

## RESUME

Cet article explore la question de définir qui est un prisonnier de guerre selon le droit international humanitaire, et examine si les États-Unis ont fait une interprétation correcte du droit humanitaire lors de la détention des combattants Talibans et d'Al-Qaeda dans la baie de Guantanamo à Cuba.

L'Article 4 de la III<sup>e</sup> Convention de Genève de 1949 relatif au traitement des prisonniers de guerre est au centre du débat puisqu'il définit quelles sont les personnes répondant au statut de prisonnier de guerre. D'une manière générale, la question-clé est de savoir si les combattants talibans et d'Al-Qaeda se démarquaient des civils afghans. En effet, même si localiser ces combattants fut concrètement difficile, il n'a jamais été avancé qu'on ne pouvait les distinguer de la population civile. Une telle distinction, ainsi que l'apparente structure organisationnelle et hiérarchique de ces deux groupes, sont des arguments appuyant la reconnaissance de leur statut de prisonnier de guerre selon les termes de la Convention de Genève. Une telle classification est par ailleurs fidèle à l'esprit de la Convention.

Selon la Convention de Genève, l'identification d'une personne comme combattant est l'élément déterminant à la reconnaissance du statut de prisonnier de guerre pour toute personne engagée dans les hostilités. Il a été soutenu que l'Article 4 de la III<sup>e</sup> Convention de Genève n'avait jamais été destiné à inclure les personnes ayant participé à un conflit du type de celui qui s'est déroulé en Afghanistan, et que d'ailleurs les Conventions de Genève sont obsolètes dans un tel contexte. Les combattants talibans faisaient partie d'un groupe armé organisé avec une chaîne de commandement ainsi que toutes les autres caractéristiques d'une force armée. Même si, comparé à l'organisation militaire talibane, le cas des combattants d'Al-Qaeda semble plus problématique, l'Article 4 fait explicitement référence aux groupes de volontaires appartenant à une partie au conflit. De plus, l'Article 4(A)(3) de la III<sup>e</sup> Convention affirme clairement que la reconnaissance du statut de prisonnier de guerre n'est pas liée avec la reconnaissance d'un gouvernement.

Il est de l'intérêt même des États et des forces militaires de garantir aux prisonniers de guerre le traitement auquel ils ont droit. L'adhésion aux Conventions de Genève n'empêche pas l'interrogatoire des prisonniers de guerre ou leur éventuelle traduction en justice pour crimes de guerre ou autres infractions graves, le cas échéant. Cependant, l'Article 5 de la Convention est très clair sur un point: les prisonniers doivent pouvoir bénéficier de la protection prévue par la Convention jusqu'à ce que leur statut soit défini par un « tribunal compétent ». Dans l'éventualité où un tel tribunal ne leur accorderait pas le statut de prisonnier de guerre selon la III<sup>e</sup> Convention, ils pourraient néanmoins bénéficier de la protection offerte par la IV<sup>e</sup> Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles. En outre, le droit international des droits de l'homme s'appliquera de toutes façons à toute catégorie de prisonnier.

## SAMENVATTING

In dit artikel wordt nagegaan wie krijgsgevangene is naar internationaal humanitair recht en of de Verenigde Staten een correcte interpretatie van het humanitair recht hebben gemaakt bij de detentie van de Taliban- en Al-Qaeda-strijders in de Guantanamobaai op Cuba.

Artikel 4 van de derde Conventie van Genève van 1949 met betrekking tot de behandeling van krijgsgevangenen staat centraal vermits het definieert welke personen onder het statuut van krijgsgevangene vallen. In beginsel is het onderscheidend criterium of de strijders van de Taliban en van Al-Qaeda onderscheidende kenmerken hadden ten opzichte van de Afghaanse burgers. Immers, al was het localiseren van de strijders moeilijk, er werd nooit geopperd dat ze niet te onderscheiden waren van de burgerbevolking. Zulk onderscheid, alsook de duidelijke organisationele en hiërarchische structuur van beidegroeperingen, zijn argumenten die hun erkenning als krijgsgevangenen volgens de termen van de Geneefse Conventies steunen. Zulke classificatie past trouwens volkomen in het opzet van de Conventie.

