

25. Jahrgang  
3/2012

Volume 25  
3/2012

ISSN 0937-5414  
G 10364

# Humanitäres Völkerrecht

## Informationsschriften

Journal of International Law of Peace and Armed Conflict

Deutsches Rotes Kreuz 

Institut für Friedenssicherungsrecht  
und Humanitäres Völkerrecht



## **Herausgeber:**

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

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

## **ISSN 0937-5414**

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

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

## **Bezug:**

Erscheinungsweise vierteljährlich; Inlands-Abonnementpreis jährlich EUR 35,00 (inkl. MwSt. 7% und Porto und Versand); Auslands-Abonnementpreis jährlich EUR 44,50 (inkl. Porto und Versand); Einzelheftpreis Inland: EUR 9,90 (inkl. MwSt. 7%, zzgl. Porto und Versand EUR 1,45); Einzelheftpreis Ausland: EUR 22,75 (inkl. Porto, Versand und Bankgebühren).

Bestellungen unter DRK-Service GmbH, Geschäftsbereich Verlag, Berliner Straße 83, 13189 Berlin, Tel. (0 30) 86 87 78-4 10, Fax (0 30) 86 87 78-4 19, E-Mail: verlag@drkservice.de

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

## **Verlag:**

DRK-Service GmbH, Geschäftsbereich Verlag, Berliner Straße 83, 13189 Berlin, Tel. (0 30) 86 87 78-4 10, Fax (0 30) 86 87 78-4 19, E-Mail: verlag@drkservice.de

## **Druck:**

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

## **Redaktion:**

**Prof. Dr. Hans-Joachim Heintze** (verantwortlicher Chefredakteur) und **Charlotte Lülff, M.A.** (stellv. Chefredakteurin), IFHV Bochum; **Prof. Dr. Robin Geiß, LL.M. (NYU)**, Universität Potsdam; **Ass. Prof. Dr. Robert Heinsch, LL.M.**, Universität Leiden; **Dr. Jana Hertwig, LL.M.** (Eur. Integration), Bochum; **Ass. Prof. Dr. Jann K. Kleffner, LL.M.**, Swedish National Defence College, Stockholm; **Prof. Dr. Math Noortmann, LL.M., MSc**, Oxford Brookes University; **Dr. Stefanie Haumer**, DRK Berlin

## **Ständige Mitarbeiter:**

**Prof. Dr. Dennis T.G. Dijkzeul**, IFHV Bochum; **Prof. Dr. Wolff Heintschel v. Heinegg**, Universität Frankfurt (Oder); **Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Knut Ipsen**, Bochum; **Prof. Dr. Claus Kreß, LL.M.**, Universität Köln; **Prof. Dr. Thilo Marauhn**, Universität Gießen; **Prof. Dr. Sven Peterke, M.A.**, Universität João Pessoa, Brasilien; **Dr. Gregor Schotten**, Auswärtiges Amt Berlin; **Prof. Dr. Joachim Wolf**, Universität Bochum; **Dr. Messeleth Worku, LL.M.**, Addis Abeba, Äthiopien

# Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften (HuV-I)

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

25. Jahrgang  
3/2012

Volume 25  
3/2012

## Editorial 119

### Das Thema / Topic

Do We Need New Regulations in International Humanitarian Law?  
One American's Perspective  
**Charles J. Dunlap, Jr.** 120

Konfliktpartei und Kriegsgebiet in bewaffneten Auseinandersetzungen – zur Debatte um den Anwendungsbereich des Rechts internationaler und nicht-internationaler bewaffneter Konflikte  
**Katja Schöberl** 128

### Beiträge / Notes and Comments

#### Artikel / Articles

Stuxnet – Legal Considerations  
**Katharina Ziolkowski** 139

The Use of Depleted Uranium Ammunition under Public International Law  
**Lars Schönwald** 148

### Panorama / Panorama

#### Stellungnahmen / Conference Contributions

Measurement and Regulation of International 'Humanitarian Action'  
**John Telford** 156

## Konferenzen / Conferences

“Legal Dimension - Military Zones and Challenges derived from the Usage of the Arctic Waters“, Seminar zum internationalen Seerecht vom 5. bis 9. März 2012 in Bremerhaven  
**Steffen Wascher** 159

“International Legal Standards in the ICRC Humanitarian Action“, Scientific and Practical Workshop from 1 to 3 May 2012 in Almaty  
**Sergey Sayapin** 161

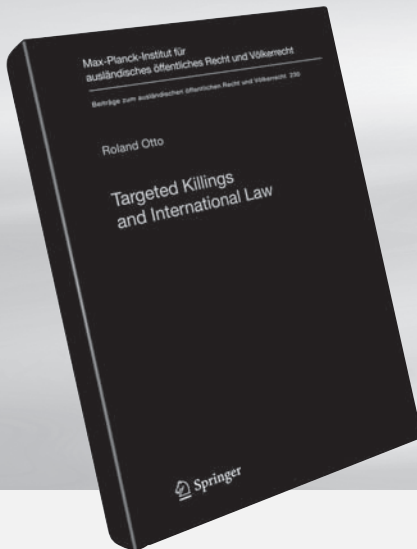
„Völkerrecht 2012 – Richterliche Praxis und politische Realität“, 37. Österreichischer Völkerrechtstag vom 17. bis 19. Mai 2012 in Augsburg  
**Paul Gragl / Heike Montag** 163

„Private Gewaltakteure als Rechte- und Pflichtenträger“, Expertentagung des Instituts für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht und des Deutschen Instituts für Menschenrechte am 19. Juni 2012 in Berlin  
**Charlotte Lülff** 164

## Buchbesprechungen / Book Reviews

Robin Geiß / Anna Petrig, Piracy and Armed Robbery at Sea: The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden, Oxford University Press, Oxford 2011  
**Marie F. Megdy Liburd / Damla Kuvvet** 167

Christian Johann, Menschenrechte im internationalen bewaffneten Konflikt. Zur Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention und des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte auf Kriegshandlungen, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin 2012  
**Kirstin Wolter** 169



## Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für  
ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Begründet von Viktor Bruns

Hrsg.: A. von Bogdandy, R. Wolfrum

### Targeted Killings and International Law

With Special Regard to Human Rights and International  
Humanitarian Law

R. Otto, Göttingen, Germany

Existing international law is capable to govern the “war on terror” also in the aftermath of September 11, 2001. The standards generally applicable to targeted killings are those of human rights law. Force may be used in order to address immediate threats, preventive killings are permitted under strict preconditions but targeted killings are prohibited. In the context of armed conflicts, these standards are complemented by international humanitarian law as *lex specialis*. Civilians may only be targeted while directly taking part in hostilities and posing a threat to the adversary. Also in Israel and the Occupied Territory, these standards apply. Contrary to the Israeli Supreme Court’s view, international humanitarian law is not complemented by human rights law, but human rights law is – to some degree – complemented by international humanitarian law. According to these standards, many killings which would be legal according to the Israeli Supreme Court violate international law.



2012. XXII, 662 p. (Vol. 230) Hardcover

ISBN 978-3-642-24857-3 ▶ \* € (D) 117,65 | € (A) 120,95 | sFr 146,50

**Bei Fragen oder Bestellung wenden Sie sich bitte an** ▶ Springer Customer Service Center GmbH, Haberstr. 7, 69126 Heidelberg  
▶ **Telefon:** +49 (0) 6221-345-4301 ▶ **Fax:** +49 (0) 6221-345-4229 ▶ **Email:** orders-hd-individuals@springer.com ▶ € (D) sind gebundene Ladenpreise in Deutschland und enthalten 7% MwSt; € (A) sind gebundene Ladenpreise in Österreich und enthalten 10% MwSt.  
Die mit \* gekennzeichneten Preise für Bücher und die mit \*\* gekennzeichneten Preise für elektronische Produkte sind unverbindliche Preisempfehlungen und enthalten die landesübliche MwSt. ▶ Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten.

015123x

# Editorial

## **Notwendigkeit neuer Regelungen im humanitären Völkerrecht, Konfliktpartei und Kriegsgebiet, Stuxnet, Munition aus abgereichertem Uran**

Unsere dritte Ausgabe der „Humanitäres Völkerrecht - Informationsschriften“ widmet sich den aktuellsten Entwicklungen im humanitären Völkerrecht. Die Notwendigkeit neuer rechtlicher Regelungen wird aus verschiedenen Blickwinkeln diskutiert, um mit den gegenwärtigen politischen Geschehnissen und technischen Neuerungen Schritt zu halten.

Charles J. Dunlap, Jr. legt in einem Redebeitrag seine Einschätzung zur Notwendigkeit und Realisierbarkeit verbindlicher Regelungen aus Sicht der USA dar. Insbesondere die weltweit ausgetragenen Konflikte seit den Anschlägen vom 11. September 2001 werden als Ausgangspunkt genommen, um die rechtliche Bindung nicht-staatlicher Akteure zu diskutieren und zu fragen, ob das internationale Recht auch heute noch effektiv anwendbar ist. Sowohl aus Sicht der Streitkräfte, der politischen Führung als auch der amerikanischen Bevölkerung thematisiert er die Ausarbeitung neuer verbindlicher humanitär-rechtlicher Verträge.

Katja Schöberl analysiert aktuelle Krisenherde und Konflikte unter besonderer Beachtung der Entwicklungen im Bereich Konfliktpartei und Konfliktgebiet. Die traditionelle Abgrenzung von internationalem und nicht-internationalem bewaffneten Konflikt wird im 21. Jahrhundert verstärkt auf die Probe gestellt. Eine Vielfalt neuer nicht-staatlicher Akteure und grenzüberschreitende Auswirkungen einzelner Konflikte sind nur einige der Herausforderungen, denen sich das humanitäre Regelwerk stellen muss. Ob das bestehende Recht angepasst oder erneuert werden muss, wird hier vor dem Hintergrund der politischen Ereignisse unter anderem in Libyen besprochen.

Stuxnet und Operationen im Cyberspace – Als womöglich erster ernstzunehmender Cyber-Angriff ist der programmierte Wurm Stuxnet gegen Computersysteme iranischer Nuklearanlagen gerichtet worden. Katharina Ziolkowski untersucht diese Ereignisse nach den Maßstäben des Völkerrechts und hinterfragt die Anwendbarkeit geltender *ius ad bellum*- wie auch *ius in bello*-Regelungen und Kriterien.

Lars Schönwald beleuchtet den Einsatz von Munition bestehend aus abgereichertem Uran, dessen medizinische Folgen und gegenwärtige Reglementierung durch Völkervertrags- und Völkergewohnheitsrecht. Ein Verstoß gegen elementare Prinzipien des humanitären Völkerrechts, etwa den Unterscheidungsgrundsatz, wird analysiert, um die Verletzung bestehenden Rechts durch diese Munitionsart darzulegen.

In unserem Abschnitt Konferenzen gibt John Telford eine Stellungnahme zu „Measurement and Regulation of International Humanitarian Action“. Weitere Konferenzberichte widmen sich aktuellen Diskussionen aus dem Bereich militärische Nutzung und rechtliche Regelung zur Arktis, legal standards in humanitarian action, zur richterlichen Praxis und politischen Realität des Völkerrechts im Jahr 2012 sowie zu Rechten und Pflichten von privaten Gewaltakteuren.

Zwei Buchbesprechungen runden diese Ausgabe der HuV-I ab.

Marie F. Medgy Liburd und Damla Kuvvet besprechen „Piracy and Armed Robbery at Sea: The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden“ von Robin Geiß und Anna Petrig.

Kirstin Wolter rezensiert eine Neuerscheinung aus dem Jahr 2012: „Menschenrechte im internationalen bewaffneten Konflikt. Zur Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention und des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte auf Kriegshandlungen“ von Christian Johann.

Die Redaktion möchte an dieser Stelle darauf hinweisen, dass die Beiträge nicht zwangsläufig die Meinung der Redaktion widerspiegeln.

Wir wünschen Ihnen viel Freude bei der Lektüre sowie Anregungen und spannende Einblicke in die vielseitige Thematik des Völkerrechts.

**Charlotte Lülff**  
**Stellv. Chefredakteurin**

# Do We Need New Regulations in International Humanitarian Law? One American's perspective

Charles J. Dunlap, Jr.\*

## 1. Introduction

In the years since the terrorists' attacks on 11 September 2001 (9/11), the United States (U.S.) has engaged in what U.S. attorney general Eric Holder recently characterised as an 'armed conflict' with al-Qaeda, the Taliban, and associated forces.<sup>1</sup> This armed conflict generated a host of thorny legal problems, some of which are of first impression. In particular, the fact that the adversaries the United States has confronted in this timeframe are mainly non-state actors has been one of the key complicating factors in the application of international humanitarian law (IHL) or, as I prefer, the international law of armed conflict (ILOAC).

Do we need new rules to address questions like the status of non-state actors in 21st century conflicts? Although as discussed below, the administration of President Barack Obama has called for U.S. ratification of some existing ILOAC and ILOAC-related agreements, there have been no formal requests by the U.S. government for additional ILOAC agreements. Can we then assume that the U.S. has found ILOAC as it exists today adequate? Or are there other reasons which diminish America's appetite for developing new ILOAC agreements?

Although as a retired American officer I cannot speak for the U.S. government, the purpose of this short presentation is to provide my personal views as to (1) whether certain possible proposals for ILOAC additions genuinely serve U.S. interests, and (2), even if so, whether it is probable that they – or any – proposed changes could garner the necessary U.S. domestic public and political support. This essay will attempt to provide context for considering – and anticipating – American approaches to these questions.

In general, this paper will conclude that the answer to both queries is no. This essay takes the position that existing law adequately serves U.S. interests, even if American interpretations of ILOAC do not always find consensus in the international community. This is not to suggest that, objectively, there are not areas worthy of further clarification or even revision; rather, I am simply assessing the likelihood of any such changes being so demonstrably in the U.S.'s interest as to raise reasonable expectations that an accord acceptable to the U.S. political process could be reached in the foreseeable future. Although formal agreements may not be forthcoming, the paper will offer suggestions for approaches that may be useful for America and like-minded nations to consider furthering the cause of ameliorating the risk to civilians in war.

## 2. Context

There is little doubt that ILOAC has become increasingly important in the 21st century, and has significantly affected – indeed, many would say, complicated – the conduct of military operations.<sup>2</sup> As former North Atlantic Treaty Organiza-

tion (NATO) commander General James Jones observed, warfare has now become "very legalistic and very complex", requiring "a lawyer or a dozen."<sup>3</sup> Exactly why this phenomenon has emerged is worthy of a separate article, but suffice to say it parallels a rise in the importance of international law generally.

I believe that the growth of globalised commerce has necessitated a growth of international law and international forums in order to create and maintain investor confidence in international trade.<sup>4</sup> This has raised the world's consciousness, so to speak, of international law. As has always been the case, what happens in the commercial arena inevitably spills over into the domain of war. History has shown us, for example, how civilian-sector industrialisation operated to transform first commerce and, eventually, the conduct of war. Now law – much influenced by the impact of the civilian-sector information revolution – is changing the conduct of war, even if the nature of warfare remains immutable.

Furthermore, as I have written elsewhere,<sup>5</sup> law has become, for want of a better term, 'weaponised', in that some belligerents are attempting to use it as a kind of asymmetric war-fighting capability. In this situation, law becomes a substitute for orthodox military means to achieve effects which, strategically speaking, can be indistinguishable from those sought from more traditional military methodologies, a phenomenon I call 'lawfare'.

Though lawfare can take many forms, U.S. adversaries often seek to exploit allegations of illegality to gain victories that they fail to win on conventional battlefields – if not in real courts, then in the so-called courts of public opinion. Consider what Professors Michael Riesman and Chris T. Antoniou point out in their 1994 book, *The Laws of War*: "In

\* The speech was given at the 22. Conference on Humanitarian Law in Ettlingen (Germany), March 2012. Major General Charles J. Dunlap, Jr., USAF (Ret.). Executive Director of the Center on Law, Ethics and National Security and Visiting Professor of the Practice, Duke University School of Law. St. Joseph's University, B.A., 1972; Villanova University School of Law, J.D., 1975; National War College, 1992.

<sup>1</sup> See U.S. Department of Justice, Attorney General Eric Holder Speaks at Northwestern University School of Law, 5 March 2012, <http://www.justice.gov/iso/opa/ag/speeches/2012/ag-speech-1203051.html>.

<sup>2</sup> See, e.g., M. Barone, *The Overlawyered War*, in: RealClearPolitics, 17 September 2007, [http://www.realclearpolitics.com/articles/2007/09/the\\_overlawyered\\_war.html](http://www.realclearpolitics.com/articles/2007/09/the_overlawyered_war.html) (19 March 2012).

<sup>3</sup> Lyric Wallwork Winik, *A Marine's Toughest Mission* (Gen. James L. Jones), in: *Parade Mag*, 19 January 2003, [http://www.parade.com/articles/editions/2003/edition\\_01-19-2003/General\\_Jones](http://www.parade.com/articles/editions/2003/edition_01-19-2003/General_Jones) (16 July 2011).

<sup>4</sup> C.J. Dunlap, Jr., *The Mottled Legacy of 9/11: A Few Reflections on the Evolution of the International Law of Armed Conflict*, in: *Yearbook of International Humanitarian Law* 15 (forthcoming 2012).

<sup>5</sup> C.J. Dunlap, Jr., *Does Lawfare Need an Apologia?*, in: *Case Western Reserve Journal of International Law* 43 (2010), [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2970&context=faculty\\_scholarship&sei-redir=1#search=%22Does%20Lawfare%20Need%20an%20Apologia%22](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2970&context=faculty_scholarship&sei-redir=1#search=%22Does%20Lawfare%20Need%20an%20Apologia%22) (20 March 2012).

modern popular democracies, even a limited armed conflict requires a substantial base of public support. That support can erode or even reverse itself rapidly, no matter how worthy the political objective, if people believe that the war is being conducted in an unfair, inhumane, or iniquitous way.”<sup>6</sup>

Thus, in an era of instant communications especially, incidents of illegalities such as the detainee abuse scandal at Abu Ghraib can have a disastrous effect on military operations, and one that can persist. General David Petraeus has said, “Abu Ghraib and other situations like that are non-biodegradable. They don’t go away. The enemy continues to beat you with them like a stick.”<sup>7</sup> So adherence to the law, and especially ILOAC is essential, not just for its own sake, but for purely pragmatic, military reasons.

As a result, American military commanders are increasingly cognisant of the decisive importance of law,<sup>8</sup> and how vital it is for operations to be conducted in adherence to it in fact and – equally important – in appearance. This is why the recent allegations of troop misconduct in Afghanistan are disconcerting to them: not only because they represent breaches in discipline, but also because they are well aware that such actions can further complicate the accomplishment of their mission.

This consciousness of the importance and value of international law is not limited to U.S. military commanders, but also extends to the larger American polity. Contrary to what seems to be a rather widespread myth, Americans do not eschew international law generally. In fact, the U.S. has supported a considerable body of public and private international law.<sup>9</sup> Admittedly, this official support has a significant measure of self-interest. As Harold Koh, the legal advisor to the U.S. State Department, has said, “obeying international law promotes U.S. foreign policy interests and strengthens our international leadership.”<sup>10</sup> Thus, he adds, the “United States’ active participation in international tribunals and other international bodies formed an important part of our practice.”<sup>11</sup> Nowhere, however, does he call for additional ILOAC rules. What Koh does say is that: “In the area of the law of armed conflict, the United States continue[s] to place priority on ensuring that its detention operations, detainee prosecutions, and operations involving the use of force – including those in the armed conflict with al-Qaeda, the Taliban, and associated forces – are consistent with all applicable law, including international law.”<sup>12</sup>

Thus, he puts the U.S. squarely behind the proposition that U.S. military operations must (and do) comport with ILOAC. Notably, U.S. support of ILOAC is not limited to official pronouncements by government officials like Koh. A very recent analysis of polling data shows that the American body politic supports many international treaties that impact ILOAC, to include those that “impose constraints on the use of force and coercion.”<sup>13</sup> Indeed, polls even show that a “large majority also favors having an international body, such as a court, to judge compliance with treaties to which the United States is party.”<sup>14</sup>

### 3. Americans and ILOAC-Related Agreements

Broad public support for ILOAC principles generally does not, however, necessarily translate into support for specific

ILOAC-related agreements that may seem to compromise American interests. A classic example is the Rome Statute which established the International Criminal Court (ICC).<sup>15</sup> Although an early supporter of the ICC, the U.S. objected to the final version of the statute.

Not only did the U.S. Congress refuse to ratify it, it also passed legislation in 2002 entitled the American Servicemembers Protection Act.<sup>16</sup> Among other things, this Act took the unprecedented step of enshrining in law authority for the President “to use all means necessary and appropriate to bring about the release of any [U.S.] person [...] being detained or imprisoned by, on behalf of, or at the request of the International Criminal Court.”<sup>17</sup> In support of this legislation, the Congress made on-the-record findings that the Rome Statute: “[P]urports to establish an arrangement whereby United States armed forces operating overseas could be conceivably prosecuted by the international court even if the United States has not agreed to be bound by the treaty. Not only is this contrary to the most fundamental principles of treaty law, it could inhibit the ability of the United States to use its military to meet alliance obligations and participate in multinational operations, including humanitarian interventions to save civilian lives. Other contributors to peacekeeping operations will be similarly exposed.”<sup>18</sup>

The Congress had other concerns as well. It found that if U.S. troops were tried by the ICC, they would be “denied procedural protections to which all Americans are entitled under the Bill of Rights to the United States Constitution, such as the right to trial by jury.”<sup>19</sup> In an era in which the U.S. relies upon an all-voluntary military to serve in complex circumstances in any and every corner of the globe, it

<sup>6</sup> W.M. Reisman/C.T. Antoniou, *The Laws of War*, New York 1994, p. xxiv (emphasis added).

<sup>7</sup> J. Berger, US Commander Describes Battle of Marj as First Salvo in Campaign, in: *The New York Times*, 21 February 2010 (quoting General David H. Petraeus), <http://www.nytimes.com/2010/02/22/world/asia/22petraeus.html> (20 March 2012).

<sup>8</sup> Cf., C.J. Dunlap, Jr., *Lawfare: A Decisive Element of 21st Century Conflicts?*, in: *Joint Force Quarterly* 54 (2009), <http://www.ndu.edu/press/lib/images/jfq-54/12.pdf> (20 March 2012).

<sup>9</sup> See, Office of the Legal Advisor, U.S. Department of State, in: E.R. Wilcox (ed.), *Digest of United States Practice in International Law*, 2010, <http://www.state.gov/documents/organization/179316.pdf> (17 March 2012).

<sup>10</sup> *Id.*, p. xxv.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Id.*, p. xxvii.

<sup>13</sup> Review of Polling Finds International and American Support for World Order Based on International Law, Stronger UN, in: *World Public Opinion*, 15 December 2011, [http://www.worldpublicopinion.org/pipa/articles/international\\_security\\_bt/703.php](http://www.worldpublicopinion.org/pipa/articles/international_security_bt/703.php) (15 March 2012).

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> The Rome Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/9 (1998), 17 July 1998, <http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/romefra.htm> (17 March 2012).

<sup>16</sup> American Servicemembers’ Protection Act of 2002, Public Law No. 107-206, §§ 2002-2015, 116, Stat. 899-909 (codified as amended at 22 U.S.C. §§ 7421-7432 (2002)).

<sup>17</sup> See U.S. Department of State, American Servicemembers’ Protection Act, Bureau of Political-Military Affairs, July 2003, <http://www.state.gov/t/pm/rls/othr/misc/23425.htm> (17 March 2012).

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> *Ibid.*

may be even more important to assure those who do serve that they will not be abandoned to a foreign forum which does not adhere to basic standards of U.S. constitutional law. Currently, however, U.S. objections to the ICC focus primarily on concerns about the definition of the crime of aggression. At the international review conference in Kampala, Uganda, in 2010, the parties decided to delay implementation of the crime of aggression until 2017, an action supported by the U.S. It appears that serious U.S. consideration of the treaty will have to wait until then. Still, according to the U.S. State Department's Harold Koh, "Even as a non-State party, the United States believes that it can be a valuable partner and ally in the cause of advancing international justice."<sup>20</sup>

Interestingly, advocacy by the U.S. Department of Defense is no panacea. For example, the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)<sup>21</sup> has languished in the legislature despite explicit and long-standing military support for it.<sup>22</sup> Objections have varied over the years, but recently opponents have argued that with "China emerging as a major power, ratifying the treaty now would encourage Sino-American strife, constrain U.S. naval activities, and do nothing to resolve China's expansive maritime territorial claims."<sup>23</sup> In short, political opposition to UNCLOS seems to remain strong.

All of this should illustrate how difficult it can be to obtain the necessary consensus in the United States when an international treaty has security implications. This is not to say such agreements are impossible to achieve: the recent renewal of the Strategic Arms Reduction Treaty (START)<sup>24</sup> despite controversy<sup>25</sup> is an important example, as is the ratification – in 2008 – of the 1954 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict.<sup>26</sup> Rather, it is to acknowledge that they almost always have the potential to breed controversy in the U.S., and frequently can be resolved only after very lengthy negotiations, if ever.

Of the several treaties pending before the U.S. Senate for ratification,<sup>27</sup> the one with direct ILOAC relevance is Protocol II to the Geneva Conventions.<sup>28</sup> Ironically, when this protocol (which addresses certain non-international armed conflicts) was originally considered in the 1980s by President Ronald Reagan's administration, it was criticised as insufficiently expansive.<sup>29</sup> Now, however, the Obama Administration enthusiastically backs its ratification.<sup>30</sup> Before discussing potential issues with ratification, a little background about American attitudes towards the Geneva Conventions may be appropriate.

According to William Leitzau, the U.S. Department of Defense's Deputy Assistant Secretary of Defense for Detainee Policy, the U.S. is "committed to the Geneva Conventions and to educating our citizens of its provisions and protections."<sup>31</sup> Leitzau adds that "[w]e are at a time in history when the importance of International Humanitarian Law in general, and the Geneva Conventions in particular, cannot be overstated."<sup>32</sup> Still, despite such official pronouncements, it is nevertheless true that many Americans are not as familiar with the Geneva Conventions as they may think they are, and many hold views that may be inconsistent with them.

In February of 2011, for example, the American Red Cross conducted two polls, one of adults aged 18 and older, and an-

other of youth from 12-17 years old. Asked whether they were familiar with the Geneva Conventions, 55% of adults believed they were, but only 19% of youth shared the same belief about themselves. Additionally, according to the American Red Cross, the survey found that: 1. A majority of youth (59%) – compared to 51% of adults – believe there are times when it is acceptable to torture the enemy. 2. More

<sup>20</sup> H.H. Koh, The Obama Administration and International Law, U.S. Department of State, 25 March 2010, <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm> (18 March 2012).

<sup>21</sup> United Nations Convention on the Law of the Sea, 10 December 1982, 1833 United Nations Treaty Series (UNTS). 3, 397; 21 International Legal Materials (ILM) 1261 (1982), [http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/closindx.htm](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/closindx.htm) (17 March 2012).

<sup>22</sup> See, e.g., J.J. Kruzell, Military Officials Urge Accession to Law of the Sea Treaty, American Services Press Service, 10 December 2007, <http://www.defense.gov/News/NewsArticle.aspx?ID=48379> (17 March 2012).

<sup>23</sup> See J. Bolton/D. Blumenthal, Time to Kill the Law of the Sea Treaty – Again, in: The Wall Street Journal, 29 September 2011, <http://online.wsj.com/article/SB10001424053111904836104576560934029786322.html> (17 March 2012).

<sup>24</sup> U.S. Department of State, New Start Treaty Entry into Force, Office of the Spokesman, 5 February 2011, <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2011/02/156037.htm> (17 March 2012).

<sup>25</sup> Republican Amendment to START Accord Fails Senate; Debate Continues, in: Fox News, 19 December 2010, <http://www.foxnews.com/politics/2010/12/19/senate-return-sunday-debate-russia-nuclear-arms-reduction-treaty/> (18 March 2012).

<sup>26</sup> "The U.S. became a party to this convention on 13 March 2009, when it deposited its instrument of ratification at UNESCO." U.S. Department of State, Laws, Conventions, and Agreements, Bureau of Educational and Cultural Affairs, <http://exchanges.state.gov/heritage/culprop/laws.html> (17 March 2012).

<sup>27</sup> U.S. Department of State, Treaties Pending in the Senate, 12 February 2012, <http://www.state.gov/s/l/treaty/pending/> (17 March 2012).

<sup>28</sup> See Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, opened for signature 12 December 1977, 1125 UNTS 609, reprinted in 16 ILM 1442 (1977), <http://www.icrc.org/ihl.nsf/full/475?opendocument> (17 March 2012).

<sup>29</sup> John Bellinger, the former legal advisor to the U.S. Department of State, observes that: "[W]ith respect to Additional Protocol II, ironically one of the Reagan Administration's concerns about the treaty was that it applies by its terms only to non-international armed conflicts with non-state groups where the non-state group controls some of the territory of a state. The Reagan Administration concluded that this limitation was too narrow because many conflicts, even in the 1980s, involved conflicts between a state and a group that did not control territory. Accordingly, the Reagan Administration recommended that the Senate include an understanding that the U.S. would apply Additional Protocol II in all non-international armed conflicts. Had the Senate acted on Additional Protocol II, as President Reagan had requested, it would have given the Bush and Obama Administrations a more robust international legal framework to apply in the conflict with Al Qaeda and the Taliban. The Obama Administration is right to push for Senate approval of this forgotten treaty."

J. Bellinger, Obama Administration's Announcement's on International Law, in: Lawfare (blog), 8 March 2011, <http://www.lawfareblog.com/2011/03/obamas-announcements-on-international-law/> (17 March 2012).

<sup>30</sup> Fact Sheet: New Actions on Guantánamo and Detainee Policy, The White House, 7 March 2011, <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/03/07/fact-sheet-new-actions-guant-namo-and-detainee-policy> (17 March 2012).

<sup>31</sup> Red Cross Survey Finds Young Americans Unaware of Rules of War, American Red Cross, 12 April 2011, <http://www.redcross.org/portal/site/en/menuitem.94aae335470e233f6cf911df43181aa0/?vgnextoid=801dbe9f0e64f210VgnVCM10000089f0870aRCRD> (16 March 2012).

<sup>32</sup> *Ibid.*



than half of youth (56%) believe that there are times when it is acceptable to kill enemy prisoners in retaliation if the enemy has been killing American prisoners, while only 29% of adults agree.<sup>33</sup> 3. 41% of youth believe there are times when it is acceptable for the enemy to torture captured American prisoners, while only 30% of adults agree.

Obviously, even those adult Americans who do claim familiarity with the Geneva Conventions nevertheless approve, at least at certain times, of activities that breach them (for instance with respect to torturing the enemy “to get important military information”).<sup>34</sup> Additionally, 51% of the adults in that poll found it was always or sometimes acceptable to refuse visits to prisoners “by representative of a neutral organization to ensure [the prisoners] are being treated well,”<sup>35</sup> something that may also be inconsistent with Geneva Convention requirements.

Arguably, these contentious views might represent not so much any sort of generalised rejection of the Geneva Conventions, but more of a reflection of the trust, confidence, and deference accorded members of the armed forces and a reluctance to micro-manage what they may need to do in particular instances during wartime. Notwithstanding the occasional scandal or other well-publicised misdeed, Americans, it seems, believe their military will ‘do the right thing’ in difficult situations.

Bear in mind that in the U.S., the armed forces occupy a special, almost revered place in the American psyche. For the past several years polls show that the military is, for example, considered the most trusted institution in American society.<sup>36</sup> Moreover, a 2010 poll showed military leaders in specific as being tops in public confidence.<sup>37</sup> Likewise, according to another poll, Americans consider military officers second only to nurses as the profession having the highest honesty and ethics.<sup>38</sup>

To be sure, the popularity of the armed forces does not make them above criticism, but it does tend to cause civilians to be deferential to military judgments about operational matters. In fact, in the U.S. even the courts seldom second-guess military leaders. The Supreme Court, for example, has held that “it is difficult to conceive of an area of governmental activity in which the courts have less competence” than in the “complex, subtle, and professional decisions” military officers must make.<sup>39</sup> Even civilian juries, when confronted with allegations of military misconduct in combat, can feel inadequate to the task if they are required to question the judgment of what those in uniform did in combat.

