en gedurende lange tijd worden ondergeduwd in emmers water, een schending uitmaakt van het verbod op foltering.

¹⁵⁴ ECHR, *Aksoy v. Turkey*, arrest van 18 december 1996.

¹⁵⁵ ECHR, *Cakici v. Turkey*, arrest van 8 juli 1999; ECHR, *Dikme v. Turkey*, arrest van 11 juli 2000.

¹⁵⁶ ECHR, *Akkoc v. Turkey*, arrest van 10 oktober 2000, paras. 24-25 en 116-117.

¹⁵⁷ ECHR, *Hurtado v. Switzerland*, rapport Commissie van 8 juli 1993.

¹⁵⁸ ECHR, *Ebbinge v. the Netherlands*, No. 47240/99, inadmissible, beslissing van 14 maart 2000.

¹⁵⁹ ECHR, *Jager v. the Netherlands*, No. 39195/98, inadmissible, beslissing van 14 maart 2000.

¹⁶⁰ IACHR, *Roslik et al. v. Uruguay*, No. 9274, Res. No. 11/84, 3 oktober 1984, OAS Doc. Ser.L/V/II.66, doc. 10 rev. 1, beschikbaar op <http://www.cidh.org/casos.eng.htm>.

◆ Ontbering van eten en drinken

De definitie van artikel 1 van het Anti-Folterverdrag spreekt expliciet van “iedere handeling waardoor opzettelijk hevige pijn of hevig leed, lichamelijk dan wel geestelijk, wordt toegebracht”. Onduidelijkheid bestaat over de vraag of ontbering van eten en drinken als handeling van foltering kan worden omschreven¹⁶¹. De rechtsleer lijkt het erover eens te zijn dat het niet opnemen van deze vorm van mishandeling tegengesteld zou zijn aan de geest en de bedoeling van de opstellers van de verschillende anti-folterbepalingen en verdragen¹⁶². Regel 20 van de Standard Minimum Rules en artikel 26 van de derde Geneefse Conventie erkennen wel expliciet het recht op voedsel voor gevangenen. Algemeen wordt ook aanvaard dat dit een regel betreft van internationaal gewoonterecht.

Vier dagen zonder eten of drinken werd in de zaak van *Tshisekedi t. Zaire*¹⁶³ beoordeeld als onmenselijke behandeling. In *Cañon Garcia t. Ecuador*¹⁶⁴ werd besloten dat het inwrijven van zout water in de reukorganen van het slachtoffer, een volledige nacht geboeid op een stoel zitten zonder één glas water aanleiding gaf tot een schending van artikel 7 BUPO.

◆ Dreiging en intimidatie

In resolutie 2001/62¹⁶⁵ vestigt de Algemene Vergadering van de VN er de aandacht op dat het verbod op foltering niet alleen kan worden gevat door daden van geweld, maar evenzeer door dreigingen, intimidaties, psychisch en moreel geweld. De resolutie verwijst daarbij naar verschillende arresten terzake. In *Estrella t. Uruguay*¹⁶⁶ bijvoorbeeld veroordeelde het Human Rights Committee de dreigingen met de dood, amputaties van zijn handen met een elektrische zaag en het gebruik van geweld jegens zijn familie en vrienden, zelfs al werden geen van deze dreigingen ooit in werkelijkheid omgezet. Het HRC kwam tot de conclusie dat de psychologische folteringen, met het doel de beklagde tot bekentenissen te dwingen, langdurige effecten op de beklagde hadden. Meer bepaald werd de beklagde in een staat van hallucinaties gebracht waardoor hij lange tijd nadien geen gevoel meer had in armen en handen door de dreigingen van de amputaties. Bovendien werden in de gevangenis tot drie keer per dag alarmoefeningen uitgevoerd, waarbij na het alarm alle gevangenen op de vloer dienden te gaan liggen terwijl de bewakers schietoefeningen uitvoerden op dummies gekleed

¹⁶¹ Zie hierover R.B. Schechter, “Intentional starvation as torture: exploring the gray area between ill-treatment and torture”, (2003) 18 *Am. U. Int'l L. Rev.* 1233-1270.

¹⁶² Boulesbaa A., *The UN Convention on torture and the prospects for enforcement*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publ., 1999, 15.

¹⁶³ HRC, *Tshisekedi v. Zaire*, No. 242/1987, rapport Human Rights Committee, UN Doc. A/45/40 at 77 (1990).

¹⁶⁴ HRC, *Cañon Garcia v. Ecuador*, No. 319/1988, rapport Human Rights Committee, UN Doc. A/47/40 at 290 (1992).

¹⁶⁵ GA Resolution 2001/62, UN Doc. A/56/156, p 3.

in gevangenisplunje. In *De Bouton t. Uruguay*¹⁶⁷ veroordeelde het HRC de psychologische foltering van een vrouw die gedurende 36u geblindoekt en geboeid gedwongen werd rechtop te staan in een kamer, zonder dat iemand bij haar kwam, terwijl ze uit de aanpalende kamers het voortdurende geroep en geschreeuw hoorde van andere vrouwen. Later, tijdens haar ondervragingen werd bedreigd met “more effective ways than conventional torture to make her talk”.

De Special Rapporteur on Torture bij de VN ging, na een bezoek aan Azerbeidzjan, zelfs zo ver te stellen dat de dreiging met psychologisch geweld, op zich ook al moreel geweld kan uitmaken¹⁶⁸.

Ook het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens veroordeelde in de zaak van *Barrera t. Bolivia*¹⁶⁹ het gebruik van nep-executies en nep-begrafenissen, evenals dreigingen met folteringen, zelfs al werden deze niet uitgevoerd.

‘Between insults and beatings, they terrorized him saying that they were going to take out his eyes, cut off his hands or some other part of his body. (...)Although they prepared the cattle-pick and in spite of continued threats, the interrogations did not end in violence.’

2. Opsluiting van gevangenen

In artikel 10 BUPO wordt het recht voor personen beroofd van hun vrijheid om met menselijkheid en eerbied te worden behandeld, nog eens expliciet aangehaald en verduidelijkt¹⁷⁰.

1. Allen die van hun vrijheid zijn beroofd dienen te worden behandeld met menselijkheid en met eerbied voor de waardigheid, inherent aan de menselijke persoon.
2. a. Verdachten dienen, uitzonderlijke omstandigheden buiten beschouwing gelaten, gescheiden te worden gehouden van veroordeelden en dienen aanspraak te kunnen maken op een afzonderlijke behandeling overeenkomend met hun staat van niet veroordeelde persoon.

b. Jeugdige verdachten dienen gescheiden te worden gehouden van volwassenen en zo spoedig mogelijk voor de rechter te worden geleid.

¹⁶⁶ HRC, *Estrella v. Uruguay*, No. 074/1980, rapport Human Rights Committee, UN Doc. A/38/40 at 150 (1983).

¹⁶⁷ HRC, *De Bouton v. Uruguay*, No. 37/1978, rapport Human Rights Committee, UN Doc. A/36/40 at 143 (1981).

¹⁶⁸ GA Resolution 2001/62, UN Doc. A/56/156, p 4.

¹⁶⁹ IACHR, *Barrera v. Bolivia*, No. 7824, Res. No. 33/82, Inter-American Commission on Human Rights, OAS Doc. ser.L/V/II.57, Doc. 6 rev. (1982) 44, beschikbaar op <http://www.cidh.org/casos.eng.htm>.

¹⁷⁰ Zie M. Nowak *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR commentary*, Kehl, N.P. Engel Publ., 1993, 183 ev.

3. Het gevangenisstelsel dient te voorzien in een behandeling van gevangenen die in de eerste plaats is gericht op heropvoeding en reclassering. Jeugdige overtreeders dienen gescheiden te worden gehouden van volwassenen en behandeld te worden in overeenstemming met hun leeftijd en wettelijke staat.

Dit artikel wordt vaak ingeroepen in combinatie met het verbod op foltering, onmenselijke en vernederende behandeling op opsluiting van gevangenen aan te klagen.

◆ Folterpraktijken en geweld tegen gevangenen

De oudste zaak met betrekking tot geweld en foltering door staatsorganen betrof een statenklacht ingediend tegen Griekenland omwille van praktijken naar verluidt toegepast door het kolonelsregime ten aanzien van politieke tegenstanders¹⁷¹. Het betrof onder andere de techniek van de ‘falange’, ook wel ‘bastinado’ genoemd, waarbij de Griekse veiligheidspolitie stokslagen toediende op de voetzolen, waarvan nadien nauwelijks verwondingen of littekens terug te vinden waren. Ook andere technieken zoals schijnexecuties, het toedienen van elektroshocks, het samendrukken van het hoofd tussen een bankschroef, het uitrukken van hoofd- en schaamharen, het toebrengen van slagen in de mannelijke geslachtsorganen, luide geluiden om gevangenen de slaap te ontbernen en het uiten van doodsbedreigingen werden door de Commissie in deze zaak onder de noemer foltering gebracht. Opmerkelijk was wel dat de Commissie aanhaalde dat bepaalde praktijken, zoals klappen op de handen of in het gezicht door gevangenen als normaal worden geacht en worden getolereerd. Wel werd aan deze opmerking toegevoegd dat de mate van aanvaarding kan verschillen naargelang de samenleving en zelfs binnen bepaalde delen van éénzelfde samenleving¹⁷².

In de zaak *Selmouni t. Frankrijk*¹⁷³ betrof het een verdachte die gedurende drie dagen werd vastgehouden en ondervraagd in een politiekantoor waar hij, naar eigen zeggen, werd geslaan, vernederd, verkracht, bevuild, belachelijk gemaakt, en onder andere psychisch werd vernederend omwille van zijn religie. Het Hof te Straatsburg kwam tot de conclusie dat hier sprake was van foltering, al achtte zij niet alle aangevoerde feiten bewezen.

In *Tomasi t. Frankrijk*¹⁷⁴ werd geoordeeld dat gebruik van geweld door politie ten opzicht van een verdachte in hechtenis strijdig was met het verbod op onmenselijke en vernederende behandeling ‘even where no serious long-term injuries are caused’. Dit principe werd uitgebreid in de zaak van *Ribitsch t. Oostenrijk*¹⁷⁵ waarin het Hof besliste dat elk gebruik van

¹⁷¹ ECHR, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*, rapport Commissie van 5 november 1969.

¹⁷² *Ibid.*, para. 501.

¹⁷³ ECHR, *Selmouni v. France*, arrest van 28 juli 1999.

¹⁷⁴ ECHR, *Tomasi v. France*, arrest van 27 augustus 1992.

¹⁷⁵ ECHR, *Ribitsch v. Austria*, arrest van 4 december 1995, para. 39.

geweld dat niet noodzakelijk is door het gedrag van het slachtoffer zelf de menselijke waardigheid aantast en aldus strijdig is met het verbod in artikel 3.

Daarentegen staat dat geweld tegen gevangenen of personen in detentie wel aanvaard wordt in zoverre dit te wijten is aan het gedrag van de persoon zelf. Zo werd in *Klaas t. Duitsland*¹⁷⁶ geen schending vastgesteld, omdat de vrouw zelf haar arrestatie tegenwerkte en zo mede haar verwondingen bewerkstelligde. Ook in andere gelijkaardige zaken achtte het Hof het gebruik van geweld toegelaten in zoverre dit noodzakelijk werd gemaakt door het gedrag van de gedetineerde zelf¹⁷⁷. In *Egmez t. Cyprus*¹⁷⁸ verduidelijkte het Hof te Straatsburg dat geweld door de politie dat, hoewel intentioneel, niet de bedoeling heeft tot bekentenissen te dwingen en ook geen langdurige effecten hebben geen foltering uitmaken maar wel een schending van het verbod op onmenselijke behandeling.

◆ Materiële detentieomstandigheden

Wat betreft de condities van detentie is de bestaande rechtspraak zeer uitgebreid. De VN Standard Minimum Rules beschrijven uitgebreid de materiële vereisten wat betreft minimale grote van de cel, aantal kubieke meter lucht per celgenoot, adequate sanitaire faciliteiten, kleding, meubilair en voldoende en geschikt voedsel¹⁷⁹. Het Human Rights Committee verduidelijkte dat deze vereisten steeds dienen gerespecteerd te worden onafhankelijk van economische of budgettaire beperkingen van de betrokken staat¹⁸⁰. De rechtspraak van dit Comité op dit gebied is zeer uitgebreid¹⁸¹. Hieronder enkele zaken ter illustratie:

In *Portorreal t. Dominicaanse Republiek*¹⁸² werd geoordeeld dat een cel van 20 op 5 meter, waarin 125 personen werden vastgehouden, zodat sommigen, bij gebrek aan plaats, dienden te gaan zitten op uitwerpselen, een schending uitmaakte van het verbod op onmenselijke en vernederende behandeling. In *Massiotti t. Uruguay*¹⁸³ werd een gevangene vastgehouden in een cel waar het water, ten gevolge van het regenseizoen, tot 10 cm hoog stond. De cel was 4 op 3 m groot en huisde 35 gevangenen. Deze mochten op geen enkel moment de cel verlaten

¹⁷⁶ ECHR, *Klaas v. Germany*, arrest van 22 september 1993.