Volgens de Geneefse Conventie is de identificatie van een persoon als krijgsgevangene het determinerend element voor de erkenning van het statuut van krijgsgevangene ten gunste van elke persoon die in een gewapend conflict betrokken is. Er werd geopperd dat artikel 4 van de derde Geneefse Conventie nooit bedoeld was om personen te omvatten die deelnamen aan een conflict zoals in Afghanistan en dat de Geneefse Conventies überhaupt totaal achterhaald waren in zulke context. De Talibanstrijders maakten echter deel uit van een georganiseerde gewapende groepering met een commandostructuur en met alle andere kenmerken van een krijgsmacht. Zelfs indien het geval van de Al-Qaeda-strijders minder evident is, vergeleken met de militaire structuur van de Taliban, toch verwijst artikel 4 uitdrukkelijk naar groeperingen van vrijwilligers die behoren tot een van de strijdende partijen. Bovendien bestaagt artikel 4 (A)(3) van de derde Conventie dat de erkenning van het statuut van krijgsgevangene los staat van de erkenning door een regering.

Staten en strijdkrachten hebben er zelf alle belang bij om krijgsgevangenen de behandeling te waarborgen waar zij recht op hebben. De toetreding tot de Conventies van Genève belet niet dat gevangenen worden ondervraagd of desgevallend voor een rechtbank worden vervolgd voor oorlogsmisdaden of andere ernstige misdrijven. Evenwel is artikel 5 van de Conventie heel duidelijk op een punt: gevangenen moeten de bescherming voorzien in de Conventie genieten tot hun statuut is vastgelegd door een "bevoegde rechtbank". Indien zulke rechtbank hen dan niet het statuut van krijgsgevangene volgens de derde Conventie zou toekennen, dan genieten zij nog van de bescherming van de vierde Geneefse Conventie met betrekking tot de bescherming van de burgerbevolking. Bovendien is het internationaal recht met betrekking tot de Rechten van de Mens in elk geval van toepassing op elke categorie van gevangenen.

## SUMMARY

This article examines the issue of who is a prisoner of war under international humanitarian law, and whether the United States is correct in its interpretation and application of the law to the Taliban and Al Qaeda fighters detained at Guantanamo Bay in Cuba.

Article 4 of the Third Geneva Convention of 1949 governing the treatment of prisoners of war is at the heart of the controversy regarding the status of these captured fighters since it defines the people who are entitled to prisoner of war status. Adopting a broad purposive approach to interpretation, the key question is whether the Taliban and Al Qaeda fighters distinguished themselves from Afghan civilians? Although locating these fighters was obviously a problem, it has never been claimed that they were indistinguishable from the ordinary population. This, and the clear organisational and command structure of both groups favour their categorisation as prisoners of war in accordance with the provisions of the Convention. It is also consistent with the spirit of the Conventions.

The question of who is a combatant is the key to determining whether a person participating in hostilities is entitled to prisoner of war status under the Geneva Conventions. It has been argued that article 4 of the Third Geneva Convention was never intended to include persons participating in a conflict of the kind that took place in Afghanistan, and indeed that the Geneva Conventions are obsolete in this context. The Taliban fighters belonged to an organized armed group with a chain of command and the other characteristics of an armed force. Although the Al Qaeda fighters are more problematic than the Taliban military organisation, there is a clear reference in article 4 to volunteer groups forming part of an armed force belonging to a Party to the conflict. Furthermore, Article 4(A)(3) of the Third Convention makes it clear that recognition of a government is irrelevant to the determination of prisoner of war status.

There is an issue of self-interest for all states and military forces in ensuring proper treatment of all prisoners. Adherence to the Geneva Convention does not preclude interrogation of prisoners of war or prosecution for war crimes or other serious offences, if evidence is available to support such charges. However, Article 5 of the Convention is absolutely clear in one respect, prisoners are to be accorded the protection of the Convention until their status has been determined by a "competent tribunal". Even if the detainees are found by a competent tribunal not to be prisoners of war in accordance with the Third Convention, then they will at least be entitled to the protections afforded by the Fourth Geneva Convention for the Protection of Civilians. Furthermore, international human rights law will apply to all categories of prisoner.



## ZUSAMMENFASSUNG

In diesem Artikel wird der Versuch einer Definition, wer Kriegsgefangener im Sinne des humanitären Völkerrechts ist, unternommen und untersucht, ob die Vereinigten Staaten das Völkerrecht bei der Inhaftierung der Taliban- und Al-Quaida-Kämpfer auf dem US-Stützpunkt Guantanamo Bay (Kuba) richtig ausgelegt haben.