The case of former Marine sergeant Jose Luis Nazario offers an illustration. In explaining his acquittal in a 2008 trial in civilian court of charges related to the killing of four civilians in Iraq, “several jurors acknowledged that they also did not feel qualified to judge a Marine’s actions in the midst of a battle.”<sup>40</sup> One said “she hoped the verdict would send a message to the troops in Iraq.”<sup>41</sup> Reportedly, she wanted the troops to “realize that they shouldn’t be second-guessed, that we support them and know that they’re doing the right thing.”<sup>42</sup>

Given the pragmatism and deference in American thinking about the conduct of military operations, let us return to the Obama administration’s proposal to ratify the Protocol II of the Geneva Conventions. The administration says that an “extensive interagency review concluded that United States

military practice is already consistent with the Protocol’s provisions.”<sup>43</sup> This rationale may, however, legitimately raise questions about the utility of ratification.

For example, if the U.S. is already adhering to the underlying rationale, what would be the purpose of making such adherence binding up on military commanders and others? Would it not be wiser, given the unknowability of the circumstances of future battlefields, to forgo an agreement that would limit or eliminate discretion? It seems that the administration’s answer is that it believes that ratification would “not only assist us in continuing to exercise leadership in the international community in developing the law of armed conflict, but would also allow us to reaffirm our commitment to humane treatment in, and compliance with legal standards for, the conduct of armed conflict.”<sup>44</sup>

It is difficult, however, to find convincing, objective evidence that U.S. ratification of Protocol II or, for that matter, any other ILOAC agreement would matter much in terms of foreign public’s perceptions of America. And it is likewise hard to find much evidence that Americans are much concerned about foreign perceptions of themselves. Of course, it can only inure to the U.S.’s benefit that, for example, the Pew Research Center reported in July 2011 that “in most regions of the world, opinion of the United States continues to be more favorable than it was in the Bush years.”<sup>45</sup>

Nonetheless, it may very well be that most Americans think much as former Secretary of Defense Robert Gates does. In the aftermath of the Wikileaks disclosure of a huge amount of U.S. classified material, Gates dismissed the fears of many pundits who thought the leaks would irreparably harm U.S. foreign relations. Gates’ comments went well beyond the immediate issue of the Wikileaks case when he said: “The fact is governments deal with the United States because

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> *Ibid.*; Survey on International Humanitarian Law, ORC International, March 2011, slide 8.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> J.M. Jones, Americans Most Confident in Military, Least in Congress, in: Gallup, 23 June 2011, <http://www.gallup.com/poll/1597/confidence-institutions.aspx> (15 March 2012).

<sup>37</sup> A. Hall, Virtually No Change in Annual Harris Poll Confidence Index from Last Year, in: Harris Interactive, 9 March 2010, <http://www.harrisinteractive.com/vault/Harris-Interactive-Poll-Research-Education-Confidence-2010-03.pdf> (20 March 2012).

<sup>38</sup> “Honesty/Ethics in Professions”, 9-21 November 2010, in: Gallup, <http://www.gallup.com/poll/1654/honesty-ethics-professions.aspx> (20 March 2012).

<sup>39</sup> *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1, 10 (1973).

<sup>40</sup> T. Perry, Marine Acquitted in Killings of 4 Iraqis, in: Los Angeles Times, 29 August 2008, <http://articles.latimes.com/2008/aug/29/local/marine29> (18 March 2012).

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> Fact Sheet: New Actions on Guantánamo and Detainee Policy, The White House, 7 March 2011, <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/03/07/fact-sheet-new-actions-guant-namo-and-detainee-policy> (17 March 2012).

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> U.S. Favorability Ratings Remain Positive; China Seen Overtaking U.S. as Global Superpower, Pew Research Center, 13 July 2011, <http://www.pewglobal.org/2011/07/13/china-seen-overtaking-us-as-global-superpower/?src=prc-headline> (15 March 2012).

it's in their interest, not because they like us, not because they trust us, and not because they believe we can keep secrets. Many governments – some governments – deal with us because they fear us, some because they respect us, most because they need us. We are still essentially, as has been said before, the indispensable nation.”<sup>46</sup>

Such thinking is not without critics. As one commentator rather nastily put it, many U.S. politicians and others “believe that principles of international relations somehow do not apply to the United States and that America is so different from other nations that it doesn't have to pay attention to what other people think.”<sup>47</sup> While this view may be rightly criticised – and probably is an overstatement – it nevertheless rings true enough to be worthy of consideration in assessing the degree to which foreign pressure might induce the U.S. to enter into ILOAC agreements not manifestly in its interests.

The fact is that Americans are willing to go their own way, so to speak, when security is involved – and this has not changed despite costly wars in Iraq and Afghanistan. Indeed, Americans remain prepared to use force when necessary, despite the fact that in December of 2011 66% said that they oppose the war in Iraq<sup>48</sup> and in March of 2012 it was reported that 60% of Americans believe the war in Afghanistan was not “worth it.”<sup>49</sup> President Obama may have quite accurately captured the attitude of many Americans when he declared in 2011 that: “It's true that America cannot use our military wherever repression occurs. And given the costs and risks of intervention, we must always measure our interests against the need for action. But that cannot be an argument for never acting on behalf of what's right.”<sup>50</sup>

Americans do understand that their view is not always shared by others. For instance, they overwhelmingly approve of certain counterterrorism activities that are quite controversial in many other parts of the world. Specifically, a poll conducted in early February of 2012 found that “the sharpest edges of President Obama's counterterrorism policy, including the use of drone aircraft to kill suspected terrorists abroad and keeping open the military prison at Guantánamo Bay, have broad public support [...]”<sup>51</sup> In another poll, in March 2012, a majority of Americans were found to support “taking military action against Iran if there is evidence that Iran is building nuclear weapons even if it causes gasoline and fuel prices in the United States to go up.”<sup>52</sup>

Such support for military action is not, however, undifferentiated. For example, a 2010 poll found that 79% of Americans believe that the “U.S. is playing the role of world policeman more than it should be.”<sup>53</sup> Accordingly, it should not be surprising that as of March of 2012, more than two-thirds of Americans did not think the U.S. has a responsibility to act regarding the ongoing fighting in Syria,<sup>54</sup> although two-thirds also “approve of the idea of the Arab League and Turkey establishing safe havens inside Syria.”<sup>55</sup>

Americans' inclination to think in terms of their own security interests does not mean that they reject collaborative efforts with other nations. For example, a 2011 poll found that eight out of ten Americans thought “it is important that the United States maintain an active role within the United Nations” even though a majority (51%) thought the United Nations (UN) was an “only somewhat effective” organisation.<sup>56</sup>

#### 4. ILOAC Controversies

It is certainly true that there are controversies and uncertainties in the ILOAC realm that would benefit from clarification. Yet it is hard to see where, realistically, there is much prospect for agreements that would not restrict or even compromise what many Americans steadfastly view as essential to U.S. security. In this regard, it may be helpful to review the U.S. position with regards to Additional Protocol I of the Geneva Convention, a key ILOAC agreement to which the U.S. is not yet a party.<sup>57</sup>

Although the Obama administration has not detailed its views, it has reconfirmed that it “continues to have significant concerns” with the Protocol.<sup>58</sup> In 1988, Abraham D. Sofaer, then legal advisor to the U.S. Department of State, explained the U.S.'s failure to become a party: “The reasons, spelled out in a detailed JCS [Joint Chiefs of Staff] report of more than a hundred pages, include the fact that the Protocol grants irregulars a legal status which is at times superior to that accorded regular forces; that it unreasonably restricts attacks against certain objects that have traditionally been

<sup>46</sup> Department of Defense, DOD News Briefing with Secretary Gates and Adm. Mullen from the Pentagon, 30 November 2010, <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=4728> (19 December 2011).

<sup>47</sup> P.R. Pillar, American Politicians Should Care More About Global Public Opinion, in: *The Atlantic*, 7 January 2012, <http://www.theatlantic.com/international/archive/2012/01/american-politicians-should-care-more-about-global-public-opinion/251013/> (18 March 2012).

<sup>48</sup> Iraq, [pollingreport.com](http://www.pollingreport.com/iraq.htm) (reporting a CNN/ORC Poll, 16-18 December 2011), <http://www.pollingreport.com/iraq.htm> (15 March 2012).

<sup>49</sup> Afghanistan, [pollingreport.com](http://www.pollingreport.com) (reporting ABC News/Washington Post Poll, 7-10 March 2012), <http://www.pollingreport.com/afghan.htm> (15 March 2012).

<sup>50</sup> B. Obama, Remarks On Libya Delivered at the National Defense University, 28 March 2011, <http://projects.washingtonpost.com/obama-speeches/speech/603/> (19 March 2012).

<sup>51</sup> S. Wilson/J. Cohn, Poll finds broad support for Obama's counterterrorism policies, in: *The Washington Post*, 8 February 2012, [http://www.washingtonpost.com/politics/poll-finds-broad-support-for-obamas-counterterrorism-policies/2012/02/07/gIQAfrSEyQ\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/politics/poll-finds-broad-support-for-obamas-counterterrorism-policies/2012/02/07/gIQAfrSEyQ_story.html).

<sup>52</sup> Iran, [pollingreport.com](http://www.pollingreport.com) (reporting Reuters/Ipsos Poll conducted by Ipsos Public Affairs, 8-11 March 2012), <http://www.pollingreport.com/iran.htm> (15 March 2012).

<sup>53</sup> [Worldpublicopinion.org](http://www.worldpublicopinion.org), *supra* note 13 (citing Chicago Council on Global Affairs poll).

<sup>54</sup> Little Support for U.S. Intervention in Syrian Conflict, Pew Research Center, 15 March 2012, <http://www.people-press.org/2012/03/15/little-support-for-u-s-intervention-in-syrian-conflict/?src=prc-headline> (15 March 2012).

<sup>55</sup> American Public Favors Safe Havens in Syria, [Worldpublicopinion.org](http://www.worldpublicopinion.org), 20 March 2012, <http://www.worldpublicopinion.org/pipa/articles/brunitedstatescanadara/715.php?nid=&id=&pnt=715&lb>.

<sup>56</sup> Poll Shows More than Eight Out of Ten American Voters Support U.S. Engagement at the U.N., United Nations Foundation, 12 October 2011, <http://www.unfoundation.org/news-and-media/press-releases/2011/poll-shows-american-voters-support-us-engagement-at-un.html> (18 March 2012).

<sup>57</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), opened for signature 12 December 1977, UN Doc. A/32/144, Annex I. 11 (1977), reprinted in 16 *International Legal Materials* 1391 (1977), <http://www.icrc.org/ihl.nsf/full/470?opendocument> (19 March 2012).

<sup>58</sup> The White House, *supra* note 30.

legitimate targets; and that it eliminates significant remedies in cases where an enemy violates the Protocol.”<sup>59</sup>

It is quite possible that U.S. views have not only remained unchanged since 1988, but even become more solidified by the experience with ‘irregulars’ in the conflicts since 9/11. In particular, the international community has not been especially successful in compelling compliance with ILOAC by such non-state adversaries, and too often has focused its opprobrium on the U.S. merely because – it sometimes seems – it takes such criticisms seriously, as is so often not the case with America’s opponents.

One of the most serious ILOAC issues is civilian casualties, but there is scant indication that additional rules would help limit them. In February 2012 the report of the United Nations Assistance Mission to Afghanistan (UNAMA) found that in 2011, the Taliban and other anti-government forces were responsible for 77% of the civilian deaths.<sup>60</sup> After noting that the Taliban claimed to have a policy against targeting civilians, UNAMA concluded that: “UNAMA welcomes any public pronouncement of Taliban policy on reducing civilian casualties but asserts that such rules are only meaningful if implemented on the ground. Despite the Taliban’s improved messaging on protection of civilians in 2011, UNAMA did not document improved compliance with international humanitarian law by the Taliban or a reduction in civilian casualties caused by them. The Taliban continued to directly target civilians and use indiscriminate weapons such as pressure-plate IEDs [improvised explosive devices].”<sup>61</sup>

While it may be helpful to think about new regulations in ILOAC, Americans are more disposed to think about enforcing the existing rules in a fair and equitable manner. In fact, in the Red Cross poll noted above, 57% of Americans endorsed “strengthening the enforcement of laws and rules that limit what combatants can do in war.”<sup>62</sup> In the case of the Taliban anyway, it appears that there is yet much work to do within the existing framework.

Moreover, U.S. efforts to neutralise the source of the vast majority of civilian deaths have often been criticised on the basis of an interpretation of ILOAC with which it does not agree. I am talking here about the U.S.’s much-debated use of drones. It is beyond the scope of this essay to address that debate substantively, but in a series of speeches, U.S. government officials have repeatedly laid out the American position on drones, and in each case they asserted that the use of drones is clearly in conformance with existing international law.<sup>63</sup>

That others may have a different opinion does not necessarily render the U.S. interpretation suspect. In discussing, whether international law permits a drone strike against a threat in a country that is “unwilling or unable” to do anything about it, Harvard law professor Jack Goldsmith admits that international law is “not settled” on the point, but insists: “[I]t is sufficiently grounded in law and practice that no American president charged with keeping the country safe could refuse to exercise international self-defense rights when presented with a concrete security threat in this situation that no American president charged with keeping the country safe could refuse to exercise international self-defense rights when presented with a concrete security threat in this situation.”<sup>64</sup>

In any event, what incentive would the U.S. have to seek a new ILOAC agreement that might ‘settle’ the issue in a way that could compromise, from an American perspective, the responsibilities of the President to keep the country safe?

Besides, as already mentioned, rank and file Americans strongly support the drone campaign.<sup>65</sup> And media reports indicate it is effective. According to one article, material reportedly obtained from Osama Bin Laden’s lair in Pakistan showed “frustration with the CIA [Central Intelligence Agency] drone campaign” because al-Qaeda operatives were “getting killed faster than they could be replaced.”<sup>66</sup> More recently, another media report said that Bin Laden warned followers of “the importance of the exit from Waziristan,” apparently because of the drone operations, as he importuned his followers to “[c]hoose distant locations to which to move [...] away from aircraft photography and bombardment.”<sup>67</sup> Thus, the U.S. is unlikely to welcome any proposals that might complicate or even compromise the legal basis for using the capability that, in the U.S. view, has so debilitated the principal cause of civilian deaths from terrorism since 9/11. Of course, clarification as to the status of non-state actors would seem to be useful for the U.S. given the nature of the conflicts in which it has been engaged in recent years. However, in light of the experience with the Interpretive Guidance issued by the International Committee of the Red Cross (ICRC) about the status of civilians who directly participate in hostilities, there is little to suggest that the U.S. would benefit substantively from any international effort.<sup>68</sup>

As Professor Robert Chesney of the University of Texas notes, that guidance argues “that members of organized

<sup>59</sup> A.D. Sofaer, *The Rationale for the United States Decision*, in: *American Journal of International Law* 82 (1988).

<sup>60</sup> United Nations Assistance Mission, *Annual Report on the Protection of Civilians in Armed Conflict in Afghanistan for 2011*, February 2012, [http://unama.unmissions.org/Portals/UNAMA/Documents/UNAMA%20POC%202011%20Report\\_Final\\_Feb%202012.pdf](http://unama.unmissions.org/Portals/UNAMA/Documents/UNAMA%20POC%202011%20Report_Final_Feb%202012.pdf) (19 March 2012), p. 1.

<sup>61</sup> *Id.*, p. 4.

<sup>62</sup> See Survey, *supra* note 34.

<sup>63</sup> See, H. Koh, *supra* note 20; E. Holder, *supra* note 1; J.O. Brennan (Assistant to the President for Homeland Security and Counterterrorism), *Remarks of John O. Brennan: “Strengthening our Security by Adhering to our Values and Laws”*, The White House, 17 September 2011, <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/09/16/remarks-john-obrennan-strengthening-our-security-adhering-our-values-an> (18 March 2012); and J. Johnson (Department of Defense General Counsel), *National security law, lawyers and lawyering in the Obama Administration*, Yale Law School, <http://www.lawfareblog.com/2012/02/jeh-johnson-speech-at-yale-law-school/> (18 March 2012).

<sup>64</sup> J. Goldsmith, *Fire When Ready*, in: *Foreign Policy*, 19 March 2012, [http://www.foreignpolicy.com/articles/2012/03/19/fire\\_when\\_ready](http://www.foreignpolicy.com/articles/2012/03/19/fire_when_ready) (20 March 2012).

<sup>65</sup> See *supra* note 51, and accompanying text.

<sup>66</sup> G. Miller, *Bin Laden document trove reveals strain on al-Qaeda*, in: *The Washington Post*, 1 July 2012, [http://www.washingtonpost.com/national/national-security/bin-laden-document-trove-reveals-strain-on-al-qaeda/2011/07/01/AGdj0GuH\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/national/national-security/bin-laden-document-trove-reveals-strain-on-al-qaeda/2011/07/01/AGdj0GuH_story.html) (19 March 2012).

<sup>67</sup> D. Ignatius, *A Lion in Winter*, in: *The Washington Post*, 18 March 2012, [http://www.washingtonpost.com/opinions/osama-bin-laden-a-lion-in-winter/2012/03/18/gIQADmAKLS\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/opinions/osama-bin-laden-a-lion-in-winter/2012/03/18/gIQADmAKLS_story.html) (19 March 2012).

<sup>68</sup> N. Melzer, *Interpretive Guidance on the Notions of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law*, International Committee of the Red Cross, February 2009, <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf> (18 March 2012).

armed groups (OAG) who perform a continuous combat function (CCF) in a [non-international armed conflict] are not civilians and may be targeted in a manner comparable to that of a combatant, not just when engaging in specific acts of direct participation.”<sup>69</sup> Chesney speculates (but admits he does not have confirmation) that the U.S. government may interpret “category of targetable fighters in a fashion that is broader than the ICRC’s CCF test.”<sup>70</sup>

What is known is that the Interpretive Guidance has proven to be highly controversial. The exact delineations of the controversy are beyond the scope of this essay, but Professor Michael Schmitt, a retired U.S. Air Force officer, offers a critique of the Guidance that resonates with this writer and other Americans.<sup>71</sup> He sees international humanitarian law as seeking to “infuse the violence of war with humanitarian considerations.” In doing so, however, he says it “must remain sensitive to the interest of states in conducting warfare efficiently, for no state likely to find itself on the battlefield would accept norms that place its military success, or its survival, at serious risk.”<sup>72</sup>

According to Schmitt, the “very delicate balance between two principles: military necessity and humanity undergirds virtually all rules of IHL and must be borne in mind in any effort to elucidate them.”<sup>73</sup> Schmitt then contends that: “It is in this regard that the Interpretive Guidance falters. Although it represents an important and valuable contribution to understanding the complex notion of direct participation in hostilities, on repeated occasions its interpretations skew the balance towards humanity. Unfortunately, such deviations from the generally accepted balance will likely cause states, which are ultimately responsible for application and enforcement of the law, to view the Interpretive Guidance skeptically.”<sup>74</sup>

Considering that the U.S. is a nation that “finds itself on the battlefield” with relative frequency, it is troubling that the ICRC, the non-governmental organisation most influential in the development of ILOAC, seems to be unbalancing the necessary symbiosis in this critical area. Its interpretations could provide U.S. authorities with a strong rationale against engaging in any process that might further memorialise analyses with the potential, in the U.S. view, to disrupt the proper understanding of international law, including ILOAC. Other reasons argue against the U.S. becoming interested in new ILOAC rules, even where clarification might be helpful. For example, one might think cyberwar would be a fertile area for new ILOAC regulations. Many countries (not just the U.S.) are grappling with the many technical and policy issues associated with cyber incidents, not the least of which are the thorny legal issues. In particular, the question of what constitutes a prohibited use of force under the United Nations Charter,<sup>75</sup> or as it is more commonly captioned, ‘what constitutes an act of war’ in the cyber domain, is a frequent query. A closely related and recurrent issue is what kind of cyber activity would constitute an ‘armed attack’ within the meaning of the self-defense provisions of Article 51 of the Charter.<sup>76</sup>

However, the divergence of views about the nature and scope of cyberwar militate against any reasonable hope of achieving an ILOAC-level agreement in the foreseeable future. Journalist Tom Gjelten observes that “[d]ifferent ideas of the

cyber danger around the world illustrate that countries vary in the way they perceive their own vulnerabilities.”<sup>77</sup> He also goes on to warn: “While peace accords and disarmament agreements are attractive, however, democracies have reason to proceed cautiously in this area, precisely because of differences in the way cyber “attacks” are being defined in international forums. Russia, which for more than a decade has been promoting a global cyber arms control agreement, would like to criminalize what Soviet diplomats once called “ideological aggression”, and China and allied governments, especially in the Middle East and Africa, share this view.”<sup>78</sup> At least two reasons exist for a lack of optimism about a global cyber agreement. First, as Gjelten implies, such an agreement could be used by some non-democratic states to crush dissent, a result that the U.S. would doubtless disfavour. In fact, a senior State Department official said that China and Russia “seek to justify the establishment of sovereign government control over internet resources and over freedom of expression in order to maintain the security of their state.”<sup>79</sup>

Secondly, Gjelten argues that with respect to the U.S. armed forces, “no other military has such an advanced offensive capability for cyber war.”<sup>80</sup> Consequently, he says, under “a comprehensive cyber arms limitation agreement, the United States would presumably have to accept deep constraints on its use of cyber weapons and techniques.”<sup>81</sup> Plainly, there is little incentive for America to accept such constraints, especially if such restrictions would also operate to suppress free speech in non-democratic states.

<sup>69</sup> R. Chesney, Is DPH the Relevant Standard in Pakistan? An Important Element in the Debate Missing from BJI’s Report, in: Lawfare (blog), 6 February 2012, <http://www.lawfareblog.com/2012/02/is-dph-the-relevant-standard-in-pakistan-an-important-element-in-the-debate-missing-from-bjis-report/> (18 March 2012).

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> M.N. Schmitt, The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis, in: Harvard Journal of National Security Law, 5 May 2010, <http://harvardnsj.org/2010/05/the-interpretive-guidance-on-the-notion-of-direct-participation-in-hostilities-a-critical-analysis/> (18 March 2012).

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice, 1945, <http://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf>. Article 2 (4) of the Charter demands that nations “refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state.”

<sup>76</sup> Art. 51, UN Charter, *supra* note 75, p. 10. Article 51 of the Charter says that nothing in the Charter shall “impair the inherent right of individual or collective self-defense if an armed attack occurs” against a UN member.

<sup>77</sup> T. Gjelten, Shadow Wars: Debating Cyber ‘Disarmament’, in: World Affairs Journal, November/December 2010, <http://www.worldaffairsjournal.org/articles/2010-NovDec/full-Gjelten-ND-2010.html>.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> G. Smith, State Department Official Accuses Russia And China Of Seeking Greater Internet Control, in: Huffington Post, 27 November 2011, [http://www.huffingtonpost.com/2011/09/27/russia-china-internet-control\\_n\\_984223.html](http://www.huffingtonpost.com/2011/09/27/russia-china-internet-control_n_984223.html) (18 March 2012).

<sup>80</sup> T. Gjelten, *supra* note 77.

<sup>81</sup> *Ibid.*

Space is yet another area that would seem ripe for more extensive ILOAC treatment. Again, however, the U.S. is arguably the premier space-faring nation, so it is not clear how a new agreement could avoid putting legal fetters on a U.S. capability already extant, and in which it enjoys an asymmetric advantage over potential foes. Nevertheless, the U.S. does see the value in collaboration, and has recently joined with the European Union and other nations to develop a voluntary International Code of Conduct for Outer Space Activities.<sup>82</sup> This could be an important first step.

According to the U.S. State Department, the agreement will be “focused on the use of voluntary and pragmatic transparency and confidence-building measures to help prevent mishaps, misperceptions, and mistrust in space.”<sup>83</sup> At the same time, the Department insists that the administration “is committed to ensuring that an International Code enhances national security and maintains the United States’ inherent right of individual and collective self-defense, a fundamental part of international law” and adds an important caveat that syncs with the long-standing U.S. view: the “United States would only subscribe to such a Code of Conduct if it protects and enhances the national and economic security of the United States, our allies, and our friends.”<sup>84</sup>

While not truly an ILOAC agreement, and obviously one that lacks the enforceability of the Geneva Conventions, the Code does represent the kind of agreement that is achievable in an area of growing importance, and one with significant security implications. The references to “maintain[ing] the United States’ inherent right of individual and collective self-defense,” as well as the statement that U.S. subscription to the Code is conditioned on its actually “enhancing” U.S. security (as opposed to merely maintaining or even memorialising the *status quo*) appears to be instructive as to what predicates are necessary for American involvement in proposals for new ILOAC rules.

## 5. Concluding Observations

This essay may paint a discouraging picture for those who believe that additional ILOAC rules may ameliorate the impact of war on civilians. It would seem that American support for such proposals is uncertain at best, and that the U.S. is largely satisfied with its interpretations of existing law. There does not appear to be a strong counter-narrative that would encourage optimism about a change in this status quo. New rules may not, however, be the only way to further minimise civilian suffering in conflict. The greater availability and wider use of precision munitions is an example of a development that may operate as effectively to protect civilians as new ILOAC rules, and would be something that the U.S. could support. Polls show that Americans – 80% in fact – very strongly support the idea of increasing the “accuracy of weapons to reduce unintended casualties.”<sup>85</sup>

Unfortunately, this method of achieving the same purpose as that desired by many advocates of additional ILOAC rules – the protection of civilians – may not be acceptable to America’s allies, including those in NATO. Precision munitions are costly, and procuring them at a time of budgetary austerity can be contentious. Yet inadequate inventories also can be costly in terms of human lives if they are not available when

needed. Recall that during the Libya operation it was reported that military leaders of the six NATO nations that provided combat aircraft “openly complain[ed] that they are running out of smart bombs” because procurement of them had been limited by budget cuts.<sup>86</sup>

Clearly, NATO countries – which, on average, spend only 1.7% of their gross domestic product (GDP) on defense<sup>87</sup> – do not give defense spending the priority that the U.S. does, even though the accuracy of expensive American weaponry may protect civilians in wartime at least as much as ILOAC does. This seeming uneven sharing of the burden is having an effect on the American perspective. In stinging 2010 speech former Secretary of Defense Robert Gates said: “The blunt reality is that there will be dwindling appetite and patience in the U.S. Congress – and in the American body politic writ large – to expend increasingly precious funds on behalf of nations that are apparently unwilling to devote the necessary resources or make the necessary changes to be serious and capable partners in their own defense. Nations apparently [are] willing and eager for American taxpayers to assume the growing security burden left by reductions in European defense budgets.”<sup>88</sup>

Many might understandably consider these to be hard – and to an extent, unfair – words to direct towards friends and allies, but they do suggest an important reason why it is unlikely that Americans would evince a particular interest in new ILOAC regulations. Americans, who spend 4.8% of GDP on defense,<sup>89</sup> are not likely to be disposed to embrace in the near term any new ILOAC regulations – even emanating from friendly countries – absent evidence of an equal willingness, as Secretary Gates says, to devote the necessary resources or make the necessary changes to be serious and capable partners in their own defense.

To reiterate, Americans do strongly support international law, and especially ILOAC. They take their obligations under applicable law very seriously, and recognise that there are areas where clarifications of ILOAC might be helpful. That said, they are quite wary of new agreements or rules,

<sup>82</sup> H.R. Clinton, International Code of Conduct for Outer Space Activities, U.S. Department of State, 17 January 2012, <http://www.state.gov/secretary/rm/2012/01/180969.htm> (18 March 2012).

<sup>83</sup> U.S. Department of State, An International Code of Conduct for Outer Space Activities: Strengthening Long-Term Sustainability, Stability, Safety, and Security in Space, 17 January 2012, <http://www.state.gov/documents/organization/181208.pdf> (18 March 2012).

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> Smart Bomb Shortage in Libya, in: Strategy Page, 19 April 2011, <http://www.strategypage.com/htm/htairw/20110419.aspx> (18 March 2012).

<sup>87</sup> T. Shanker/E. Schmitt, Seeing Limits to ‘New’ Kind of War in Libya, in: The New York Times, 21 October 2011, <http://www.nytimes.com/2011/10/22/world/africa/nato-war-in-libya-shows-united-states-was-vital-to-toppling-qaddafi.html> (18 March 2012).

<sup>88</sup> R.M. Gates, Remarks by Secretary Gates at the Security and Defense Agenda, Brussels, Belgium, U.S. Department of Defense, 10 June 2011, <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=4839> (19 March 2012).

<sup>89</sup> Military Expenditures (% of GDP), World Bank, 2012, <http://data.worldbank.org/indicator/MS.MIL.XPND.GD.ZS> (18 March 2012).

and especially those that may, in practice, serve more as a restraint on U.S. actions than on those who the U.S. opposes and who violate existing ILOAC regulations with regularity. In 1988 Abraham Sofaer (while still the U.S. Department of State legal advisor) observed that: “The approval of the United States should never be taken for granted, especially when an agreement deals with national security, the conduct of military operations and the protection of victims of war.”<sup>90</sup> In this writer’s opinion, these words are as relevant in analysing the American mindset today as they were when

uttered a quarter-century ago. While the U.S. would no doubt be open to discussing ILOAC proposals, those who may want to propose them would be well-served by cultivating a keen appreciation of the American perspective, even if that perspective is not fully shared by America’s closest friends and most treasured allies. ■

<sup>90</sup> A.D. Sofaer, *supra* note 69, p. 787.

## Konfliktpartei und Kriegsgebiet in bewaffneten Auseinandersetzungen – zur Debatte um den Anwendungsbereich des Rechts internationaler und nicht-internationaler bewaffneter Konflikte

Katja Schöberl\*

The following contribution gives an overview of some contemporary debates on the scope of application of international humanitarian law. More specifically it discusses its territorial scope of application, the classification of certain actors as parties to an armed conflict and both of these notions’ impact on some ongoing debates within the international humanitarian law community. The debates surrounding international and non-international armed conflicts are addressed separately. With respect to international armed conflicts the discussions about a possible status of non-State armed groups as parties to an international armed conflict as well as on the representation of States for the purposes of international humanitarian law are illustrated. Attention is being drawn to the fact that the geographical scope of international armed conflicts (both within and outside the belligerent States’ territory) has not been adequately examined so far. Regarding non-international armed conflicts it is pointed out to what extent the debate on their geographical scope of application influences the definition of this type of armed conflict. Some open questions regarding a possible extraterritorial application of the law of non-international armed conflicts, i.e. of Common Article 3 and Additional Protocol II, are addressed.

Im folgenden Beitrag werden die Begriffe „Konfliktpartei“ und „Kriegsgebiet“ in bewaffneten Auseinandersetzungen untersucht und ihre Bedeutung für die gegenwärtigen Debatten um den Anwendungsbereich des humanitären Völkerrechts herausgearbeitet. Internationale und nicht-internationale bewaffnete Konflikte werden dabei getrennt betrachtet. Hinsichtlich des internationalen bewaffneten Konfliktes wird die Debatte um einen möglichen Status von nicht-staatlichen bewaffneten Gruppen als Konfliktpartei dargestellt und auf die Diskussion um die humanitär-völkerrechtliche Repräsentanz eines Staates hingewiesen. Auf eine bisher wenig entwickelte Diskussion um den innerstaatlichen und globalen Anwendungsbereich des Rechts internationaler bewaffneter Konflikte wird ebenfalls eingegangen. Bezüglich des nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes wird insbesondere dargelegt, inwieweit die Definition des Kriegsgebietes ausschlaggebend für die Definition des Konflikttyps als solches ist. Einige offene Fragen um eine extraterritoriale Anwendung des Rechts nicht-internationaler bewaffneter Konflikte, das heißt des Gemeinsamen Artikels 3 und des II. Zusatzprotokolls der Genfer Abkommen, werden aufgezeigt.

### 1. Einleitung

Die Begriffe „Konfliktpartei“ und „Kriegsgebiet“ sind im humanitären Völkerrecht vertragsrechtlich nicht definiert. Gleichzeitig sind die gegenwärtigen Debatten um den Anwendungsbereich des humanitären Völkerrechts gekennzeichnet von Bestrebungen, diese Begriffe näher zu bestimm-

\* Katja Schöberl ist Referentin für Verbreitungsarbeit im Generalsekretariat des Deutschen Roten Kreuzes (DRK) in Berlin. Der vorliegende Beitrag basiert auf einem Vortrag, den die Verfasserin im Rahmen der 22. Tagung zum Humanitären Völkerrecht des DRK, Bundesministerium der Verteidigung (BMVg) und Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) vom 23. bis 24. März 2012 in Ettlingen gehalten hat. Der Text gibt die Ansicht der Verfasserin wieder und nicht notwendigerweise die Sicht des DRK.

men. Ziel des folgenden Beitrags ist es, die Bedeutung beider Begriffe für diese Debatten herauszuarbeiten und einen Beitrag zu ihrer Entwicklung zu leisten.