¹⁷⁷ Zie K. Reid, *A practitioner's guide to the European Convention on Human Rights*, London, Sweet & Maxwell, 2004, p. 522.

¹⁷⁸ ECHR, *Egmez v. Cyprus*, arrest van 21 december 2000.

¹⁷⁹ UN Standard Minimum Rules for Prisoners, rules 10, 12, 17, 19 en 20.

¹⁸⁰ HRC, *Mukong v. Cameroon*, No. 458/1991, rapport Human Rights Committee, UN Doc. A/49/40 at 171 (1994), para. 9.3.

¹⁸¹ Zie S. Joseph, J. Schultz en M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: cases, materials and commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (2nd ed.), p. 277 ev.

¹⁸² HRC, *Portorreal v. Dominican Republic*, No. 188/1984, rapport Human Rights Committee, UN Doc. A/43/40 at 207 (1988).

¹⁸³ HRC, *Massiotti v. Uruguay*, No. 25/1978, rapport Human Rights Committee, UN Doc. A/37/40 at 187 (1982).

en hadden geen recht op tijd in openlucht. Het HRC stelde in *Parkanyi t. Hongarije*¹⁸⁴ dat slechts vijf minuten per dag voor persoonlijke hygiëne en vijf minuten per dag voor wandeling in openlucht onvoldoende waren en aanleiding gaven tot een schending van artikel 10 BUPO. Evenzo werd in *Brown t. Jamaica*¹⁸⁵ een schending bevonden aangezien de beklaagde geen bed had noch matras in zijn cel, zonder voldoende verluchting of licht, terwijl hem enige lichaamsbeweging en medische behandeling werd ontzegd, zowel als voldoende voedsel en drinkbaar water.

In de zaak *Guzzardi t. Italië*¹⁸⁶ stelde het Europees Hof dat een zekere ‘level of severity’ moet worden bereikt alvorens de detentieomstandigheden onverenigbaar worden bevonden met artikel 3 EVRM. In onderhavige zaak betrof het een verdachte die in afwachting van zijn proces werd vastgehouden in een oud gebouwencomplex op een afgelegen deel van een klein eiland. Het Hof oordeelde, dat hoewel deze omstandigheden als ‘irksome’ en ‘unpleasant’ kunnen worden omschreven, deze niet de vereiste graad van ernst bezitten om in strijd te zijn met artikel 3. In verschillende andere zaken kwam de Europese Commissie overigens tot de conclusie dat een staat niet aansprakelijk kan worden gehouden voor detentieomstandigheden door de gevangenen zelf veroorzaakt of aan zichzelf opgelegd, zoals het weigeren van het dragen van gevangenskledij, waardoor zij naakt dienden rond te lopen¹⁸⁷, het weigeren van een onderzoek door de gevangensdokter¹⁸⁸ of het weigeren van voedsel als protest¹⁸⁹.

In *Peers t. Griekenland*¹⁹⁰ oordeelde het Hof te Straatsburg dat naast het feit dat de cel geen verluchting of raam had tijdens de warmste periode van het jaar, het feit dat hij het toilet in zijn cel moest gebruiken in aanwezigheid van zijn celgenoot een aantasting uitmaakte van zijn waardigheid. In de recente zaak van *Kalashnikov t. Rusland*¹⁹¹ werd de situatie waarbij de gevangene was opgesloten in een cel van 17 vierkante meter met 7 andere celgenoten, waar televisie en lichten nooit werden gedoofd, waar het toilet diende te worden gebruikt in het zicht van de celgenoten, waar geen verluchting was (en veel rokers in de cel), noch verwarming in de winter of koele lucht in de zomer, waar het eten werd genomen op geen

¹⁸⁴ HRC, *Parkanyi v. Hungary*, No. 410/1990, rapport Human Rights Committee, UN Doc. A/47/40 at 317 (1992).

¹⁸⁵ HRC, *Brown v. Jamaica*, No. 775/97, rapport Human Rights Committee, UN Doc. A/54/40, at 260 (1999).

¹⁸⁶ ECHR, *Guzzardi v. Italy*, arrest van 6 november 1980.

¹⁸⁷ ECHR, *McFeeley v. United Kingdom*, nr. 8317/78, beslissing Commissie van 15 mei 1981; *X v. United Kingdom*, nr. 8231/78, beslissing Commissie van 6 maart 1982.

¹⁸⁸ ECHR, *R., S., A. and C. v. Portugal*, nr. 9911/82 en 9945/82, beslissing Commissie van 15 maart 1984.

¹⁸⁹ ECHR, *McQuiston v. United Kingdom*, nr. 11208/84, beslissing Commissie van 4 maart 1986.

¹⁹⁰ ECHR, *Peers v. Greece*, arrest van 19 april 2001.

¹⁹¹ ECHR, *Kalashnikov v. Russia*, arrest van 15 juli 2002.

meter van het toilet en waarbij de cel tevens werd gedeeld met kakkerlakken en mieren, een inbreuk bevonden op het verbod van artikel 3.

In *Krocher en Moller t. Zwitserland*¹⁹² daarentegen werden de verdachte politieke terroristen opgesloten in afzonderlijke cellen, ver van andere gevangenen, met niemand naast, onder of boven zich in de cel. Bovendien werden zij om veiligheidsredenen onder een zeer streng bewakingsregime geplaatst. Hun ramen van de cel waren geblokkeerd, het licht bleef constant schijnen, en enig contact met andere gevangenen, familie, vrienden, televisie of radio werd hun ontzegd. Wel werden deze maatregelen in de loop der maanden versoepeld. Mede door deze laatste ontwikkelingen, door het feit dat de gevangenen zelf niet echt meewerkten en door het ‘climate of terror’ in die periode werden al deze maatregelen niet beschouwd als een schending van artikel 3.

In sommige andere zaken hield het Hof te Straatsburg er rekening mee dat de gevangenen slechts gedurende een korte periode waren vastgehouden in mindere omstandigheden, of dat de aangevochten omstandigheden niet ernstig genoeg werden beschouwd. Zo werd het opgesloten zitten in een cel gedurende drie weken, in het gezelschap van kakkerlakken¹⁹³ of één nacht doorbrengen in een cel die nog ruikt naar de uitwerpselen van een vorige bewoner¹⁹⁴ niet als voldoende beschouwd om een schending vast te stellen.

◆ Handboeien

Het aanbrengen van (hand)boeien bij een verdachte wordt normaal niet gevat door het verbod op foltering, onmenselijke en vernederende behandeling, tenzij hierbij geweld wordt gebruikt of indien deze handeling onnodig vernederend wordt uitgevoerd. Zo werd in *Raninen t. Finland*¹⁹⁵ geoordeeld dat rekening dient te worden gehouden met het gedrag van de verdachte zelf. In casu achtten de Straatsburgse autoriteiten het niet bewezen dat de verdachte zijn arrestatie zou tegenwerken, een poging zou doen tot vluchten, geweld zou gebruiken en gewonden zou maken, materiaal zou ontvreemden of kapot maken. Bovendien werd de verdachte onnodig voor publiek en zijn eigen steungroepen gehandboeid voorgeleid. Voor de Commissie waren deze handelingen voldoende ernstig om aanleiding te geven tot een schending van het verbod of vernederende behandeling, maar deze visie werd niet gevolgd door het Hof.

¹⁹² ECHR, *Krocher and Moller v. Switzerland*, rapport Commissie van 16 december 1982.

¹⁹³ ECHR, *Reed v. United Kingdom*, (1983) 5 E.H.R.R. 114.

¹⁹⁴ Zie hierover: S. Livingstone, “Prisoner’s rights in the context of the European Convention on Human Rights”, (2000) 2 *Punishment and Society* 309-324, p 314.

¹⁹⁵ ECHR, *Raninen v. Finland*, arrest van 16 december 1997.

◆ Lichaamsonderzoek

In *McFeeley t. Verenigd Koninkrijk*¹⁹⁶ werden de gevangenen telkens zij werden overgebracht naar een ander deel van de gevangenis en voor en na elk bezoek aan een fouillering (een zgn. ‘close body search’) onderworpen, waarbij zij werden uitgekleed en met lamp en spiegel werd nagegaan of zij niets verborgen hielden in mogelijke lichaamsholten. De Europese Commissie oordeelde in deze zaak dat deze maatregelen rechtmatig waren ingevoerd omwille van de veiligheid in de gevangenis, het dreigement van de IRA in verband met het gevangenisbewakers en dat bovendien de vereiste graad van vernedering niet was bereikt. Later in *Valasinas t. Litouwen*¹⁹⁷ oordeelde het Europese Hof echter dat hoewel lichaamsonderzoek bij gevangenen in bepaalde omstandigheden noodzakelijk kan zijn omwille van de veiligheid of de rust in de gevangenis, dit onderzoek dient te gebeuren op een behoorlijke manier en met respect voor de waardigheid van de verdachte. In casu doorstond het verplicht uitkleden in aanwezigheid van een vrouw, het aanraken van de geslachtsdelen en het voedsel van de gevangene met blote handen de test van het respect voor de waardigheid van de verdachte niet. In de zaak *Lorsé en anderen t. Nederland*¹⁹⁸ oordeelde het Hof dat, aangezien beklagde reeds aan extreme veiligheidsmaatregelen was onderworpen (zware bewaking, cel in afzondering), wekelijkse visitaties (lichaamsonderzoek) gedurende meer dan zes jaar waarbij nooit iets werd gevonden, niet noodzakelijk kunnen worden geacht en aanleiding kunnen geven tot mentale kwellingen en gevoelens van inferioriteit. Het verbod op vernederende behandeling werd hierdoor geschonden.

◆ Medische behandeling²

Er rust op staten ook steeds de verplichting zo nodig te voorzien in een adequate medische verzorging voor gevangenen¹⁹⁹. In *Hurtado t. Zwitserland*²⁰⁰ werd door de Europese Commissie een schending van artikel 3 EVRM vastgesteld aangezien de verdachte pas na acht dagen bij een dokter werd gebracht, niettegenstaande deze een ribfractuur had opgelopen. In de zaak *Hénaf t. Frankrijk*²⁰¹ werd het vastketenen bij de enkel van een 75-jarige kankerpatiënt aan zijn ziekenhuisbed terwijl twee agenten buiten de kamer de wacht hielden eveneens strijdig geacht met artikel 3.

¹⁹⁶ ECHR, *McFeeley v. United Kingdom*, nr. 8317/78, beslissing Commissie van 15 mei 1981.

¹⁹⁷ ECHR, *Valasinas v. Lithuania*, arrest van 24 juli 2001.

¹⁹⁸ ECHR, *Lorsé and others v. the Netherlands*, arrest van 4 februari 2003.

¹⁹⁹ Zie hierover Y. Arai-Yokoi, “Grading scale of degradation: identifying the threshold of degrading treatment or punishment under article 3 ECHR”, (2003) 21 *N.Q.H.R.* 385-421, p 410-412.

²⁰⁰ ECHR, *Hurtado v. Switzerland*, rapport Commissie van 8 juli 1993.

²⁰¹ ECHR, *Hénaf v. France*, arrest van 27 november 2003.

◆ Seksueel geweld en verkrachting

*Aydin t. Turkije*²⁰² was de eerste zaak waarin het Hof te Straatsburg tot de conclusie kwam dat er sprake was van foltering, in een geval van aanhoudende verkrachtingen van een slachtoffer in detentie.

Ook de Inter-Amerikaanse Commissie voor de Rechten van de Mens oordeelde in *Mejía t. Peru*²⁰³ dat verkrachting door militair personeel aanleiding geeft tot een schending van het verbod op foltering. De Commissie verduidelijkte dat aangezien verkrachting aanleiding geeft tot zowel fysieke als mentale pijn (geen melding wordt gemaakt van graad van ernst), gepleegd met het oogmerk te intimideren en straffen en begaan door een lid van de veiligheidsdiensten, het verbod op foltering hierdoor werd geschonden.

Het Human Rights Committee stelde in verschillende zaken tegen Uruguay vast dat naakte vrouwen ophangen aan hun handboeien een vorm is van vernederende behandeling²⁰⁴.