Im Mittelpunkt der Diskussion steht Artikel 4 des III. Genfer Abkommens von 1949 über die Behandlung von Kriegsgefangenen, denn in ihm ist festgelegt, welchen Personen der Status eines Kriegsgefangenen zuzuerkennen ist. Allgemein gesprochen geht es dabei um die Frage, ob die Taliban- und Al-Quaida-Kämpfer von der afghanischen Zivilbevölkerung eindeutig zu unterscheiden waren. Auch wenn die örtliche Eingrenzung dieser Kämpfer im konkreten Fall schwierig war, so ist jedoch zu keiner Zeit behauptet worden, dass man sie nicht von der Zivilbevölkerung hätte unterscheiden können. Eine solche Unterscheidung wie auch die offenkundige organisatorische und hierarchische Struktur dieser beiden Gruppen sprechen für die Zuerkennung des Kriegsgefangenenstatus im Sinne der Genfer Konvention. Eine solche Einordnung folgt im Übrigen dem Geist der Konvention.

Gemäß der Genfer Konvention ist bei allen an Kampfhandlungen beteiligten Personen die nachweisliche Zugehörigkeit zur Gruppe der Kombattanten die entscheidende Voraussetzung für ihre Anerkennung als Kriegsgefangene. Es ist argumentiert worden, dass Artikel 4 des III. Genfer Abkommens zu keiner Zeit auch für jene Personen gelten sollte, die an Konflikten wie dem in Afghanistan beteiligt waren, und dass die Genfer Abkommen im Übrigen unter solchen Umständen überholt seien. Die Taliban-Kämpfer waren Teil einer organisierten bewaffneten Gruppierung mit einer hierarchischen Struktur sowie allen anderen Eigenschaften einer Streitkraft. Zwar ist der Fall der Al-Quaida-Kämpfer offensichtlich schwieriger zu beurteilen als der der militärischen Organisation der Taliban, doch wird in Artikel 4 jedoch ausdrücklich Bezug genommen auf Freiwilligenkorps, die zu einer am Konflikt beteiligten Partei gehören. Darüber hinaus geht aus Artikel 4(A)(3) des III. Genfer Abkommens eindeutig hervor, dass die Zuerkennung des Kriegsgefangenenstatus nicht an die Anerkennung einer Regierung gebunden ist.

Es liegt im ureigenen Interesse der Staaten und der Streitkräfte, Kriegsgefangene jene Behandlung zuteil werden zu lassen, auf die sie Anspruch haben. Der Beitritt zu den Genfer Abkommen verwehrt es dem Beitrittsstaat nicht, Kriegsgefangene zu vernehmen oder gegebenenfalls wegen Kriegsverbrechen oder anderer schwerer Vergehen vor Gericht zu stellen. In Artikel 5 wird jedoch zumindest ein Sachverhalt klar festgelegt: Gefangene genießen solange den Schutz der Konvention, bis ihre Rechtsstellung durch ein „zuständiges Gericht“ festgestellt worden ist. Sollte ihnen ein solches Gericht den Status als Kriegsgefangene im Sinne des III. Abkommens nicht zuerkennen, so hätten sie immer noch Anspruch auf den Schutz, den ihnen das IV. Abkommen zum Schutze von Zivilpersonen gewährt. Darüber hinaus findet in jedem Fall das internationale Recht der Menschenrechte Anwendung auf Gefangene aller Art.

## RESUMEN

Este artículo examina la cuestión de quién es prisionero de guerra según el derecho humanitario internacional, y si los Estados Unidos aplican e interpretan correctamente la ley para con los Talibanes y guerrilleros de Al Qaeda detenidos en la Bahía de Guantánamo en Cuba.

El artículo 4 de la Tercera Convención de Ginebra de 1949, que se centra en el trato de prisioneros de guerra, se encuentra en el corazón de la controversia suscitada en torno al estatus de estos guerrilleros capturados, ya que en él se define aquellos que tienen el derecho al estatus de prisionero de guerra. Si adoptamos un enfoque más amplio y significativo a la hora de interpretar, la pregunta clave sería: ¿Se consideran los Talibanes y guerrilleros de Al Qaeda distintos al resto de la población común? Esto, junto con la clara estructura de comando y organización de ambos grupos, favorece a su clasificación dentro de la categoría de prisioneros de guerra de acuerdo con lo estipulado en la Convención, siendo, al mismo tiempo, consecuente con el espíritu de la misma.

La cuestión de quién es considerado como combatiente sería la clave para determinar si un individuo que participa en hostilidades tiene el derecho al estatus de prisionero de guerra según las Convenciones de Ginebra. Se ha argumentado que el artículo 4 de la Tercera Convención nunca tuvo la intención de incluir a personas partícipes en conflictos similares a los acontecidos en Afganistán, y que, además, las Convenciones de Ginebra se han quedado obsoletas en este terreno. Los guerrilleros Talibanes pertenecían a un grupo armado organizado, con una cadena de mandos, y otras características propias de un ejército. Aunque la clasificación de los guerrilleros de Al Qaeda pueda plantear más problemas que la de la organización militar Talibán, en el artículo 4, hay referencias claras a grupos de voluntarios integrados en un ejército perteneciente a una partida del conflicto. Además, el artículo 4(A)(3) de la Tercera Convención deja claro que el reconocimiento (como prisioneros de guerra) por parte de un gobierno es irrelevante a la hora de determinar el estatus de prisionero de guerra.