Wenngleich eine erste Debatte die Frage zum Gegenstand hat, inwieweit das Recht der internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikte zusammengeführt werden kann, das heißt, ob das geltende Recht sowohl im Hinblick auf die inhaltlichen Regelungen<sup>1</sup> als auch die den Anwendungsbereich des humanitären Völkerrechts betreffenden Regelungen<sup>2</sup> nicht länger zwischen beiden Konflikttypen unterscheidet, werden die Debatten im Folgenden getrennt voneinander dargestellt. Die Ursache dafür ist nicht zuletzt die derzeitige Rechtsüberzeugung der Staatengemeinschaft, die weiterhin zwischen beiden Konflikttypen unterscheidet.<sup>3</sup>

## 2. „Konfliktpartei“ und „Kriegsgebiet“ als Begriffe des humanitären Völkerrechts

### 2.1. Internationale bewaffnete Konflikte

Internationale bewaffnete Konflikte sind grundsätzlich definiert als Auseinandersetzungen, in Folge derer es zur Anwendung bewaffneter Gewalt<sup>4</sup> zwischen zwei oder mehr Staaten kommt. Wenngleich es keine vertragsrechtliche Definition eines internationalen bewaffneten Konfliktes gibt und der Gemeinsame Artikel 2 (GA 2) der Genfer Abkommen lediglich den Anwendungsbereich der Abkommen für den Fall eines bewaffneten Konfliktes zwischen Vertragsparteien regelt, ist unbestritten, dass die Definition eines internationalen bewaffneten Konfliktes gewohnheitsrechtlich zumindest alle Konflikte zwischen zwei oder mehr Staaten unabhängig von ihrer Ratifizierung der Genfer Abkommen umfasst, einschließlich Besetzungen.<sup>5</sup> Zusätzlich sind nach Artikel 1 (4) I. Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen von 1949 (ZP I) bewaffnete Konflikte, in denen Völker gegen Kolonialherrschaft und fremde Besetzung sowie gegen rassistische Regime in Ausübung ihres Rechts auf Selbstbestimmung kämpfen, als internationale bewaffnete Konflikte definiert.<sup>6</sup>

#### 2.1.1. Konfliktparteien

Eine entscheidende Debatte der letzten Jahre dreht sich um die Frage, ob der internationale bewaffnete Konflikt auf Konflikte zwischen Staaten beschränkt ist oder ob auch Konflikte mit nicht-staatlichen bewaffneten Gruppen jenseits von nationalen Befreiungskriegen als internationale bewaffnete Konflikte klassifiziert werden können, wenn diese Konflikte international in ihrer geographischen Ausdehnung sind. Diese Diskussion muss als Teil einer größeren Debatte um die rechtliche Klassifizierung von Konflikten zwischen Staaten und nicht-staatlichen bewaffneten Gruppen außerhalb ihres eigenen Staatsgebietes verstanden werden (sogenannte „transnationale“ bewaffnete Konflikte)<sup>7</sup>. Im Rahmen dieser werden unterschiedliche Meinungen vertreten – nämlich, dass es sich dabei um (a) einen internationalen bewaffneten Konflikt zwischen Staat und nicht-staatlicher bewaffneter Gruppe, (b) einen nicht-internationalen bewaffneten Konflikt zwischen Staat und nicht-staatlicher bewaffneter Gruppe, (c) einen internationalen bewaffneten Konflikt

zwischen Staat und Territorialstaat oder (d) einen neuen Konflikttyp handelt. An dieser Stelle wird auf die Möglichkeit eines internationalen bewaffneten Konfliktes zwischen einem Staat und einer nicht-staatlichen bewaffneten Gruppe, das heißt dem möglichen Status einer nicht-staatlichen bewaffneten Gruppe als Konfliktpartei in einem internationalen bewaffneten Konflikt, eingegangen. Die Diskussion um den geographischen Anwendungsbereich des nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes wird im Anschluss daran dargestellt.

Die Debatte um einen möglichen internationalen bewaffneten Konflikt mit nicht-staatlichen bewaffneten Gruppen wurde in den letzten Jahren maßgeblich von zwei Urteilen der US-amerikanischen und israelischen Supreme Courts geprägt.

Der US Supreme Court musste sich in seinem Urteil im Fall *Salim Ahmed Hamdan gegen Donald Rumsfeld* vom 29. Juni 2006<sup>8</sup> mit der Klassifizierung des Konfliktes zwischen den USA und Al-Qaida befassen. Hamdan, ein jemenitischer Staatsangehöriger, wurde im November 2001 bei Gefechten zwischen US-Streitkräften und Taliban-Einheiten in Afgha-

<sup>1</sup> Siehe J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, 2 Bände, Cambridge 2005.

<sup>2</sup> Siehe insbesondere J. Stewart, *Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict*, in: *International Review of the Red Cross* 85 (2003).

<sup>3</sup> Siehe z. B. A. Cullen, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge 2010, S. 1. Er begründet dies unter anderem mit der erneuten Unterscheidung zwischen internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikten im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes. Diese wurde im ersten Urteil des Internationalen Strafgerichtshofes im Fall *Ankläger gegen Thomas Lubanga Dyilo* vom 14. März 2012 bestätigt, siehe ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Urteil, 14. März 2012, para. 539, <http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/98C44348-CC3F-4138-A9AC-23B9B2F0FCED.htm>; alle Webseiten wurden zum letzten Mal am 31. März 2012 abgerufen.

<sup>4</sup> Die Debatte um das für einen internationalen bewaffneten Konflikt erforderliche Mindestmaß an Gewalt, um ihn beispielsweise von Grenzwissenschaften abzugrenzen, bleibt aufgrund des fehlenden Bezugs zu den hier besprochenen Begriffen dahingestellt. Verwiesen werden kann beispielhaft auf die Position der International Law Association. Siehe ILA, *Use of Force Committee (2005-2010)*, Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law, Den Haag 2010, S. 29, <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1022>.

<sup>5</sup> Der Begriff des Kriegsgebietes ist ebenso entscheidend für die Klassifizierung einer Situation als feindliche Besetzung im Sinne des Art. 2 (2) GA bzw. Art. 42 Haager Landkriegsordnung insofern, als dass das Ausmaß der erforderlichen Kontrolle (vollständige, teilweise, funktionale) auch den räumlichen Anwendungsbereich des Besatzungsrechts bestimmt. Siehe diesbezüglich insbesondere T. Ferraro (Hrsg.), *IKRK, Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory: Expert Meeting*, Genf 2012, S. 24.

<sup>6</sup> Die völkergewohnheitsrechtliche Natur dieser Bestimmung wird jedoch meist abgelehnt. Siehe z. B. L. Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge 2002, S. 90.

<sup>7</sup> Siehe z. B. G. Corn/E.T. Jensen, *Transnational Armed Conflict: A 'Principled' Approach to the Regulation of Counter-Terror Combat Operations*, in: *Israel Law Review* 42 (2009).

<sup>8</sup> Supreme Court of the United States, *Salim Ahmed Hamdan (Petitioner) v. Donald H. Rumsfeld (Secretary of Defense) et al.*, On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 548 U.S. 557 (2006), Nr. 05.184, 29. Juni 2006, <http://www.supremecourt.gov>.

nistan durch Milizen festgenommen, an das US-Militär übergeben und als mutmaßliches Al-Qaida Mitglied im Juni 2002 nach Guantánamo Bay überstellt. Nachdem er im Jahr 2004 in einem Anklagepunkt wegen Verschwörung zur Begehung eines Verbrechens, das unter die Zuständigkeit einer Militärkommission fällt,<sup>9</sup> angeklagt wurde, focht er die Zuständigkeit dieser Kommission an. Da Hamdan unter anderem argumentierte, dass das anwendbare Kriegsrecht einen Prozess vor einer Militärkommission nicht zulasse, musste sich der oberste amerikanische Gerichtshof mit der Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts beschäftigen. Die Richter gingen nicht näher auf das Argument der Regierungsvertreter ein, dass mit dem Konflikt zwischen den USA und Al-Qaida kein internationaler bewaffneter Konflikt zwischen zwei oder mehr Staaten vorliege.<sup>10</sup> Stattdessen hielten sie fest, dass der Gemeinsame Artikel 3 (GA 3) der Genfer Abkommen in jedem Fall anwendbar sei und entsprechende Vorschriften für die Verurteilung vor einer Militärkommission enthalte. Das Gericht argumentierte dabei, dass der GA 3 allein in Abgrenzung zu GA 2 zu sehen<sup>11</sup> und somit auch auf nicht-internationale bewaffnete Konflikte mit internationaler Ausdehnung anwendbar sei.

Das Urteil wurde vielfach besprochen.<sup>12</sup> Hinsichtlich der Klassifizierung des Konfliktes wird dabei als herrschende Meinung vertreten, dass das Gericht zu der Auffassung gelangt sein müsse, dass sich die USA in einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt mit Al-Qaida befinden<sup>13</sup> – auch wenn es die Klassifizierung des Konfliktes aus (rechts-)politischen Gründen offen gelassen haben mag.<sup>14</sup>

Der israelische Supreme Court wählte einen anderen Ansatz. In seinem Urteil im Fall *The Public Committee against Torture in Israel (PCATI)* gegen Israel vom 14. Dezember 2006<sup>15</sup> entschied er über die Zulässigkeit gezielter Tötungen.<sup>16</sup> Bezüglich des anwendbaren Rechts führte das Gericht aus, dass die Auseinandersetzungen zwischen Israel und verschiedenen terroristischen Organisationen, die aus den besetzten Gebieten heraus operieren, bereits seit Beginn der ersten Intifada einen bewaffneten Konflikt darstellen.<sup>17</sup> Dieser sei als internationaler bewaffneter Konflikt zu klassifizieren.<sup>18</sup> Zur Begründung führte der oberste israelische Gerichtshof Folgendes an: Zum einen seien bewaffnete Auseinandersetzungen zwischen einer Besatzungsmacht und Aufständischen innerhalb eines besetzten Gebietes grundsätzlich als internationale bewaffnete Konflikte zu klassifizieren.<sup>19</sup> Zum anderen sei das Recht internationaler bewaffneter Konflikte auch auf alle bewaffneten Konflikte mit „internationalem Charakter“ anwendbar, das heißt immer dann, wenn der Konflikt die Grenzen eines Staates überschreitet, unabhängig davon, ob innerhalb oder außerhalb eines besetzten Gebietes. Wörtlich stellte der Supreme Court fest: „This law applies in any case of an armed conflict of international character – in other words, one that crosses the borders of the state – whether or not the place in which the armed conflict occurs is subject to belligerent occupation.“<sup>20</sup> Anders ausgedrückt sind für den israelischen Supreme Court für die Klassifizierung eines Konfliktes nicht die Konfliktparteien, sondern die räumliche Ausdehnung des Kriegsgebiets entscheidend.<sup>21</sup>

Zum jetzigen Stand der Diskussion muss die Position des israelischen Supreme Court jedoch als Mindermeinung ge-

wertet werden. Es kann auf keine Entwicklung in der Rechtsprechung oder Literatur seit der Verkündung des Urteils verwiesen werden, die für eine zunehmende Akzeptanz dieses Klassifizierungsansatzes spricht. Der Schwerpunkt der Debatte liegt seit einiger Zeit eher auf der Definition des nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes, der nachfolgend besprochen wird.

<sup>9</sup> President's Military Order, 13. November 2001, Jg. 66, Nr. 222, 16. November 2001, S. 57833-57836, <http://www.state.gov>.

<sup>10</sup> Wörtlich formulierten die Richter wie folgt: „We need not decide the merits of this argument because there is at least one provision of the Geneva Conventions that applies here even if the relevant conflict is not one between signatories.“

<sup>11</sup> Nochmals im Wortlaut stellten sie fest: „The latter kind of conflict [d.h. der nicht-internationale bewaffnete Konflikt] is distinguishable from the conflict described in Common Article 2 chiefly because it does not involve a clash between nations (whether signatories or not).“

<sup>12</sup> Siehe z.B. M. Milanovic, *Lessons for Human Rights and Humanitarian Law in the War on Terror: Comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killings Case*, in: *International Review of the Red Cross* 89 (2007); oder A.C. Arend, *Who's Afraid of the Geneva Conventions? Treaty Interpretation in the Wake of Hamdan v. Rumsfeld*, in: *American University International Law Review* 22 (2007).

<sup>13</sup> Siehe insbesondere M. Milanovic, a.a.O. (Fn. 12), S. 378. Milanovic untersucht die verschiedenen Möglichkeiten, anhand derer das Gericht zu der Auffassung gelangt sein könnte, der Konflikt würde durch den Gemeinsamen Artikel 3 geregelt, und stellt dabei auch fest, dass „the reading adopted as a matter of course by many commentators is that the Court has ruled that the United States' 'war' with al Qaeda is a global non-international armed conflict.“

<sup>14</sup> Für eine Untersuchung der (rechts-)politischen Beweggründe des Supreme Courts siehe insbesondere G. Corn/E.T. Jensen, a.a.O. (Fn. 7), S. 53 f.

<sup>15</sup> Supreme Court of Israel (High Court of Justice), *The Public Committee against Torture in Israel (PCATI) and the Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v. Israel*, 769/02, 14. Dezember 2006, [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/02/690/007/A34/02007690.a34.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/02/690/007/A34/02007690.a34.pdf).

<sup>16</sup> Auch im Hinblick auf dieses Urteil wird auf eine umfangreiche Literatur verwiesen, die sich insbesondere mit den Ausführungen des Gerichts zu inhaltlichen Fragen (wie der Definition des Kombattanten-Status oder der direkten Teilnahme an Kampfhandlungen) befasst. Siehe z.B. R.S. Schondorf, *The Targeted Killings Judgment, A Preliminary Assessment*, in: *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), S. 301-309; A. Cassese, *On Some Merits of the Israeli Judgment on Targeted Killings*, in: *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), S. 339-345; oder K.E. Eichensehr, *On Target? The Israeli Supreme Court and the Expansion of Targeted Killings*, in: *Yale Law Journal* 116 (2007), S. 1873-1881.

<sup>17</sup> Supreme Court of Israel, a.a.O. (Fn. 15), para. 16. Die Ausführungen des Gerichts zum Vorliegen eines bewaffneten Konfliktes erscheinen wenig systematisch. Neben seiner eigenen Spruchpraxis und einem Teil der bestehenden Literatur scheint es insbesondere das Vorliegen von schweren Kampfhandlungen für entscheidend zu erachten: „Since late September 2000, severe combat has been taking place in the areas of Judea and Samaria. It is not police activity. It is an armed conflict“ (einen seiner früheren Fälle zitierend). Das Gericht geht ebenso wenig auf den Zeitpunkt des Beginns des bewaffneten Konfliktes ein (d.h. seiner Auffassung nach auf den Beginn der ersten Intifada 1987), sondern beschränkt sich in seinen Ausführungen auf die zweite Intifada.

<sup>18</sup> *Id.*, paras. 18, 21.

<sup>19</sup> *Id.*, para. 18.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Der Gerichtshof benennt im Folgenden mögliche alternative Klassifizierungen eines solchen Konfliktes, geht jedoch nicht näher auf sie ein. Für eine Kritik an diesem Ansatz siehe auch N. Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford 2008, S. 35.



Zunächst wird hier jedoch auf weitere offene Fragen rund um die Bestimmung der Konfliktparteien eines internationalen bewaffneten Konfliktes hingewiesen.<sup>22</sup> Diese beinhalten die Frage, welche Staaten Konfliktpartei bzw. Besatzungsmacht werden, wenn (1) die Staatlichkeit einer der beteiligten Konfliktparteien in Frage steht,<sup>23</sup> (2) Staaten an multilateralen Einsätzen im Rahmen einer internationalen Organisation teilnehmen<sup>24</sup> oder (3) Zweifel bestehen, wer einen Staat repräsentiert. Auf den letzten Punkt wird im Folgenden näher eingegangen.

Wenngleich internationale bewaffnete Konflikte als bewaffnete Auseinandersetzungen zwischen Staaten und nicht zwischen Regierungen definiert sind, sind Staaten letztlich abstrakte Gebilde, die durch eine wie auch immer geartete Form von Regierung vertreten werden.<sup>25</sup> Diskutiert werden kann, wer einen Staat als Konfliktpartei in einem internationalen bewaffneten Konflikt vertritt, wenn es mehrere um die Regierungsgewalt konkurrierende Gruppen beziehungsweise eine *de facto* und eine *de jure* Regierung eines Staates gibt. Zur Veranschaulichung dieses Problems kann der Afghanistan-Konflikt herangezogen werden. Ungeachtet einer späteren Reklassifizierung als nicht-internationaler bewaffneter Konflikt,<sup>26</sup> wurde die anfängliche bewaffnete Auseinandersetzung zwischen den US-Streitkräften und afghanischen Taliban-Einheiten mehrheitlich als internationaler bewaffneter Konflikt klassifiziert, da die Taliban zu diesem Zeitpunkt als die *de facto* Regierung Afghanistans angesehen wurden.<sup>27</sup> Lediglich Pakistan, Saudi-Arabien und die Vereinigten Arabischen Emirate hatten sie auch *de jure* anerkannt.<sup>28</sup> Obwohl unstrittig scheint, dass der Logik des humanitären Völkerrechts folgend für die Klassifizierung entscheidend sein muss, wer einen Staat faktisch vertritt, bleibt unklar, welche Voraussetzungen eine *de facto* Regierung erfüllen muss. Im Fall der Taliban wurde angeführt, sie hätten den afghanischen Staat *de facto* vertreten, da sie die Kontrolle über einen Großteil des Staatsgebietes inklusive der Hauptstadt Kabul hatten und in der Lage waren, Regierungsfunktionen auszuüben.<sup>29</sup>

Diskutiert werden kann auch, unter welchen Umständen ein Regierungswechsel innerhalb einer der beteiligten Konfliktparteien zu einer Neuklassifizierung eines bewaffneten Konfliktes als nicht-internationaler bewaffneter Konflikt führt. In der Literatur wird dies unter dem Stichwort „Internalisation“ oder „De-Internationalisation“ diskutiert und insbesondere am Beispiel Libyen besprochen. Während zu Beginn der Feindseligkeiten sowohl von einem internationalen bewaffneten Konflikt zwischen den Koalitionären und Libyen unter dem Gaddafi-Regime als auch einem parallelen nicht-internationalen bewaffneten Konflikt zwischen der libyschen Regierung und den Benghazi-Aufständischen ausgegangen wurde,<sup>30</sup> wurde diskutiert, ob, und wenn ja wann, in der Folge ein Regierungswechsel in Libyen stattgefunden hat, der zu einer Neuklassifizierung des Konfliktes führt. Nach der Auffassung mancher Kommentatoren wurde der Staat Libyen ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht länger durch das Gaddafi-Regime, sondern die Benghazi-Aufständischen vertreten, die die Koalitionäre um Hilfe in der Niederschlagung des Gaddafi-Regimes ersuchten. Die andauernden Kampfhandlungen zwischen den Koalitionären und dem Gaddafi-Regime wurden somit als Teil des nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes zwischen Aufständischen und Regime angesehen. Der Zeitpunkt dieser Neu-Klassifizierung kann jedoch weiterhin diskutiert werden und ist im Hinblick auf künftige Konflikte als größtenteils ungeklärt zu verbuchen. In der bestehenden Diskussion wurden bislang wenige Kriterien vorgeschlagen – darunter der Kontrollverlust des alten Regimes ohne Aussicht auf ihre kurz- oder mittelfristige Wiedererlangung, die Etablierung von Kontrolle durch ein neues Regime, das in einem inklusiven Prozess legitimiert wurde, und eine breite internationale Anerkennung.<sup>31</sup> Im Falle Libyens könnte zum Beispiel der Moment der Anerkennung des Nationalen Übergangsrates als legiti-

nalen bewaffneten Konfliktes zwischen Aufständischen und Regime angesehen. Der Zeitpunkt dieser Neu-Klassifizierung kann jedoch weiterhin diskutiert werden und ist im Hinblick auf künftige Konflikte als größtenteils ungeklärt zu verbuchen. In der bestehenden Diskussion wurden bislang wenige Kriterien vorgeschlagen – darunter der Kontrollverlust des alten Regimes ohne Aussicht auf ihre kurz- oder mittelfristige Wiedererlangung, die Etablierung von Kontrolle durch ein neues Regime, das in einem inklusiven Prozess legitimiert wurde, und eine breite internationale Anerkennung.<sup>31</sup> Im Falle Libyens könnte zum Beispiel der Moment der Anerkennung des Nationalen Übergangsrates als legiti-

<sup>22</sup> Für eine Zusammenfassung anderer relevanter Aspekte siehe M. Milanovic/V. Hadzi-Vidanovic, A Taxonomy of Armed Conflict, in: N. White/C. Henderson (Hrsg.), Research Handbook of International Conflict and Security Law, im Erscheinen, Vorabversion verfügbar unter [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1988915](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1988915), S. 17-24.

<sup>23</sup> Zu den humanitär-völkerrechtlichen Problemen des Staatszerfalls im Allgemeinen, siehe R. Geiß, Armed Violence in Fragile States: Low Intensity Conflicts, Spillover Conflicts, and Sporadic Law Enforcement Operations by Third Parties, in: International Review of the Red Cross 91 (2009).

<sup>24</sup> Siehe diesbezüglich insbesondere K. Dörmann/L. Colassis, International Humanitarian Law in the Iraq Conflict, in: German Yearbook of International Law 47 (2004).

<sup>25</sup> Nach der auf Georg Jellinek zurückgehenden „Drei-Elementen-Lehre“ wird ein Staat durch Staatsgewalt, -volk und -gebiet definiert. Siehe z. B. V. Epping, Völkerrechtssubjekte, in: K. Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Aufl., München 2004, S. 59-67. Obwohl der Begriff der Staatsgewalt mit dem der Regierung nicht gleichzusetzen ist (anderer Auffassung: die Montevideo-Konvention von 1933, die „a permanent population“, „a defined territory“, „government“ und „capacity to enter into relations with the other States“ als Kriterien definiert), kann an dieser Stelle lediglich darauf hingewiesen werden, dass die Regierung eines Staates in jedem Fall in Zusammenhang mit Staatsgewalt und/oder Staatsvolk steht. Vereinfacht kann daher festgehalten werden, dass „Staaten durch eine wie auch immer geartete Form der Regierung vertreten werden.“

<sup>26</sup> Der genaue Zeitpunkt dieser Verwandlung ist umstritten, kann hier aber dahingestellt bleiben. Die folgenden Positionen werden vertreten: (1) die Einrichtung einer Interimsregierung unter Hamid Karzai im Rahmen des Bonn Agreements vom 5. Dezember 2001, (2) die Ernennung Hamid Karzais zum Präsidenten der Übergangsregierung durch die afghanische Loya Jirga im Juni 2002, (3) die Annahme einer neuen afghanischen Verfassung im Januar 2004, (4) die Wahl Hamid Karzais zum Präsidenten Afghanistans im Oktober 2004 bzw. (5) die Parlamentswahlen im Jahr 2005; siehe diesbezüglich A. Bellal/G. Giacca/S. Casey-Maslen, International Law and Armed Non-State Actors in Afghanistan, in: International Review of the Red Cross 93 (2011), S. 52.

<sup>27</sup> Die US-Regierung verweigerte den afghanischen Taliban-Kämpfern zwar Kriegsgefangenenstatus (worauf sie nach Auffassung vieler gemäß Art. 4 (A) 3) GA III Anspruch gehabt hätten), verneinte jedoch schließlich nicht mehr die Anwendbarkeit des Rechts internationaler bewaffneter Konflikte, sondern begründete dies mit dem mangelnden Respekt der Taliban-Kämpfer für das humanitäre Völkerrecht. Siehe insbesondere G. Bush, Memorandum on Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees, 7. Februar 2002.

<sup>28</sup> R. Wolfrum/C. Philipp, Die Taliban – ein Subjekt des Völkerrechts?, in: S. von Schorlemmer (Hrsg.), Praxishandbuch UNO. Die Vereinten Nationen im Lichte globaler Herausforderungen, Berlin 2003, S. 149.

<sup>29</sup> M. Milanovic/V. Hadzi-Vidanovic, a.a.O. (Fn. 22), S. 21.

<sup>30</sup> Siehe z.B. T. Röder, Veränderte Situation in Libyen: schwierige Gemischlage von internationalem und nicht-internationalem bewaffnetem Konflikt, in: IFHV (Hrsg.), Bofaxe Nr. 374D, 28. März 2011, <http://www.ruhr-uni-bochum.de/ifhv/documents/bofaxe/bofaxe2011/374d.pdf>.

<sup>31</sup> M. Milanovic/V. Hadzi-Vidanovic, a.a.O. (Fn. 22), S. 23.

mer und einziger Vertreter des libyschen Volkes durch Drittstaaten von Bedeutung gewesen sein.<sup>32</sup>

An diesem Punkt kann festgehalten werden, dass die in humanitär-völkerrechtlichen Kreisen geführten Debatten um die Klassifizierung von bewaffneten Konflikten mit nicht-staatlichen bewaffneten Gruppen oder von Konflikten mit unterschiedlichen *de facto* und *de jure* Regierungen, eine vertiefte Beschäftigung mit dem Begriff der Konfliktpartei nahelegen würden.

An dieser Stelle wird jedoch zu einer Einordnung des Begriffs des Kriegsgebietes in die bestehenden Debatten übergegangen beziehungsweise darauf hingewiesen, dass er in diesen nicht ausreichend berücksichtigt wird.

### 2.1.2. Kriegsgebiet

Eine systematische Beschäftigung mit der räumlichen Ausdehnung des Kriegsgebietes internationaler bewaffneter Konflikte und somit dem geographischen Anwendungsbereich des Rechts internationaler bewaffneter Konflikte fehlt bislang in der bestehenden Literatur. Die meisten Kommentatoren gehen davon aus, dass sich das Kriegsgebiet auf alle Orte erstreckt, an denen es zu Kampfhandlungen zwischen den Kriegsparteien beziehungsweise anderen kriegsvölkerrechtlich relevanten Handlungen (wie zum Beispiel der Gefangennahme von Kriegsgefangenen)<sup>33</sup> kommt, einschließlich dem Staatsgebiet neutraler Drittstaaten.<sup>34</sup> Der Anwendungsbereich des Rechts des internationalen bewaffneten Konfliktes ist nach dieser herrschenden Auffassung nicht auf das Staatsgebiet der Konfliktparteien beschränkt. Die Existenz eines „global battlefield“ wird für den internationalen bewaffneten Konflikt somit bejaht. Eine Begründung für diesen Ansatz lässt sich in der Literatur allerdings kaum finden. Mögliche Erklärungsansätze beruhen auf historischen Erwägungen und der mit einem internationalen bewaffneten Konflikt in Verbindung gebrachten größeren faktischen Ausdehnung des Konfliktes.<sup>35</sup> Eine systematische Betrachtung der Genfer Abkommen verdeutlicht jedoch, dass dieser pauschale Ansatz differenziert werden sollte. Während er für GA I-III zutreffen mag,<sup>36</sup> wirft er insbesondere für GA IV ungeklärte Fragen auf. Hinterfragt werden kann zum Beispiel, inwieweit Zivilpersonen, die die Voraussetzungen des Artikel 4 (1) GA IV erfüllen, das heißt geschützte Personen sind, sich jedoch weder im Staatsgebiet der über sie Kontrolle ausübenden Konfliktpartei noch in besetzten Gebieten aufhalten, durch das GA IV geschützt sind, beziehungsweise welche Regeln des GA IV auf sie anwendbar sind. Diese Frage stellt sich bereits in Fällen, in denen sich eine Zivilperson auf dem unbesetzten Staatsgebiet einer der Konfliktparteien, jedoch unter gegnerischer Kontrolle aufhält.<sup>37</sup> Geht man davon aus, dass das Recht internationaler bewaffneter Konflikte weltweit anwendbar ist, sollte man hinterfragen, wie dies insbesondere im Hinblick auf den Schutz von Zivilpersonen umzusetzen ist.<sup>38</sup>

Auch die Anwendung des humanitären Völkerrechts innerhalb des Staatsgebietes einer Konfliktpartei wird in der Literatur nur wenig besprochen. Auch hier scheint die Annahme zu sein, dass das humanitäre Völkerrecht problemlos im gesamten Staatsgebiet angewendet werden kann. Besonderer Betrachtung unterzogen wird diese Frage meist nur in Fällen,

<sup>32</sup> Doch auch der Moment der internationalen Anerkennung kann nicht eindeutig bestimmt werden. Die Bundesrepublik sprach als 13. Staat den Aufständischen am 13. Juni 2011 ihre Anerkennung aus. Die Libyen-Kontaktgruppe erkannte den Übergangsrat erst einen Monat später während ihres Treffens in Istanbul an (siehe z.B. Süddeutsche Zeitung, Libyen-Kontaktgruppe erkennt Rebellenrat als Regierung an, 15. Juli 2011, <http://www.sueddeutsche.de/politik/unterstuetzung-fuer-aufstaendische-waechst-libyen-kontaktgruppe-erkennt-rebellenrat-an-1.1120814>). Zur Bedeutung der Anerkennung des libyschen Übergangsrates im Allgemeinen siehe insbesondere S. Talmon, Recognition of the Libyan National Transitional Council, in: American Society of International Law Insight 15 (2011), <http://www.asil.org/pdfs/insights/insight110616.pdf>.

<sup>33</sup> Nicht abschließend geklärt ist auch, welche Handlungen dies umfasst. Zu Hilfe gezogen werden kann möglicherweise die von den Völkerstrafrechttribunalen entwickelte „Nexus“-Rechtsprechung zur Klassifizierung einer Handlung als Kriegsverbrechen. Siehe insbesondere ICTY, Appeals Chamber, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač und Zoran Vuković, IT-96-23 und IT-96-23/1-A, Urteil, 12. Juni 2002, para. 58, <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjng/en/kun-aj020612e.pdf>; und ICTR, Appeals Chamber, Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, ICTR-96-3-A, Urteil, 26. Mai 2003, para. 570, <http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Rutaganda/decisions/030526.pdf>.

<sup>34</sup> Bei der Definition des geographischen Anwendungsbereichs muss, wie im humanitären Völkerrecht insgesamt, auf eine strikte Trennung von *ius ad contra bellum* und *ius in bello* Aspekten geachtet werden. Die mögliche Ausdehnung eines internationalen bewaffneten Konfliktes auf neutrales Staatsgebiet verleitet in besonderer Weise dazu, diese beiden Rechtsgebiete zu vermischen. Fest steht hingegen, dass bei der Bestimmung des Kriegsgebietes in einer humanitär-völkerrechtlichen Betrachtung niemals die Rechtmäßigkeit der Gewaltanwendung Gegenstand der Untersuchung sein darf, sondern allein die Frage, inwieweit Handlungen der Kriegsparteien gegebenenfalls auch auf neutralem Staatsgebiet durch das humanitäre Völkerrecht geregelt werden.

<sup>35</sup> Es wurde aber bereits an anderer Stelle richtigerweise darauf hingewiesen, dass ein internationaler bewaffneter Konflikt zwischen zwei oder mehr Staaten ebenso allein auf dem Territorium einer Vertragspartei ausgetragen werden, somit in seiner räumlichen Ausdehnung nicht als „international“ beschrieben, aber dennoch als internationaler bewaffneter Konflikt klassifiziert werden kann. Siehe K. Dörmann, Völkerrechtliche Probleme des Landmineneinsatzes. Weiterentwicklung des geltenden Vertragsrechts durch das geänderte Minenprotokoll vom 3. Mai 1996 zum UN-Waffenübereinkommen von 1980, Bochumer Schriften zur Friedenssicherung und zum Humanitären Völkerrecht, Band 47, Berlin 2002, S. 374.