◆ Contact met de buitenwereld

Op het vlak van contact houden met familie, vrienden en in het bijzonder met een advocaat heeft de internationale rechtspraak een grote impact gehad. In *Campbell t. Verenigd Koninkrijk*²⁰⁵ besloot het Europese Hof dat routinematig lezen van de post van de gedetineerden een inbreuk was op hun recht op privacy en dat alleen in uitzonderlijke omstandigheden post kan worden achtergehouden. In *Silver t. Verenigd Koninkrijk*²⁰⁶ werd dit principe nog verder uitgebreid en werd verduidelijkt dat enkel om zeer goede redenen correspondentie met de buitenwereld aan censuur kan worden onderworpen, zoals een gevaar voor de algemene veiligheid van de staat of de goede orde binnen de gevangenis. Wat betreft het recht op bezoek, is het Hof zeer terughoudend om staten op dit gebied ruime verplichtingen op te leggen²⁰⁷.

◆ Eenzame opsluiting/ Isoleercel

Eenzame opsluiting op zich levert geen schending op van het verbod op foltering²⁰⁸. Tot nog toe werd door het EHRM nog geen schending van artikel 3 EVRM ten gevolge van eenzame opsluiting vastgesteld, maar het Hof verduidelijkte wel dat rekening dient te worden

²⁰² ECHR, *Aydin v. Turkey*, arrest van 25 september 1997.

²⁰³ IACHR, *Mejía v. Peru*, No. 5/96, rapport Inter-American Commission on Human Rights 1995, OAS Doc. OEA/ser.L/V/II.9 Doc.rev.7 (1996), beschikbaar op <http://www1.umn.edu/humanrts/cases/commissn.htm>.

²⁰⁴ HRC, *Gilboa v. Uruguay*, No. 147/1983, rapport Human Rights Committee, UN Doc. A/41/40 at 128 (1986); HRC, *De Bouton v. Uruguay*, No. 37/1978, rapport Human Rights Committee, UN Doc. A/36/40 at 143 (1981)..

²⁰⁵ ECHR, *Campbell v. United Kingdom*, arrest van 25 maart 1992.

²⁰⁶ ECHR, *Silver and others v. United Kingdom*, arrest van 25 maart 1983.

²⁰⁷ Zie hierover S. Livingstone, "Prisoner's rights in the context of the European Convention on Human Rights", (2000) 2 *Punishment and Society* 309-324, p 318..

gehouden met de specifieke omstandigheden, de striktheid, de duur en het doel van de maatregel, en het effect van de maatregel op de betrokkene²⁰⁹. In het recente arrest van *Öcalan t. Turkije*²¹⁰ besliste het Europese Hof bovendien dat indien veiligheids-, beschermings- of disciplinaire maatregelen dit vereisten, het geen contact hebben met andere gevangenen op zich geen schending uitmaakt van artikel 3 EVRM.

3. Lijfstraffen als tucht- of strafsancie

Zowel het Human Rights Committee in zijn General Comment nr. 7 als de Straatsburgse autoriteiten in hun uitgebreide rechtspraak hebben er herhaaldelijk op gewezen dat lijfstraffen niet kunnen aanvaard worden als tuchtsancie noch als straf op zichzelf. Hoewel het verbod op lijfstraffen in de Westerse wereld een evidentie lijkt, worden verschillende vormen van geseling, slagen of andere lichamelijke verwondingen als legitieme straffen aanzien in vele delen van de wereld. Een rapport van Amnesty International toont aan dat in juni 2000, 31 landen in de wereld nog voorzagen in lijfstraffen als legitieme straf voor misdadigers, en dat sinds 1997 amputaties hebben plaatsgevonden als straf in ten minste 7 landen en geselingen in ten minste 15 landen²¹¹. In geen enkel mensenrechtenverdrag wordt het verbod op lijfstraffen expliciet vermeld, maar het wordt natuurlijk wel onder de noemer van het verbod op foltering gebracht. Regel 31 van de VN Standard Minimum Rules neemt het verbod op lijfstraffen wel uitdrukkelijk op.

In de bekende zaak van *Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*²¹² boog het Hof in Straatsburg zich over een straf van een 15-jarige delinquent van 3 slagen met een roede ('birch') op het blote achterwerk. Voor het Hof maakte deze straf enkel een vernederende behandeling uit, aangezien de jongen er slechts een korte tijd een gezwollen huid aan overhield. Niettemin benadrukte het Hof dat lijfstraffen door de politie een vorm van geïnstitutionaliseerd geweld door de staat uitmaakt, dat daardoor inherent een vernederend karakter heeft en dus strijdig is met het verbod van artikel 3 EVRM. Rechter Fitzmaurice verduidelijkte in zijn dissenting opinion dat naar zijn mening, hoewel lijfstraffen ongewenst en moreel verkeerd zijn, deze in zijn ogen geen vernederende behandeling uitmaken. Hij verwees daarbij naar de vele straffen die hij en vele andere Britten hadden opgelopen in strenge internaten tijdens zijn kindertijd.

²⁰⁸ ECHR, *Lorsé and others v. the Netherlands*, arrest van 4 februari 2003, para. 63.

²⁰⁹ Zie hierover J. Vande Lanotte en Y. Haeck (eds.), *Handboek EVRM, Deel 2; Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, Vol. I., p 175 ev.

²¹⁰ ECHR, *Öcalan v. Turkey*, arrest van 12 maart 2003, para. 232.

²¹¹ Amnesty International, *Combating Torture: a manual for action*, London, Amnesty International, 2003, 268 p.

²¹² ECHR, *Tyrer v. UK*, arrest van 25 april 1978.

Ook het Human Rights Committee veroordeelde herhaaldelijk het toedienen van lijfstraffen. Bijvoorbeeld in de zaak van *Higginson t. Jamaica*²¹³ werd gesteld dat het opleggen van een straf van 6 zweepslagen het verbod van artikel 7 BUPO schond. In *Matthews t. Trinidad en Tobago*²¹⁴ werden 20 slagen met de roede veroordeeld. In zijn Concluding Remarks met betrekking tot Irak besloot het Human Rights Committee dat amputaties van de handen of het verbranden van veroordeelden een schending uitmaakten van artikel 7 BUPO en niet konden worden gerechtvaardigd op grond van culturele of religieuze argumenten²¹⁵.

4. Bewijsproblematiek

Het grootste probleem dat zich in het kader van foltering en onmenselijke behandelingen echter stelt is vaak het gebrek aan bewijs. Slachtoffers worden overgeleverd in de handen van staatorganen en slagen er vaak niet in voldoende bewijsmateriaal te vinden om hun beschuldigingen te staven. Dikwijls krijgen zij niet meteen de mogelijkheid een dokter te consulteren²¹⁶ waardoor zij geen vaststellingen kunnen laten doen van de hun toegebrachte verwondingen. Sommigen sterven tijdens de gevangenschap (tengevolge van de foltering?) en dan is het voor nabestaanden nog moeilijker hiervan bewijs te leveren.

De verschillende rechtbanken, belast met de bescherming van de rechten van de mens, zijn zich hiervan gaandeweg bewust geworden en hebben dan ook zekere bescherming ingebouwd voor slachtoffers van politiegeweld en geweld in gevangenissen²¹⁷. Zo erkende de Commissie in Straatsburg in de zaak *Tomasi t. Frankrijk*²¹⁸ dat de bewijslast in dergelijke zaken niet op de één of andere partij rust, maar integendeel dat alle elementen in de zaak dienen te worden onderzocht. De Commissie stelde verder dat in zaken waarbij geen getuigen zijn om de feiten vast te stellen, men kan veronderstellen dat verwondingen opgelopen tijdens een periode in detentie zijn toegebracht door degenen die het slachtoffer hebben opgesloten. Met andere woorden de bewijslast wordt hierbij overgedragen aan de aangeklaagde staat²¹⁹. Het Hof verduidelijkte in latere arresten dat

²¹³ HRC, *Malcolm Higginson v. Jamaica*, No. 732/1998, rapport Human Rights Committee, UN Doc. A/57/40, at 140 (2002).

²¹⁴ HRC, *Matthews v. Trinidad and Tobago*, No. 569/93, rapport Human Rights Committee, UN Doc. A/53/40, at 30 (1998).

²¹⁵ HRC, Concluding remarks on Iraq (1997), UN Doc. CCPR/C/79/Add. 84, para. 12.

²¹⁶ Zie supra.

²¹⁷ Zie J. Vande Lanotte en Y. Haecq (eds.), *Handboek EVRM, Deel 2; Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, Vol. I, p 158-159.

²¹⁸ ECHR, *Tomasi v. France*, rapport Commissie 11 december 1990, para. 91.

²¹⁹ A. Cassese, "Prohibition of torture and inhuman and degrading treatment or punishment" in R. MacDonald, F. Matscher and H. Petzold (eds.), *o.c.*, p 250-251.

‘Where an individual is taken into custody in good health but found to be injured at the time of release, it is incumbent on the State to provide a plausible explanation as to the causing of the injury, failing which a clear issue arises under article 3 of the Convention.’²²⁰

5. Conclusie

In deze tijden van groeiende dreiging uitgaande van internationaal terrorisme gaan er steeds meer stemmen op om zekere vormen van foltering toe te laten, om verdachte terroristen tot bekentenissen te dwingen en zo grote menselijke rampen te kunnen voorkomen. Hoewel een nobele gedachte, gaat dit idee volledig voorbij aan de fundamentele pijlers waarop een democratische samenleving is gestoeld. Internationaal recht laat er geen twijfel over bestaan: elke mogelijke vorm van lichamelijke foltering, zowel als psychische dreigingen en moreel geweld zijn absoluut verboden. Geen enkele situatie of terroristische dreiging kan van deze regel afwijken. Menselijke waardigheid staat aan de top van de ladder van de te verdedigen burgerlijke rechten in onze democratische samenleving. Verschillende psychologische testen en onderzoeken tonen aan, dat hoewel ongetwijfeld soms effectief, foltering ook vaak leidt tot foutieve of gefantaseerde informatie, omdat slachtoffers vaak alles zouden zeggen om de pijn te doen stoppen. Maar het enkele feit dat deze methodes ‘soms’ werken kan niet op zich rechtvaardigen dat deze praktijken ook toelaatbaar moeten worden geacht. Bovendien blijkt dat er ook verschillende gevallen zijn van mensen die onterecht worden opgepakt en naderhand vrijgelaten worden omdat ze toch niets met de zaak te maken hadden. Het zal je maar overkomen dat je ‘per ongeluk’ gedurende dagen wordt gefolterd om iets te bekennen waarover je helemaal niets weet. Sommigen stellen voor een limitatieve lijst op te stellen van toegelaten ondervragingstechnieken, die het verbod op foltering, onmenselijke en vernederende behandeling niet al te zeer schenden²²¹. Het probleem hiermee is dat dit de spreekwoordelijke doos van Pandora opent. Wie beslist, waar ligt de grens, voor welke verdachte handelingen is foltering mogelijk, in hoeverre moet je rekening houden met de persoon die voor je zit (leeftijd, fysieke vorm, psychische kracht?,...), hoe lang en zo meer. En hoe snel keren we op die manier terug naar de tijd van de Gestapo of de Spaanse Inquisitie? Anderen stellen voor rechters te laten beslissen over mogelijke toegelaten vormen van foltering in specifieke gevallen. Maar wat als deze rechter een slechte dag heeft, sadistische neigingen heeft of een verborgen haat jegens bepaalde rassen? Als we deze

²²⁰ ECHR, *Aksoy v. Turkey*, arrest van 18 december 1996, para. 61.

²²¹ Zoals reeds bestaat bij de meeste strijdkrachten, zie voor de USA: www.usatoday.com/news/world/2004-06-22-interrogation-usat_x.htm

praktijken een zekere vorm van legitimiteit geven, verlagen we ons tot hetzelfde niveau als misdadigers en terroristen zelf en geven we ons lang bevochten democratische waarden zonder slag of stoot op, wat precies is waar terroristen uiteindelijk op uit zijn.

Zoals Mark Twain zei “To a man with a hammer, everything looks a nail”; geef politie, veiligheidsagenten en militairen de mogelijkheid sommige technieken te gebruiken en zij zullen dat doen ook, zeker tegen individuen die ervan verdacht worden, tientallen, honderden en misschien wel duizenden onschuldige doden op hun geweten te hebben.

Wanneer in 1978 de toenmalige Italiaanse premier Aldo Moro werd ontvoerd, en één van de ondervragers voorstelde foltering te gebruiken tegen een gevangene die mogelijke meer informatie kon vrijgeven, antwoordde het hoofd van de Italiaanse politie: “Italy can survive the loss of Aldo Moro, but it cannot survive the introduction of torture”. Het vat perfect de opzet van dit essay samen.

LtCol d'Avi (Res) M. ALLAER

ACOS-IS

Reglementation Internationale apercu du document OTAN AJP 2.5

Le Chapitre 1 définit les termes en usage, rappelle que les textes traitant des PG doivent être en possession de tout militaire et de toute autorité qui s'occupe de PG.