Es importante para los intereses propios de todos los estados y ejércitos el asegurar un correcto trato a todos los prisioneros. La adherencia a la Convención de Ginebra no excluye el interrogatorio de prisioneros de guerra o su persecución por crímenes de guerra u otro tipo de ofensas de importancia, siempre y cuando exista clara evidencia que ratifique dichos cargos. No obstante, el artículo 5 de la Convención es tajante en un punto: los prisioneros contarán con la protección de la Convención hasta que un "tribunal competente" dictamine su estatus. Incluso cuando los detenidos no fueran considerados prisioneros de guerra por un tribunal competente en acuerdo con la Tercera Convención de Ginebra, entonces, éstos serán, al menos, puestos bajo la protección que otorga la Cuarta Convención de Ginebra para la Protección de Civiles. Además, la ley internacional de derechos humanos se aplicará a todas las categorías de prisioneros.

## RIASSUNTO

L'articolo esplora la questione della definizione di prigioniero di guerra conformemente al diritto internazionale umanitario e esamina se gli Stati Uniti hanno dato un'interpretazione corretta del diritto umanitario in occasione della detenzione dei combattenti Talebani e dei combattenti di Al Qaeda presso la baia di Guantanamo a Cuba.

Il dibattito è focalizzato sull'articolo 4 della III Convenzione di Ginevra del 1949 relativa al trattamento dei prigionieri di guerra, poiché tale articolo definisce quali persone possono beneficiare dello statuto di prigioniero di guerra. A livello più generale, la questione fondamentale è sapere se i combattenti Talebani e i combattenti di Al Qaeda si differenziano dai civili afgani. In effetti, anche se localizzare questi combattenti è stato notevolmente difficile, non è mai stato affermato che non fosse possibile distinguerli dalla popolazione civile. Una tale distinzione, come pure l'evidente struttura organizzativa e gerarchica di questi due gruppi, sono argomenti a favore del riconoscimento del loro statuto di prigionieri di guerra conformemente alla Convenzione di Ginevra. Una tale classificazione è fedele pure allo spirito della Convenzione.

Conformemente alla Convenzione di Ginevra, l'identificazione di una persona come combattente è l'elemento determinante per il riconoscimento dello statuto di prigioniero di guerra di tutte le persone impegnate nelle ostilità. Si è affermato che l'articolo 4 della III Convenzione di Ginevra non è stato concepito per le persone che hanno partecipato a un conflitto analogo a quello che si è svolto in Afghanistan e che, comunque, le Convenzioni di Ginevra sono obsolete in un simile contesto. I combattenti Talebani facevano parte di un gruppo armato organizzato con una catena di comando e tutte le altre caratteristiche di una Forza armata. Anche se, rispetto all'organizzazione militare talebana, il caso dei combattenti di Al Qaeda sembra più problematico, l'articolo 4 fa esplicitamente riferimento ai gruppi di volontari appartenenti a una delle parti in conflitto. Inoltre, l'articolo 4 (A) (3) della III Convenzione di Ginevra stabilisce chiaramente che il riconoscimento dello statuto di prigioniero di guerra non è in relazione con il riconoscimento di un governo.

È anche nell'interesse degli Stati e delle forze militari garantire ai prigionieri di guerra il trattamento al quale hanno diritto. L'adesione alle Convenzioni di Ginevra non impedisce di interrogare i prigionieri di guerra e eventualmente di tradurli davanti alla giustizia per crimini di guerra o altre violazioni gravi. Ciononostante, l'articolo 5 della Convenzione è molto chiaro su un punto: i prigionieri devono poter beneficiare della protezione prevista dalla Convenzione fino a quando il loro statuto non venga definito da un «tribunale competente». Nell'eventualità che un tale tribunale non concedesse loro lo statuto di prigionieri di guerra conformemente alla III Convenzione di Ginevra, questi prigionieri potrebbero comunque beneficiare della protezione offerta dalla IV Convenzione di Ginevra relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra. Inoltre, il diritto internazionale dei diritti umani è applicabile in ogni caso a tutte le categorie di prigionieri.