<sup>36</sup> In GA I und II lassen sich keine Anhaltspunkte finden, die eine geographische Beschränkung des Anwendungsbereiches der Abkommen nahelegen würden. Die den Abkommen zugrunde liegende Logik scheint vielmehr zu erfordern, Verwundete und Schiffbrüchige (und das entsprechende Sanitätspersonal) unabhängig vom Ort der Geschehnisse zu schützen. Auch Art. 5 GA III führt nicht aus, an welchem Ort die in Art. 4 (A) GA III genannten Personen in Feindeshand fallen müssen, um Anrecht auf Kriegsgefangenenstatus zu erlangen. Dies legt nahe, dass es sowohl auf dem Staatsgebiet der Konfliktparteien, aber auch auf dem Territorium neutraler Drittstaaten geschehen kann. Mit Ausnahme der Art. 19-20 und 46-48 sieht das GA III zudem auch keine Regelungen zum Transfer von Kriegsgefangenen für Fälle vor, in denen sie unter der Kontrolle der feindlichen Macht bleiben, aber auf fremdes Territorium transferiert werden sollen. Art. 12 GA III ist allein in Situationen anwendbar, in denen Kriegsgefangene an fremde Mächte übergeben werden sollen. Es bleibt in GA III somit dahingestellt, inwieweit die Gefangennahme eines Kriegsgefangenen außerhalb des eigenen Staatsgebietes und sein möglicher Transfer auf das Staatsgebiet Dritter durch das GA III geregelt sind. Die herrschende Meinung geht jedoch davon aus, dass ein in Gefangenschaft geratener Kombattant unabhängig von dem Ort seiner Gefangennahme Anspruch auf Kriegsgefangenenstatus hat und auch auf fremdes Staatsgebiet transferiert werden darf.

<sup>37</sup> Diese Frage stellt sich hingegen für einige Kommentatoren aufgrund eines funktionalen Verständnisses von Besetzung nicht. Siehe insbesondere J. Pictet (Hrsg.), The Geneva Conventions of 12 August 1949. Commentary, Fourth Geneva Convention Relative to the Treatment of Civilian Persons in Time of War, Genf 1958, S. 60.

<sup>38</sup> Somit ist z.B. fraglich, welchen Schutz eine afghanische Zivilperson genießen würde, die sich im Zusammenhang mit einem bestehenden internationalen bewaffneten Konflikt zwischen den USA und Afghanistan in Pakistan unter amerikanischer Kontrolle befindet.

in denen eine große geographische Distanz zwischen den Konfliktparteien besteht und sich die kriegerischen Handlungen auf das Staatsgebiet einer der beiden Parteien beschränken. So wurde beispielsweise im Zusammenhang mit dem Golfkrieg 1991 oder dem Afghanistan-Krieg 2001 hinterfragt, inwieweit humanitäres Völkerrecht auf weit entfernte Zivilpersonen in Großbritannien oder den USA anwendbar ist und diese zu geschützten Personen im Sinne des GA IV macht.<sup>39</sup>

Anhaltspunkte für eine solche Debatte lassen sich insbesondere in der Jurisdiktionsentscheidung der Berufungskammer des International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) im Fall Ankläger gegen Duško Tadić a/k/a „Dule“ vom 2. Oktober 1995<sup>40</sup> finden. Tadić argumentierte, dass dem Tribunal die sachliche Zuständigkeit zur Aburteilung der ihm vorgeworfenen Verbrechen fehle, da sich die Artikel 2, 3 und 5 des Statuts auf internationale bewaffnete Konflikte beschränken, die vermeintlichen Verbrechen jedoch im Rahmen eines nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes begangen worden seien. Hilfsweise argumentierte er, dass in der Region, in der die Taten verübt wurden, kein bewaffneter Konflikt vorgelegen habe.<sup>41</sup> In der Region Prijedor sei es in Folge der politischen Machtübernahme durch die Bosnischen Serben trotz einiger Panzerbewegungen zu keinen aktiven Feindseligkeiten gekommen, weshalb auch nicht vom Vorliegen eines bewaffneten Konfliktes in diesem Gebiet ausgegangen werden könne.<sup>42</sup> Die Berufungskammer befasste sich zunächst mit Tadićs alternativem Argument hinsichtlich des Vorliegens eines bewaffneten Konfliktes, bevor sie sich mit einer möglichen Beschränkung des Statuts auf internationale bewaffnete Konflikte auseinandersetzte.<sup>43</sup> Während die Kammer den räumlichen und zeitlichen Anwendungsbereich des humanitären Völkerrechts für internationale und nicht-internationale bewaffnete Konflikte getrennt voneinander untersuchte, hielt sie zunächst grundsätzlich fest, dass in beiden Fällen humanitäres Völkerrecht auch außerhalb der genauen Zeit und des Ortes von Feindseligkeiten anwendbar ist.<sup>44</sup> Für den internationalen bewaffneten Konflikt stellte die Kammer fest, dass die Genfer Abkommen zwar keine Aussage über ihren geographischen Anwendungsbereich machen, zumindest einige ihrer Bestimmungen jedoch unabhängig vom Vorliegen von Feindseligkeiten im gesamten Staatsgebiet anwendbar sein müssen. Ausdrücklich nannte das Gericht die Regeln zum Schutz von Kriegsgefangenen und Zivilpersonen, die nicht nur in Nähe der Kampfhandlungen anwendbar seien.<sup>45</sup> Es entschied folgendermaßen: „[...] [W]e find that an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State. International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there.“<sup>46</sup>

Nachdem das Gericht einen ähnlich weiten geographischen Anwendungsbereich des nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes unterstützte, befand es im konkreten Fall demnach auch, dass das humanitäre Völkerrecht in der Region Prijedor anwendbar war, wenngleich an diesem Ort und zu dieser Zeit möglicherweise keine Kampfhandlungen stattgefunden haben.<sup>47</sup> Es sei ausreichend, dass die vermeintlichen Verbrechen in einer engen Beziehung zu den Feindseligkeiten in anderen Gebieten, die unter der Kontrolle der Kriegsparteien waren, standen.<sup>48</sup>

Die Entscheidung wurde in der Folge vielfach besprochen.<sup>49</sup> Die Aussagen der Berufungskammer über den räumlichen Anwendungsbereich des humanitären Völkerrechts werden in der Literatur dabei nicht nur als „interesting feature“<sup>50</sup> erkannt, sondern durchgängig begrüßt.<sup>51</sup> Viele Kommentatoren begründen ihre Zustimmung jedoch nicht. Die folgenden Argumente können zusammenfassend für eine solche Definition des Anwendungsbereichs angeführt werden: (1) das allgemeine Völkerrecht geht, sichtbar zum Beispiel in Artikel 29 Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK), von einer Einheit des Staates aus,<sup>52</sup> die (2) eine Fragmentierung des anwendbaren Rechts innerhalb eines Staates verhindert<sup>53</sup> und (3) zur Rechtssicherheit der beteiligten Akteure beiträgt.<sup>54</sup>

<sup>39</sup> Siehe z.B. F. Hampson, *The Geneva Conventions and the Detention of Civilians and Alleged Prisoners of War*, in: *Public Law* 35 (1991).

<sup>40</sup> ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a „Dule“*, IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>.

<sup>41</sup> *Id.*, para. 65.

<sup>42</sup> *Id.*, para. 66.

<sup>43</sup> *Id.*, paras. 71-142.

<sup>44</sup> Siehe den genauen Wortlaut der Entscheidung: „The definition of ‘armed conflict’ varies depending on whether the hostilities are international or internal but, contrary to Appellant’s contention, the temporal and geographical scope of both internal and international armed conflicts extends beyond the exact time and place of hostilities“, *id.*, para. 67.

<sup>45</sup> *Id.*, para. 68.

<sup>46</sup> *Id.*, para. 70, Hervorhebung der Verfasserin.

<sup>47</sup> Die Kammer vermied es, sich zu den faktischen Hintergründen zu äußern. *Ibid.*

<sup>48</sup> *Ibid.* Im konkreten Fall sah es die Berufungskammer als erwiesen an, dass eine solche enge Verbindung bestand. Die Machtübernahme der bosnischen Serben in der Region Prijedor und die anschließende Errichtung eines Gefangenenlagers in Omarska, im Zuge dessen die vermeintlichen Verbrechen verübt wurden, müssten als Teil der bosnisch-serbischen Militärkampagne zur Übernahme der Kontrolle von bosnischem Territorium angesehen werden.

<sup>49</sup> Siehe z.B. C. Greenwood, *International Humanitarian Law and the Tadić Case*, in: *The European Journal of International Law* 7 (1996).

<sup>50</sup> A.P.V. Rogers, *Law on the Battlefield*, 2. Aufl., Manchester 2004, S. 219.

<sup>51</sup> Siehe z.B. M.N. Shaw, *International Law*, 5. Aufl., Cambridge 2003, S. 1069; E. David, *Principes de droit des conflits armés*, 4. Aufl., Brüssel 2008, S. 259; und M. Sassòli, *La Première Décision de la Chambre d’Appel du Tribunal Pénal International pour l’Ex-Yougoslavie: Tadić (Compétence)*, *Revue générale de droit international public* 100 (1996), S. 115.

<sup>52</sup> R. Kolb, *Ius in Bello: Le droit international des conflits armés*, 2. Aufl., Basel/Brüssel 2009, S. 219; und E. David, a.a.O. (Fn. 51), S. 256.

<sup>53</sup> A. Cullen, a.a.O. (Fn. 3), S. 142.

<sup>54</sup> C. Schaller, *Military Operations in Afghanistan and International Humanitarian Law*, in: *SWP-Comments C07* (2010), [http://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/comments/2010C07\\_slr\\_ks.pdf](http://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/comments/2010C07_slr_ks.pdf), S. 3.

Zudem erschwert die Mobilität in der heutigen Kriegsführung (4) eine Einteilung eines Staatsgebietes in Kampfgebiete und friedliche Regionen.<sup>55</sup> Eine teleologische Auslegung der humanitär-völkerrechtlichen Verträge spricht (5) dafür, dass sie überall dort anwendbar sind, wo es humanitäre Folgen eines bewaffneten Konfliktes zu regulieren gilt<sup>56</sup> – insbesondere im Interesse der Opfer dieses Konfliktes.<sup>57</sup> Die Rechtsprechung des ICTY ist in diesem Aspekt konsequent.<sup>58</sup>

Während also davon ausgegangen wird, dass das humanitäre Völkerrecht im gesamten Staatsgebiet einer Konfliktpartei anwendbar ist, stellt sich dennoch die Frage, ob nicht die Anwendbarkeit einiger seiner Vorschriften auf die unmittelbare Konfliktregion beschränkt werden sollte. Anhaltspunkte dafür lassen sich wiederum in der Jurisdiktionsentscheidung der ICTY-Berufungskammer im Fall Ankläger gegen Duško Tadić finden. Im Zusammenhang mit dem räumlichen Anwendungsbereich des Rechts des international bewaffneten Konfliktes stellte die Kammer nämlich Folgendes fest: „Although the Geneva Conventions are silent as to the geographical scope of international ‘armed conflicts’, the provisions suggest that at least some of the provisions of the Conventions apply to the entire territory of the Parties to the conflict, not just to the vicinity of actual hostilities. Certainly, some of the provisions are clearly bound up with the hostilities and the geographical scope of those provisions should be so limited. Others, particularly those relating to the protection of prisoners of war and civilians, are not so limited.“<sup>59</sup>

Eine systematische Beschäftigung mit diesem Aspekt des Tadić-Urteils, die zu einer Debatte über den innerstaatlichen Anwendungsbereich hätte führen können, hat bislang jedoch nicht stattgefunden und muss an dieser Stelle dahingestellt bleiben.

## 2.2. Nicht-internationale bewaffnete Konflikte

Bezüglich des nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes spielen der Begriff der Konfliktpartei und der des Kriegsgebietes eine entscheidende Rolle im Hinblick auf gleich mehrere Debatten der letzten Jahre.

Die Abwesenheit einer Legaldefinition des nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes wirkt im Vergleich zum internationalen bewaffneten Konflikt zusätzlich erschwerend, da bereits die Vertragstexte mit dem Gemeinsamen Artikel 3 und Artikel 1 II. Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen von 1949 (ZP II) zwei unterschiedliche Typen von nicht-internationalen bewaffneten Konflikten vorsehen.<sup>60</sup> Während der Gemeinsame Artikel 3 lediglich von einem „bewaffneten Konflikt, der keinen internationalen Charakter hat und auf dem Gebiet einer der Hohen Vertragsparteien entsteht“ spricht, erfordert Artikel 1 ZP II einen „bewaffneten Konflikt [...] der im Hoheitsgebiet einer Hohen Vertragspartei zwischen den Streitkräften und abtrünnigen Streitkräften oder anderen organisierten bewaffneten Gruppen stattfindet, die unter einer verantwortlichen Führung eine solche Kontrolle über einen Teil des Hoheitsgebiets der Hohen Vertragspartei ausüben, daß sie anhaltende, koordinierte Kampfhandlungen durchführen und dieses Protokoll anzuwenden vermögen.“

### 2.2.1. Konfliktparteien

Dieser Vergleich macht deutlich, dass sich nicht-internationale bewaffnete Konflikte gemäß dem Gemeinsamen Artikel 3 und nach Artikel 1 ZP II unbestritten hinsichtlich ihrer Konfliktparteien unterscheiden. Während der Gemeinsame Artikel 3 die Möglichkeit bewaffneter Konflikte zwischen nicht-staatlichen organisierten bewaffneten Gruppen eröffnet, erfordern bewaffnete Konflikte nach Artikel 1 ZP II zwingend die Beteiligung der staatlichen Streitkräfte als Konfliktpartei.<sup>61</sup> Zudem setzt Artikel 1 ZP II nach herrschender Meinung einen höheren Organisationsgrad seitens der nicht-staatlichen bewaffneten Gruppe voraus. Der Gemeinsame Artikel 3 spricht lediglich von „Parteien“ eines bewaffneten Konfliktes, ohne diese genauer zu bestimmen. In der Rechtsprechung des ICTY wurde in der Folge ausgelegt, dass ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt nur zwischen und mit organisierten bewaffneten Gruppen vorliegen kann,<sup>62</sup> und Kriterien für den nötigen Organisationsgrad wurden entwickelt. Die territoriale Kontrolle über ein gewisses Gebiet durch die nicht-staatliche Gruppe wurde dabei nur als eines von vielen Beispielen angeführt.<sup>63</sup> Für

<sup>55</sup> R. Kolb, a.a.O. (Fn. 52), S. 218.

<sup>56</sup> M. Sassòli, a.a.O. (Fn. 51), S. 115.

<sup>57</sup> A. Cullen, a.a.O. (Fn. 3), S. 142.

<sup>58</sup> *Id.*, S. 140. Das Tribunal hat unter anderem in den Fällen Ankläger gegen Tihomir Blaškić, Dario Kordić und Mario Čerkez, Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač und Zoran Vuković und Mladen Naletilić und Vinko Martinović auf die Berufungskammerentscheidung im Fall Tadić verwiesen und entschieden, dass das humanitäre Völkerrecht unabhängig vom Vorliegen von Kampfhandlungen in einer bestimmten Region im gesamten Staatsgebiet einer Konfliktpartei anwendbar ist.

<sup>59</sup> ICTY, a.a.O. (Fn. 40), para. 68; Hervorhebung der Verfasserin.

<sup>60</sup> Art. 1 ZP II stellt klar, dass das Protokoll den Gemeinsamen Artikel 3 weiterentwickelt und ergänzt, ohne die bestehenden Voraussetzungen für seine Anwendung zu ändern. Eine zusätzliche Debatte, auf die an dieser Stelle nicht eingegangen werden kann, besteht hinsichtlich der Einordnung der in dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs enthaltenen Definition(en) des nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes. Siehe diesbezüglich z.B. A. Cullen, a.a.O. (Fn. 3), S. 174.

<sup>61</sup> Während eine andere Form der Beteiligung staatlicher Streitkräfte in bewaffneten Konflikten möglich und realistisch ist (z.B. im Rahmen der polizeilichen Gefahrenabwehr), ist hier entscheidend, dass sie als Konfliktpartei unmittelbar in den bewaffneten Konflikt involviert sind und somit Träger humanitär-völkerrechtlicher Rechte und Pflichten werden. Der nötige Grad an Beteiligung seitens der Streitkräfte kann und sollte ebenfalls diskutiert werden.

<sup>62</sup> ICTY, a.a.O. (Fn. 40), para. 70.

<sup>63</sup> Siehe ICTY, Trial Chamber, The Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj and Lahi Brahimaj, IT-04-84-T, Urteil, 3. April 2008, para. 60: „As for armed groups, Trial Chambers have relied on several indicative factors, none of which are, in themselves, essential to establish whether the ‘organization’ criterion is fulfilled. Such indicative factors include the existence of a command structure and disciplinary rules and mechanisms within the group; the existence of a headquarters; the fact that the group controls a certain territory; the ability of the group to gain access to weapons, other military equipment, recruits and military training; its ability to plan, coordinate and carry out military operations, including troop movements and logistics; its ability to define a unified military strategy and use military tactics; and its ability to speak with one voice and negotiate and conclude agreements such as cease-fire or peace accords.“

die Anwendbarkeit des ZP II hingegen ist unstrittig entscheidend, dass die organisierte bewaffnete Gruppe unter einer verantwortlichen Führung eine solche Kontrolle über einen Teil des Hoheitsgebiets der Hohen Vertragspartei ausübt, dass sie anhaltende, koordinierte Kampfhandlungen durchführen und das Protokoll anzuwenden vermag.

Derzeit diskutiert wird aber, unter welchen Bedingungen ein Staat Konfliktpartei in einem bestehenden nicht-internationalen bewaffneten Konflikt auf dem Staatsgebiet eines Drittstaates wird.<sup>64</sup> Festzuhalten ist zunächst, dass sich nach heute herrschender Meinung der Charakter eines bewaffneten Konfliktes nicht verändert, wenn ausländische Streitkräfte aufseiten der Regierungstruppen intervenieren – während er sich internationalisiert, wenn sie eine nicht-staatliche bewaffnete Gruppe im Kampf gegen die Regierungstruppen unterstützen.<sup>65</sup> Die „théorie des conflits internationalisés à géométrie variable“, wonach der Konflikt zwischen Regierungstruppen und Aufständischen einen nicht-internationalen bewaffneten Konflikt darstellt, der Konflikt zwischen Aufständischen und ausländischen Truppen jedoch als ein internationaler bewaffneter Konflikt zu klassifizieren ist, hat sich nicht durchgesetzt.<sup>66</sup> Auch wenn der Charakter des Konfliktes als nicht-internationaler bewaffneter Konflikt heute unbestritten ist, sollte diskutiert werden, durch welche Form von Unterstützung ein ausländischer Staat selbst Konfliktpartei wird. Der humanitär-völkerrechtlichen Logik folgend kann auch hier argumentiert werden, dass die geleistete *de facto* Unterstützung entscheidend sein muss,<sup>67</sup> und nicht etwa eine *de jure* Anerkennung als Konfliktpartei, zum Beispiel durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen. Mögliche Kriterien sind die Truppenstationierung mit (gemeinsamen) Gefechtseinsätzen, Kampfeinsätze zugunsten der Regierungstruppen,<sup>68</sup> die Ausbildung von Regierungstruppen, ihre Beratung zum Beispiel hinsichtlich der Zielauswahl oder die Bereitstellung von Geheimdienstinformationen.

### 2.2.2. Kriegsgebiet

Eine, wenn nicht die entscheidende, Debatte der letzten Jahre setzt an der Definition des nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes und der Bedeutung einer möglicherweise in ihr enthaltenen geographischen Beschränkung an. Bedeutend ist diese Debatte zum einen für die Klassifizierung eines „transnationalen“ bewaffneten Konfliktes, sie ist aber nicht darauf beschränkt. Sie umfasst ebenso die Diskussion um die Klassifizierung von „spill-over“-Konflikten, das heißt von Konflikten, die sich auf das Staatsgebiet von Nachbarstaaten ausweiten. Dies kann durch aktive Kampfhandlungen ebenso geschehen wie durch die Nutzung des benachbarten Staatsgebietes als Rückzugsraum.<sup>69</sup> Wenn gleich „spill-over“-Konflikte in der Vergangenheit immer wieder vorgekommen sind, hat sich die Debatte um den geographischen Anwendungsbereich des GA 3 seit dem 11. September 2001 und den daran anschließenden „transnationalen“ bewaffneten Konflikten besonders entwickelt.<sup>70</sup> Im Zusammenhang mit den US-amerikanischen Gefangenen in Guantánamo Bay wurde zunächst auch vonseiten humanitär-

<sup>64</sup> Siehe z.B. R. Geiß, Das humanitäre Völkerrecht im Lichte aktueller Herausforderungen, in: H.-J. Heintze/K. Ipsen (Hrsg.), *Heutige bewaffnete Konflikte als Herausforderungen an das humanitäre Völkerrecht. 20 Jahre Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht – 60 Jahre Genfer Abkommen*, Heidelberg 2011, S. 60.

<sup>65</sup> Das Ausmaß der für die Klassifizierung nötigen Unterstützung (d.h. ob mittels „effective“ oder „overall-control“) kann auch nach dem Urteil des Internationalen Gerichtshofs im Fall Bosnien und Herzegowina gegen Serbien und Montenegro aus dem Jahr 2007 weiter diskutiert werden. Siehe IGH, *Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnien und Herzegowina gegen Serbien und Montenegro)*, Urteil, 26. Februar 2007, ICJ Reports 2007, S. 43-201, <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>, para. 404: „Insofar as the ‘overall control’ test is employed to determine whether or not an armed conflict is international, which was the sole question which the Appeals Chamber was called upon to decide, it may well be that the test is applicable and suitable; the Court does not however think it appropriate to take a position on the point in the present case, as there is no need to resolve it for purposes of the present Judgment.“

<sup>66</sup> Siehe G. Abi-Saab, *Les Protocoles Additionnels, 25 ans après*, in: J.-F. Flauss (Hrsg.), *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire. Actes du colloque du 12 avril 2002 organisé par l’Institut d’études de droit international de l’Université de Lausanne*, in: *Collection Droit et Justice* 52 (2003), S. 24.

<sup>67</sup> Siehe auch C. Schaller, a.a.O. (Fn. 54), S. 3.

<sup>68</sup> So auch C. Schaller, *Gezielte Tötungen: Eine völkerrechtliche Betrachtung*, in: P. Rudolf/C. Schaller (Hrsg.), *„Targeted Killing“*. Zur völkerrechtlichen, ethischen und strategischen Problematik gezielten Tötens in der Terrorismus- und Aufstandsbekämpfung, SWP-Studie, Berlin 2012, [http://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/studien/2012\\_S01\\_rdf\\_slr.pdf](http://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/studien/2012_S01_rdf_slr.pdf), S. 17.

<sup>69</sup> Das Besondere an einem „spill-over“-Konflikt ist, dass die Voraussetzungen eines nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes einmal erfüllt sein müssen auf dem Territorium des Staates, in den sich der Konflikt verlagert, aber nicht mehr zwangsläufig vorliegen müssen. Dies ist insbesondere entscheidend für das Erreichen der nötigen Gewaltschwelle in einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt. Siehe z.B. K. Ambos/J. Alkatout, *Der Gerechtigkeit einen Dienst erweisen? Zur Tötung bin Ladens*, in: *Juristenzeitung* 66 (2011), S. 760: „Wird man einen solchen Spill-over-Effekt beim Rückzug einer Konfliktpartei auf das Staatsgebiet eines Nachbarlandes anerkennen müssen, so handelt es sich dabei jedoch immer nur um eine extraterritoriale Ausdehnung des ursprünglich territorial begrenzten Konfliktes, der Spill-over-Effekt ist also stets auf den ursprünglichen, territorial begrenzten Konflikt zurückzuführen.“ Ambos und Alkatout argumentieren auch, dass der „spill-over“-Effekt räumlich begrenzt sei, was grundsätzlich in Konflikt mit der oben beschriebenen ICTY-Rechtsprechung steht.

<sup>70</sup> Die Debatte um die rechtliche Klassifizierung des von den USA ausgerufenen „Global War on Terror“ ist selbstverständlich breiter als hier dargestellt. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Aussagen hinsichtlich der Definition des nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes. Für einen Überblick über die sonstigen rechtlichen Fragen, die der Global War on Terror aufgeworfen hat, siehe z.B. G. Rona, *Legal Frameworks to Combat Terrorism: An Abundant Inventory of Existing Tools*, Remarks made before the American Enterprise Institute Conference on War, International Law, and Sovereignty: Reevaluating the Rules of the Game in a New Century, in: *Chicago Journal of International Law* 5 (2005); D. Jinks, September 11 and the Laws of War, in: *Yale Journal of International Law* 28 (2003); oder H.-P. Gasser, *International Humanitarian Law, the Prohibition of Terrorist Acts and the Fight against Terrorism*, in: *Yearbook of International Humanitarian Law* 4 (2001). Für eine Einschätzung der Auswirkungen des 11. September 2001 auf die weitere Entwicklung des humanitären Völkerrechts siehe z.B. die umfangreiche Literatur anlässlich des 60. Jubiläums der Genfer Abkommen im Jahre 2009: IKRK, *Sixty Years of the Geneva Conventions and the Decades Ahead*, Statement of Jakob Kellenberger anlässlich einer Konferenz zu „60 Years of the Geneva Conventions and the Decades Ahead“, organisiert vom Schweizer EDA und dem IKRK, Genf, 9. November 2009, <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/geneva-convention-statement-091109.htm>; und IKRK, *Sixty Years of the Geneva Conventions: Learning From the Past to Better Face the Future*, Ansprache von Jakob Kellenberger anlässlich einer Zeremonie zur Feier des 60. Jubiläums der Genfer Abkommen, Genf, 12. August 2009, <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/geneva-conventions-statement-president-120809.htm>.

rer Akteure<sup>71</sup> eine Interpretation unterstützt, nach der der Gemeinsame Artikel 3 keiner territorialen Beschränkung unterworfen ist (und die Gefangenen unabhängig vom Ort ihrer Gefangennahme im Rahmen des nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes zwischen den USA und Al-Qaida geschützt werden könnten).<sup>72</sup> Mit verstärkten US-Angriffen gegen Al-Qaida-Mitglieder weltweit scheint diese Interpretation inzwischen ein Stück weit relativiert worden und der Ernüchterung gewichen zu sein, dass eine territorial unbegrenzte Anwendung des Gemeinsamen Artikel 3 (und des ihn begleitenden gewohnheitsrechtlichen Kriegsführungsregimes) nicht nur schützend wirkt, sondern zum Beispiel im Hinblick auf die Zulässigkeit von Gewaltanwendung höhere Schutzstandards unterläuft.<sup>73</sup>

Es wird zunehmend deutlich, dass in der Debatte zwei grundlegend unterschiedliche Ansätze in der Definition eines nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes verfolgt werden. Der nach dem Tadić-Urteil lange Zeit verfolgte Ansatz stellt bestimmte Voraussetzungen auf, die für das Vorliegen eines nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes erfüllt sein müssen (das heißt Ausmaß an Intensität, Organisationsgrad und möglicherweise eine geographische Beschränkung). Nach dem Hamdan-Urteil wird jedoch zunehmend ein anderer Ansatz verfolgt. In dem Urteil argumentierten die Richter, die Anwendbarkeit des GA 3 bestimme sich allein in Abgrenzung zu GA 2, das heißt anhand einer Negativdefinition oder „zero-sum equation of sorts“.<sup>74</sup> Das Gericht stellte fest, dass alle bewaffneten Konflikte, die keine bewaffneten Konflikte zwischen Staaten im Sinne des GA 2 sind, unabhängig von ihrer territorialen Ausdehnung nicht-internationale bewaffnete Konflikte gemäß des GA 3 sind.<sup>75</sup> Die Frage nach einer geographischen Beschränkung des GA 3 stellt sich somit nicht.<sup>76</sup> Es bleibt folglich umstritten, ob ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt nur vorliegen kann, wenn das Kriegsgebiet ähnlich eines klassischen Bürgerkrieges auf das Staatsgebiet einer Vertragspartei beschränkt ist<sup>77</sup> oder sich maximal im Rahmen eines „spill-over“-Konfliktes auf das Staatsgebiet eines Nachbarstaates ausdehnt.

Zum jetzigen Stand der Debatte lassen sich die Argumente wie folgt zusammenfassen: Für eine territoriale Beschränkung des Gemeinsamen Artikel 3 spricht sein Wortlaut,<sup>78</sup> das heißt der in Artikel 3 Satz 1 genannte Zusatz, der bewaffnete Konflikt müsse auf dem Gebiet einer Hohen Vertragspartei entstehen (und nicht etwa auf dem Gebiet zweier oder mehrerer Vertragsparteien). Das am häufigsten vorgetragene Argument für eine territoriale Beschränkung des GA 3 basiert allerdings auf einer historischen Auslegung. Es wird argumentiert, dass die Verfasser der Genfer Abkommen von 1949 traditionelle Bürgerkriege und weder „spill-over“ noch „transnationale“ bewaffnete Konflikte vor Augen hatten und sich kein Hinweis auf eine extraterritoriale Anwendbarkeit des GA 3 in den „travaux préparatoires“ zu den Genfer Abkommen finden lasse.<sup>79</sup> Eine systematische Auslegung spricht gegen eine territoriale Beschränkung des Gemeinsamen Artikel 3 und wird in der Debatte am häufigsten als Gegenargument angeführt. Demnach sei der Verweis auf das Staatsgebiet einer Hohen Vertragspartei lediglich als Erinnerung daran zu werten, dass völkerrechtliche Verträge wie die Genfer Abkommen fakultativ bindend und nur auf dem Staatsgebiet einer Vertragspartei anwendbar sind.<sup>80</sup> Der Konflikt müsse daher einzig

<sup>71</sup> Siehe insbesondere IKRK, How is the Term 'Armed Conflict' Defined in International Humanitarian Law?, Opinion Paper, März 2008, S.3, <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf>. Das IKRK gibt darin eine territoriale Bindung des Gemeinsamen Artikel 3 mit dem Hinweis auf die universelle Ratifizierung der Abkommen auf: „As the four Geneva Conventions have universally been ratified now, the requirement that the armed conflict must occur 'in the territory of one of the High Contracting Parties' has lost its importance in practice. Indeed, any armed conflict between governmental armed forces and armed groups or between such groups cannot but take place on the territory of one of the Parties to the Convention.“

<sup>72</sup> Siehe insbesondere das Ringen um die Anwendung des Gemeinsamen Artikel 3 als Minimalstandard in der Behandlung der Guantánamo-Inhassen, z.B. infolge des Memorandums von Präsident George Bush vom 7. Februar 2002 (Fn. 27), in dem auch argumentiert wird, der Gemeinsame Artikel 3 sei auf den Konflikt mit Al-Qaida nicht anwendbar, da er in seinem Charakter international sei.

<sup>73</sup> Dies wird umso deutlicher, vergleicht man die Regeln mit denen des internationalen Menschenrechtsschutzes, auf die an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden kann. Für eine Betrachtung der Änderungen in der Wahrnehmung des humanitären Völkerrechts, siehe insbesondere D. Kretzmer, Rethinking the Application of IHL in Non-International Armed Conflicts, in: Israel Law Review 42 (2009).

<sup>74</sup> A. Yuile, At the Fault-Lines of Armed Conflict: The 2006 Israel-Hezbollah Conflict and the Framework of International Humanitarian Law, in: Australian International Law Journal 16 (2009), S. 195.

<sup>75</sup> Wörtlich hielten die Richter fest: „The D. C. Circuit ruled Common Article 3 inapplicable to Hamdan because the conflict with al Qaeda is international in scope and thus not a 'conflict not of an international character.' That reasoning is erroneous. That the quoted phrase bears its literal meaning and is used here in contradistinction to a conflict between nations is demonstrated by Common Article 2, which limits its own application to any armed conflict between signatories and provides that signatories must abide by all terms of the Conventions even if another party to the conflict is a nonsignatory, so long as the nonsignatory 'accepts and applies' those terms.“

<sup>76</sup> Dieser Ansatz wirft jedoch ein anderes grundlegendes Problem auf. Er suggeriert insbesondere, dass eine übergeordnete, allgemeine Definition des bewaffneten Konfliktes unabhängig von seiner Klassifizierung als internationaler oder nicht-internationaler bewaffneter Konflikt besteht. Demnach müsste zunächst geprüft werden, ob eine Situation als bewaffneter Konflikt zu qualifizieren ist, um sie dann als internationalen bewaffneten Konflikt bzw. im Ausschlussverfahren als nicht-internationalen bewaffneten Konflikt näher zu beschreiben. Eine solch übergeordnete Definition gibt es nach herrschender Meinung jedoch nicht.

<sup>77</sup> Der Bürgerkrieg („civil war“) unterscheidet sich von anderen nicht-internationalen bewaffneten Konflikten nicht nur aufgrund seiner territorialen Beschränkung, sondern seiner höheren Gewaltschwelle. Siehe z.B. R. Abi-Saab, Droit Humanitaire et Conflicts Internes. Origines et évolution de la réglementation internationale, Institut Henry Dunant, Paris 1986, S. 13.