Ce même chapitre rappelle que toute activité en rapport avec les PG se fera en concordance avec les CG3 et –si signées avec les protocoles additionnels de 1977.

Les jeunes capturés, lorsqu'ils ont pris part à des actions de guerre, ne sont repris ni dans CG3 ni dans CG4. Ce cas spécifique se règle donc avec les autorités du pays et doit être prévu dans le Mémorandum of Agreement (MOA), si cela s'avère nécessaire pour la mission particulière.

Ce MOA revêt une importance grandissante dans la mesure c'est lui qui donnera les lignes directrices déterminant comment traiter les personnes suspectées d'actes de terrorisme, de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre ou d'autres crimes.

Le 2 traite des actions à prendre à l'endroit même de la capture afin de glaner les éléments essentiels en matière de renseignement, et sa catégorisation immédiate quant à son intérêt.

On y insiste sur la rapidité d'action nécessaire, sur la nécessité de remplir le formulaire des effets personnels. Ensuite s'il s'agit d'un groupe en tant que tel, il faudra remplir le Group Capture Report.

Les personnes capturées sont également divisées en cat A et B intéressant et B moins intéressant. Cat A : Officiers généraux, chefs d'états major, jusqu'au niveau corps d'armée, officier du renseignement, forces spéciales, cryptographes, Psyops, pilote ou marin. Ensuite catégorie B, C ou D, dans un ordre décroissant.

Il y est mentionné que seul du personnel habilité à effectuer des interrogatoires doit prendre les détenus en mains.

Les déserteurs, les civils et les personnes qui endoctrinent doivent être séparés des autres. Ensuite il conviendra de conduire ces personnes vers le plus proche point de rassemblement. Le personnel de la marine et de la force aérienne doit être identifié et interrogé par des équipes spécialisées dans ces armes.

Si l'on a des doutes sur la catégorisation des personnes, elles bénéficieront des protection de PG (art 4 CG3) jusqu'à ce qu'un tribunal ait tranché.

Quelques lignes ensuite sur le traitement des personnes capturées en mer.

Puis le questionnement tactique : C'est du personnel spécialisé qui doit s'en occuper. Si vraiment nécessaire, l'officier ou le sous-officier le plus élevé en grade peut essayer de conduire ou de superviser l'interrogatoire. Cet interrogatoire doit tenter de trouver du renseignement urgent en situation tactique. Bien fouiller la personne, demander du renseignement tel que défini au préalable. Un PG peut se cantonner à décliner ses nom, prénom, grade, date de naissance, n° matricule. Les autres personnes capturées ne doivent EN PRINCIPE pas donner la moindre information.

Pas de torture mentale ou physique, pas d'injure. Ceux qui ne peuvent répondre pour raison physique ou mentale seront conduits dans un hôpital.

L'interrogatoire sera conduit dans une langue compréhensible par la personne détenue.

Le paragraphe traitant du matériel capturé définit tout ce qui est de nature à équiper, soutenir, supporter des activités criminelles, terroristes ou militaires sans distinction d'appartenance au combat ou non. Ce matériel sensible et les documents techniques y afférents devront être traités après la rédaction d'un INTREP. Ensuite si possible on effectuera un premier screening suivant un formulaire adapté (PRETCHREP) annexe E. On notera le matériel, puis on l'évacuera suivant la chaîne logistique. Si pas possible, photos, dessins. Ce qui peut servir de preuve pour confondre des criminels de guerre devra être séparé.

Les documents, à présent suivent à peu près le même chemin. Ce qui peut servir de preuve pour des criminels de guerre sera marqué CRIMINAL EVIDENCE et renvoyé ASAP à la police militaire ou autre personnel habilité.

Luitenant v/h Vlw Pieter VAN MALDEREN

DGJM-LEGAD-Int

Een praktische toepassing: “De Detentiepolitiek van de International Security Assistance Force”

Algemeen kader ISAF

In 2002 werden de eerste eenheden van de ISAF ontplooid in Afghanistan. Met een ‘breed’ mandaat stond de ISAF in voor het helpen van de Afghaanse Interim-regering bij het bewaren van de vrede en de veiligheid in Kaboel²²².

Sinds 2003 nemen ook Belgische eenheden deel aan de ISAF, hoofdzakelijk op de Kabul International Airport (KAIA). In 2004 werd er onder commando van het Eurocorps tevens een detachement ontplooid als onderdeel van de Battle Group 3. De totale getalsterke van de Belgische militairen betrof toen ongeveer 650 personen.

De ISAF ‘Detention Policy’ was gedurende 2004 het zorgenkind van verscheidene ISAF-naties. Er bestond vooralsnog geen vanuit ISAF opgelegde detentiepolitiek; enkel een draft/voorstel van detentie-politiek. Het was dus aan elke ISAF-natie afzonderlijk om de modaliteiten van detentie te bepalen (binnen het kader van de toepasselijke nationale en internationale regelgevingen). Detentie was aldus een zuiver nationale aangelegenheid.

Het advies van de ISAF Legal Advisor was destijds om ‘te vermijden personen gevangen te nemen (aangezien vorige ISAF detachementen daar ook in geslaagd waren)’. De facto zou het BE Detachement bij gevangenne van een persoon, deze zo snel mogelijk over gedragen hebben aan de International Military Police²²³.

In theorie konden de ISAF-naties die een persoon gevangen namen, hem steeds laten overbrengen naar een U.S. Detention Facility te Bagram. Om *bepaalde*²²⁴ redenen bleek geen enkele ISAF-natie bereid om haar gevangenen te laten overbrengen naar Bagram.

²²² Via UNSCR 1510 (2003) uitgebreid naar het volledige grondgebied van Afghanistan.

²²³ Die dan eigenlijk met het zelfde probleem zou opgescheept zitten aangezien er nog geen ISAF Detention Policy was.

²²⁴ Bij het aan het licht komen van incidenten in Abu Graib en Bagram bleken deze redenen gegrond te zijn.

In januari 2005 werd de 'approved version' van de ISAF Detention Policy uitgebracht door het Allied Joint Force Command te Brunsum.

In maart 2005 werd een gedetailleerde Standard Operating Procedure (SOP) uitgebracht door HQ ISAF (onder Turkse leiding) met betrekking tot de ISAF Holding Facilities. Gezien de classificatiegraad van dit document, wordt de SOP hier slechts summier besproken.

1. Het juridisch kader

De juridische basis voor het vasthouden van personen bevindt zich in verscheidene (al dan niet ten opzichte van elkaar hiërarchische) documenten. Hierna worden kort de volgende documenten besproken: Het Bonn Agreement, de UNSCR 1386 (2001) en 1510 (2003), het Military Technical Arrangement en de ISAF Rules of Engagement.

Vooreerst is er het 'Agreement on Provisional Arrangements in Afghanistan pending the Re-establishment of Permanent Government Institutions', gedaan te Bonn in 2001 tussen prominente Afghaanse leiders en onder auspiciën van de Verenigde Naties (VN).

Het Bonn Agreement bevat een verzoek²²⁵ aan de VN om een door de VN gemandateerde troepenmacht te sturen naar Afghanistan om bij te dragen aan het bewaren van de vrede en veiligheid in Kaboel en de omliggende gebieden.

In antwoord hiervan werd door de Resolutie van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties 1386 (2001) een 'International Security Assistance Force' gecreëerd '*to take all necessary measures to fulfil its mandate*'²²⁶. Haar mandate is '*to assist the Afghan Interim Authority in the maintenance of the security in Kabul and its surrounding area's, so that the Afghan Interim Authority as well as the personnel of the United Nations can operate in a secure environment*'²²⁷.

De UNSCR 1510 (2003) breidde deze bevoegdheid uit naar het gehele grondgebied van Afghanistan.

²²⁵ Annex I, para 3 of the (Bonn) Agreement on provisional arrangements in Afghanistan pending the re-establishment of permanent government institutions, December 2001: '*Conscious that some time may be required for the new Afghan security and armed forces to be fully constituted and functioning, the participants in the UN Talks on Afghanistan request the United Nations Security Council to consider authorizing the early deployment to Afghanistan of a United Nations mandated force. This force will assist in the maintenance of security for Kabul and its surrounding areas. Such a force could, as appropriate, be progressively expanded to other urban centers and other areas.*'

²²⁶ S/RES/1386 (2001) www.un.org

²²⁷ *Ibid.*

Het Military Technical Arrangement (MTA) tussen de ISAF en de Afghaanse Interim Administratie bevat de uitdrukkelijke toelating aan de ISAF om geweld te gebruiken ‘*to protect the ISAF and its Mission*’.

De ISAF Rules of Engagement (ROE) op hun beurt staan de detentie van personen toe wanneer dit nodig is voor (1) force protection²²⁸, (2) wettige verdediging²²⁹ en (3) het volbrengen van de opdracht²³⁰. Het begrip ‘Detention’ wordt gedefinieerd als volgt: ‘*The act of holding in custody for lawful purposes such as prosecution, maintenance of public safety, or pursuant to legal order.*’²³¹

In de ISAF Detention Policy wordt benadrukt dat de Islamitische Republiek van Afghanistan verantwoordelijk is voor het bewaren van de vrede en veiligheid in het land (en dat de ISAF enkel in steun is van de Afghaanse Interim Administratie). Hieruit volgt dat:

- de bevoegdheid van de ISAF om een persoon te detineren²³² enkel en alleen zal worden gebruikt als laatste oplossing. Niet alle quasi-militaire of criminele activiteiten zijn een redelijke basis voor detentie door de ISAF;
- de door de ISAF vastgehouden personen zullen (uiteindelijk) worden vrijgelaten of worden overgedragen aan de Afghaanse Veiligheidstroepen; en dat
- de ISAF geen beperkingen kan opleggen aan de Afghaanse autoriteiten wanneer een door de ISAF vastgehouden persoon aan de Afghaanse Veiligheidstroepen wordt overgedragen.

Alhoewel niet uitdrukkelijk vermeld, is deze Detention Policy slechts toepasselijk als er ‘non-ISAF personnel’ wordt vastgehouden.

Tot slot dient nog te worden vermeld dat de ISAF Detention Policy niet van toepassing is op PW’s of PIFWCs²³³ ingevolge de rechtmatige uitoefening van de bevoegdheid van een

²²⁸ ‘force protection: All measures and means to minimize the vulnerability of personnel, facilities, equipment and operations to any threat and in all situations, to preserve freedom of action and the operational effectiveness of the force.’ AAP-6(2005)

²²⁹ Art 416 Sw: ‘Er is noch misdaad, noch wanbedrijf, wanneer de doodslag de verwondingen en de slagen geboden zijn door de ogenblikkelijke noodzaak van de wettige verdediging van zichzelf of van een ander.’

²³⁰ ‘to assist the Afghan Interim Authority in the maintenance of the security in Kabul and its surrounding area’s, so that the Afghan Interim Authority as well as the personnel of the United Nations can operate in a secure environment’ S/RES/1386 (2001)

²³¹ MC 362/1 – NATO Rules of Engagement

²³² Volgens de Detention Policy is men slechts een ‘ISAF detained person’ wanneer de ISAF effectief controle heeft over de persoon en de plaats waar hij of zij wordt vastgehouden.

²³³ Prisoners of War (PW) en Persons Indicted for War Crimes (PIFWC)

Internationaal Gerechtshof of andere bevoegde rechtbanken. De natie die krijgsgevangenen vasthoudt zal er voor zorgen dat de behandeling van deze personen in overeenstemming zal zijn met het Internationaal Humanitair Recht en de Mensenrechten.

2. De ISAF-detentie

(a) Gronden voor detentie

Zoals hierboven reeds werd aangehaald zijn er slechts drie gronden voor detentie van personen door de ISAF:

- ISAF ‘force protection’;
- wettige verdediging van het ISAF-personeel; en
- de gedetineerde is een bedreiging voor het volbrengen van de opdracht.

(b) De Detention Authority

De volgende personen/autoriteiten mogen optreden als ‘ISAF Detention Authority’ indien aan één van de gronden van detentie is voldaan: (1) de Commandant van ISAF (COMISAF), (2) de tweede Commandant ISAF (DCOMISAF); (3) Commandant van de Kabul Multinational Brigade (COM KMNB), (4) een bataljonscommandant (of iemand met dezelfde toegewezen bevoegdheden), (5) een commandant van een Provincial Reconstruction Team (PRT), of (6) een ‘on-scene commander’.

Wanneer de ISAF een persoon vasthoudt, is het niet de bedoeling om deze vastgehouden persoon in detentie te houden. Personen die worden vastgehouden dienen zo snel mogelijk over gedragen te worden naar de Afghaanse Veiligheidstroepen (of te worden vrijgelaten). Het is enkel indien men ‘on reasonable grounds’ meent dat het noodzakelijk is dat de gevangen genomen persoon²³⁴ in detentie blijft, dat men hem zal overbrengen naar een ISAF Detention Facility. Hoe de term ‘on reasonable grounds’ dient te worden geïnterpreteerd werd niet hernoemen in de ISAF Detention Policy. Aldus wordt de nodige flexibiliteit voor de commandant ter plaatse gegarandeerd.

De ‘reasonable grounds’ en de toepasselijkheid van één van de drie gronden tot detentie dienen ook continu te worden geëvalueerd. Indien de grond tot detentie vervalt, dient de

²³⁴ Die enkel in detentie kan genomen worden op basis van één van de drie gronden tot detentie.

persoon onmiddellijk te worden vrijgelaten of te worden overgedragen aan de Afghaanse Veiligheidstroepen.

(c) De Gevangename

i. Initiële gevangename

Wanneer een persoon door de ISAF wordt gevangengenomen, zal hij gefouilleerd en indien nodig ontwapend worden. De goederen in het bezit van de gevangengenomen persoon mogen in beslag²³⁵ genomen worden. Al de in beslag genomen goederen dienen nauwkeurig te worden geregistreerd. De gevangene krijgt een afschrift van dit document. Ingeval van vrijlating zullen deze persoonlijke goederen teruggegeven worden aan de gevangene. Wapens, munitie of andere gelijkaardige goederen of uitrusting die in het bezit zijn van de gevangengenomen persoon zullen in beslag worden genomen. Deze goederen zullen niet worden teruggegeven op het einde van de detentie.

Het document dat de in beslag genomen goederen herneemt, zal ook melding maken van de personen die verantwoordelijk zijn voor de bewaking van de gevangene.

Naast de ontwapening zal de gevangene (zo snel mogelijk) onderworpen worden aan een medisch onderzoek.

Het nationaal contingent dat de detentie initieert heeft de eerste verantwoordelijkheid voor de degelijke behandeling van de gevangene. HQ ISAF is verantwoordelijk voor de communicatie met externe organisaties aangaande de basis en het statuut van de door ISAF gevangen genomen personen.

ii. Plaats van detentie

De gevangenen zullen bij voorkeur onder worden gebracht in ISAF Holding Facilities²³⁶. Deze Holding Facilities zullen verwijderd zijn van gevaarlijke zones. Indien nodig zal het nodige veiligheidsmateriaal ter beschikking gesteld worden van de gevangene.

De Holding Facilities zullen geschreven SOPs²³⁷ opstellen die in overeenstemming zijn met de ISAF Detention Policy. De SOPs zullen door de gevangenen kunnen worden ingezien.

²³⁵ In beslagname dient hier niet gezien te worden in de strikte Belgische juridische betekenis van het woord.

²³⁶ Indien de vangennemende natie de controle over een gevangene overdraagt aan een andere natie (die bijvoorbeeld een holding facility heeft), zullen 'de nodige afspraken' dienen te worden gemaakt dat aan de toepasbare standaarden voldaan wordt.

(d) Behandeling van de gevangenen

i. Algemeen

Voor de behandeling van gevangenen zal geen onderscheid gemaakt worden naar ras, religie, kleur, geslacht, taal, politieke overtuiging of nationale en sociale origine.

Geen enkele gevangene zal onderworpen worden aan wrede, inhumane of denigrerende handelingen. Gevangenen zullen beschermd worden tegen beledigingen en publieke curiositeit. Elke oncorrecte behandeling zal dadelijk gemeld worden aan COMISAF, die desgevallend de nodige onderzoeken zal instellen.

ii. Indeling

De gevangenen zullen (desgevallend) ingedeeld worden op basis van clan, religieuze overtuiging, leeftijd, geslacht of enige andere factor die van belang is voor het welzijn van de gevangene. Indien een vrouw onderworpen is aan detentie zal al het (operationeel) mogelijke gedaan worden om haar privacy te respecteren in overeenstemming met de toepasselijke islamitische en religieuze praktijken, meer in het bijzonder tijdens de foullering en medische onderzoeken.

Indien de gevangene jonger blijkt te zijn dan achttien jaar, zal hij met speciale zorg behandeld worden. Desgevallend zullen de LEGADs ISAF en KMNB contact nemen met de detentie-autoriteit, de bevoegde Afghaanse autoriteiten en de relevante internationale organisaties.

iii. Ondervraging

Indien aan de gronden van detentie voldaan zijn mag ISAF personeel de gevangene ondervragen. Het louter hebben van inlichtingen of het belang van verdere ondervraging is géén basis voor (verlenging van de) detentie onder de ISAF Detention Policy.

De gevangene heeft het recht om te weigeren om te antwoorden op de vragen gesteld door zijn ondervragers. Deze weigering mag géén invloed hebben op zijn positie als gevangene. Enkel ISAF personeel zal de gevangene ondervragen, tenzij uitdrukkelijk toegestaan door COMISAF. Desgevallend zal er steeds een vertegenwoordiger van ISAF aanwezig zijn tijdens de ondervraging van de gevangene.

iv. Rapportering

De detentieautoriteiten dienen er voor te zorgen dat elke relevante gebeurtenis tijdens de detentieperiode van een gevangene genoteerd en gerapporteerd wordt. Een door COMISAF aangewezen orgaan zal een grondig onderzoek instellen naar elke mogelijke beschuldiging van misbruik, nalatigheid of mishandeling van gevangenen.

De dood, verwondingen of zware ziekte van een gevangene zullen onverwijld mede gedeeld worden aan COMISAF en de ISAF Military Police.

Dagelijks zal er een rapport opgesteld worden betreffende de fysieke toestand van de gevangene, de duur van de detentie, de vasthoudende eenheid, de plaats van detentie, etc. Dit rapport wordt verstuurd aan COMISAF.

(e) Rechten²³⁸ van de gevangene

i. Basisvoorzieningen

De gevangenen zullen voorzien worden van voldoende voedsel, water en kleding om hen in een goede staat van gezondheid te houden. De voeding van de gevangenen zal in overeenstemming zijn met hun religieuze gewoonten en tradities (tenzij operationeel niet haalbaar). Er dienen voldoende voorzieningen te worden getroffen voor de persoonlijke hygiëne en gezondheid van de gevangene. Al het (redelijkerwijs) mogelijke dient te worden gedaan opdat de gevangene zijn religieuze verplichtingen kan uitoefenen.

ii. Bescherming

De namen van de gevangenen zullen beschermd worden, maar zullen ter beschikking gesteld worden van de bevoegde Afghaanse autoriteiten en het ICRC²³⁹, tenzij het vrijgeven van de namen de operationele veiligheid of de veiligheid van de gevangene hierdoor in gevaar zou komen. Onder normale omstandigheden zullen de namen van de gevangenen binnen de 24 uur na de initiële detentie overgemaakt worden aan het ICRC.

iii. Indiening klachten en juridische bijstand

Bij aankomst in een plaats van detentie zal de gevangene in zijn eigen taal worden geïnformeerd over zijn recht van klachten in te dienen aangaande de redenen van zijn detentie, de lengte van zijn detentie en de behandeling tijdens zijn detentie. Er is geen

²³⁸ Het begrip 'rechten' dient hier niet noodzakelijk gezien te worden als 'in rechte afdwingbare aanspraken'.

²³⁹ International Committee of the Red Cross.

beperking op het aantal klachtenbrieven die door de gevangene geschreven kunnen worden naar de bevoegde ISAF-autoriteiten.

iv. Correspondentie en bezoeken

Tenzij niet aanvaardbaar om operationele redenen, zal het de gevangene worden toegestaan om zijn familieleden op de hoogte te stellen van zijn gevangename. Deze kennisgeving aan de familieleden kan gebeuren via telefoon, brief of via ISAF personeel.

De gevangene zal toegestaan worden om op regelmatige basis bezoek te ontvangen van een naast familielid (tenzij niet mogelijk om operationele of veiligheidsredenen).

v. Medische behandeling

Om valse beschuldigingen van mishandeling te vermijden zal het medisch personeel de fysieke conditie van de gevangene zo snel mogelijk na de gevangename onderzoeken. Voor de vrijlating of overdracht aan de Afghaanse veiligheidsdiensten zal de gevangene nogmaals medisch onderzocht worden. Individuele foto's dienen genomen te worden van de gevangene bij initiële gevangename en voorafgaand aan overdracht of vrijlating. Deze foto's zullen niet verspreid worden aan de pers, maar kunnen desgevallend overgemaakt worden aan ander ISAF-naties, de Afghaanse Autoriteiten of het ICRC.

De gevangene heeft toegang tot medische verzorging.

vi. Bezoeken van het ICRC

Het ICRC zal op regelmatige tijdstippen toegang krijgen tot de plaatsen van detentie. COMISAF heeft de bevoegdheid om een verzoek tot bezoek te sturen aan het ICRC om te laten nagaan of de modaliteiten van de detentie in overeenstemming zijn met de internationale standaarden.

(f) Duur en einde van de detentie

i. Duur van de detentie

Indien aan één van de drie gronden tot detentie voldaan is, mag de (initieel) vasthoudende ISAF autoriteit beslissen tot een periode van detentie van maximaal 6 uur.

Deze initieel vasthoudende ISAF autoriteit kan, indien zij dat nodig acht, de vastgehouden persoon langer dan 6 uur in detentie houden. Daarvoor moet zij vóór het verstrijken van de initiële 6 uur, de zaak ter goedkeuring voorleggen aan COM KMNb of een PRT Commander.

Indien de goedkeuring verkregen wordt, zal de verlenging van de detentieperiode zich niet verder uitstrekken dan 24 uur.

Het is aan COM KMNB of aan de PRT Commander om de afweging te maken of een detentie voor langer dan 24 uur nodig is. De beslissingmacht hiervoor ligt enkel en alleen bij COMISAF (of zijn aangewezen vervanger). Hij is de enige autoriteit die een detentie van langer dan 24 uur kan toestaan. COMISAF kan een detentie toestaan tot maximaal 96 uur (te rekenen vanaf de initiële gevangennamen). Bij het verstrijken van de periode van 96 uur dient de gevangene vrijgelaten te worden of te worden overgedragen aan de Afghaanse Veiligheidstroepen.

Een schematische voorstelling hiervan bevindt zich in Bijlage A.

ii. Vrijlating

Wanneer de gevangene vrijgelaten of overgedragen wordt aan de Afghaanse autoriteiten, zal hij alle persoonlijke eigendommen terugkrijgen die hem werden ontnomen bij zijn gevangennamen. De ontvangst van deze persoonlijke bezittingen zal schriftelijk bevestigd worden.

3. Detention Facilities (SOP 1122)

Gezien de classificatiegraad van de ISAF SOP 1122 aangaande de 'Detention of non-ISAF personnel' kan er in deze bijdrage geen gedetailleerde analyse van dit document volgen.

In het algemeen kan men stellen dat deze SOP de richtlijnen van de ISAF Detention Policy verder uitwerkt tot op een lager niveau. Wat betreft onder meer fouillering, medisch onderzoek en transport van gevangenen worden gedetailleerde regels voorzien. Daarnaast vindt men in het document ook een nauwkeurige beschrijving van de fysieke voorwaarden van een detention facility (afmetingen, constructie, indeling van het gebouw, enz).

4. Besluit

Als toepassing van de theorie (zie vorige uiteenzettingen) is de ISAF Detention Policy een document dat mijns inziens weinig of geen kritieken vergt.

Desalniettemin bevinden er zich ondanks de gedetailleerdheid van de ISAF Detention Policy en haar uitvoerende SOP, geen bepalingen omtrent de mogelijkheid tot sanctionering van de gevangenen (indien zij zich zouden ‘misdragen’). Daarnaast wordt de mogelijkheid tot ‘ontspanning’ van de gevangenen niet uitdrukkelijk vermeld noch in de SOP noch in het Policy document.

Major P L BAKER

Custody Desk Officer
British Army

Major Baker joined the Royal Artillery branch of the British Army in 1977 and transferred into the Military Provost Staff in 1985. He has seen operational service in Northern Ireland, the Falkland Islands and during the first Gulf War and is one of the team members representing the UK on the NATO joint working group to rewrite AJP2.5. He is currently heavily involved with the rewrite of UK Operational Custodial doctrine and has recently returned from both Bosnia and Iraq where he has been advising on detention operations. He is the Custody Desk Officer for the British Army and works at the Headquarters Provost Marshal (Army).

The UK approach to powhandling – Practical applications from Iraq

Good afternoon ladies and gentlemen and thank you for inviting me to talk to you today amid such magnificent surroundings. My aim for the next 30 minutes is to share with you the UK approach to POW Handling operations with specific reference to Iraq. I will be discussing both the pre-deployment planning stages and some practical aspects we consider as being key to ensuring operational success.