<sup>78</sup> Die in der Wiener Vertragsrechtskonvention von 1969 niedergelegten Regeln zur Interpretation völkerrechtlicher Verträge können auf die bereits 1949 angenommenen Genfer Abkommen aufgrund des in Art. 4 WVK festgeschriebenen Rückwirkungsverbotes nur angewandt werden, insofern diese Völkergewohnheitsrecht darstellen. Für Art. 31 und 32 WVK scheint dies unproblematisch. Siehe z.B. I. Brownlie, Principles of Public International Law, 7. Aufl., Oxford 2008, S. 608. Für einen Überblick über die Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs diesbezüglich siehe M.E. Villiger, The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission, in: E. Cannizzaro (Hrsg.), The Law of Treaties beyond the Vienna Convention, Oxford 2011, S. 114-117.

<sup>79</sup> Siehe z.B. R. Bartels, Timelines, Borderlines and Conflicts. The Historical Evolution of the Legal Divide Between International and Non-International Armed Conflicts, in: International Review of the Red Cross 91 (2009), S. 66.

<sup>80</sup> Dies sei umso mehr der Fall, da der Gemeinsame Artikel 3 auf bewaffnete Konflikte anwendbar ist, die ohne Beteiligung der staatlichen Streitkräfte zwischen nicht-staatlichen bewaffneten Gruppen ausgetragen würden. Siehe N. Melzer, a.a.O. (Fn. 21), S. 258: „In fact, as the applicability of Article 3 GC I to IV, contrary to Article 2 GC I to IV, does not require the involvement of a contracting State as a party to the conflict, it is only logical that this criterion was replaced by the prerequisite of a territorial link to a contracting State. The legislative novelty of Article 3 GC I to IV was that each contracting State established binding rules not only for its own conduct, but also for that of the involved non-State parties.“

auf dem Staatsgebiet irgendeiner Vertragspartei ausgetragen werden. In Zeiten, in denen alle Staaten der Welt Vertragsparteien der Genfer Abkommen seien, sei der Zusatz als obsolet zu betrachten.<sup>81</sup> Auch teleologisch lässt sich argumentieren, dass die Schutzwirkung des humanitären Völkerrechts nicht an (mitunter willkürlich) gezogenen Grenzen halt machen sollte.<sup>82</sup> Es sei nicht vorstellbar, dass die Struktur der Genfer Abkommen eine „protection gap“ enthalte.<sup>83</sup> Die Überbewertung des Stellenwertes der „travaux préparatoires“, insbesondere in der angelsächsischen Literatur zu diesem Thema,<sup>84</sup> könnte am effektivsten mit dem Hinweis auf Artikel 32 WVK entkräftet werden, was in der bisherigen Debatte aber nicht ausreichend berücksichtigt wird. Gemäß Artikel 32 WVK sind die vorbereitenden Arbeiten nur ein ergänzendes Auslegungsmittel, „um die sich unter Anwendung des Artikels 31 ergebende Bedeutung zu bestätigen oder die Bedeutung zu bestimmen, wenn die Auslegung nach Artikel 31 a) die Bedeutung mehrdeutig oder dunkel lässt oder b) zu einem offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führt“. Völkerrechtliche Verträge dürfen demnach nicht vorrangig entsprechend ihres historischen Kontextes ausgelegt werden, sondern nach ihrem Wortlaut, Zusammenhang sowie Sinn und Zweck.<sup>85</sup>

Die Debatte um den geographischen Anwendungsbereich des Gemeinsamen Artikel 3 muss zu diesem Zeitpunkt als weiterhin offen bezeichnet werden.

Eine extraterritoriale Anwendung des ZP II wird hingegen mehrheitlich verneint. Während ein „spill-over“ des Konfliktes auf das Staatsgebiet eines Nachbarstaates aufgrund teleologischer Argumente möglicherweise noch durch ZP II gedeckt wird, wird seine transnationale Anwendung aufgrund des Wortlautes von Artikel 1 ZP II ausgeschlossen.<sup>86</sup> Fraglich bleibt, ob ZP II in Fällen extraterritorial anwendbar sein kann, in denen ausländische Staaten die Regierungstruppen in ihrem Kampf gegen nicht-staatliche bewaffnete Gruppen unterstützen, sofern dieser die Anforderungen des ZP II erfüllt. Bejaht man beispielsweise die Anwendbarkeit des ZP II in Afghanistan, könnten somit auch die truppenstellenden Staaten der International Security Assistance Force (ISAF), sofern sie Vertragspartei sind, an die Regeln des ZP II gebunden sein.<sup>87</sup>

Nicht-internationale bewaffnete Konflikte werfen hinsichtlich der Definition des Kriegsgebietes allerdings noch eine andere Frage auf, die abschließend angesprochen wird. Hinterfragt werden kann, inwieweit auch im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt das humanitäre Völkerrecht im gesamten Staatsgebiet anwendbar ist.<sup>88</sup> Der ICTY bejahte dies in seinem Tadić-Urteil. Begründet hat er es damit, dass der Gemeinsame Artikel 3 all diejenigen schütze, die nicht oder nicht mehr aktiv an Feindseligkeiten teilnehmen und der GA 3 somit auch außerhalb des eigentlichen Kampfgebietes anwendbar sei.<sup>89</sup>

Auch die Anwendbarkeit des ZP II erstreckt sich auf das gesamte Staatsgebiet und ist nicht auf die Gebiete unter Kontrolle der nicht-staatlichen bewaffneten Gruppe beschränkt. Dies würde bedeuten, dass ab dem Zeitpunkt des Endes des Besatzungsregimes, nachdem sich die Besatzungssituation in einen nicht-internationalen bewaffneten Konflikt verwandelte,<sup>90</sup> das Recht nicht-internationaler bewaffneter Konflikte auf dem gesamten afghanischen Staatsgebiet und nicht nur in einzelnen umkämpften Regionen anwendbar war.<sup>91</sup>

<sup>81</sup> Diesem Argument zufolge sind dennoch Situationen vorstellbar, in denen ein bewaffneter Konflikt, der als „spill-over“ oder „transnationaler“ bewaffneter Konflikt auf dem Gebiet eines neu geschaffenen Staates, der (noch) nicht Vertragspartei ist, ausgetragen wird, zumindest vertragsrechtlich nicht durch den Gemeinsamen Artikel 3 geregelt wird.

<sup>82</sup> Siehe z.B. J. Pejic, *The Protective Scope of Common Article 3: More than Meets the Eye*, in: *International Review of the Red Cross* 93 (2011), S. 6, die dies zumindest für „spill-over“ Konflikte argumentiert: „[I]t is submitted that the relations between parties whose conflict has spilled over remain at a minimum governed by Common Article 3 and customary IHL [international humanitarian law]. This position is based on the understanding that the spill over of a non-international armed conflict into adjacent territory cannot have the effect of absolving the parties of their IHL obligations simply because an international border has been crossed. The ensuing legal vacuum would deprive of protection both civilians potentially affected by the fighting and persons who fall into enemy hands.“

<sup>83</sup> M. Sassòli, *Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law*, HPCR Occasional Paper Series, Nr. 6, Winter 2006, <http://www.hpcrresearch.org/sites/default/files/publications/OccasionalPaper6.pdf>, S. 9.

<sup>84</sup> Siehe insbesondere R.W. Ash, *Square Pegs and Round Holes: Al-Qaeda Detainees and Common Article 3*, in: *Indiana International & Comparative Law Review* 17 (2007).

<sup>85</sup> Anthony Cullen weist, unabhängig der Frage nach „transnationalen“ bewaffneten Konflikten, somit z.B. korrekterweise darauf hin, dass der Gemeinsame Artikel 3 selbst in einer konservativen Auslegung über das hinausgeht, was die Verfasser 1949 im Sinn hatten. Ihm zufolge hatte der Gemeinsame Artikel 3 ursprünglich einen Anwendungsbereich, der dem eines Bürgerkrieges entsprach. Würde man diesen noch heute anwenden, wären die meisten nicht-internationalen bewaffneten Konflikte nicht durch ihn gedeckt. A. Cullen, a.a.O. (Fn. 3), S. 60.

<sup>86</sup> Die englische Fassung macht diese Einschränkung noch deutlicher. Sie spricht von einem „armed conflict [...] which [...] take[s] place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups [...]“. Die Verwendung des Possessivpronomens „its“ verdeutlicht, dass sich der bewaffnete Konflikt zwischen einer organisierten nicht-staatlichen Gruppe und den staatlichen Streitkräften des Territorialstaates abspielen muss. Siehe z.B. auch N. Lubell, *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*, Oxford 2010, S. 100.

<sup>87</sup> So argumentieren insbesondere A. Bellal/G. Giacca/S. Casey-Maslen, a.a.O. (Fn. 26), S. 60 f.: „[I]nstead being read restrictively so as to apply only to the territorial state and its rebels, Article 1(1) should encompass the conduct of any contracting party to Additional Protocol II intervening in support of the territorial state by the mere fact of participating in a conflict that takes place in ‘the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups’.“

<sup>88</sup> Siehe auch C. Kreß, *Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts*, in: *Journal of Conflict and Security Law* 15 (2010), S. 265.

<sup>89</sup> ICTY, a.a.O. (Fn. 40), para. 69.

<sup>90</sup> Siehe A. Bellal/G. Giacca/S. Casey-Maslen, a.a.O. (Fn. 26), S. 52.

<sup>91</sup> Siehe die davon abweichende Position der deutschen Bundesregierung zur Klassifizierung der Situation in Afghanistan. Während sie dazu übergegangen ist, nicht länger von „kriegsähnlichen Zuständen“, siehe K.-T. zu Guttenberg, Interview in der Bild-Zeitung, 3. November 2009, <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Interview/2009/11/2009-11-03-interview-guttenberg-bild.html>, sondern dem Vorliegen eines „nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes“ in Afghanistan zu sprechen, scheint sie diesen auf bestimmte Regionen Afghanistans zu begrenzen und nicht von der Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts auf das gesamte afghanische Staatsgebiet auszugehen; siehe insbesondere G. Westerwelle, Rede vor dem Deutschen Bundestag zum Afghanistan-Einsatz der Bundeswehr, 10. Februar 2010, <http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Infoservice/Presse/Reden/2010/100210-BM-BT-Afghanistan.html>: „Die Bundesregierung hat sehr sorgfältig die Frage geprüft, wie die Lage im Norden Afghanistans zu bewerten ist. Die Intensität der mit Waffengewalt ausgetragenen Auseinandersetzung mit Aufständischen und deren militärischer Organisation führen uns zu der Bewertung, die Einsatzsituation von ISAF auch im Norden Afghanistans als bewaffneter Konflikt im Sinne des humanitären Völkerrechts zu qualifizieren.“ (Hervorhebung der Verf.).



Umstritten ist dies insbesondere in Fällen, in denen sich die kriegerischen Handlungen auf ein abgrenzbares Gebiet beschränken und die Anwendung des humanitären Völkerrechts im restlichen Teil des Staatsgebietes unangebracht erscheint. Im Fall von Kolumbien wird beispielsweise immer wieder hinterfragt, inwieweit bei Vorliegen eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts ein Kämpfer der Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) etwa in einem Supermarkt in der Hauptstadt Bogotá angegriffen werden dürfte.<sup>92</sup> Geht man außerdem vom Vorliegen eines nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes in Tschetschenien aus, wäre zudem fraglich, ob humanitäres Völkerrecht nicht nur in dieser Region, sondern auf dem gesamten russischen Staatsgebiet anwendbar war und die Rechtmäßigkeit der Geiselnbefreiung im Moskauer Dubrowka-Theater am 26. Oktober 2002 nach humanitären Völkerrecht zu beurteilen ist, sofern eine Verbindung zu dem bewaffneten Konflikt in Tschetschenien bestand.<sup>93</sup>

Für diese Debatte sind zwei Dinge abschließend festzuhalten. Erstens sollten Diskussionen über inhaltliche Regeln des humanitären Völkerrechts und über Bestimmungen über seinen Anwendungsbereich so weit wie möglich voneinander getrennt werden. Bejaht man beispielsweise die Anwendung des humanitären Völkerrechts im gesamten kolumbianischen Staatsgebiet, so hat man noch keine Aussage über die Rechtmäßigkeit einer gezielten Tötung eines FARC-Kämpfers getroffen. Zweitens macht dieses Beispiel deutlich, dass die Debatte ebenfalls losgelöst von menschenrechtlichen Betrachtungen geführt werden muss beziehungsweise der Einfluss derartiger Überlegungen auf die eigene Position klar dargelegt werden sollte. Es ist möglich, dass man zu dem

Ergebnis kommt, dass humanitäres Völkerrecht unabhängig vom Vorliegen von Kampfhandlungen im gesamten Staatsgebiet anwendbar ist, bestimmte Schädigungshandlungen, wie gezielte Tötungen, jedoch aufgrund menschenrechtlicher Standards unzulässig sind. In diesem Fall sollte Letzteres deutlich gemacht werden.

### 3. Schlussbetrachtung

Die in diesem Beitrag besprochenen Debatten machen eines deutlich: Grundlegende Fragen hinsichtlich des Anwendungsbereiches des humanitären Völkerrechts sind weiterhin offen. Es ist ungeklärt, unter welchen Bedingungen ein Staat Konfliktpartei in einem bestehenden nicht-internationalen bewaffneten Konflikt auf fremdem Staatsgebiet wird, inwieweit sich das Kriegsgebiet eines bewaffneten Konfliktes auf das gesamte Territorium eines Staates erstreckt und ob die Definition eines nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes eine territoriale Beschränkung enthält. Auch im Rahmen dieses Beitrags können diese Fragen nicht abschließend geklärt werden. Angesichts der derzeit voraussehbaren Entwicklung der Natur gegenwärtiger bewaffneter Konflikte bleibt zu hoffen und anzuraten, dass sich sowohl die Völkerrechtswissenschaft als auch -praxis in den kommenden Jahren weiter mit diesen wichtigen Fragen beschäftigt. ■

<sup>92</sup> Siehe z.B. Robin Geiß, a.a.O. (Fn. 64), S. 53.

<sup>93</sup> Siehe in diese Richtung argumentierend z.B. N. Quéniwet, *The Moscow Hostage Crisis in the Light of the Armed Conflict in Chechnya*, in: *Yearbook of International Humanitarian Law* 4 (2001), S. 359.



# Stuxnet – Legal Considerations

Katharina Ziolkowski\*

The worm Stuxnet was programmed to affect computer systems of five nuclear facilities located in Iran. The media reported the worm as being the first ‘cyber-weapon’ used and were speculating that certain States might have been the creators of the malware – suspecting in particular the involvement of USA and Israel within a long-term operation code-named ‘Olympic Games’. The discovery of Stuxnet showed the possibility of malicious infections of computer systems of a State’s critical infrastructure, even if disconnected from the Internet, and changed the perception of danger in the context of national security considerations. Therefore, the worm Stuxnet is of particular importance. Legally assessing the implications of the creation, installation and control of Stuxnet is especially challenging because of the lack of detailed and reliable information relating to its origin and the physical effects it (indirectly) caused outside the targeted computer systems. Based on the assumption that one or more States created, installed and controlled the worm, the present public international law analysis shows that Stuxnet can be considered a ‘legal masterpiece’.

Der Wurm Stuxnet wurde programmiert, um Computersysteme von fünf bestimmten, sich im Iran befindenden Nuklearanlagen zu befallen. Medien berichteten, der Wurm sei die erste „Cyber-Waffe“, und spekulierten über die Urheberschaft von bestimmten Staaten – vermutet wurde insbesondere eine Beteiligung der USA und Israels im Zusammenhang mit einer jahrelangen Operation mit dem Codenamen „Olympic Games“. Die Entdeckung von Stuxnet rückte die Möglichkeit einer schädigenden Infektion von Computersystemen innerhalb kritischer Infrastrukturen, auch wenn diese keine Verbindung zum Internet aufweisen, ins Bewusstsein und änderte die Gefahrenperzeption im Kontext des sicherheitspolitischen Diskurses. Daher wird dem Wurm eine besondere Bedeutung zugeschrieben. Die rechtliche Analyse der Kreation, der Installation und der Kontrolle von Stuxnet stellt eine enorme Herausforderung dar, da detaillierte und verlässliche Informationen in Bezug auf die Herkunft der Malware und die physischen Auswirkungen, welche sie außerhalb der direkt befallenen Computersysteme (indirekt) verursachte, fehlen. Die vorliegende völkerrechtliche Analyse basiert auf der Annahme, dass ein oder mehrere Staaten den Wurm kreierten, installierten und kontrollierten. Sie zeigt, dass Stuxnet als ein „rechtliches Meisterstück“ gelten kann.

## 1. Introduction

Stuxnet, a malicious form of software also known as W32.Stuxnet worm<sup>1</sup>, was first reported on 17 June 2010 under the name Rootkit.TmpHider.<sup>2</sup> Subsequently, information on and samples of the malicious code were released to individual information technology (IT) security companies which undertook immense endeavours to monitor the data traffic between the worm and its command-and-control servers, as well as to understand the design, functionality and aim of this highly sophisticated computer program.<sup>3</sup>

Stuxnet targeted the computer systems of five facilities (according to recorded Wide Area Network (WAN) Internet Protocol (IP) addresses / computer domain names) located in Iran, between June 2009 and May 2010.<sup>4</sup> By February 2010 the IT security company Symantec had gathered 3,280 unique samples representing three different variants of Stuxnet.<sup>5</sup> The worm affected specific industrial control systems which use a type of software for management of large-scale industrial systems (Supervisory Control and Data Acquisition (SCADA) systems) developed by the company Siemens and showing specific configuration requirements.<sup>6</sup> The spread of Stuxnet beyond the initially targeted computer systems is likely to be considered an unintentional side-effect.<sup>7</sup> According to Stuxnet’s architecture, the worm was created to amend the code of Programmable Logic Controllers (PLCs) of industrial control systems in order to amend the plant’s operations by manipulating frequency converter control systems and thus slowing down or speeding up a motor, as well as hiding such changes from the operator of the respective equipment.<sup>8</sup> Although the names of the five targeted Iranian facilities were not officially disclosed, a myriad of media reports

soon identified nuclear infrastructures in Iran as the targets of Stuxnet, namely the uranium enrichment plant at Natanz and/or the nuclear power plant at Bushehr, suspecting that the speed of the IR-1 centrifuges’ rotors was being amended in order to negatively affect Iran’s nuclear programme.<sup>9</sup>

\* Dr. iur. Katharina Ziolkowski, LL.M. (UNSW) is legal advisor to the German Armed Forces, currently serving at the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence in Tallinn, Estonia.

<sup>1</sup> See Symantec, W32.Stuxnet, [http://www.symantec.com/business/security\\_response/writeup.jsp?docid=2010-071400-3123-99](http://www.symantec.com/business/security_response/writeup.jsp?docid=2010-071400-3123-99) (5 November 2011).

<sup>2</sup> O. Kupreev/S. Ulasen, Trojan-Spy.0485 and Malware-Cryptor. Win32.Inject.gen.2 Review, VirusBlokAda Publication, [http://www.f-secure.com/weblog/archives/new\\_rootkit\\_en.pdf](http://www.f-secure.com/weblog/archives/new_rootkit_en.pdf) (5 November 2011); N. Falliere/L.O. Murchu/E. Chien, W32.Stuxnet Dossier (Symantec Publication, Version 1.4), February 2011, [http://www.symantec.com/content/en/us/enterprise/media/security\\_response/whitepapers/w32\\_stuxnet\\_dossier.pdf](http://www.symantec.com/content/en/us/enterprise/media/security_response/whitepapers/w32_stuxnet_dossier.pdf) (25 June 2011), p. 4.

<sup>3</sup> See information at <http://www.langner.com/en/> and N. Falliere/L.O. Murchu/E. Chien, *supra* note 2, p. 5.

<sup>4</sup> N. Falliere/L.O. Murchu/E. Chien, *supra* note 2, pp. 7-11.

<sup>5</sup> *Id.*, p. 7.

<sup>6</sup> *Id.*, pp. 2, 4-6.

<sup>7</sup> *Id.*, p. 7.

<sup>8</sup> *Id.*, pp. 1-2, 39-43.

<sup>9</sup> See, e.g., R. McMillan, Was Stuxnet Built to Attack Iran’s Nuclear Program?, in: Peworld, 21 September 2010, [http://www.peworld.com/businesscenter/article/205827/was\\_stuxnet\\_built\\_to\\_attack\\_irans\\_nuclear\\_program.html](http://www.peworld.com/businesscenter/article/205827/was_stuxnet_built_to_attack_irans_nuclear_program.html) (8 November 2011); Stuxnet may turn Bushehr into a new Chernobyl, in: Homeland Security News Wire, 1 February 2011, <http://www.homelandsecuritynewswire.com/stuxnet-may-turn-bushehr-new-chernobyl> (8 November 2011); D. Albright/P. Brannan/C. Walrond, Stuxnet Malware and Natanz: Update of ISIS December 22, 2010 Report, ISIS Report, 15 February 2011, [http://isis-online.org/uploads/isis-reports/documents/stuxnet\\_update\\_15Feb2011.pdf](http://isis-online.org/uploads/isis-reports/documents/stuxnet_update_15Feb2011.pdf) (8 November 2011).

Legally assessing the implications of the creation, installation and control of the Stuxnet worm is especially challenging because of the lack of detailed and reliable information relating to its origin and the physical effects it caused outside the targeted SCADA systems.

The media reported that Stuxnet was the first ‘cyber-weapon’<sup>10</sup> used and were speculating that intelligence operatives from certain States<sup>11</sup> (within a long-term operation code-named ‘Olympic Games’) might have been the creators of the malware. Although a *cui bono* analysis can perfectly well point in the direction of entities that might have an interest in affecting Iran’s nuclear programme, it does not provide sufficient indices in legal terms to attribute the malicious cyber-activity to an individual, to a group of individuals or even to a State.

Further impeding the legal analysis, it remains unclear whether Stuxnet did indeed cause damage of a physical nature outside the targeted SCADA systems. Despite respective assertions by media reports<sup>12</sup> and scientific analyses<sup>13</sup> based on information available in media, it is not known whether Stuxnet did affect the physical integrity of IR-1 centrifuges or other components in Iran’s uranium enrichment plant at Natanz, the nuclear power plant at Bushehr or in other nuclear facilities. Iranian officials did not confirm any actual damage of a physical nature which had been caused by Stuxnet.<sup>14</sup> Reports of the replacement<sup>15</sup> of a remarkable number of centrifuges in the nuclear enrichment facility at Natanz do not provide evidence, in legal terms, of physical damage indirectly caused by Stuxnet either, as it was equally reported that Iran has faced numerous technical problems in recent years because of the poor quality of equipment used, especially in regard to an old centrifuge model which has been troubled by breakdowns for years.<sup>16</sup>

Therefore, the legal analysis of the creation, installation, control and effects of Stuxnet can only be based on assumptions, and can only touch upon its potential national or international law implications.

## 2. Legal Considerations According to Public International Law

If non-state actors did create, install and control Stuxnet, according to private<sup>17</sup> international law, different domestic laws could apply. This could involve (1) the laws of the States of where the actors were citizens, (2) the laws of the States on whose sovereign territory Stuxnet was created, installed or controlled<sup>18</sup> from, and (3) the national laws of Iran, the State on whose territory Stuxnet revealed its alleged effects. First of all, the criminal<sup>19</sup> and civil law liability of the individuals involved would depend on whether the respective national laws penalise or otherwise prohibit actions such as the unauthorised and intentional access to a computer system, alteration of computer data, or hindering of the functioning of a computer system, or prohibit, for instance, the partial damaging of or interference with the operations of critical infrastructure systems (even if located on the territory of another State). Of course, the personal liability of a non-state actor would be further conditioned by a sound legal examination of the facts in each individual case.

If one or more States were to be held responsible<sup>20</sup> for the creation, installation and control of the Stuxnet worm, the

<sup>10</sup> See, e.g., E. Nakashima, Stuxnet malware is blueprint for computer attacks on U.S., in: The Washington Post, 2 October 2010, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/10/01/AR2010100106981.html> (21 June 2011); The Stuxnet outbreak. A worm in the centrifuge. An unusually sophisticated cyber-weapon is mysterious but important, in: The Economist, 30 September 2010, <http://www.economist.com/node/17147818> (5 November 2011); A. Klimburg/H. Tirmaa-Klaar, Cybersecurity and Cyberpower: Concepts, Conditions and Capabilities for Cooperation for Action Within the EU, Study of 15 April 2011 conducted for the European Parliament, Directorate-General for External Policies, Policy Department, executive summary, p. 7.

<sup>11</sup> See, e.g., D.E. Sanger, Obama Order Sped Up Wave of Cyberattacks Against Iran, in: The New York Times, 1 June 2012, <http://www.nytimes.com/2012/06/01/world/middleeast/obama-ordered-wave-of-cyberattacks-against-iran.html?pagewanted=all> (24 July 2012); US and Israel were behind Stuxnet claims researcher, in: BBC News, 4 March 2011, <http://www.bbc.co.uk/news/technology-12633240> (21 June 2011); T. Erdbrink/E. Nakashima, Iran struggling to contain ‘foreign-made’ computer worm, in: The Washington Post, 28 September 2010, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/09/27/AR2010092706606.html> (21 June 2011); S. Kamali Dehghan, Iran accuses Siemens of helping launch Stuxnet cyber-attack – Senior official says German engineering giant supplied US and Israel with details of control system used by Tehran, in: The Guardian, 17 April 2011, <http://www.guardian.co.uk/world/2011/apr/17/iran-siemens-stuxnet-cyber-attack> (21 June 2011); J. Warrick, Iran’s Natanz nuclear facility recovered quickly from Stuxnet cyber attack, in: The Washington Post, 16 February 2011, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2011/02/15/AR2011021505395.html> (21 June 2011).

<sup>12</sup> See, e.g., J. Warrick, *supra* note 11; Y. Katz, Stuxnet may have destroyed 1,000 centrifuges at Natanz, in: The Jerusalem Post, 24 December 2010, <http://www.jpost.com/Defense/Article.aspx?id=200843> (8 November 2011).

<sup>13</sup> See, e.g., D. Albright/P. Brannan/C. Walrond, *supra* note 9, p. 3.

<sup>14</sup> A denial of any physical damage by Iranian officials was reported by Reuters, After Stuxnet: Iran says it’s discovered 2nd cyber attack, in: The Jerusalem Post, <http://www.jpost.com/IranianThreat/News/Article.aspx?id=217795> (8 November 2011).

<sup>15</sup> See D. Albright/P. Brannan/C. Walrond, *supra* note 9, p. 3; Y. Katz, *supra* note 12.

<sup>16</sup> See D.E. Sanger/W.J. Broad, Iran Has New Equipment to Speed the Production of Nuclear Fuel, Panel Is Told, in: The New York Times, 2 September 2011, <http://www.nytimes.com/2011/09/03/us/03nuke.html> (8 November 2011), (“[T]he IR-1s were so notoriously unreliable that they broke down even when they were not the target of cyber attacks.”); G. Thielmann/P. Crail, Chief obstacle to Iran’s nuclear effort: its own bad technology, in: The Christian Science Monitor, 8 December 2010, <http://www.csmonitor.com/Commentary/Opinion/2010/1208/Chief-obstacle-to-Iran-s-nuclear-effort-its-own-bad-technology> (8 November 2011); Iranian Nuclear Program Plagued by Technical Difficulties, in: Global Security Newswire, 23 November 2010, [http://www.globalsecuritynewswire.org/gsn/nw\\_20101123\\_2990.php](http://www.globalsecuritynewswire.org/gsn/nw_20101123_2990.php) (5 November 2011); F. Dahl/S. Westall, Technical woes halt some Iran nuclear machines: diplomats, in: reuters.com (US edition), 23 November 2010, <http://www.reuters.com/article/2010/11/23/us-nuclear-iran-problems-idUSTRE6AM1L520101123> (5 November 2011).

<sup>17</sup> Private international law decides which law to apply when a case shows linkage to domestic laws of different States.

<sup>18</sup> It was reported that Stuxnet command and control servers were located in Denmark and Malaysia, see N. Falliere/L.O. Murchu/E. Chien, *supra* note 2, p. 21.

<sup>19</sup> See Convention on Cybercrime, 23 November 2001, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/html/185.htm> (21 June 2011), Articles 2-6.

<sup>20</sup> In regard to the attribution of individual conduct to a State see: ILC’s Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts of 2001, Articles 4-11; UN Doc. A/RES/56/83, 12 December 2001, Annex, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/477/97/PDF/N0147797.pdf?OpenElement> (21 June 2011); and the commentary ILC’s Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries of 2001, [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf) (22 June 2011).

following aspects of public international law could be of relevance:

## 2.1. Use of Force Short of Armed Attack

As indicated by media contributions<sup>21</sup>, it is worth considering whether the installation and the alleged effects of the Stuxnet worm could be deemed “use of force” according to Article 2(4) of the Charter of the United Nations (hereafter referred to as the UN Charter).

According to the prevailing opinion within scholarly writing, the prohibition of threat or use of force, as endorsed in the UN Charter, is also reckoned as a peremptory<sup>22</sup> norm of international customary law.<sup>23</sup> However, this finding can refer only to the core meaning of the prohibition, as there is little agreement within the international community as to the interpretation<sup>24</sup> of the term ‘force’.<sup>25</sup> Indeed, ‘force’ can include a variety of actions, including measures of political and economic coercion, as asserted<sup>26</sup> by socialist and developing countries in the past. All in all, a closer examination of the norm in reference to its context within the UN Charter, to its spirit and purpose as well as to its drafting history, leads to the conclusion that ‘force’ in the meaning of Article 2(4) of the UN Charter means ‘armed force’ only.<sup>27</sup> This finding is supported by the resolutions of the UN General Assembly, which do not depict political and economic coercion as an aspect of use of ‘force’, but rather of the principle of non-intervention in domestic affairs of another State.<sup>28</sup> Although they are non-binding documents (see Article 10 of the UN Charter), the resolutions can be seen as relevant to the interpretation of Article 2(4) of the UN Charter as ‘subsequent practice’<sup>29</sup> of the UN Member States. Further, the above finding is supported by the jurisdiction of the International Court of Justice (ICJ). In its Nicaragua Case of 1986, the Court did not address economic coercion measures undertaken by the USA against Nicaragua as a ‘use of force’, but discussed it in relation to the principle of ‘non-intervention’.<sup>30</sup>

Thus, assuming that the effects of Stuxnet did negatively affect the quality of a uranium enriched end product of a presumably high economic value at the facility in Natanz, and did have a negative impact on Iran’s nuclear programme, which is a part of the State’s economy, such effects would not be considered with regard to Article 2(4) of the UN Charter.

However, as of today, there is no agreement as to which actions would constitute ‘armed force’. The UN General Assembly’s Definition of Aggression<sup>31</sup> of 1974, which partly<sup>32</sup> reflects international customary law and defines the broader term of ‘aggression’ (Article 39 of the UN Charter), is often referred to by scholars and practitioners when defining ‘armed force’. Analysis of the examples stated in Article 3 of the document leads one to the conclusion that use of ‘armed force’ means use of conventional physical force by military or paramilitary forces of one State against the forces of another

<sup>21</sup> See, e.g., A. Sternstein, Experts Recommend an International Code of Conduct for Cyberwar, in: National Journal, 10 June 2011, <http://www.nationaljournal.com/nationalsecurity/experts-recommend-an-international-code-of-conduct-for-cyberwar-20110610> (24 June 2011); C. Walsh, US Prepares for Cyber Threats in the Wake of Suspected “Stuxnet” Attack in Iran, in: Harvard National Security Journal, 7 October 2010, <http://harvardnsj.com/2010/10/us-prepares-for-cyber-threats-in-the-wake-of-suspected-%E2%80%9Cstuxnet%E2%80%9D-attack-in-iran/> (24 June 2011).

<sup>22</sup> See Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, Article 53: “[...] a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.”

<sup>23</sup> A. Randelzhofer, Art. 2(4), in: B. Simma (ed.), The Charter of the United Nations. A Commentary, Vol. I, 2nd ed., Oxford *et al.* 2002, paras. 61 *et seq.*; K. Doehring, Collective Security, in: R. Wolfrum/C. Philipp (eds.), United Nations: Law, Policies and Practice, Vol. I., Munich 1995, para. 9; A. Randelzhofer, Use of Force, in: R. Bernhardt (ed.), Encyclopedia of Public International Law, Vol. IV, 2000, p. 1255; I.C.J., Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J. Reports 1986, pp. 98-101, paras. 187-190. It shall be only mentioned that some scholars, given the violent State practice since 1945, doubt the authority of the prohibition of threat or use of force, see M.J. Glennon, Why the Security Council Failed, in: Foreign Affairs 82 (2003), pp. 22 *et seq.*; T.M. Franck, What Happens Now? The United Nations after Iraq, in: American Journal of International Law 97 (2003), p. 610; T.M. Franck, When, If Ever, May States Deploy Military Force Without Prior Security Council Authorization?, in: Singapore Journal of International and Comparative Law 4 (2000), p. 362; W.M. Reisman, Assessing Claims to Revise the Law of War, in: American Journal of International Law 97 (2003), p. 83.