I shall of course be basing my talk on UK doctrine but it may hearten you to know that our doctrine is very closely aligned with the NATO POW doctrine distilled within AJP 2.5, and with which, I know you are familiar. In addition, I hope to give you a flavour for the UK's emerging doctrine and for the way it is predicted to manifest itself in practical terms.

We must never forget however that in 99% of instances, all this huff and puff about 'agreements' and 'protocols' and 'understandings' and 'op orders' and 'standing orders' and so on is absolutely meaningless unless a soldier somewhere - who often hasn't slept for 36 hours and is either uncomfortably hot or freezing cold, is filthy or wet, or both... can apply our doctrine in the correct manner. That is the challenge that we must overcome...

Right from the outset I cannot emphasize enough that having sound doctrine and regular training are essential. In the British Army all new recruits have a standard training package on the Law of Armed Conflict delivered to them and this is underpinned by what we call the Moral Component - training in doing that which you know to be right, irrespective of the circumstance. These training packages are then delivered on an annual basis to all members of the Army as part of their mandatory annual refresher training. The point of all of this is that when our troops are being prepared for operations they are already inculcated with an almost second-nature ethos of the British way.

That 'British Way' stems from a firm understanding and acceptance of the Geneva Conventions and other applicable international law re-focussed through the medium of our own doctrine – Joint Warfare Publication 1-10 – Prisoner of War Handling. It is fair to say that in addition to this we have a large bank of corporate memory of dealing with the local populace going back to Malaya through our experiences in Northern Ireland, and down to the present day. These experiences have helped to shape our doctrine and ensure that respect for the law and the rules of war are a culture and a firmly embedded mindset, rather than an obligation or an inconvenience.

It is vital that this ethos is imbued in the soldiers during 'peacetime' – whatever that may mean these days – as there will not be sufficient time when preparing for an operation. And this need not in any way impair the fighting mans ability or aggression at the right time – we continue to take our war fighting training very seriously indeed.

So, forgive me for taking a few moments to set the scene for you, but I felt that without some detail of what the enduring British approach is to POW Handling and associated issues – and POW Handling never takes place in a clinical vacuum, but always under the influence of other events – you will not be well-placed to get value from the rest of my talk.

Turning now to the pre-deployment phase of an operation, the first consideration is the Memorandum of Agreement (MOA) between nations. You will be familiar with this from AJP 2.5 and with the fact that it is at this stage that your own national view and ethos can be inputted into the process. It is here that a common definition of a POW will be articulated as they pertain to that operation. In addition, procedures for establishing tribunals to define the status of those who do not fall within defined categories will be set out, as will the procedures for transferring captured personnel between nations. The important factor here being of course that the capturing nation never relinquishes its responsibility for the well being of its' POWs, irrespective of whether they have been transferred or not. Another vital element of the MOA is to set out the approved interrogation methods and techniques.

Once this piece of work has been completed the force directive and op order can be produced and it is from here that our specific training requirements fall. Training may already have started but it will lack the focus it most certainly needs if the policy on matters such as the Rules of Engagement, POW Handling etc have not been agreed and promulgated in a timely manner. We owe it to our troops to give them as much time as we possibly can to prepare for

an operation – and not to have to suffer delays in training because two lawyers – the present distinguished company excepted! – could not agree on a particular ‘shade of grey’.

So, for Iraq, as with all operations, we started with the training of the individual soldier, which we have already looked at – build up through small unit and then unit training, until we reach formation-level training. At the unit level is the first occasion where we introduce outside subject matter experts in Prisoner of War Handling – members of the Military Provost Staff, of which I am a member.

At this point it might be useful for me to explain why it is that the Military Provost Staff – or MPS for short - are subject matter experts in this field of operations. The basis is that the MPS runs the Military Corrective Training Centre in peacetime. This is the only correctional establishment of its size that serves all of the British Armed Services. It takes detainees from the Royal Navy, the Army and the Royal Air Force and the maximum sentence that someone can serve there is two years. It also has a special secure block for detainees accused of serious crimes that are awaiting trial. The emphasis throughout the establishment is on corrective training which translates into a combination of physical exercise and refreshing detainees on their basic military core skills including map reading, NBC and weapon handling. It is not possible to join the MPS direct on joining the Army – all members are volunteers who have reached at least the rank of sergeant and who undergo a rigorous selection process and special training. This provides the Services with a rounded, highly experienced individual who is a military custody and detention expert.

The Centre has numerous independent checks and balances in place. The first is a visit by an outside Officer nominated by the local Brigade once a week who is available to listen to and investigate any complaint that a detainee may have. There is also an appointed panel of twelve civilian volunteers who are under remit to visit informally at least once a month and formally twice a year, to again, listen to and investigate any complaints from detainees. The final major external check is that the Centre is formally inspected by Her Majesty’s Chief Inspector of Prisons one every three years and receives a surprise inspection by her team once in the intervening years. The report from those inspections goes to Ministers and is also published on the Home Office website.

In short, the members of the MPS are accustomed to the peculiar nuances of military detention, are experts in their field, and are used to operating within the applicable laws and

being subject to regular and independent inspections and scrutiny. This pays huge dividends when they are asked to set up detention facilities on operations and in their interaction with organisations such as the International Committee of the Red Cross. I believe that we recognise the benefits that establishing a good working relationship with outside organisations can bring in terms of the welfare of POW or detainees in our custody, and in terms of our international standing and our relations with the local populace – the implications of getting operational custody operations wrong are far reaching and, at a basic level, is often manifested by way of increased attacks on our own troops.

When ‘we’ get it wrong it is not only POWs or detainees that suffer, we suffer too.

So, back to unit training. We plan on deploying a core of MPS staff on operations and these will provide the pre-deployment training to units and will ultimately provide the advisors to the Commanders of detention facilities, once established. Here we can see members of the MPS conducting pre-deployment training to a unit, and here we see them delivering similar training to Royal Marines on board ship. The training will focus very much of the basic principles of POW Handling and the emphasis in the past has always been on POW Handling only, not detainees or internees – there are plans to alter this, but more about that later. The principles that we focus on are the correct basic soldier skills of searching, segregating, maintaining silence and the shock of capture, tagging individuals and equipment etc etc. Experience from our Joint Force Interrogation Teams – the JFIT - has shown that there have been frequent and unnecessary delays in them starting interrogation and thus gaining information, because basic things such as property has got mixed up or location of capture is not clear etc. This all seems like niff-naff and trivia to the infantry soldier, but unless he gets these basics right he is only building in pointless delay to the interrogation process – a process that is ultimately there to assist the infantryman.

Above this, we teach the principles that need to be applied in the use of the Unit Holding Area. There are several messages we aim to get across during this period. The first is that those who have been identified as being of interest to the Tactical Questioners are segregated and processed through tactical questioning as soon as possible. It is essential that anyone identified as being of interest to the J2X are processed and sped through the system. In line with this, we are changing our doctrine so that elements of the JFIT may deploy forward in order to conduct more detailed questioning sooner. Units are reminded that only trained,

qualified and current personnel may conduct Tactical Questioning – it is not something that anyone can undertake.

Units are also reminded that keeping hold of any POW or detainees merely increases their own administrative burden – better to pass that burden down the chain as quickly as possible. Linking in with both the tactical questioning piece and the administrative piece is resolving the paradox of ‘Maintaining the Shock of Capture’ with providing humane treatment under the Geneva Conventions. Certainly part of our training on maintaining the shock of capture is not to give ‘comforts’. By that we mean sweets, cigarettes, and in the early stages, possibly even some food and drink. These last two elements do not sit easily with the Geneva Convention and so guidance is given that food and drink should be given sufficient to maintain health in accordance with the Geneva Conventions. This reminds units again of the need for fast processing for those of intelligence interest.

Linking back to the vital role of Op Law (Legal Branch) in getting out timely policy is the fact that training will at this stage be conducted in the use of restraints or of vision inhibiting devices – such as blacked-out goggles etc. All of which issues should have been considered and authorised as necessary.

Whilst the unit training is taking place the other members of the MPS will be working under the Force Provost Marshal on identifying suitable detention facilities. Wherever possible we try to base these on an existing facility, but this ideal is not always achievable and improvisation has to kick-in. One point that I would wish to emphasize here is that despite the best efforts of the J3 planning staff to predict POW numbers ahead of a campaign, it is a notoriously difficult thing to achieve. To that end, it pays to be mentally prepared for the challenge of flexing scant resources in both J4 and personnel terms, to achieving a working detention facility and here we can see detainees that have just arrived at a collection point and here is the collection point itself. You will note the make-do nature of the facility bought about by the necessary exigency of that particular operation. Moving up a level, here we can see pictures of the Divisional Temporary Detention Facility – or DTDF - at Umm Qasr and you will note the increased sophistication of the facilities available. I will not go into the exact detail of the requirements of a detention facility as you can all read those within AJP 2.5, of more use may be for me to relate some of the lessons that we have learned. The first one is that soldiers who have inevitably, and understandably, been mentally gearing themselves up for war fighting do not relish the task of guarding POWs. I will go further and say that in general this is one of the least tasks that they would wish to have. In short, an

infantryman trains for combat – his purpose in life is, combat. For him to then be assigned the task of guarding those that other infantrymen have captured hits his self-esteem hard and lowers his morale. Sadly it is at this point that the odd rogue individual may be prone to inflicting abuse. This is a factor that we recognise and our MPS staff are trained to look at the guard force with a view to preventing this and to encourage them to realise the importance of their work – no easy task in itself.

This next point may seem obvious, but it is nonetheless worth saying anyway, and that is that experience has shown that the larger a detention facility grows in terms of size, so the more difficult it is to manage. Crime within the POW population increases, as do discipline problems and tensions brought about by such issues as access to ablutions, length of time it takes to get fed etc. These may seem like trivial issues to you and I, but as any custodial officer will tell you, it is these seemingly trivial matters that frequently occupy a prisoner's mind and grow out of all proportion to their actual worth in reality. Whilst we will inevitably have to make do with what we have in terms of facilities it will repay us if we can think ahead and anticipate some of the problems that increasing the size of a facility can bring.

As I mentioned before, where possible we base a detention facility on an existing structure. Here we can see an example of the DTDF at Shaibah that is based on a disused mental hospital – the facility is in the foreground of the picture, just beyond the disused mosque, and with the red or blue water containers on the roofs of the buildings. Clearly a facility such as this will restrict you in terms of numbers more so than a tented facility. Whilst the initial solution may appear to be to grow outwards by use of tents, you can guarantee that that would be one certain way to increase discontent amongst the POWs, with everyone wanting to be located in the buildings! Sometimes it can appear that every solution brings a problem!

During the war fighting phase of a campaign when POWs are the main type of captured person, the administration of the detention facility tends to be fairly straightforward. Inevitably however there will be a JFIT co-located with the detention facility and this will almost always become the focus for tensions amongst the POWs. It will cause tensions because some POWs will be transferred into the JFIT and those remaining outside will either have concerns for their welfare, or that they are imparting information – either can manifest itself in their attitudes and actions towards the guard force. In order to mitigate some of these tensions, and because it is quite simply the humane thing to do, the sooner that you can start to provide some form of physical exercise, such as football or volleyball, or mental exercise

such as chess or cards the better it will be for detainee/guard relations. You will note that none of these measures require much in the way of resourcing, or time, or effort, but they will have an exponential effect in dissipating problems.

Another problem for the guard force, and one that we now have formal recognition of in the draft rewrite of AJP 2.5, is that of the 'Military Tourist'. Inevitably there will be a whole range of people, usually under-employed Staff Officers it has to be said, that will think that day trip to a detention facility, and especially to a JFIT, is a 'wheeze'. It is essential that the OC of the facility is clear in that only those personnel who have been authorised from higher formation may visit. If necessary, for the UK, we make use of our linkage to the Force Provost Marshal to ensure that this particularly distasteful aspect is managed and minimised. Nothing disrupts the smooth running of a JFIT more than a constant stream of unnecessary visitors. The POW too may start to get the impression that they are on 'show in a zoo' if one is not careful – and this must be prevented.

Switching now to post-conflict operations, there is a whole sub set of new factors to consider for this phase. Staying with the detention facility for the moment. There were cultural issues that effected segregation such as whether people belonged to one tribe or another. There were sub-cultural issues such as that to be accused and detained for security reasons was considered acceptable and honourable, but to place such a person in a compound with – by their definition 'Ali-Babba's' – thieves and criminals – was a complete no-go. Attuning to these hidden cultural issues was not always easy but the quicker that one could raise ones awareness, the smoother that operations worked. With the advent of detainees and internees - and I broadly use detainee to mean a criminal element and internee to mean someone of security interest – came the new phenomenon of visits. By this I mean visits by the friends and families, not by the ICRC, which had been occurring throughout the period. Again a whole sub set of issues need to be considered for visits – who is entitled, how frequently they may visit, the duration of the visit, what items if any may visitors bring in, policy on how many visitors may attend at any one time, production of a form of identification for visitors etc, etc, etc. And remember that all of this needs managing somehow by the detention facility staff and the guard force, including allowing enough time to search the visitors, finding a large enough suitable venue to hold the visits, access to ablutions etc. All of this may sound as if it is an administrative nightmare and it is true that it is not a small task, but visits do play an important role in the lives of your detainees and internees and managing the visit properly and with decency and humanity pays dividends for all concerned, not least of which is to

show the local populace that you are not the ogres that perhaps the local propaganda makes you out to be. This in itself can be a force protection multiplier. Here we can see members of the MPS talking to families during a visits session at Shaibah DTF.

I have mentioned the ICRC several times already and do not have much more to add other than that they play an important and integral role in all aspects of POW and detainee and internee ops and whilst they are quite properly concerned in maintaining their neutrality in all matters they can provide you with assistance in certain respects if it means helping captured persons.

Returning to the reconstruction process. One aspect that we hadn't anticipated being involved in was the training of the new Iraqi Correctional Services, some of whom can be seen here at the end of their training course. This brought fresh challenges to members of the MPS, mostly in the cultural field, because there wasn't an ethos of, shall we say 'humane treatment', within Iraq at that time and trying to educate some of the staff of the need for such an ethos was on occasions an eye opening experience! This aspect is not covered, as far as I am aware, in doctrine anywhere and remains a fascinating and unexplored area of detention operations. Eventually the British Home Office picked up this aspect and civilian Prison Governors were seconded out to assist in the training and oversight process.

Moving now onto our lessons learned from Iraq and what we have done with those lessons.

Firstly, in the field of doctrine, we are currently rewriting Joint Warfare Publication 1-10 – Prisoner of War Handling. We have recognised that one volume is not sufficient to capture all our doctrine and so we are producing a new three-volume publication. The new Joint Warfare Publication 1-10 will be aimed at providing Commanders with the overarching strategic guidance and principles that they need to consider. JWP 1.10A will concentrate on POW Handling matters, and JWP 1.10B will focus on Detainee and Internee operations. The aim is to have three complementary volumes, but that are capable of standing alone as doctrine if necessary. As part of our own audit and accountability process, we are proposing to introduce the process of inspecting operational detention facilities once they have been open for a month. This will involve an Officer – probably me! – from the Provost Marshal (Army) staff visiting the location and reporting against the conditions found there using either GC3 or 4 as a baseline measure. The exact requirements have yet to be refined, but it is seen as another way of focussing Commanders onto this important aspect of operations.

In the field of training I have been tasked with producing a new POW Handling training film for the Army – the current one is now somewhat dated. The new film will be available as a video and dvd and will come with instructors notes as a complete package. The film will be in three parts, much the same as the new JWP 1.10 series, with one part for Commanders, one concentrating on POW handling, and one for detainee/internee ops. The aim is to have the film complete by the end of this year and it will then be available for use by the three Armed Services.

In addition, we are introducing an operational training element into the course for our Regimental Police staff. The Regimental Police staff perform the provost duties within a unit albeit they are not ‘ card-carrying’ Service Police in the same sense that Military Police are. They are however responsible to Commanding Officers for running peacetime detention facilities within units and we consider that they are the people best placed to advise on the construction and running of Unit Holding Areas at unit level. We are quite clear that a member of the Regimental Police will not be able to attend the Tactical Questioning course and a Tactical Questioning qualified person will not be able to attend the Regimental Police course. We maintain a distinct doctrinal divide between the J2 side of the house and those that are responsible for POW handling as we believe that this brings a healthy and proper system of checks and balances to an operation.

In summary, it is an old military saying that in order to fight easy we need to train hard. In the field of custody operations that begins by getting the bedrock of doctrine firmly in place, followed by the implanting of an ethos and culture that is based around the sound principles of the Law of Armed conflict. Where you have specialists, use them, and if you do not have them, I would suggest that you consider ways of obtaining some.

For those of you that have stayed awake this long, I thank you for your attention, and for those that haven’t, I do hope that I didn’t disturb you too much! Thank you.

Professeur à l'Ecole de Criminologie (Faculté de Droit) de l'Université de Liège, Président de la Commission de criminologie militaire à la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre.

Comportement déviant : Quelques considérations

Introduction.

Jusqu'à présent tout au long de cette journée, les différents orateurs ont surtout précisé les règles qui prescrivent la manière de procéder envers les personnes capturées.

Ces exposés de cette journée montrent des aspects rassurants et indispensables :

- rassurants parce que on constate une communauté d'intentions dans les pays démocratiques ;
- indispensables parce que les règles cherchent à établir des limites qu'on doit faire appliquer aux différents échelons de commandement.

Mais on sait que les règles nationales et internationales sont nécessaires sans être suffisantes.

Pourquoi ?

- Un texte n'est jamais qu'une conception générale qui ne peut pas épuiser l'ensemble des conditions réelles ;
- Un texte - même le mieux rédigé - ne prémunit pas contre des conduites déviantes ; si la plupart des individus savent que la règle existe et qu'elle devrait les concerner, il en est toujours qui transgressent. Ils transgressent et présente des comportements déviants en étant créatifs quant à la manière et les raisons de transgresser sont multiples.

Lorsqu'il faut organiser les conditions d'exercice de la contrainte physique, les limites entre ce qui est nécessaire et ce qui devient inadmissible sont difficiles à trouver.

²⁴⁰ Professeur à l'Ecole de Criminologie (Faculté de Droit) de l'Université de Liège, Président de la Commission de criminologie militaire à la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre.

La situation est bien connue au plan criminologique. Pour ce qui concerne la police ou les prisons, on sait depuis longtemps que la ligne de démarcation entre l'usage légal de la contrainte et l'abus est assez mince.

On sait aussi que les comportements déviants sont parfois liés à des individus et parfois liés à un contexte difficile. Le risque de conduites déviantes existe dès que des hommes ont le pouvoir et le devoir de priver des autres hommes de leur liberté ; la nature militaire de la détention du personnel capturé est un exemple parmi d'autres des formes d'utilisation de contrainte. Les forces armées ne sont pas un monde à part dans ce domaine, et le risque de mauvais comportement ou de mauvaise organisation n'est pas pire qu'ailleurs.

Ce que je propose donc dans ces quelques considérations, c'est une approche rapide des conditions qui rendent possibles les comportements déviants. La connaissance des mécanismes psychosociaux peut ainsi permettre des conduites préventives.

1.- Capture et détention : deux phases de la prise de pouvoir sur autrui.

On sait que la phase de capture d'un individu est un moment délicat, aussi bien pour les policiers que pour les militaires ; le recours à la menace et à force est souvent nécessaire, et les premiers contacts physiques avec un individu inconnu sont une source de méfiance et d'incertitude ; le risque de rébellion, de conduites surnoises et agressives, n'est jamais absent. Logiquement, les tensions chez chacun des protagonistes peuvent assez aisément dégénérer en comportements rudes, voire en mauvais traitements. Fréquemment cependant, ne serait-ce que pour améliorer la sécurité de leur personnel, les forces armées ne négligent pas l'entraînement et l'enseignement sur ce point.

La phase de détention des personnels capturés est moins habituelle et pose plus de problèmes aux forces armées ; en effet, elle nécessite la mise en place d'une organisation, d'une infrastructure, mobilise un personnel qui n'est pas nécessairement formé à ce travail, et s'inscrit dans la durée.

La détention des personnes va de pair avec un isolement de l'unité de détention par rapport au reste des missions de sorte que gardiens et détenus forment un nouveau microcosme caractérisé par des besoins de discipline et de sécurité.

Les sociologues Crozier et Friedberg ont étudié les relations de pouvoir au sein des organisations. A la suite de leurs travaux, on peut observer que les institutions disciplinaires réduisent la marge de négociation des uns envers les autres :

- celui qui garde des prisonniers n'attend pas qu'ils fassent quelque chose de positif pour lui, mais veille plutôt à ce qu'ils ne fassent rien contre lui ;
- les prisonniers dépendent du bon vouloir de ceux qui les gardent, même pour la satisfaction des besoins élémentaires (nourriture, chauffage, courrier, hygiène, etc.)

Lorsque ces marges de négociation sont aussi étroites, et lorsque le pouvoir de l'un semble si important sur l'autre, la tentation est grande - pour celui qui a du pouvoir - de réduire au maximum la capacité d'initiative et de rechercher une maîtrise la plus complète possible de l'autre.

Mais celui qui constate qu'il n'a pas de pouvoir et qu'il risque d'en avoir de moins en moins, n'a pas d'autre choix que la résignation et la soumission ou la révolte ouverte et le sabotage.

Dans un tel système (totalitaire), le risque de comportements excessivement autoritaires, inutilement cruels ou sadiques ne peut jamais être écarté car les limites sont étroites.

On distingue des comportements de restriction ou de privation (sommeil, hygiène, soins, nourriture, contacts, etc.) ou l'établissement d'un système de conditionnement qui transforme ces besoins élémentaires en privilèges qu'il faut mériter. Les déprivations sensorielles sont un moyen inhumain de « casser » des individus et de les soumettre. Dans les régimes de détention, il est difficile de les justifier en-dehors des mesures disciplinaires d'isolement (cachot) qui doivent faire l'objet de procédures.

Mais ces comportements inutilement cruels et sadiques peuvent également être inventifs ; violences verbales et physiques, assauts sexuels, humiliations, etc. La façon d'exprimer la cruauté est par ailleurs bien connue ; elle est répétitive d'un humain à l'autre, d'un groupe ethnique à l'autre, même d'une époque à l'autre.

Les comportements déviants peuvent s'installer très rapidement et la situation peut dégénérer en quelques jours à l'intérieur d'une unité de détention. Il peuvent occasionner des décès, suite aux mauvais traitements ou par suicide, mais aussi des émeutes inutiles.

2.- Modèles de compréhension des conduites déviantes.

La tentative de compréhension des comportements déviants n'est pas nouvelle ; la plupart des régimes démocratiques définissent des règles pour l'usage légal de la détention, et instaurent des procédures de contrôle des hommes et des institutions.

Lorsque des comportements déviants sont connus, on recourt globalement à deux types d'explication, qui orientent aussi deux types de prévention : explications dispositionnelles et explications situationnelles.

2.1. Explications dispositionnelles

La théorie dispositionnelle postule que l'organisation a tout mis en œuvre pour fonctionner correctement, et les comportements déviants sont le résultat de quelques mauvais individus incontrôlables.

2.1.1.- « Bad apples theory ».

Quelques individus isolés sont responsables de mauvais comportements en raison de leurs seules dispositions caractérielles. Ils « pourrissent » le travail et font endosser aux institutions une mauvaise réputation qui n'est pas méritée.

Dans la théorie dispositionnelle, ces individus transgressent les normes pénales en vigueur, mais ils font également honte à leur groupe social par leur comportement ; lorsqu'on les juge et qu'ils sont reconnus coupables, ils sont souvent exclus de leur catégorie professionnelle (police, armée, administration pénitentiaire) et on veut ainsi montrer clairement que les comportements déviants ne sont pas du tout cautionnés par les autorités.

L'individu déviant est alors le seul porteur des déviances, et il reçoit fréquemment des qualifications caractérielles qui le définissent comme quelqu'un d'anormal : on évoque un psychopathe, un sadique, un tortionnaire, etc.

Ce qui se passe à ce moment, c'est que les circonstances non voulues placent ces individus en position favorable pour que leurs traits de caractère pervers s'expriment. Ils nuisent jusqu'à ce qu'on les repère.

On se trouve habituellement en présence d'individus qui présentent des déficiences à trois niveaux :

- Niveau cognitif :

L'individu, même avec une intelligence moyenne, a du mal à généraliser les règles et à les adapter en fonction des circonstances ; la règle est appliquée aux situations qu'il connaît parce qu'il les a rencontrées ou qu'on les lui a données en exemple, mais lorsqu'il faut faire preuve d'abstraction et transposer la règle dans un autre domaine nouveau, il n'y parvient pas et réagit avec inadéquation. Il peut être adapté à un type de situation et ne pas savoir s'adapter à une situation modifiée.