<sup>24</sup> See Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, Article 31(1) and (4). Despite being a highly political document, the UN Charter is subject to the rules of interpretation of international treaties. Although, according to its Article 4, the Convention does not apply retroactively (to the UN Charter of 1945), the provisions on interpretation of treaties are a valuable reference as they reflect international customary law. See: G. Ress, The Interpretation of the Charter, in: B. Simma, *supra* note 23, paras. 2 *et seq.*

<sup>25</sup> See A. Randelzhofer, Art. 2(4), *supra* note 23, paras. 65 *et seq.*

<sup>26</sup> B.E. Carter, Economic Coercion, in: Encyclopedia of Public International Law (electronic version, free sample article), September 2009, para. 6, [http://www.mpepil.com/sample\\_article?id=/epil/entries/law-9780199231690-e1518&recno=7&](http://www.mpepil.com/sample_article?id=/epil/entries/law-9780199231690-e1518&recno=7&) (22 June 2011); A. Randelzhofer, Art. 2(4), *supra* note 23, para. 21.

<sup>27</sup> A sound interpretation of Article 2(4) of the UN Charter including aspects of its context, spirit and purpose as well as the drafting history would exceed the scope of the present analysis; see representatively: A. Randelzhofer, Art. 2(4), *supra* note 23, paras. 16-27.

<sup>28</sup> E.g. Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations [in the following referred to as Friendly Relations Declaration], UN Doc. A/RES/25/2625, 24 October 1970, Annex, Principle 1; Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of their Independence and Sovereignty, UN Doc. A/RES/20/2131, 21 December 1965, para. 2; Declaration on the Inadmissibility of Intervention and Interference in the Internal Affairs of States, UN Doc. A/RES/36/103, 9 December 1981, para. 2, principle I(b) and II(a); Declaration on the Enhancement of the Effectiveness of the Principle of Refraining from the Threat or Use of Force in International Relations, UN Doc. A/RES/42/22, 18 November 1987, Annex, para. 8.

<sup>29</sup> See Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, Article 31 (3)(b): “There shall be taken into account, together with the context: [...] any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation”. See also *supra* note 24.

<sup>30</sup> I.C.J., Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J. Reports 1986, p. 126, para. 245.

<sup>31</sup> UN Doc. A/RES/29/3314, 14 December 1974, Annex.

<sup>32</sup> In regard to Article 3(g) of the resolution: I.C.J., Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J. Reports 1986, p. 103, para. 195.

State (including acts of individuals or groups, if attributable<sup>33</sup> to a State).

According to the traditional understanding, the use of military force requires the employment of kinetic weaponry. A weapon is a tool designed to cause kinetic effects of a physical nature on a body or on an object. Stuxnet was allegedly designed to amend, suppress, delete or send data, but not to directly cause kinetic effects. However, some means, like biological or chemical agents, are reckoned to be weapons, although they do not set free any kinetic energy.<sup>34</sup> Their use is deemed to be one of ‘armed force’ because, although they do not cause physical destruction, they aim to cause death or injury.<sup>35</sup> This approach, focusing on the effects rather than the means, perfectly corresponds with the effects-based approach inherent to public international law. Thus, the majority of scholars judge malicious cyber-activities to be a use of ‘armed force’ if they show effects comparable to those of kinetic, biological or chemical weapons, i.e. those which directly or indirectly result in death, physical injury or the destruction of property.<sup>36</sup> Additionally, some scholars demand that further criteria should be met in order to classify malicious cyber-activities as uses of ‘armed force’, one of which is the severity of the effects.<sup>37</sup>

Thus, the assessment of the installation, control and alleged effects of Stuxnet as constituting use of ‘armed force’ pursuant to Article 2(4) of the UN Charter depends on whether the worm indirectly caused a non-trivial destruction of property. It remains unclear whether the worm (indirectly) destroyed or affected the physical integrity of (a considerable number of) IR-1 centrifuges at the nuclear enrichment plant at Natanz or at other nuclear facilities in Iran.

However, even if ‘physical’ effects outside the targeted SCADA systems were not detectable, the installation, control and presumed effects of Stuxnet could be deemed to be a use of ‘armed force’ if they substantially disrupted Iranian critical infrastructure systems. Article 41 of the UN Charter, which describes the complete or partial interruption of critical infrastructure systems as measures employed by the UN Security Council ‘not involving the use of armed force’, would not contradict such an inference.<sup>38</sup> The disruption of critical infrastructure systems can equally be caused by UN Security Council measures which would involve the use of ‘armed force’, finding then their legal basis in Article 42 of the UN Charter instead of Article 41. However, it is agreed amongst the majority of scholars that the disruption of computer networks supporting critical infrastructure systems can only be considered a use of ‘armed force’ if its effects can be equated to physical destruction.<sup>39</sup> Thus, the installation, control and alleged effects of the Stuxnet worm could only be deemed a use of ‘armed force’ if they were significantly disruptive to one or more critical infrastructure systems (e.g. the energy supply infrastructure as such) of Iran in a way comparable to the physical destruction of the facilities and systems involved. As of today, such serious effects have not been reported.

Further, according to a minority view, the mere destruction of data which is of substantial importance or of significant economic value is to be considered a use of ‘armed force’.<sup>40</sup> This view reflects the fact that nowadays data sets can be deemed to have a value and importance comparable to those

physical assets enjoy. Consequently, it appears compelling, even in the context of Article 2(4) of the UN Charter, to apply the same criteria and consequences to the deletion of data of significant economic value or importance as to the physical destruction of objects. However, it could be questioned whether the mere deletion of data without further physical effects outside the targeted computer system would be comparable to the employment of kinetic, biological or chemical weaponry. Further, it would be most difficult to determine in each individual case of malicious cyber-activities whether the data deleted were indeed of ‘substantial importance’ or of a rather trivial nature. The Stuxnet worm was reported to have been aimed at the amendment of data in SCADA systems of one or more Iranian nuclear facilities. Deletion of data is an inherent part of data amendment, as the latter constitutes a process of data overwriting. Thus, according to the

<sup>33</sup> As of today, there is no internationally agreed set of criteria for attribution of actions of non-state actors to a State, although indications can be found in scholar writings and international jurisdiction, the ILC’s Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts of 2001, *supra* note 20, being also a supporting reference.

<sup>34</sup> J. Barkham, Information Warfare and International Law on the Use of Force, in: New York University Journal of International Law & Politics 34 (2001), p. 72; T. Morth, Considering Our Position. Viewing Information Warfare as Use of Force Prohibited by Article 2(4) of the U.N. Charter, in: Case Western Reserve Journal of International Law 30 (1998), p. 590.

<sup>35</sup> I. Brownlie, International Law and the Use of Force by States, Oxford 1963, p. 362.

<sup>36</sup> Y. Dinstein, Computer Network Attack and Self-Defense, in: M.N. Schmitt/B.T. O’Donnell (eds.), Computer Network Attack and International Law, Newport/Rhode Island 2002, p. 103; D.B. Silver, Computer Network Attack as a Use of Force under Article 2(4) of the United Nations Charter, in: M.N. Schmitt/B.T. O’Donnell (eds.), p. 85; J. Barkham, *supra* note 34, p. 80; T. Morth, *supra* note 34, p. 591; C.C. Joyner/C. Lotrionte, Information Warfare as International Coercion: Elements of a Legal Framework, in: European Journal of International Law 12 (2001), pp. 846, 850; M.N. Schmitt, Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework, in: Columbia Journal of Transnational Law 37 (1999), p. 914; W.G. Sharp, Cyberspace and the Use of Force, Falls Church/Virginia 1999, p. 102; L.T. Greenberg/S.E. Goodman/K.J. Soo Hoo, Information Warfare and International Law, Washington, D.C. 1998, pp. 19, 32.

<sup>37</sup> See M.N. Schmitt, Computer Network Attacks: The Normative Software, in: Yearbook of International Humanitarian Law 4 (2001), pp. 65 *et seq.* Schmitt proposes a catalogue of criteria indicating that a malicious cyber-activity constitutes ‘use of force’: (1) severity of the effects, i.e. threat of physical injury or destruction of property, (2) immediacy of the occurrence of the negative consequences, (3) direct nexus between the CNO and the negative consequences caused, (4) invasiveness of the consequences on foreign territory, (5) measurability of the consequences, (6) pre-assumption of illegitimacy of the CNO according to national rules and to the International Public Law, based on the *prima facie* illegitimacy of the use of force in international relations. It shall be only mentioned that some of those criteria determine the conditions of attribution of the damage to a certain action rather than specify the term ‘use of armed force’. Further, it is debatable, whether a particular act is to be deemed as illegal by the assertion of its *prima facie* legitimacy.

<sup>38</sup> See also M.N. Schmitt, *supra* note 36, p. 912.

<sup>39</sup> J.P. Terry, Responding to Attacks on Critical Computer Infrastructure. What Targets? What Rules of Engagement?, in: M.N. Schmitt/B.T. O’Donnell, *supra* note 36, pp. 428 *et seq.*; T. Morth, *supra* note 34, p. 599. See also W.G. Sharp, *supra* note 36, pp. 129 *et seq.* Contra: Y. Dinstein, *supra* note 36, p. 105.

<sup>40</sup> See J. Barkham, *supra* note 34, p. 88.

minority view presented, it would depend on the substantial economic value or importance of the deleted or overwritten data within the SCADA systems as to whether the installation of the Stuxnet worm was to be considered a use of ‘armed force’.

## 2.2. Pre-Emptive Self-Defence

Only if the installation, the control and the alleged effects of the Stuxnet worm were deemed equivalent to the use of force pursuant to the general prohibition of Article 2(4) of the UN Charter, could it be considered whether the malicious cyber-activities were justified as measures of self-defence.

Pursuant to Article 51 of the UN Charter (and the corresponding international customary law)<sup>41</sup>, the right to self-defence comprises the use of defensive military force against an ‘armed attack’ launched by another State (or possibly by non-state actors).<sup>42</sup> Even though there is a degree of uncertainty<sup>43</sup> as to which actions would actually constitute an ‘armed attack’, in general terms, it would require direct or indirect use of ‘armed force’ of significant scale and effects.<sup>44</sup> Additionally, a customary right to ‘anticipatory’ (‘preventive’ or ‘interceptive’) self-defence in situations “in which the necessity of self-defence is instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation”<sup>45</sup> (Caroline or Webster formula)<sup>46</sup>, is affirmed in academic writings.<sup>47</sup>

As there are no indications of an ‘armed attack’ or imminent ‘armed attack’ by Iran against any State, only the concept of so-called pre-emptive self-defence could be thought of in the context of a justification of the malicious cyber-activities directed against Iran’s nuclear facilities.

The concept of pre-emptive self-defence does not require an armed attack to have occurred or to be imminent. According to the doctrine, the right to self-defence is triggered when the threat of an armed attack is emerging, means short of use of force are not deemed sufficient to eliminate the threat, and measures of the UN Security Council are either not expected or not expected to be effective.<sup>48</sup> Scholars who support<sup>49</sup> the concept emphasise the need to effectively defend against attacks by terrorists and ‘rogue states’ possessing weapons of mass destruction. It is especially stressed that the criterion of ‘immediacy’ of an attack is primarily suitable in the context of visible mobilisation of armed forces, and would impede effective defence against an attack launched by weapons of mass destruction. Others<sup>50</sup> reject the concept, asserting that the speculative concerns of a State about another State’s possible future actions cannot be equated with an ‘armed attack’. Those scholars also refer to Article 39 of the UN Charter, which authorises the UN Security Council alone to take measures against latent threats to international peace and security, a finding supported by the report of the UN High-level Panel on Threats, Challenges and Change<sup>51</sup> of 2004 as well as by the ICJ in the case *Congo v. Uganda*<sup>52</sup> of 2005.

Although there are some individual cases of State practice<sup>53</sup> that could be considered examples of pre-emptive self-defence, partly accompanied by respective *opinio iuris*<sup>54</sup>, today it is rather doubtful whether the concept reflects public international law. It shall only be mentioned that, according to the ICJ’s findings in the Advisory Opinion on the Legality of the

Threat or Use of Nuclear Weapons of 1996, the mere possession of nuclear weapons is not illegal under customary inter-

<sup>41</sup> Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 3rd ed., Cambridge 2001, p. 165; I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States Revised*, in: *Australian Yearbook of International Law* 21 (2000), p. 26; I. Brownlie, *supra* note 35, pp. 272-275. See also references at A. Ranzelzhofer, Art. 51, in: B. Simma, *supra* note 23, para. 10, footnote 25.

<sup>42</sup> See detailed discussion at M.N. Schmitt, “Change Direction” 2006: Israeli Operations in Lebanon and the International Law of Self-Defense, in: *Michigan Journal of International Law* 29 (2008).

<sup>43</sup> See discussion at A. Ranzelzhofer, *supra* note 41.

<sup>44</sup> See I.C.J., *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, I.C.J. Reports 1986, pp. 101, 103, paras. 191, 195 (“the most grave forms”, “[...] of significant scale [...]”, “[...] because of its scale and effects, would have been classified as an armed attack rather than a mere frontier incident [...]”); I.C.J., *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Merits, I.C.J. Reports 1996, p. 830, para. 51. In regard to the lawfulness of the use of armed force in cases of “low intensity conflicts” see A. Ranzelzhofer, *supra* note 41, paras. 6-8.

<sup>45</sup> See quote at I. Brownlie, *supra* note 35, p. 43. See also Article 25 of the ILC’s Draft Articles on State Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts of 2001, *supra* note 20, according to which the wrongfulness of an act is precluded if that act (1) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and (2) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.

<sup>46</sup> In 1837, settlers in Canada rebelled against the British colonial government. American sympathisers assisted the rebels with men and supplies, transported by the steamboat *The Caroline*. In response, British forces entered United States territory at night (from Canada), seized *The Caroline*, set the ship on fire, and sent it over the Niagara Falls. The British government claimed that the attack was an act of self-defence. In a letter to the British Ambassador, US Secretary of State Daniel Webster argued that a self-defence claimant would have to show the criteria as quoted above. See details at W. Meng, *The Caroline*, in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I., 1992.

<sup>47</sup> Y. Dinstein, *supra* note 41, pp. 182, 244; W. Meng, *supra* note 46; see also discussion and references at A. Ranzelzhofer, *supra* note 41, paras. 10, 35, 39.

<sup>48</sup> M.N. Schmitt, *Preemptive Strategies in International Law*, in: *Michigan Journal of International Law* 24 (2003), pp. 530 *et seq.*; Y. Dinstein, *supra* note 41, p. 220.

<sup>49</sup> O. Corten, *The Controversies Over the Customary Prohibition on the Use of Force. A Methodological Debate*, in: *European Journal of International Law* 16 (2005), pp. 807 *et seq.*; W.M. Reisman, *supra* note 23, pp. 87 *et seq.*; M.N. Schmitt, *supra* note 48, p. 534; A.D. Sofaer, *On the Necessity of Pre-emption*, in: *European Journal of International Law* 15 (2003), pp. 210, 214; M.J. Glennon, *The Fog of Law: Self-Defense, Inherence, and Incoherence in Article 51 of the United Nations Charter*, in: *Harvard Journal of Law and Public Policy* 25 (2002), pp. 552 *et seq.*; Y. Dinstein, *supra* note 41, p. 220.

<sup>50</sup> See also A. Ranzelzhofer, *supra* note 41, paras. 39 *et seq.*

<sup>51</sup> Report of the Secretary-General’s High-level Panel on Threats, Challenges and Change, UN Doc. A/59/565, 2 December 2004, p. 55, paras. 190-194.

<sup>52</sup> I.C.J., *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, pp. 223 *et seq.* para. 148.

<sup>53</sup> See examples at C. Gray, *The US National Security Strategy and the New “Bush Doctrine” on Preemptive Self-defense*, in: *Chinese Journal of International Law* 1 (2002), pp. 440 *et seq.*; M.E. O’Connell, *Pre-emption and Exception. The U.S. Moves Beyond Unilateralism*, in: D.S. Lutz/H.J. Gießmann (eds.), *Die Stärke des Rechts gegen das Recht des Stärkeren. Politische und rechtliche Einwände gegen eine Rückkehr des Faustrechts in die internationalen Beziehungen*, Baden-Baden 2003, p. 154.

<sup>54</sup> *Opinio iuris* refers to the belief of States that a certain State practice is in conformity with international law. *Opinio iuris* is an aspect necessary for the development of international customary law, see M.N. Shaw, *International Law*, 6th ed., Cambridge *et al.* 2008, pp. 84 *et seq.*

national law.<sup>55</sup> Therefore, the development or possession of weapons of mass destruction can only comprise a violation of treaty obligations, such as the violation of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons ratified<sup>56</sup> by Iran in 1970. It is rather questionable whether such a violation alone, without further acts, could comprise an emerging threat of an ‘armed attack’ in the meaning of the concept of pre-emptive self-defence.

### 2.3. Countermeasure Short of Use of Force

Furthermore, the installation, control and alleged effects of the Stuxnet worm could be discussed as a countermeasure. A countermeasure is an act which is otherwise illegal under public international law, but justified if taken in response to a previous intentional wrongful act of another State.<sup>57</sup> It aims to induce the State which has committed the wrongdoing to comply with its international obligations.<sup>58</sup>

Considering the prohibition of threat or use of force in international relations (Article 2(4) of the UN Charter) and the obligation of States to settle their international disputes by peaceful means (see Article 2(3) of the UN Charter and diverse conventions<sup>59</sup>), only countermeasures short of ‘use of force’ are legal.<sup>60</sup> This finding is supported by Articles 49 and 50(1)(a) of the International Law Commission’s (ILC) Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts of 2001, by several resolutions of the UN Security Council<sup>61</sup> and UN General Assembly<sup>62</sup> as well as by the jurisdiction of the ICJ<sup>63</sup>. Therefore, the installation, control and alleged effects of Stuxnet could only be considered a legal countermeasure if they are short of ‘use of force’ in the meaning of Article 2(4) of the UN Charter (see discussion above).

In order to be justifiable, several other conditions must also be met by a countermeasure.<sup>64</sup> In the context of Stuxnet, two of those conditions merit closer examination: First, a legal countermeasure can be taken in response to a previous intentionally wrongful act of the State the countermeasure is directed against. Second, the State conducting the countermeasure must be injured by the wrongful act in question.

Whether those requirements are met depends upon whether Iran did commit an illegal act under international law against one or more States which installed and controlled the Stuxnet worm. It shall be only mentioned that Iran’s international obligations deriving from the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons apply only towards the community of States Parties to the treaty as a whole; the international obligations in respect to inspections of the International Atomic Energy Agency (IAEA) apply towards the IAEA only. Thus, if Stuxnet was installed and controlled by one or more States, it will be difficult to argue that Iran injured that State or these States through alleged violations of its obligations deriving from the above mentioned international treaty.

Bearing in mind that a countermeasure aims to induce the culpable State to comply with its international obligations, one could imagine a concept of pre-emptive countermeasures. Such a concept would, in a way, reflect aspects of the concept of pre-emptive self-defence (see discussion above), but with a major difference: while the concept of pre-emp-

tive self-defence depicts a ‘use of force’ aimed at preventing an ‘armed attack’ expected in the future, a pre-emptive countermeasure would be short of use of force and would aim to prevent any expected future illegal behaviour that did not constitute an ‘armed attack’. Only if those purely theoretical deliberations were found to be conceivable could it be considered whether the installation and control of Stuxnet could be deemed a pre-emptive countermeasure undertaken against Iran, aiming to prevent future violations of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, i.e. by the development of nuclear weapons. However, today, the existence of such a concept of a pre-emptive countermeasure has neither been claimed by States nor asserted in scholars’ writings.

### 2.4. Armed Conflict

Further, legal considerations could involve the question of whether the installation and control of the Stuxnet worm, as well as the effects it allegedly caused, could have incited an international armed conflict between Iran and the State or States responsible for the installation and control of the worm.

<sup>55</sup> I.C.J., *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, pp. 266-267, para. 105.

<sup>56</sup> See UN website, Disarmament Affairs, Weapons of Mass Destruction, Nuclear Weapons, Nuclear Non-Proliferation Treaty, Status of the Treaty, [http://unhq-appspub-01.un.org/UNODA/TreatyStatus.nsf/NPT%20\(in%20alphabetical%20order\)?OpenView&Start=1.58](http://unhq-appspub-01.un.org/UNODA/TreatyStatus.nsf/NPT%20(in%20alphabetical%20order)?OpenView&Start=1.58) (22 June 2011).

<sup>57</sup> See, e.g., I. Brownlie, *supra* note 35, pp. 281 *et seq.*

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> See, e.g., Convention on Pacific Settlement of International Disputes (Hague I), 18 October 1907; Charter of the League of Nations, 28 June 1919, Article 12; Briand-Kellogg-Pact, 27 August 1928, Article II; General Convention of Inter-American Conciliation (Montevideo-Convention), 5 January 1929; American Treaty on Pacific Settlement (Bogota-Pact), 30 April 1948, Article I.

<sup>60</sup> B. Simma, NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects, in: *European Journal of International Law* 10 (1999), p. 2; I. Brownlie, *supra* note 35, pp. 281 *et seq.*

<sup>61</sup> See, e.g., UN Doc. S/RES/101 (1953) [S/3139/Rev.2], 24 November 1953, para. 1 (Israel v. Jordan): “retaliatory action”; UN Doc. S/RES/111 (1956) [S/3538], 19 January 1956, para. 2 (Israel v. Syria): “whether or not undertaken by way of retaliation”; UN Doc. S/RES/171 (1962) [S/5111], 9 April 1962, para. 2 (Israel v. Syria): “The Security Council, [...] [r]eaffirms its resolution 111 (1956) [...] which condemned Israel military action [...] whether or not undertaken by way of retaliation”; UN Doc. S/RES/188 (1964) [S/5650], 9 April 1964, para. 1 (Great Britain v. Yemen): “The Security Council, [...] [c]ondemns reprisals”; UN Doc. S/RES/228 (1966), 25 November 1966, para. 4 of the preamble and para. 3 (Israel v. Jordan): “condemning past incidents of reprisal”, “actions of military reprisals cannot be tolerated”; UN Doc. S/RES/270 (1969), 26 August 1969, para. 4 (Israel v. Lebanon): “actions of military reprisal [...] cannot be tolerated.”

<sup>62</sup> See, e.g., Friendly Relations Declaration which states that “States have a duty to refrain from acts of reprisal involving the use of force”, UN Doc. A/RES/25/2625, 24 October 1970, Annex, Principle 1, para. 6.

<sup>63</sup> See I.C.J. *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, Merits, I.C.J. Reports 1949, p. 35; *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, I.C.J. Reports 1986, p. 127 para. 249; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 246, para. 46.

<sup>64</sup> See the enumeration of the conditions by the I.C.J. in *Gabčíkovo-Nagy-maros Project (Hungary v. Slovakia)*, I.C.J. Rep. 1997, pp. 55-57, paras. 83-87.

The question is of relevance since a situation of international armed conflict would invoke the applicability of the laws of armed conflict (LOAC), also referred to as humanitarian law, between the States Party to the conflict (see common Article 2 of the Geneva Conventions of 1949<sup>65</sup>), as well as the rules of neutrality.

According to the prevailing opinion, an international armed conflict occurs when one or more States have recourse to ‘armed force’ against another State, regardless of the legality, reasons or even the intensity of this confrontation.<sup>66</sup> This opinion is confirmed by the Commentary on the Geneva Conventions of 1952 which states that “any difference arising between two States and leading to the intervention of armed forces is an armed conflict within the meaning of Article 2.”<sup>67</sup> Thus, the situation of international armed conflict, and consequently the application of LOAC, is given when States use ‘armed force’ against each other.

The notion of ‘use of armed force’, which implies an international armed conflict, is to be distinguished from the term ‘use of (armed) force’ in the meaning of Article 2(4) of the UN Charter. The former expression belongs to the body of law referred to as *ius in bello* which regulates the conduct of already ongoing hostilities, the latter being an aspect of the area of law called *ius ad/contra bellum* and dealing with the legality or illegality of the use of force between States. However, the two terms are closely related. Whenever a State carries out actions considered to be a ‘use of armed force’ in the meaning of *ius ad bellum* against another State, this indicates the outbreak of hostilities reaching the level of ‘use of force’ in the meaning of *ius in bello* and thus the threshold of an armed conflict. However, it could be asserted that this finding does not apply to quick, discrete and only ‘surgical’ use of armed force by a State without further response by the victim (for instance the reported<sup>68</sup> bombardment of the nuclear reactor in Osirak/Iraq in 1981 or in Dair Alzour/Syria in 2007 by Israel’s Air Force).

As Stuxnet reportedly affected components in Iran’s nuclear installations between June 2009 and April 2010 – a considerable amount of time – its installation and remote control cannot be described as a quick and surgical action. Therefore, the question of whether the installation of Stuxnet and its control and alleged effect, led to a situation of international armed conflict between Iran and one or more States responsible for the installation and control of the worm, depends upon whether those actions are considered ‘use of force’ within the meaning of Article 2(4) of the UN Charter (see discussion above).

## 2.5. Territorial Sovereignty

Further, it is worth contemplating whether the installation, control and the alleged effects of the Stuxnet worm could be deemed a violation of the territorial sovereignty of Iran.

The principle of territorial sovereignty is to be distinguished from the principle of sovereign integrity, the latter of which is violated in the case of the (illegal) use of force by one State on the territory of another State (see discussion above).<sup>69</sup> Territorial sovereignty describes the exclusive authority of a State over its territory and is violated in cases of, for example, unauthorised entrance into the territory by for-

eign government agents or individuals on orders from another State or in cases of the unauthorised exercise of State authority on the territory of another State.<sup>70</sup> In order to violate the principle of territorial sovereignty, the effects caused by a State on the territory of another State, notwithstanding their scale or intensity, must be of either a physical nature or perceptible as the exercise of a foreign State’s authority. Bearing this in mind, it could be argued that, nowadays, a significant impairment or manipulation of the operations of a computer system by foreign governments’ agents could constitute ‘causing perceptible effects’ in relation to exercising a foreign State’s authority.

It remains unclear whether the Stuxnet worm caused physical or perceptible effects outside the targeted SCADA system, for example by damaging the IR-1 centrifuges in the uranium enrichment plant at Natanz. It is not known whether the manipulation of the computer-controlled operation of the IR-1 centrifuges, and their speed in particular, was indeed significant. Very probably, the alleged alteration to the uranium enrichment of the end product at the Natanz facility cannot be considered to be a physical effect or a perceptible effect of exercising a foreign State’s authority.

## 2.6. Customary International Environmental Law

Although international environmental protection is provided for mainly under treaty law, there are a few environmental-related rules which are acknowledged to be part of customary international law. One of those fundamental rules of customary international law is the obligation of States not to significantly damage the natural environment beyond their national jurisdiction.<sup>71</sup> This obligation is based on the gen-

<sup>65</sup> These are: Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 12 August 1949 (I); Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 12 August 1949 (II); Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, 12 August 1949 (III); Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12 August 1949 (IV).

<sup>66</sup> See D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2nd ed., Oxford *et al.* 2008, paras. 202, 210; see also a compendium of scholar opinions in: International Committee of the Red Cross (ICRC), *How is the Term “Armed Conflict” Defined in International Humanitarian Law?*, Opinion Paper, March 2008, pp. 1 *et seq.*, <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf> (23 June 2011).

<sup>67</sup> J. Pictet, *Commentary on the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Geneva 1952, p. 32.

<sup>68</sup> See, e.g., U. Mahnaimi/S. Baxter/M. Sheridan, *Israelis ‘blew apart Syrian nuclear cache’*, in: *The Sunday Times*, 16 September 2007, [http://www.timesonline.co.uk/tol/news/world/middle\\_east/article2461421.ece](http://www.timesonline.co.uk/tol/news/world/middle_east/article2461421.ece) (23 June 2011); S.M. Hersh, *A Strike in the Dark*, in: *The New Yorker*, 11 February 2008, [http://www.newyorker.com/reporting/2008/02/11/080211fa\\_fact\\_hersh](http://www.newyorker.com/reporting/2008/02/11/080211fa_fact_hersh) (23 June 2011).

<sup>69</sup> See M.N. Shaw, *supra* note 54, p. 522.

<sup>70</sup> See B. Fassbender/A. Bleckmann, Art. 2(1), in: B. Simma, *supra* note 23, para. 10; L.T. Greenberg/S.E. Goodman/K.J. Soo Hoo, *supra* note 36, p. 24; similar: C.C. Joyner/C. Lotrionte, *supra* note 36, pp. 842 *et seq.*

<sup>71</sup> See L. Gründling, *Environment, International Protection*, in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. II, 1995, p. 101; I.C.J., *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, pp. 241 *et seq.*, para. 29.



eral postulation that the territorial sovereignty of the State inflicting environmental damage on its own territory is limited by the territorial integrity of the State affected.<sup>72</sup> The prohibition of causing trans-boundary environmental damage is expressed in numerous international treaty provisions<sup>73</sup>, in various States' declarations<sup>74</sup> and is endorsed by the jurisdiction of the ICJ<sup>75</sup>.

There are currently no reports of any environmental damage on Iranian territory which could have been caused by the effects of the installation and control of the Stuxnet worm.

However, it could be considered whether the installation of Stuxnet in the operating systems of Iranian nuclear facilities could be deemed to have inflicted significant environmental danger.<sup>76</sup> Although the ILC's Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities<sup>77</sup> of 2001 states that there is an obligation only to "minimize" the risk of trans-boundary harm (Article 3), it is widely accepted within scholarly writing that causing significant trans-boundary risk or danger to the natural environment (either where this is highly probable or there is a risk of extremely serious consequences) is also prohibited by international custom.<sup>78</sup>

However, the assessment of the possible danger of environmental damage is impossible without detailed technical expertise and information on the potential negative impact Stuxnet could have had on the operating systems of Iran's nuclear facilities and the potential danger which it may have posed to the natural environment.

## 2.7. Economic Coercion

Economic coercion is defined as any economic measure taken by a State during peace time in order to induce another State to change its policy or practices.<sup>79</sup> The term 'economic coercion' is to be distinguished from the expression 'economic warfare', as the latter describes the endeavours of Parties to an already ongoing armed conflict to weaken the enemy's ability to supply its military forces or population.<sup>80</sup> It shall only be mentioned, that – as stated above – measures of economic coercion do not constitute illegal use of force within the meaning of Article 2(4) of the UN Charter.

Assuming that Stuxnet did negatively affect the uranium enrichment process at Iran's facility at Natanz and thus the quality and usability of an end product of a significant economic value, it could be questioned whether the actions presumably undertaken by one or more States should be judged to be a form of economic coercion. This deliberation is pertinent provided that the installation and alleged effects of Stuxnet did indeed change Iran's State practice, namely by delaying or otherwise amending Iran's course of action with regard to its nuclear programme, as repeatedly reported in the media.<sup>81</sup>

The practice of States, condemning economic coercion in several regional treaties (for example Article 19 of the Charter of the Organization of American States), as well as the practice of the UN General Assembly<sup>82</sup> in adopting several resolutions and declarations condemning the use of economic coercion in order to influence the internal affairs of another State, indicate that economic coercion becomes legally relevant only if it reaches the threshold of a forbidden

'intervention in internal affairs' of a State.<sup>83</sup> This finding is supported by the jurisdiction of the ICJ. In its Nicaragua Case, the Court did address economic coercion measures undertaken by the USA against Nicaragua in the context of the principle of 'non-intervention' only.<sup>84</sup>

## 2.8. Principle of Non-Intervention in Internal Affairs

Assuming that Stuxnet was created, installed and controlled by one or more States, the customary rule of non-intervention in internal affairs of another State, a corollary of the principle of sovereign equality of States, could be relevant. The principle is endorsed in some regional conventions (for example Articles 16-19 of the Charter of the Organization of American States, Article 3 of the Charter of the Organisation of African Unity) as well as in Article 2(7) of the UN Charter in regard to UN organs. Further, it is reflected in declarations of certain States (for example Principle VI of the Helsinki Final Act of 1975<sup>85</sup>) and in resolutions of the UN General Assembly<sup>86</sup>. Also, it is confirmed to be part of international customary law by the ICJ.<sup>87</sup>

<sup>72</sup> L. Gründling, *supra* note 71, p. 101.