- Niveau émotionnel :

L'individu présente des variations importantes de l'humeur et se montre instable au plan caractériel, souvent avec de la susceptibilité et de l'irritabilité ; il aime se sentir en position d'autorité et réagit avec colère aux rébellions ; il aime les représailles. Il peut également se sentir menacé plus vite que d'autres et il perd son sang-froid quand il doit agir de façon autonome. Le comportement déviant (sadisme, harcèlement, violence) est pour lui une façon de se rassurer, surtout si dans les situations qui sortent de l'ordinaire. On peut évidemment trouver ce contexte lorsque les agents sont stressés par la fatigue, la peur, l'isolement ou l'éloignement. L'irritabilité et la dépression conduisent à se décharger sur les autres.

- Niveau moral ou idéologique :

L'individu semble en accord avec les valeurs véhiculées par les textes de loi et les règlements, mais en réalité, il est conforme tant que la situation ne met pas en conflit ses valeurs et celles auxquelles il devrait être loyal. Il y a une fausse conformité, et lorsque l'individu est laissé plus libre, ce sont ses valeurs qui reprennent le dessus sur les normes qui devraient s'imposer à lui.

On trouve évidemment à illustrer cette situation dans les cas d'individus qui ont choisi un métier de sécurité pour le plaisir du pouvoir. Dans ces cas, ils manifestent leur déviance quand le contrôle hiérarchique est plus difficile à exercer en raison de l'éloignement géographique

ou de la dispersion sur le terrain, ou encore évidemment lorsque l'autorité hiérarchique ne remplit pas sa fonction disciplinaire.

2.1.2. Théorie de la soumission.

Au fil des ans, la théorie de soumission à l'autorité développée par Stanley Milgram a été popularisée, non sans erreurs cependant, dues la plupart du temps à une perception réductrice des schémas d'expérience et des conclusions successives.

Il faut en effet rappeler que Milgram ne dit pas que les individus se soumettent de façon simple et directe à l'autorité, et qu'il serait dès lors envisageable de faire un tortionnaire avec n'importe qui.

Stanley MILGRAM, Professeur à l'Université de Yale aux Etats-Unis, a réalisé, de 1950 à 1963, des expériences qui avaient pour but de comprendre,

- comment les individus se soumettent à une autorité
- et comment ils sont amenés à faire des actes qu'ils ne feraient pas dans d'autres circonstances.

Les débuts des expérimentations découlaient de la perplexité devant les atrocités nazies et les affirmations de simple obéissance énoncées par les nazis lors des procès.

On se rappelle que Milgram instaure une situation d'apprentissage.

- un acteur joue le rôle de l'élève ;
- un volontaire joue le rôle du moniteur ;
- lorsque l'élève commet des erreurs dans ses apprentissages (retenir des couples de mots), le moniteur est prié de lui délivrer des chocs électriques d'intensité croissante, jusqu'à atteindre 450 volts ; on lui dit quels sont les risques ;
- la décharge électrique est factice mais le moniteur l'ignore
- on étudie dans quelle mesure les gens admettent de torturer ainsi quelqu'un qui ne leur a rien fait.

Dans un premier temps, le moniteur est dans une autre pièce et ne voit pas sa victime. Sur les 40 individus de cette première expérience, 26 infligent les chocs maximum à la victime, malgré ses protestations.

Par la suite, Milgram va abondamment modifier les paramètres de cette expérience initiale ; on compte aujourd'hui pas moins de 18 schémas d'expérience différents.

Parmi les variations les plus importantes, il faut citer :

- le moniteur est mis en présence de l'élève ;
- le moniteur doit avoir un contact physique avec l'élève (pour l'attacher) ;
- le moniteur assiste à un désaccord entre deux responsables sur la poursuite de l'expérience,
- le moniteur et l'élève appartiennent à des groupes ethniques différents ;
- le moniteur et l'élève sont de sexe différent ;
- moniteurs et élèves sont des femmes ;
- moniteurs et élèves sont issus d'autres pays que les USA ; etc.

Globalement, les taux d'obéissance demeurent très élevés et les moniteurs admettent le principe et les modalités de l'expérience. Ils se sentent peu responsables des douleurs infligées.

Milgram constate ainsi que le comportement inutilement cruel du moniteur est dicté par « l'ordre » donné, lorsque celui qui donne l'ordre est reconnu dans un statut d'autorité et que son autorité semble légitime.

Visiblement, l'obéissance ne peut exister que dans le cas où il existe une autorité sans équivoque et ne comportant pas de contradictions. « L'autorité doit être reconnue comme légitime pour celui qui s'y soumet ».

Il est donc peu probable qu'on puisse faire un tortionnaire avec n'importe qui et dans n'importe quelles conditions, mais il est également clair que lorsqu'on réunit ces conditions de légitimité de l'autorité, de clarté des ordres, et de reconnaissance du statut d'autorité, on accroît considérablement la soumission.

Mais l'autorité n'est pas nécessairement la hiérarchie.

Le comportement déviant peut être généré par deux formes de soumission :

- la soumission à une autorité hiérarchique
- la soumission à une autorité morale

Le tableau ci-dessous présente quelques uns des combinaisons possibles et peut mettre en évidence les risques accrus de comportements déviants en rapport avec la soumission à l'autorité.

	Ordre légitime	Ordre illégitime	Absence d'ordre
Autorité hiérarchique et morale	soumission	soumission	anomie et conscience individuelle
Autorité hiérarchique	obéissance ?	obéissance/refus ?	idem
Autorité morale	loyauté / fidélité	sous culture et déviance	idem

Lorsque l'ordre illégal est donné par une hiérarchie qui est également fortement reconnue au plan moral, l'individu se soumet et rejette difficilement l'ordre. Cette situation ne se présente pas facilement dans des institutions des régimes démocratiques, mais on l'a vue à l'œuvre, par exemple, dans le cas du croate Aleksovski, directeur de prison avant la guerre en Bosnie, directeur d'un sinistre camp de détention pendant la guerre.

Lorsque l'ordre illégal émane d'une autorité morale qui n'est pas la hiérarchie, l'individu déviant accorde sa confiance et sa loyauté à des leaders ; leur ascendant moral s'exerce parce qu'ils sont plus proches de l'individu que l'autorité hiérarchique. La soumission au leader local peut entraîner en contravention avec les ordres de la hiérarchie, ou celle-ci n'a pas donné d'ordres suffisamment explicites. On voit alors se former des groupes, comme une **sous culture déviante**, dans laquelle des individus s'associent (associations différentielles dégagées par E. Sutherland) sous la conduite d'un leader.

Ce genre de situation crée une zone de non droit dans des institutions dont la mission et l'intention sont pourtant d'être au service du droit, mais où tous les moyens n'ont pas été mis en œuvre pour assurer le contrôle des échelons d'exécution des tâches.

Dans ces deux sortes d'explications (bad apples theory et théorie de la soumission), les psychologues et sociologues montrent que l'individu s'écarte de l'homme normal ; on suppose que le coupable de telles actions de violence ou de torture est un individu pervers ou psychopathe. Les hiérarchies aiment assez ce genre d'explications, parce qu'elles permettent de réduire la responsabilité de l'institution ou de l'Etat.

2.2. Théorie situationnelle de Zimbardo.

Mais un autre courant de recherche, impressionnant aussi, montre que des individus non sélectionnés pour leur violence, non entraînés à la cruauté, non endoctrinés, peuvent dériver dans leurs comportements et se montrer sadiques et tortionnaires.

On doit au psychologue Zimbardo d'avoir démontré cela de façon magistrale en 1973.

Les recherches étaient financées par la Navy afin de mieux comprendre les révoltes dans les prisons pour les Marines.

Zimbardo a créé un simulacre de prison à la Stanford University et il a attribué au hasard à des étudiants de sexe masculin le rôle de gardiens et celui de prisonniers. Les candidats étaient tous blancs, provenant de la classe moyenne, sans passé judiciaire, jeunes, et exempts de maladie mentale et de troubles du comportement.

L'expérience devait durer 15 jours, et l'aménagement des sous-sols de l'université ressemblait bien à une prison américaine. Zimbardo donna aux pseudo gardiens des consignes générales de faire fonctionner cette prison, mais excluant le recours à la violence.

Dès le deuxième jour, cependant, il y eut une rébellion de la part des pseudo détenus et les gardiens réagirent avec force pour réprimer.

Par la suite, les gardiens se montrèrent systématiquement punitifs pour éviter la récidive ; la douche, la nourriture, le sommeil, les couvertures, devinrent très vite des privilèges.

Mais on vit également apparaître des comportements sadiques en contradiction avec les ordres donnés : des détenus durent nettoyer les toilettes à mains nues ; certains durent rester immobiles pendant des heures avec un sac sur la tête ; certains durent dormir nus, furent exposés à des actes homosexuels, et ont été exposés aux autres dans des positions corporelles humiliantes ou pornographiques.

N'en déplaise aux médias avides de sensationnalisme, on n'a vraiment rien inventé à Abu Ghraib ou ailleurs.

Le quatrième jour, il s'avéra que les détenus préparaient une nouvelle révolte et une évasion. Les gardiens envisagèrent de réprimer les meneurs de façon plus sadique encore (isolement sensoriel prolongé) et certains détenus commencèrent à présenter de graves troubles mentaux (crises, désorientation, confusion mentale, etc.).

Zimbardo arrêta l'expérience ; les gardiens étaient furieux parce qu'ils estimaient qu'ils commençaient à avoir le dessus sur les détenus...

Trente ans plus tard, à la lecture d'interviews récentes portant notamment sur Abu Ghraib, Zimbardo admet que lui-même s'est laissé prendre au rôle à l'époque et qu'il a fallu plusieurs jours pour qu'il parvienne à prendre de la distance et à concevoir le problème éthique qui se posait : « Nous étions tous tellement absorbés par notre rôle que nous n'avons pas vu que la situation se détériorait. Au lieu de me placer à l'extérieur de l'expérience, à titre d'observateur, je m'étais assigné le rôle de superviseur de la prison. C'était une mauvaise idée car j'ai perdu toute distance critique. Quand un des prisonniers a craqué, qu'il a éclaté en sanglots et nous a piqué une crise de rage, ma première réaction a été de penser qu'il essayait de nous tromper. Il a fallu deux jours avant que je réalise qu'il était vraiment mal en point et qu'il devait se retirer. »

The Prison Experiment est encore étudiée dans les milieux académiques et a largement alimenté la réflexion sur les conditions de détention en milieu carcéral.

L'expérience montre clairement que la violence n'est pas quelque chose d'inné. Un être jugé normal et équilibré, lorsqu'il est soumis à des conditions extrêmes (humiliation, violence, etc.) un individu peut rapidement sombrer dans la confusion mentale (6 jours ont suffi dans ce cas). Au contraire, lorsqu'on lui donne un pouvoir mal limité, l'individu peut rapidement dériver vers des comportements cruels et sadiques alors que rien ne l'y préparait.

Le poids des environnements fermés est redoutable.

3. Les préventions des comportements déviants

Il est clair qu'on ne sait jamais tout contrôler.

Mais il est tout aussi clair qu'il n'est pas réaliste de croire que les ordres donnés seront exécutés et suivis sur une longue période de temps si on surveille pas attentivement au jour le jour.

C'est particulièrement vrai quand des hommes exercent la contrainte et la privation de liberté sur d'autres hommes. La question n'est pas de savoir si des dérives ou des comportements déviants se produiront, mais bien quand, sous quelle forme, à quelle occasion, etc.

Il faut logiquement s'attendre à des conduites déviantes et c'est une responsabilité d'une hiérarchie (militaire ou autre) de se donner des moyens pour vérifier les inévitables dérives et les punir.

Au plan organisationnel, je me bornerai à rappeler ce que chacun sait :

- répéter les règles lors de briefing réguliers
- responsabiliser fortement les cadres intermédiaires
- être soi-même sur place pour vérifier
- fidéliser le corps médical et infirmier pour qu'il ne couvre pas les infractions
- punir les infractions
- porter une attention particulière aux périodes de nuit
- reconnaître le bien-fondé des visites que des organismes agréés rendent aux détenus

De façon plus préventive encore, il est clair qu'il vaut mieux sélectionner ceux qui devront travailler dans une unité de détention ;

- les individus connus pour leur violence, leurs excès de boisson, n'ont peut-être pas leur place ;
- les individus revendicateurs, à caractère paranoïaque, ne font pas de bons gardiens ;
- les individus asociaux, qui exercent une influence morale sur les autres en concurrence avec la hiérarchie, ne sont pas davantage à leur place.

Comme l'indiquait Zimbardo : « You can't be a sweet cucumber in a vinegar barrel ». Si on ne peut pas empêcher que certains individus aient des dispositions déviantes, on peut en tout cas faire tout ce qu'on doit pour que le tonneau ne soit pas plein de vinaigre au départ.

Numéro de Dépôt Légal/Afdeling Wettelijk Depot : D/2009/8547/4 – 20 Ex

Imprimé en Belgique

Gedrukt in België

Printed in Belgium