<sup>73</sup> See an overview of treaties on international environment protection which are deposited with the UN at the UN Treaty Collection Website, <http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=27&subid=A&lang=en> (23 June 2011). It shall be mentioned that the overview does not contain (numerous) regional treaties, especially the ones on international regimes for the use of rivers, lakes and other territorial waters.

<sup>74</sup> L. Gründling, *supra* note 71, p. 101.

<sup>75</sup> See I.C.J., *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, pp. 241 *et seq.* para. 29; *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), I.C.J. Reports 1997, p. 41, para. 53.

<sup>76</sup> See, e.g., Reuters, *Russia's NATO envoy: Iran-bound Stuxnet worm could have caused new Chernobyl*, in: Haaretz, 26 January 2011, <http://www.haaretz.com/news/international/russia-s-nato-envoy-iran-bound-stuxnet-worm-could-have-caused-new-chernobyl-1.339376> (24 June 2011).

<sup>77</sup> ILC's Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities with commentaries of 2001, [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_7\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_7_2001.pdf) (23 June 2011).

<sup>78</sup> G. Händl, *Transboundary Impact*, in: D. Bodansky/J. Brunnée/E. Hey (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford/New York 2007, pp. 538 *et seq.*; L. Gründling, *supra* note 71, p. 101.

<sup>79</sup> B.E. Carter, *supra* note 26.

<sup>80</sup> K. Zemanek, *Economic Warfare*, in: R. Bernhardt, *supra* note 71, p. 38.

<sup>81</sup> See, e.g., W.J. Broad/J. Markoff/D.E. Sanger, *Israeli Test on Worm Called Crucial in Iran Nuclear Delay*, in: *The New York Times*, 15 January 2011, [http://www.nytimes.com/2011/01/16/world/middleeast/16stuxnet.html?\\_r=1](http://www.nytimes.com/2011/01/16/world/middleeast/16stuxnet.html?_r=1) (24 June 2011).

<sup>82</sup> See *supra* note 28.

<sup>83</sup> B.E. Carter, *supra* note 26, paras. 5, 11.

<sup>84</sup> I.C.J., *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J. Reports 1986, p. 126, paras. 244, 245.

<sup>85</sup> (Helsinki) Final Act of the Conference on Security and Co-operation in Europe, 1 August 1975, <http://www.hri.org/docs/Helsinki75.html#H4.6> (22 June 2011).

<sup>86</sup> See *supra* note 28.

<sup>87</sup> I.C.J., *Corfu Channel* (United Kingdom v. Albania), Merits, I.C.J. Reports 1949, p. 35; *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J. Reports 1986, p. 106, para. 202.



An illegal intervention occurs when a State interferes with the internal or external affairs of another State considered by the latter as ‘internal’ or ‘domestic’ (domestic jurisdiction, *domaine réservé*), in order to coerce the other into certain behaviour.<sup>88</sup>

In general terms, it can be asserted that the ‘internal’ or ‘domestic’ affairs of a State are all those affairs not regulated by international norms.<sup>89</sup> It is debatable whether the installation and control of Stuxnet and the subsequent influence on Iran’s nuclear programme would affect an ‘internal’ or ‘domestic’ affair. Since 1958 Iran has been a Member of the IAEA. As of November 2010<sup>90</sup> the IAEA has 151 Members, representing approximately 80% of the international community. In 1970 Iran ratified<sup>91</sup> the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, making Iran’s nuclear programme subject to IAEA’s verification. As of today, 190 States are Parties to the – consequently almost universal – treaty.<sup>92</sup> In consequence, it can be disputed whether Iran’s nuclear program is a matter of ‘internal’ or ‘domestic’ affairs, or rather a matter of an ‘internationalised’ nature not falling under Iran’s *domaine réservé*.

Additionally, it is questionable whether Stuxnet’s installation, control and effects as reported in the media can be deemed a mode of ‘coercion’. It will always be a challenging undertaking to distinguish between the employment of illegal coercion and the perfectly legal employment of (political, economic *et cetera*) influence.<sup>93</sup> Indeed, neither State practice nor academic writings provide useful criteria for such a distinction.<sup>94</sup> However, scholarly writing asserts that illegal coercion is the employment of massive influence, inducing the affected State to adopt a decision with regard to its policy or practice which it would not envision as a free and sovereign State.<sup>95</sup> Some additional indications as to the meaning of the term ‘coercion’ can be derived from the Friendly Relations Declaration<sup>96</sup>, unanimously adopted by the UN General Assembly in 1970. Although it is a non-binding document (see Article 10 of the UN Charter), it was stated by the ICJ in the Nicaragua Case<sup>97</sup> of 1986 that it represented the *opinio iuris* of the international community (see also Article 31(3)(b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969). Thus, the declaration can be deemed to be a valuable reference. In its Principle 3, the declaration describes armed intervention, obtaining subordination of the exercise of a State’s sovereign rights, and actions directed towards the violent overthrow of a regime of another State, as being a forbidden intervention in the internal affairs of a State. It further affirms that every State is free to choose its political, economic and cultural system. All in all, scholarly writing as well as the examples given by the Friendly Relations Declaration indicate that ‘coercion’ occurs only in drastic cases of overwhelming – direct or indirect – force being put upon a State’s free and sovereign decision-making process.

The effects of the installation and control of Stuxnet were reported to have had a delaying effect on Iran’s nuclear programme by a few years. It is rather questionable whether this presumed outcome is comparable with the above mentioned threshold of an overwhelming force put upon a State and its decision-making processes. Consequently, it can be doubted whether the installation and the alleged effects of Stuxnet

can be considered coercion and thus forbidden intervention in internal affairs with regard to the alleged delay of Iran’s nuclear programme.

However, it is worth considering whether the negative effects Stuxnet might have had on Iran’s economy could be considered ‘coercion’. Acknowledging Iran’s nuclear programme as part of the State economy, and the uranium enriched end product (whose quality or enrichment percentage is affirmed to be diminished by the effects of Stuxnet) as a material of high economic value, a forbidden intervention in regard to the State’s economy seems at first sight to be a valuable consideration. However, it must be taken into account that the Friendly Relations Declaration assumes that a ‘forbidden intervention’ occurs in cases of interference with the choice of the economic system as such, but not in cases of causing selective economic damage. This statement correlates with the findings of the ICJ, which rejected, in its Nicaragua judgment, even more drastic economic measures undertaken by the USA against Nicaragua as being a forbidden intervention in domestic affairs (these included the cessation of economic aid in April 1981, the reduction of the sugar quota for imports from Nicaragua by 90%, and a trade embargo adopted on 1 May 1985).<sup>98</sup> Thus, the assumption of a forbidden intervention in internal affairs based on the possible negative effects the installation and control of the Stuxnet worm could have had on Iran’s economy, is questionable.

### 3. Conclusion

As the facts concerning Stuxnet partly remain unclear, the legal analysis of the creation, installation, control and effects of the computer program can be based on assumptions only. Under the supposition that the malicious software has been created, installed and controlled by one or more States and indeed did not cause any damage of physical nature, it appears not to reach the threshold of illegality pursuant to public international law and thus to be a ‘legal masterpiece’.

<sup>88</sup> T. Oppermann, Intervention, in: R. Bernhardt, *supra* note 71, p. 1436; I.C.J., Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J. Reports 1986, pp. 106 *et seq.*, paras. 202-203.

<sup>89</sup> U. Beyerlin, Intervention, in: R. Wolfrum/C. Philipp, *supra* note 23, pp. 378 *et seq.*, para. 7.

<sup>90</sup> See IAEA website, Member States of the IAEA, <http://www.iaea.org/About/Policy/MemberStates/> (22 June 2011).

<sup>91</sup> See *supra* note 56.

<sup>92</sup> Information available at <http://unhq-appspub-01.un.org/UNODA/TreatyStatus.nsf> (26 June 2011).

<sup>93</sup> See discussion at T. Oppermann, *supra* note 88, p. 1436.

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> U. Beyerlin, *supra* note 89, p. 809.

<sup>96</sup> See *supra* note 28.

<sup>97</sup> I.C.J., Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J. Reports 1986, p. 106, para. 202.

<sup>98</sup> *Id.*, paras. 244-245.

# The Use of Depleted Uranium Ammunition under Public International Law

Lars Schönwald\*

Several armies worldwide use depleted uranium (DU) in ammunition. DU is quite cheap, available in large quantities and its high density allows the use in armor-penetrating or bunker busting weapons. Despite these advantages, the use of DU is prohibited by international humanitarian law as will be shown in this article. In the first part, it will be examined by presenting recent medical research that DU might cause superfluous injuries to combatants – a clear violation of international humanitarian law. Moreover, it will be elaborated in the second part that in certain cases the use of DU has effects which cannot be limited to combatants, but which also affect non-combatants – which constitutes another violation of international humanitarian law. Furthermore, DU has an impact on the environment, although this impact does not meet the high threshold needed to assert another violation of international humanitarian law – at least according to up to date research.

Weltweit nutzen einige Armeen abgereichertes Uran als Munition. Abgereichertes Uran ist relativ günstig, in großen Mengen verfügbar und seine hohe Dichte erlaubt den Einsatz in panzer- oder bunkerbrechenden Waffen. Trotz dieser Vorteile verbietet das humanitäre Völkerrecht den Einsatz von abgereichertem Uran, wie in diesem Aufsatz gezeigt wird. Im ersten Teil wird unter Rückgriff auf aktuelle medizinische Forschungsergebnisse dargelegt, dass die Verwendung von abgereichertem Uran zu unnötigen Verletzungen bei Kombattanten führen kann – ein klarer Verstoß gegen humanitäres Völkerrecht. Zudem wird im zweiten Teil ausgeführt, dass in bestimmten Fällen die Verwendung von abgereichertem Uran zu Folgen führen kann, die nicht auf Kombattanten beschränkt werden können, sondern auch Nichtkombattanten betreffen – was einen weiteren Verstoß gegen humanitäres Völkerrecht darstellt. Weiterhin hat die Verwendung von abgereichertem Uran Auswirkungen auf die Umwelt, auch wenn diese Auswirkungen – zumindest nach dem gegenwärtigen Stand der Forschung – die hohen Anforderungen nicht erfüllt, die eine weitere Verletzung des humanitären Völkerrechts voraussetzt.

## 1. Introduction

At least with regard to war – or ‘armed conflict’, as war is called in these times –, the famous saying “all is fair in love and war” is not true anymore. Ever since the 1928 General Treaty for the Renunciation of War (also known as the ‘Kellogg-Briand Pact’),<sup>1</sup> the recourse to war as an instrument of national policy is condemned by the international community.<sup>2</sup> Although the prohibition on the resort to war does not mean that the use of force is illegal in all circumstances,<sup>3</sup> the prohibition of the threat and use of force, which is codified in Article 2(4) of the 1945 Charter of the United Nations (UN-Charter)<sup>4</sup> and which is considered to be even a peremptory norm of international law,<sup>5</sup> has predominantly ‘outlawed’ the possibility to use force against other States, thus limited largely the applicability of the so-called *ius ad bellum*.<sup>6</sup> But not only does the prohibition to threaten or use of force prove the saying “all is fair in love and war” to be wrong. Both, the 1899 Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land (Hague Convention II)<sup>7</sup> and the 1907 Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land (Hague Convention IV)<sup>8</sup> state in their Annexes at Article 22 that “[t]he right of belligerents to adopt means of injuring the enemy is not unlimited”. Similarly, Article 35(1) of the 1977 Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims in International Armed Conflicts (Additional Protocol I)<sup>9</sup> rephrases the same concept by stating that “[i]n any armed conflict, the right of the Parties to the conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited”. Consequently, the so-called *ius in bello* is also subject to several legal restraints.

\* The author is Doctoral Candidate and Research Assistant at the Chair for Constitutional and Administrative Law, Public International Law, European and International Economic Law of Professor Dr. Hans-Georg Dederer at the University of Passau (Germany). He may be contacted at lars.schoenwald@uni-passau.de. Many thanks are due to Dr. Felice Lob for valuable comments on the medical impact of depleted uranium on human beings.

<sup>1</sup> 94 League of Nations Treaty Series (LNTS) 57 (1928).

<sup>2</sup> Just see C. Greenwood, Scope of Application of Humanitarian Law, in: D. Fleck (ed.), Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts, Oxford 1999, p. 43.

<sup>3</sup> M.N. Shaw, International Law, 6th ed., Cambridge 2008, p. 1122.

<sup>4</sup> 1 United Nations Treaty Series (UNTS) XVI (1945).

<sup>5</sup> J.A. Frowein, *Ius cogens*, in: R. Wolfrum (ed.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford 2008, online edition, <http://www.mpepil.com/> (29 February 2012), para. 8. Some writers deny the *ius cogens* status of the prohibition to threaten or use of force, cf. A. Randelzhofer, Article 2(4), in: B. Simma (ed.), The Charter of the United Nations, A Commentary, 2nd ed., Oxford 2002, paras. 61-66. The International Court of Justice (ICJ) held the prohibition to threaten or use of force to be part of customary international law, see ICJ, Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, ICJ Reports 1986, pp. 146-147, para. 292(4), (6).

<sup>6</sup> Cf. Q. Wright, The Outlawry of War and the Law of War, in: American Journal of International Law 47 (1953), p. 365. Important exceptions to the prohibition to threaten or use of force exist in relation to collective measures taken by the United Nations and with regard to the right of individual or collective self-defense. Whether such an exception exists with regard to humanitarian interventions is the subject of some controversy; see C. Gray, The Use of Force and the International Legal Order, in: M.D. Evans (ed.), International Law, 3rd ed., Oxford 2010, pp. 621-623.

<sup>7</sup> For a text of the convention just see D. Schindler and J. Toman, The Law of Armed Conflicts, The Hague 1988.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> 1125 UNTS 3 (1977).

Since the 1970s, the armies of several States worldwide<sup>10</sup> have been using depleted uranium (DU) mainly in ammunition against armored vehicles.<sup>11</sup> Besides that, DU is suspected to be used in bombs and missiles, in particular bunker buster or high penetrating ordinance.<sup>12</sup> It is estimated that during the three week conflict in Iraq in 2003, over 1,000 tons of DU ammunition were used.<sup>13</sup> Although especially the United States of America tend to replace DU ammunition by tungsten-cobalt or tungsten-nickel-cobalt alloy ammunition,<sup>14</sup> DU ammunition is still favoured. One reason for this is that DU is the by-product generated when uranium is processed into nuclear fuel,<sup>15</sup> and therefore is relatively cheap.<sup>16</sup> In addition, DU particles have a long penetrating ability and are only hazardous if the uranium is ingested or inhaled.<sup>17</sup>

The scope of this article is to determine whether the use of DU in ammunition is in accordance with public international law, or whether especially the *ius in bello* prohibits the use of DU ammunition during an armed conflict. Therefore, the rules regarding the legality of the use of certain weapons and methods of warfare will be presented, and it will be examined whether the use of DU ammunition is in accordance with these rules. It will be argued, in the first part of this article, that DU ammunition might cause superfluous injuries and amount to unnecessary suffering of combatants, and therefore is considered to be a prohibited weapon. In addition, the use of DU ammunition might also cause damages to civilians, as will be shown in the second part of this article. Furthermore, it will be presented in the third part that the use of DU ammunition might also cause damages to the environment. As a result, the use of DU ammunition is not in accordance with international humanitarian law.

## 2. The Impact of Depleted Uranium Ammunition on Combatants

International humanitarian law prohibits any weapons that are incapable of distinguishing between civilian and military targets.<sup>18</sup> But even if a weapon is exclusively used in order to attack military targets, certain restrictions apply. Basically, a weapon is prohibited under international humanitarian law if its use causes unnecessary sufferings.<sup>19</sup> Up to date, there are several multilateral treaties which interdict the use of a specific weapon. It will be shown that none of these treaties is directly applicable to DU ammunition. However, as the existence of explicit treaty prohibitions barring the use of certain weapons does not exhaust the meaning of the general principle,<sup>20</sup> it will be argued that the use of DU ammunition might cause unnecessary sufferings. Thus, DU ammunition is a prohibited weapon.

### 2.1. The Prohibition to Use Nuclear Weapons

With a specific radioactivity of approximately 15 bq/mg, DU is slightly radioactive. Therefore, DU ammunition might be considered to be a nuclear weapon. The International Court of Justice (ICJ) held in its 1996 Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons that nuclear weapons are not covered by the international law on poisonous weapons as the prime or exclusive use of nuclear

weapons is not to poison or asphyxiate.<sup>21</sup> In fact, the ICJ even argued that “[t]here is in neither customary nor conventional international law any comprehensive and universal prohibition of the threat or use of nuclear weapons as such”.<sup>22</sup> Consequently, the ICJ “cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defense”.<sup>23</sup> In addition, the ICJ also remarked that it does not have an adequate basis for determination whether and when ‘clean’, smaller, low-yield, tactical nuclear weapons would be legal.<sup>24</sup> If even smaller, low-yield, tactical nuclear weapons – containing high radioactive, enriched uranium – might be legal, even more DU ammunition must be legal, as it contains less radioactive uranium. In addition, DU ammunition is not even a nuclear weapon, as a nuclear weapon is considered to be capable of mass destruction, mass injury or mass poisoning caused by explosion or other uncontrolled nuclear transformation of nuclear fuel or by radioactivity of nuclear fuel or radioactive isotopes.<sup>25</sup> DU ammunition does

<sup>10</sup> So far, only the United States of America and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland have acknowledged using DU weapons, see D. Fahey, Depleted Uranium and Its Use in Weapons, in: A. McDonald/J.K. Kleffner/B. Toebes (eds.), *The International Legality of the Use of Depleted Uranium Weapons: A Precautionary Approach*, The Hague 2003, pp. 8-10. It is thought that between 15 and 18 other countries currently have weapons incorporating DU in their arsenals.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> Cf. D. Rokke, Depleted Uranium: America and Britain’s “Dirty Bombs”, <http://www.globalresearch.ca/> (29 February 2012).

<sup>13</sup> P. Brown, Gulf troops face tests for cancer, <http://www.guardian.co.uk/> (29 February 2012).

<sup>14</sup> Cf. J.F. Kalinich *et al.*, Embedded Weapons-Grade Tungsten Alloy Shrapnel Rapidly Induces Metastatic High-Grade Rhabdomyosarcomas in F344 Rats, in: *Environmental Health Perspectives* 113 (2005), p. 729.

<sup>15</sup> D. Fahey, *supra* note 10, p. 4.

<sup>16</sup> *Id.*, p. 5.

<sup>17</sup> H.M. Hartmann/F.A. Monette/H.I. Avci, Overview of Toxicity Data and Risk Assessment Methods for Evaluating the Chemical Effects of Depleted Uranium Compounds, in: *Human and Ecological Risk Assessment* 6 (2000), p. 851.

<sup>18</sup> Cf. ICJ, *The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 262, para. 94.

<sup>19</sup> This principle is one of the most fundamental principles of international humanitarian law. Just see G. Swiney, *Saving Lives: The Principle of Distinction and the Realities of Modern War*, in: *International Lawyer* 39 (2005), p. 737.

<sup>20</sup> Cf. R.S. Clark, *Methods of Warfare that Cause Unnecessary Sufferings or Are Inherently Indiscriminate: A Memorial Tribute to Howard Berman*, in: *California Western International Law Journal* 28 (1997-1998), p. 385.

<sup>21</sup> ICJ, *supra* note 18, p. 248, paras. 54-56.

<sup>22</sup> *Id.*, p. 266, para. 105.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Id.*, p. 262, paras. 94-95.

<sup>25</sup> Cf. the definition of nuclear weapons in the Protocol III on the Control of Armaments of 23 October 1954 to the 1954 Modified Brussels Treaty, Annex II, 211 UNTS 364. See also S. Kadelbach, *Nuclear Weapons and Warfare*, in: R. Wolfrum (ed.), *supra* note 5, para. 2. Cf. also Art. I(c) of the 1995 Treaty on the Southeast Asia Nuclear Weapons Free Zone, 35 *International Legal Materials (ILM)* 635 (1995), which defines a nuclear weapon as any explosive device capable of releasing nuclear energy in an uncontrolled manner, not including the means, transport or delivery of such device if separable from and not an indivisible part thereof.

not fulfill these requirements. Consequently, even if there is a prohibition to use nuclear weapons, the use of DU ammunition would be in accordance with this prohibition.

## 2.2. The Prohibition to Use Poison or Poisoned Weapons

The prohibition to use poison or poisoned weapons was codified for the first time in Regulation 23(a) of the Hague Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land, which are annexed to the Hague Convention of 1899 and 1907.<sup>26</sup> In fact, the prohibition to use poison or poisoned weapons is considered to be applicable even beyond the dawn of international law,<sup>27</sup> and is said to be the “oldest of all taboos against use of weapons in international armed conflict”.<sup>28</sup>

However, the scope of this prohibition is still disputed. Some commentators limit the prohibition to the perfidiously, cruel, dishonorable or barbarous use of poison, for example with regard to poisoning of food, water *et cetera*, and therefore connect this prohibition with perfidy.<sup>29</sup> Other commentators interpret the prohibition to use poison or poisoned weapons as a ban on the use of known poisons and poisoned weapons at the beginning of the 20th century.<sup>30</sup>

Both argumentations are not satisfactory. Whereas the first opinion is too close to perfidy and therefore limits the scope of the prohibition to use poison or poisoned weapons too much, the second opinion does not take the development of new weapons and also of new poisonous substances into consideration. Therefore, the prohibition to use poison or poisoned weapons should be interpreted in accordance with the customary meaning of poison, being any agent which, once inserted into a living organism or absorbed by the living organism, is able to kill or at least harm the health of that living organism.<sup>31</sup>

Despite the chemical toxicity of DU, which is about a million times greater in vitro than its radiological hazard, the use of DU ammunition is not subject to the prohibition to use poison or poisonous weapons, as this prohibition also requires that the agent is used as poison or poisoned weapon.<sup>32</sup> So far, there are no cases reported in which DU ammunition was used in order to poison or asphyxiate any living organism.

## 2.3. The Prohibition to Use Chemical Weapons

Although there is a general scientific and medical consensus that DU is more of a chemical problem than a radiological one,<sup>33</sup> DU is not amongst the ‘toxic chemicals’ with which the 1992 Chemical Weapons Convention (CWC)<sup>34</sup> is concerned. According to Article II of the CWC, “munitions or devices specifically designed to cause death or other harm through the toxic properties of toxic chemicals and their precursors” are prohibited. DU however is not specifically designed to cause death or other harm through its toxic properties. Instead, it is designed to destroy armored vehicles or bunkers. Consequently, the use of DU ammunition is equally not prohibited by the 1925 Geneva Protocol,<sup>35</sup> which prohibits the use of asphyxiating, poisonous or other gases, and all analogous liquids, materials and devices, as this prohibition requires that the effect of the damaging gas is the main

result and not simply a side effect of the weapon.<sup>36</sup> As already shown above, there are no cases reported in which DU ammunition was used in order to poison or asphyxiate any living organism.<sup>37</sup>

## 2.4. The Prohibition to Use Biological Weapons

Furthermore, the use of DU ammunition is also not a violation of the prohibition to use biological weapons. According to Article I(1) of the 1972 Biological Weapons Convention (BWC),<sup>38</sup> the use of “microbial or other biological agents or toxins” is prohibited. Although there is no definition of the term ‘agent’ within the BWC, it is argued that this term refers only to living organisms or infective material or their synthetic equivalent.<sup>39</sup> Similarly, toxins are considered to be substances that act like chemical agents but are ordinarily produced by biological or microbial processes.<sup>40</sup> DU does neither meet the definition of the term ‘agent’, nor the definition of the term ‘toxin’.

## 2.5. The Prohibition to Use Weapons of a Nature to Cause Superfluous Injury or Unnecessary Suffering

The prohibition to use weapons of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering was first codified in the Preamble to the 1868 St. Petersburg Declaration.<sup>41</sup> Similar provisions were included in the 1874 Brussels Project,<sup>42</sup> and

<sup>26</sup> For a text of the convention just see D. Schindler/J. Toman, *supra* note 7.

<sup>27</sup> L.C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 3rd ed., Manchester 2008, p. 142. See also International Military Tribunal, Nuremberg Judgment (1946), *American Journal of International Law* 41 (1947), p. 218.

<sup>28</sup> Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2nd ed., Cambridge 2010, p. 68, para. 161.

<sup>29</sup> Cf. G.D. Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge 2010, p. 421.

<sup>30</sup> R.R. Baxter, *Conventional Weapons under Legal Prohibitions*, in: *International Security* 1 (1977), pp. 43-44.

<sup>31</sup> J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge 2007, p. 253.

<sup>32</sup> Cf. ICJ, *supra* note 18, p. 248, paras. 54-56.

<sup>33</sup> Just see M. Clark, *Depleted Uranium*, in: *Radiological Protection Bulletin* No. 218 (December 1999), cited in B. Vitali, *New Crimes Against Humanity: The Military Use of Depleted Uranium Weapons*, <http://www.web-light.nl/> (29 February 2012), para. 2; D. Fahey, *Environmental and Health Consequences of the Use of Depleted Uranium Weapons*, in: A. McDonald/J.K. Kleffner/B. Toebes (eds.), *supra* note 10, pp. 39-48.

<sup>34</sup> 32 ILM (1993), p. 800.

<sup>35</sup> For a text of the protocol just see D. Schindler/J. Toman, *supra* note 7.

<sup>36</sup> J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *supra* note 31, pp. 251-252.

<sup>37</sup> See above, section 2.2.

<sup>38</sup> 1015 UNTS (1972), p. 163.

<sup>39</sup> Cf. Institute for Defense and Disarmament Studies, *Arms Control Reporter*, Cambridge 2011, para. 701.

<sup>40</sup> *Id.*, *supra* note 39, para. 701.

<sup>41</sup> Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles under 400 Grammes Weight, 11 December 1868 (1907 Supp.), *American Journal of International Law* 1 (1907).

<sup>42</sup> Project of an International Declaration Concerning the Laws and Customs of War, 27 August 1874, just see *American Journal of International Law* 1 (1907), Supplement: Official Documents.

Article 23(e) of the 1899 and 1907 Hague Regulations.<sup>43</sup> In addition, the principle was also included in Article 35(2) of Additional Protocol I which provides that “[i]t is prohibited to employ weapons, projectiles and materials and methods of warfare of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering”. Moreover, this principle is also considered to be part of customary international law.<sup>44</sup>

However, the prohibition to use weapons of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering does not constitute a prohibition of particular categories of weapons in all cases.<sup>45</sup> Instead, this prohibition calls for a balancing test.<sup>46</sup> The relevant factors for this test are the injury and suffering caused by the use of the weapon in question on the one side, and the military necessity of the use of the weapon in question on the other side.<sup>47</sup>

### 2.5.1. Injury and Suffering Caused by the Use of Depleted Uranium in Ammunition

As the term ‘suffering’ is considered to be more a psychological than an ‘objective’ medical term,<sup>48</sup> the International Committee of the Red Cross (ICRC) focuses on the term ‘injury’.<sup>49</sup> Criteria in order to determine the severity of the injury are the incidence of permanent damage or disfigurement, the feasibility of treatment under field conditions, the painfulness, and the mortality rates.<sup>50</sup>

Once ammunition containing DU is fired and impacts a target, for example a tank, DU forms small particulate dust and leaves behind larger fragments.<sup>51</sup> There is general agreement that the most significant route of potential exposure of combatants, mainly the tank crew, comes from inhalation of dust.<sup>52</sup> When inhaled, DU particles are either trapped in the oropharynx, where they are eventually swallowed, or they reach the lower airways where they are subject to alveolar absorption.<sup>53</sup> Once absorbed, DU is widely distributed throughout the body. Bone acts as a reservoir for the metal and, once environmental uranium exposure has stopped, it will be released from the bone for months or years to come.<sup>54</sup> Elimination is principally through the urine, making the kidneys particularly vulnerable to damage from uranium.<sup>55</sup> Especially at higher doses of DU, kidney damage is the primary concern and the most immediate threat to patient health and survival.<sup>56</sup> However, recent work has shown that chronic low dose DU exposure can produce subtle pathologic changes in the kidney along with blood chemistry changes suggesting renal dysfunction<sup>57</sup> with accompanying anemia due to aberration of the kidneys’ erythropoietic function.<sup>58</sup> Of course, it has to be noted that this work is based on the ingestion of DU in rats. Therefore, the results are only an indication with regard to possible damages to humans. It has to be taken into consideration that the so-called Gulf War Syndrome (GWS)<sup>59</sup> and the so-called Balkan Syndrome,<sup>60</sup> which is still under investigation, are suspected to be related to the chronic low dose exposure to DU.<sup>61</sup>

Besides a permanent damage to the kidneys, making dialysis necessary, it is suggested that DU competes with calcium at the synapse,<sup>62</sup> leading to tremors produced in rats given high doses of uranium.<sup>63</sup> In addition, it has been shown that DU causes brain damages<sup>64</sup> and alters the electroencephalographic architecture of the Electro-

encephalogram (EEG) in free moving rats with accompanying changes in the sleep-wake-cycle.<sup>65</sup> Furthermore, research has shown that doses of DU given to pregnant animals that are not sufficient to produce renal damage can produce small litters, smaller offspring size, increased offspring mortality and skeletal abnormalities.<sup>66</sup> There

<sup>43</sup> For a text of the protocol just see D. Schindler/J. Toman, *supra* note 7.

<sup>44</sup> Just see W. Solf, Basic Rules, in: M. Bothe/K.J. Partsch/W. Solf (eds.), *New Rules for Victims of Armed Conflict*, The Hague 1982, p. 193.

<sup>45</sup> M. Zwanenburg, The Use of Depleted Uranium and the Prohibition of Weapons of a Nature to Cause Superfluous Injury or Unnecessary Suffering, in: A. McDonald/J.K. Kleffner/B. Toebes (eds.), *supra* note 10, p.114.

<sup>46</sup> Cf. W. Solf, *supra* note 44, p. 195. See also Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva 1987, Article 35(2) of Additional Protocol I, p. 406, para. 1424.

<sup>47</sup> Y. Dinstein, *supra* note 28, at pp. 65-66, para. 152.

<sup>48</sup> M. Zwanenburg, *supra* note 45, p. 119.

<sup>49</sup> Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmermann (eds.), *supra* note 46, p. 408.

<sup>50</sup> W. Solf, *supra* note 44, p. 196.

<sup>51</sup> Just see W. Briner, The Toxicity of Depleted Uranium, in: *International Journal of Environmental Research and Public Health* 7 (2010), p. 304.

<sup>52</sup> W. Briner, The Evolution of Depleted Uranium as an Environmental Risk Factor: Lessons from Other Metals, *International Journal of Environmental Research and Public Health* 3 (2006), pp. 129-130.

<sup>53</sup> W. Briner, *supra* note 51, p. 304.

<sup>54</sup> *Id.*, p. 305.

<sup>55</sup> G. Zhu *et al.*, Accumulation and Distribution of Uranium in Rats After Implantation with Depleted Uranium Fragments, in: *Journal of Radiation Research* 50 (2009), p. 187.

<sup>56</sup> W. Briner, *supra* note 51, p. 305.

<sup>57</sup> G. Zhu *et al.*, Renal Dysfunction Induced by Long-term Exposure to Depleted Uranium in Rats, in: *Archives of Toxicology* 83 (2009), pp. 42-43.

<sup>58</sup> H. Berradi *et al.*, Renal Anemia Induced by Chronic Ingestion of Depleted Uranium in Rats, in: *Toxicological Sciences* 103 (2008), pp. 399-402.

<sup>59</sup> The GWS is a poorly understood disease with multiple symptoms and many theories about its aetiology and pathogenesis; just see G.A. Jamal, Gulf War Syndrome: A Model for the Complexity of Biological and Environmental Interaction with Human Health, in: *Adverse Drug Reactions and Toxicological Reviews* 17 (1998), p. 5; A. Durakovic, Medical Effects of Internal Contamination with Uranium, in: *Croatian Medical Journal* 40 (1999), p. 57.

<sup>60</sup> A. Durakovic, On Depleted Uranium: Gulf War and Balkan Syndrome, in: *Croatian Medical Journal* 42 (2001), p. 132.

<sup>61</sup> Cf. Y. Hao *et al.*, A Study Assessing the Genotoxicity in Rats after Chronic Oral Exposure to a Low Dose of Depleted Uranium, in: *Journal of Radiation Research* 50 (2009), p. 521.

<sup>62</sup> W. Briner, *supra* note 51, p. 305.

<sup>63</sup> J.L. Domingo *et al.*, Acute Toxicity of Uranium in Rats and Mice, in: *Bulletin of Environmental Contamination and Toxicology* 39 (1987), p. 172.

<sup>64</sup> Just see the references in W. Briner, *supra* note 51, p. 306.

<sup>65</sup> P. Lestaevel *et al.*, Changes in Sleep-wake Cycle After Chronic Exposure to Uranium in Rats, in: *Neurotoxicology and Teratology* 27 (2005), p. 835; P. Lestaevel *et al.*, The Brain is a Target Organ After Acute Exposure to Depleted Uranium, in: *Toxicology* 1 (2005), pp. 222-223.

<sup>66</sup> Cf. W. Briner, *supra* note 51, p. 306. Human studies of the teratogenic effects of DU, while suggestive, suffer from a number of methodological issues, see R. Hinden/D. Brugge/B. Panikkar, Teratogenicity of Depleted Uranium Aerosols: A Review from an Epidemiological Perspective, in: *Environmental Health: A Global Access Science Source* 4 (2005), pp. 27-28.

are also indications that DU has potential carcinogenic effects.<sup>67</sup>

All in all DU is considered to lead to a variety of permanent damages once absorbed by a combatant. Most of these damages will not be very painful, but will require long-term medical treatment. Except for possible kidney transplantation, there is no treatment available at the moment to cure the damages caused by DU exposure. Consequently, the sufferings of combatants caused by the use of DU ammunition are severe.

### 2.5.2. The Needlessness of the Balancing Test

It is argued that a weapon would cause superfluous injuries or unnecessary sufferings if that weapon exerts effects for which there is no well recognised and proven treatment.<sup>68</sup> This would render the balancing test unnecessary. As shown above, there is no well recognised and proven treatment for the various damages caused by the absorption of DU.

Moreover, despite this balancing test, weapons can be prohibited as such if excessive suffering is caused in the majority of cases of the use of the weapon, even if it is not designed to have this effect.<sup>69</sup> DU ammunition is not designed to cause the damages mentioned above. In fact, the medical consequences of DU absorption by combatants are still analysed. Consequently, when first using DU ammunition, the side effects were unclear. DU ammunition was designed to destroy tanks, and not to cause damages to combatants. However, as the inhalation of DU dust after an impact of DU ammunition is very likely at least in the majority of cases, leading to the injuries and sufferings mentioned above, it can be argued that excessive suffering is caused in the majority of cases of the use of DU ammunition. Therefore, the use of DU ammunition is prohibited as such – regardless of the balancing test.

### 2.5.3. Military Necessity

Even if further medical research comes to the conclusion that excessive suffering is not caused in the majority of cases of the use of DU ammunition and therefore the balancing test is necessary, the humanitarian side of the balancing test would prevail over the military necessity.

When determining the military necessity of a weapon, the effectiveness of the weapon to render an adversary hors de combat, to neutralise military equipment, to interdict military lines of communication and to weaken the enemy's war-making resources must be taken into account.<sup>70</sup> DU ammunition is simply a solid rod of dense metal stabilised by tail fins. The large kinetic energy of the rod, travelling at speeds between 1 and 1.8 kilometers per second, enables it to penetrate armored vehicles such as tanks.<sup>71</sup> In 1974, the United States Department of Defense announced its intention to use DU ammunition primarily because DU was readily available in large quantities, the use of DU in ammunition did not compete with other uses of DU, the metallurgical properties of DU allowed it to be heat-treated to varying degrees of hardness and strength, and because of the pyrophoricity of DU produces burning fragments upon impact with a target, which can ignite flammable materials and cause secondary

damage.<sup>72</sup> In other words, DU was considered to be very effective in neutralising armored vehicles such as tanks. During the 20th century, tanks were considered to be a key component of modern armies.<sup>73</sup> Consequently, destroying enemy tanks on the battlefield was considered to provide a significant military advantage, which makes the use of the most effective anti-tank ammunition necessary. Thus, there was a military necessity to use DU in ammunition during the 20th century which has to be balanced against the humanitarian side – also because alternatives were not available.

However, the importance of tanks has waned over the last few decades, mainly because of the increasing role of asymmetric warfare.<sup>74</sup> Therefore, the military necessity of DU is today limited. In addition, alternatives are available. Many countries already use tungsten alloy ammunitions instead of DU.<sup>75</sup> Even the United States Navy has switched to tungsten alloy ammunition “based on live fire tests showing that tungsten met their performance requirements while offering reduced probabilities of radiation exposure and environmental impact”.<sup>76</sup> Also the United States Marine Corps has decided to use tungsten alloy ammunition for its Advanced Amphibious Assault Vehicle “because of the environmental problems associated with [DU], be them real or perceived”, a United States Marine Corps spokesman stated.<sup>77</sup> Although DU penetrators can achieve penetrations of 10 to 15 percent

<sup>67</sup> K. Papathanasiou *et al.*, Effect of Depleted Uranium Weapons Used in the Balkan War on the Incidence of Cervical Intraepithelial Neoplasia (CIN) and Invasive Cancer of the Cervix in Greece, in: *Clinical & Experimental Obstetrics & Gynecology* 32 (2005), p. 60; N. Obralic *et al.*, The Number of Malignant Neoplasm in Sarajevo Region During the Period 1998-2002, in: *Medical Archives* 58 (2004), p. 278; S. Ibrulj *et al.*, Micronuclei Occurrence in Population Exposed to Depleted Uranium and Control Human Group in Correlation with Sex, Age and Smoking Habit, in: *Medical Archives* 58 (2004), p. 337.

<sup>68</sup> R.M. Coupland, The SIFUS Project: Towards a determination of which weapons cause ‘superfluous injury or unnecessary suffering’, in: H. Durham/T.L.H. McCormack (eds.), *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law*, The Hague 1999, pp. 99-120, p. 114.

<sup>69</sup> L. Doswald-Beck, Lawfulness of the Anti-personnel Use of Laser Weapons, in: L. Doswald-Beck (ed.), *Blinding Weapons: Reports of the Meetings of Experts Convened by the International Committee of the Red Cross on Battlefield Laser Weapons 1989-1991*, Geneva 1993, p. 331.

<sup>70</sup> M. Zwanenburg, *supra* note 45, p. 120.

<sup>71</sup> The Royal Society, *The Health Hazards of Depleted Uranium Munitions*, Part I, London 2010, p. 2; R. Pengelley, *The DU Debate: What are the Risks*, in: *Jane's Defence Weekly* (15 January 2001).

<sup>72</sup> Joint Technical Coordinating Group for Munitions Effectiveness (JTCG/ME), *Ad Hoc Working Group for Depleted Uranium, Special Report: Medical and Environmental Evaluation of Depleted Uranium*, Vol. 1, Washington, D.C. 1974, pp. 1, 2.

<sup>73</sup> J.M. House, *Toward Combined Arms Warfare: A Survey of 20th Century Tactics, Doctrine, and Organization*, <http://usacac.army.mil/> (29 February 2012).

<sup>74</sup> R. Trinquier, *Modern Warfare. A French View of Counterinsurgency*, Westport - CT. 2006.

<sup>75</sup> Anonymous, *Depleted Uranium – FAQs*, in: *Jane's Defense Weekly* (8 January 2001).

<sup>76</sup> Office of the Special Assistant to the Deputy Secretary of Defense for Gulf War Illnesses (OSAGWI), *Depleted Uranium in the Gulf (II)*, Washington, D.C. 2000, p. 96.

<sup>77</sup> P. Eisler, *Military Study Finds Fouled Weapons Safe*, in: *USA Today*, 24 June 2001, also available online at <http://www.usatoday.com/> (29 February 2012).

in excess of comparable tungsten alloy penetrators,<sup>78</sup> many militaries have found that tungsten alloy ammunition is sufficient to neutralise enemy tanks and currently develop long-rod tungsten alloy ammunition.<sup>79</sup>

To sum up, alternatives to DU ammunition are available. Therefore, there is no military necessity for the use of DU ammunition. Consequently, the humanitarian side of the balancing test prevails over the military necessity of the use of DU ammunition. Thus, the use of DU ammunition causes superfluous injuries and sufferings and is therefore prohibited under international humanitarian law.

### 3. The Impact of Depleted Uranium Ammunition on Civilians

According to Article 51 of Additional Protocol I, “the civilian population and individual civilians shall enjoy general protection against dangers arising from military operations”. The term ‘military operations’ refers to all movements and activities carried out by armed forces related to hostilities.<sup>80</sup> Consequently, firing DU ammunition on an enemy tank constitutes a military operation in the meaning of Article 51 of Additional Protocol I, thus civilians have to be protected against dangers arising out of the use of DU ammunition.

Basically, the protection of civilians provided by Additional Protocol I can be divided into two different categories. A first category concerns attacks which are prohibited regardless of any expected military advantage gained by such an attack.<sup>81</sup> A second category concerns disproportionate attacks.<sup>82</sup>

Regardless of any expected military advantage, Article 51(2) of Additional Protocol I prohibits making civilians the object of an attack. Similarly, Article 52(2) of Additional Protocol I prohibits making civil objects the object of an attack. This prohibition can be of course violated by using DU ammunition, for example if a tank targets a civilian house with DU-tipped shells.<sup>83</sup> However, in events like that, the violation of the prohibition is caused by the method of warfare, not the use of a particular weapon. Thus, attacks – including attacks with DU ammunition – would not constitute a violation of the prohibition to make civilians object of an attack as long as the civilians are not used as a target or as a tactical objective.<sup>84</sup>

However, Article 51(4), (5) of Additional Protocol I prohibits indiscriminate attacks. An indiscriminate attack is an attack which strikes military and civilian objectives without distinction because they are not directed at a specific military objective, employ a method or means of combat which cannot be directed at a specific military objective, employ a method or means of combat which effects cannot be limited as required by Additional Protocol I, and constitute disproportionate attacks.

#### 3.1. Attacks Which Are Not Directed at a Specific Military Objective

An example for an attack which is not directed at a specific military objective would be a missile attack directed at an area of the size of a town.<sup>85</sup> Such an attack would be contradictory to Article 51(4)(a) of Additional Protocol I which prohibits attacks which strike military and civilian objectives

without distinction because they “are not directed at a specific military objective”.<sup>86</sup> DU ammunition is regularly directed at a tank or another type of armored vehicle. These types of vehicle are military objectives pursuant to Article 52(2) of Additional Protocol I. Thus, the use of DU ammunition does not contradict Article 51(4)(a) of Additional Protocol I, as this provision does not prohibit attacks which affect civilians as an incidental and unavoidable consequence of an attack directed specifically against a military object.<sup>87</sup>

#### 3.2. Attacks Which Employ a Method or Means of Combat Which Cannot Be Directed at a Specific Military Objective

Article 51(4)(b) of Additional Protocol I, which prohibits attacks which employ a method or means of combat which cannot be directed at a specific military objective, is concerned with ‘blind’ weapons which cannot be directed against a military objective.<sup>88</sup> Examples for such weapons are the Scud-missiles launched by Iraq against Israel and Saudi Arabia during the 1991 Gulf War.<sup>89</sup> Consequently, a weapon system containing DU could amount to a violation of Article 51(4)(b) of Additional Protocol I.<sup>90</sup> So far, DU ammunition was however not used to conduct attacks which employ a method or means of combat which cannot be directed at a specific military objective.<sup>91</sup> Consequently, at least up to date, the use of DU ammunition did not violate Article 51(4)(b) of Additional Protocol I.

#### 3.3. Attacks Which Effects Cannot Be Limited as Required

Finally, Article 51(4)(c) of Additional Protocol I prohibits attacks which effects cannot be limited as required. Contrary to the two preceding subparagraphs, this provision is neither

<sup>78</sup> W.S. Andrews, Depleted Uranium on the Battlefield: Part 1 – Ballistic Considerations, in: Canadian Military Journal 4 (2003), p. 44.

<sup>79</sup> Just see S. Hong *et al.*, Matrix Pools in Partially Mechanically Alloyed Tungsten Heavy Alloy for Localized Shear Deformation, in: Materials Science and Engineering A333 (2002), p. 187.

<sup>80</sup> Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmermann (eds.), *supra* note 46, p. 617, para. 1936.

<sup>81</sup> Cf. Art. 51(2), (4), (5)(a), (6) and (7).

<sup>82</sup> Cf. Art. 51(5)(b).

<sup>83</sup> J.K. Kleffner/T. Boutruche, The Use of Depleted Uranium and the Principles of Distinction, Proportionality and Precaution, in: A. McDonald/J.K. Kleffner/B. Toebes (eds.), *supra* note 10, p.131.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> See A.P.V. Rogers, Law on the Battlefield, 2nd ed., Manchester 2004, p. 24.

<sup>86</sup> For a definition of what constitutes a military objective see Art. 52(2) of Protocol I.

<sup>87</sup> Such side effects have to be assessed in the light of the principle of proportionality, *infra* section 3.4.

<sup>88</sup> See H. Fischer, Der Einsatz von Nuklearwaffen nach Art. 51 des I. Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen von 1949 – Völkerrecht zwischen humanitärem Anspruch und militärpolitischer Notwendigkeit, Berlin 1985, p. 193.

<sup>89</sup> Just see Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmermann (eds.), *supra* note 46, p. 621.

<sup>90</sup> A. McDonald/J.K. Kleffner/B. Toebes (eds.), *supra* note 10, p. 134.

<sup>91</sup> *Id.*, p. 133.

concerned with a purposive and intentional attack against unspecified objectives nor with the capability of a method or means of combat to be accurately targeted.<sup>92</sup> Instead, it regulates the result or consequences of a given method or means of warfare for civilians and prohibits attacks which employ a method or means of combat which effects cannot be limited to combatants and military objectives, but would also have consequences for civilians and civilian objects without distinction.<sup>93</sup> Especially when used in asymmetric armed conflicts, it is not unlikely that civilians inhale the DU dust which then might result in adverse health effects.<sup>94</sup> However, it is also possible that the specific use of DU ammunition does not lead to these effects. Therefore, it has to be determined on a case-by-case basis whether and to what extent the use of DU ammunition violates Article 51(4)(c) of Additional Protocol I.<sup>95</sup>

#### 3.4. Prohibition of Disproportionate Attacks

Even if the use of DU ammunition would lead to effects which cannot be limited as required by Article 51(4)(c) of Protocol I, the use of DU ammunition is not prohibited *ipso jure* as indiscriminate attack. Instead it has to be assessed whether the use of DU ammunition complies with the principle of proportionality. An attack would not comply with this principle if it entails effects which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.<sup>96</sup> Whether the damage is ‘excessive’ has to be determined on a case-by-case basis. ‘Excessive’ damage cannot be mistaken for ‘any’ collateral damage.<sup>97</sup> Consequently, the inhalation of DU dust by civilians which results in health effects would be a collateral damage. However, it is rather unlikely that several civilians are around tanks and other armored vehicles which are attacked with DU ammunition. This might be different when DU is used in bunker busters, especially if the attacked bunker is located in or close to residential areas. In such cases, the attack would have to be considered as disproportionate. Thus, the use of DU ammunition violates in certain cases provision of international humanitarian law aiming at protecting non-combatants. In these cases, the use of DU ammunition would be prohibited.

#### 4. The Impact of Depleted Uranium Ammunition on the Environment

The use of Napalm in the Vietnam War (1957-1975) illustrated that armed conflicts cannot only have an impact on combatants and non-combatants, but also on the environment.<sup>98</sup> The first treaty aiming at protecting the environment was the 1977 Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques (ENMOD Convention). In the same year, the Additional Protocol I was adopted which contains with Articles 35 and 55 two provisions aiming at protecting the environment. Whereas DU ammunition is not a technique for changing – through deliberate manipulation of natural processes – the dynamics, composition or structure of the Earth, thus is

not an environmental modification technique in the meaning of Article II of the ENMOD Convention and consequently is not prohibited by Article I of the ENMOD Convention, the use of DU ammunition might be prohibited pursuant to Article 35 and/or Article 55 of Additional Protocol I.

#### 4.1. The Use of Depleted Uranium Ammunition and Article 35(3) of Additional Protocol I

Article 35(3) of Additional Protocol I prohibits the employ of methods of warfare which are intended or may be expected to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment. As it is unlikely that anyone would intend to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment by using DU ammunition, it is only questionable whether it may be expected that the use of DU ammunition causes this type of damage. The expression “may be expected” in Article 35(3) of Additional Protocol I implies that those who deploy the means or methods of warfare must know beforehand to a certain extent that they will have detrimental effects on the environment.<sup>99</sup> It is known that DU dust particles remain windborne after impact for an extended time.<sup>100</sup> It is documented that DU aerosols can travel up to 26 miles or even further.<sup>101</sup> Once deposited on the ground, weathering could mobilise DU, leading to potential contamination of the ground water.<sup>102</sup>

However, it is doubtful whether the damage caused by the use of DU ammunition can be considered as “widespread, long-term and severe”. By referring to the Report of the Second Session of Committee III,<sup>103</sup> the center piece of the *travaux préparatoires* of Additional Protocol I, it seems that the drafters intended to raise a significant threshold.<sup>104</sup> The doses to which the natural environment will be exposed to will generally be small and become even smaller with time, thus it may not be expected that the use of DU ammunition

<sup>92</sup> *Id.*, p. 134.

<sup>93</sup> *Id.*, pp. 136-137.

<sup>94</sup> The health effects would be similar to the ones presented above at section 2.5.1.

<sup>95</sup> *Cf.* A. McDonald/J.K. Kleffner/B. Toebes (eds.), *supra* note 10, p. 141.

<sup>96</sup> *Cf.* Art. 51(5)(b) of Protocol I.

<sup>97</sup> E.D. Rosen, Targeting Enemy Forces in the War on Terror: Preserving Civilian Immunity, in: *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 42 (2009), p. 749.

<sup>98</sup> Just see N.A.F. Popović, Humanitarian Law, Protection of the Environment and Human Rights, in: *Georgetown International Environmental Law Review* 8 (1995/1996), pp. 67-68.

<sup>99</sup> E.V. Koppe, The Use of Depleted Uranium and the Direct Protection of the Environment under *Jus in Bello*, in: A. McDonald/J.K. Kleffner/B. Toebes (eds.), *supra* note 10, p. 164.

<sup>100</sup> R. Hindin/D. Brugge/B. Panikkar, Teratogenicity of Depleted Uranium Aerosols: A Review from an Epidemiological Perspective, in: *Environmental Health: A Global Access Science Source* 4 (2005), <http://www.ehjournal.net/> (29 February 2012).

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> Doc. CDDH/215/Rev.1, in: H.S. Levie, *Protection of War Victims: Protocol I to the 1949 Geneva Conventions*, Vol. 2, Dobbs Ferry - NY 1980, pp. 276-277.

<sup>104</sup> E.V. Koppe, *supra* note 99, p. 168.



causes widespread, long-term and severe damage to the environment.<sup>105</sup>

#### 4.2. The Use of Depleted Uranium Ammunition and Article 55(1) of Additional Protocol I

The same applies to Article 55(1) of Additional Protocol I which provides that “[c]are shall be taken in warfare to protect the natural environment against widespread, long-term and severe damage”. The referral to “widespread, long-term and severe damage” in Article 55(1) of Additional Protocol I implies that the same threshold has to be applied as with regard to Article 35(3) of Additional Protocol I. Consequently, the use of DU ammunition is neither prohibited by Article 35(3) of Additional Protocol I, nor by Article 55(1) of Additional Protocol I.

#### 4.3. The Use of Depleted Uranium Ammunition and Customary Environmental Law

In addition to the protection of the environment during armed conflict provided by the explicit references in Additional Protocol I, the environment may also be protected by customary international law. Besides the prohibitions codified in Articles 35(3) and 55 of Additional Protocol I, which are part of customary international law,<sup>106</sup> customary international law prohibits for example the wanton destruction of the environment during armed conflict and the causation of excessive collateral damage to the environment during armed conflict.<sup>107</sup> Given that the use of DU ammunition does not cause widespread, long-term and severe damage to the

environment, excessive collateral damage to the environment is not caused by the use of DU ammunition.<sup>108</sup> Consequently, the use of DU ammunition is not prohibited by customary environmental law.

#### 5. Conclusion

It has been shown that the use of DU ammunition causes superfluous injuries and sufferings among combatants. In addition, in certain cases it is likely that the use of DU ammunition has effects which cannot be limited to combatants or military objects, but which also affect civilians and civilian objects. In relation to the military advantage anticipated by the use of DU ammunition, these effects to the civilian population would be excessive in certain cases. Furthermore, the use of DU ammunition has some impacts on the environment and is not completely harmless. Up to date, these impacts do not meet the significant thresholds needed to prohibit the use of DU ammunition based on environmental grounds. However, the long-term effects of DU ammunition on the environment and on individuals are still rather uncertain. Consequently, the use of DU ammunition is prohibited in some parts by international humanitarian law. ■

<sup>105</sup> Cf. World Health Organization, Fact Sheet 257, Depleted Uranium, 2003, <http://www.who.int/> (29 February 2012).

<sup>106</sup> E.V. Koppe, *supra* note 99, pp. 170-173.

<sup>107</sup> *Id.*, pp. 177-182.

<sup>108</sup> Cf. *Id.*, pp. 183-184.

## Measurement and Regulation of International 'Humanitarian Action'

John Telford\*

The measurement of the effectiveness and impact of humanitarian action has evolved significantly over past decades, thus contributing to the saving of lives and the reduction of suffering. This is particularly the case in disaster and emergency response. Despite these advances, however, attempts at useful measurement remain weak. They are frequently unsuccessful and, at times, vigorously contested by interested parties. There is a need for a rationalisation and prioritisation of response activities. So too, measurement methods, tools and expertise should be improved. These steps are, however, secondary. Core failings relate predominantly to a 'corporatisation' of the sector and a related lack of political will to measure, report and regulate transparently. An international legal regulatory framework and system are required. The paper sets out arguments for the above observations under the following five headings: 1. Rationalise roles and accountabilities, 2. Prioritise measurement of mortality and morbidity, 3. Improve measurement of cost-effectiveness, 4. Democratise delivery and measurement and 5. Regulate the system through international law.

### 1. Introduction

Most international humanitarian organisations state explicitly their commitment to transparency, accountability and quality. Sound measurement of results is central to evaluating how well they meet that commitment. This article explores the measurement of results in humanitarian action (HA).

HA transcends emergency and disaster response. The range of 'humanitarian' activities has expanded over past decades. It has drifted beyond the 'grey zone' of linking relief rehabilitation and development (LRRD) into developmental undertakings such as disaster risk reduction (DRR). Despite Good Humanitarian Donorship (GHD) initiatives, a workable, agreed, system-wide definition of HA does not exist. Anything that is funded under HA budgets has *de facto* become a 'humanitarian activity'.

In this article the term 'emergency response' describes protection and aid activities applied in response to armed conflict crises. The term 'disaster response' refers to protection and aid activities in response to so-called 'natural disasters'.<sup>1</sup>

Gauging results involves measuring, among other things, effectiveness and im-

pact. Effectiveness is defined as the achievement of objectives. Impact is longer-term change, be it positive or negative, intended or unintended. The two terms are frequently misunderstood or interchanged.

The article focuses on HA provided by intergovernmental organisations (IGOs), governmental organisations (GOs), non-governmental organisations (NGOs) and Red Cross/Crescent organisations which are predominantly 'western' in nature. The term 'HA system' refers to these organisations.

### 2. Rationalise roles and accountabilities

In line with the expansion of HA, a confusing multiplicity of measurement tools and methodologies has emerged. Results based management (RBA) and monitoring and evaluation (M&E) concepts are embedded in the terminology and structures of humanitarian organisations. The 1990s and the first decade of this century saw a proliferation of standards, indicators and reporting formats. These cover both results and processes. Examples include the Sphere Project, the Red Cross and Red Crescent (RC) Code of Conduct<sup>2</sup>, the Humanitarian Accountability Partnership (HAP), People in Aid (PiA) and organisation-specific initiatives.

Three factors merit highlighting: Firstly, the number of HA organisations, the breadth of their activities and the complexity of the 'HA system' have grown steadily over the past 30 years. The Humanitarian Reform process (which has transmogrified into the 'Transformative Agenda') has increased inter-dependency among actors (especially through the 'Cluster' mechanism). Concomitantly and contrary to its objectives, it has complicated delivery and tracking of accountabilities thanks to its multiple and still fragmented layers of coordination.

Secondly, an important number of IGO, GO, international non-governmental organisations (INGO) and RC actors have evolved into relatively wealthy, powerful entities, displaying features and competing interests akin to large multi-national corporations.

Thirdly, funding is increasingly passed from one sub-contractor to another, resulting in a complex, multi-layered process, as confusing as it is wasteful.

Consequently: roles, responsibilities, authorities and accountabilities remain confused, competing, and overlapping; compounded overhead and administrative charges have reduced the proportion of funds available for activities directly beneficial to affected people; staff appear to be more and more remote from affected people; and, despite the GHD initiative, institutional funding approaches continue to be inadequate in terms of coherence and independence.

Existing capacities and approaches to measure effect and impact are inadequate in this environment.

### 3. Prioritise measurement of morbidity and mortality

Measurement of effectiveness in emergency and disaster 'life-saving sectors' is arguably more advanced than that for non-emergency activities. This includes initial assessment and subsequent measurement of crude mortality rates (CMRs), water quantity and quality, malnutrition, morbidity and shelter. Approaches and capacities have improved considerably.

As argued by the World Health Organisation (WHO), mortality and morbidity rates can be proxy measurements of the effectiveness of emergency and disaster response. Much reporting of 'results' has become an empty, box-filling exercise. Data of dubious reliability is frequently collected and reported as if it were a meaningful basis for measuring results and decision-making. Such approaches should be replaced by 'need-to-know' information collection and use. There is an over-re-

\* John Telford is an Irish consultant in both humanitarian and development aid. For over 30 years he has worked as a practitioner, trainer, lecturer, analyst and evaluator worldwide, covering both natural disaster and armed-conflict related programmes. He now specialises in evaluation and training. He has worked with the United Nations (UN), non-governmental organisations (NGO), Red Cross and Red Crescent movement and donor agencies, as well with affected governments and communities and academic institutions. He lives in France and has lectured and trained through English, French and Spanish. This article is based on a conference paper presented by the same author at 'The Future of Humanitarianism – Risk, Adaptation and Innovation in Humanitarian Action' OCHA Policy Conference NY 12, 13 December 2011.

<sup>1</sup> 'Natural disasters' can be a function of human actions, or inaction, which lead to human vulnerability to a 'natural hazard'. Such hazards include earthquakes, volcanic eruptions and heavy precipitation.

<sup>2</sup> Code of Conduct for the International Red Cross and Red Crescent Movement and NGOs in Disaster Relief.

liance by monitors and evaluators on qualitative methods, such as anecdotal observation and interviewing. These should be counter-balanced by rigorous quantitative data collection, processing and analysis.

Despite their relative strengths, however, improvements in technical measurement methods, tools and capacities are required. Crude mortality and general acute malnutrition (GAM) rates are, for instance, regularly imprecise. Operational uncertainties, unknown variables, approximations and an absence of base-lines are recurrent challenges. Improved technical measurement capacities should draw on technological and methodological innovation, research and development, including ongoing initiatives to improve emergency and disaster needs assessments.

#### 4. Improve measurement of cost-effectiveness

While cost-efficiency calculations (costs measured against outputs)<sup>3</sup> are easier, measurement of cost-effectiveness (costs against outcomes)<sup>4</sup> is more valuable. 'Following the money trail' is an insufficient condition for measuring effectiveness. It is, however, a necessary condition. Measurement of costs against results is an indicator of whether funds can be applied to greater effect either in the same activity, or in alternative initiatives. Or it may simply point to wanton waste, or even corruption.

Following the money trail is not easy, however. HA is notoriously opaque when it comes to financing and expenditure.<sup>5</sup> Transparency has improved through *inter alia* the systematic internet publication by certain organisations of, for instance, funds collected for a particular operation or the winners of major procurement contracts. Gross fundraising figures and overall accounts are also regularly published. But that is not enough. Constraints outlined under the 'rationalise roles and accountabilities' section above (such as the multiplicity of competing actors, overlapping and inter-dependent roles and the funnelling of funds through multiple layers of sub-contracts) complicate cost-effectiveness analysis. Detailed cost-breakdowns related to travel, administration, hospitality, consultancies, salaries, bonuses, overheads, fundraising and 'communication'/advertising, are rarely openly accessible. And when expenditure data is made available, it is often done so in a format or manner which renders detailed, illuminating deciphering extremely difficult (such as bulking together expenditures of multiple types or time periods).

Credible justifications are not always provided for massively expensive initiatives,

when cheaper, equally effective, but less attention-grabbing or less seductive alternatives are available. A single cargo aircraft trip transporting tents, blankets and kitchen sets from a middle-eastern depot to a North African airport may cost from a quarter to half a million US dollars. The deployment of an aircraft carrier during the Indian Ocean Tsunami response was estimated to have cost 3 million US dollars a day. Organisational systems and headquarters infrastructure investments in certain humanitarian organisations have run into the tens of millions of US dollars – some investments have been deemed a waste or, at best, inordinately costly.

In-depth cost-effectiveness analysis is rarely conducted in HA programmes. It is 'the poor cousin' among measurement approaches. Analysis is complex, but it is possible. Improved methods, tools and expertise are required for comparative tracking, reporting and evaluation of HA financing and expenditure. In particular, the cost-effectiveness of large multi-national HA organisations should be regularly compared with that of local, national and regional actors in chronically affected zones. Cost-ineffective initiatives can in part be traced to negligent, irresponsible and politically, or chauvinistically motivated funding practices. The potential importance of GHD is, once more, evident. Donors should invest in and promote cost-effectiveness measurement, to be applied to both implementing and their own donor country organisation activities alike. For example, military assets used in disaster operations, which one way or another, end up being billed to humanitarian budgets, are notoriously cost-ineffective.<sup>6</sup> Nevertheless, they continue to be deployed, often for no reason other than visibility.

The main constraints to cost measurement are, however, neither technological nor methodological. They are rooted in an absence of political will. The next two sections, on 'democratisation' and 'regulation' of the system, address this cross-cutting reality.

#### 5. Democratise delivery and measurement

As already noted, effectiveness is the achievement of objectives. It is more readily observed than impact. Impact is more subjective. It is longer-term change, whether positive or negative, intentional or unintentional. There is no common understanding of the 'impact' of HA activities. At what level should impact be measured? Should it be mortality and morbidity focused? Or access to food security, income, or to permanent (as opposed to temporary)

shelter? Or should one examine the impact on local economies of, for instance, general food and non-food items (NFI) distributions? Or the impact of massive emergency settlements on natural environments? Or the impact on local population health and economies of hitherto unknown medicines? Or the impact of long-term, potentially permanent migratory flows due to 'pull factor'<sup>7</sup> aid programmes?

The definition and measurement of 'impact' is ultimately an individual or collective determination of what people determine to be 'good' or 'bad'. This is in accordance with their own values – religious, ideological or other. And they determine what timeframe should be applied, i.e. what 'longer-term' means.<sup>8</sup>

'Listening', complaints, consultation and information initiatives have been launched in recent humanitarian operations – the Indian Ocean tsunami and the Haiti earthquake responses are examples. These disparate projects recognise the democratic deficit inherent to the HA system. If anyone has the right and perspective to measure impact, it is firstly affected people and, secondly those who sacrifice resources to fund action. But affected people, in whose name HA funds are collected, and the donating public are largely peripheral to HA decision-making.

Transparent information and consultation mechanisms should become systematic components of all HA programmes. The mechanisms should operate at both national and international levels. They should target affected people on the one hand and those who donate for their protection and assistance, including taxpayers, on the other. Methods and tools should be refined, including innovative use of information and communications technology.

<sup>3</sup> E.g. the resources invested (costs) to make available a litre of water or 2,100 kcal of food for affected people.

<sup>4</sup> E.g. the resources invested (costs) to achieve the recovery of a severely malnourished child.

<sup>5</sup> See, for instance, the Tsunami Evaluation Coalition – TEC – reports at [www.alnap.org](http://www.alnap.org).

<sup>6</sup> During the response to the Rwanda and Former Yugoslavia crises in the mid-1990s, military assets were estimated to have cost four times more than comparable air cargo services sourced on the open market. In addition, the latter were often more readily available and flexible in deployment.

<sup>7</sup> Programmes that 'pull in' people who are attracted by the aid and services.

<sup>8</sup> When the Chinese Foreign Minister, Zhou Enlai, was asked about the impact of the French Revolution, after a pause, he famously replied: "It is too soon to tell".

A subsequent step would be to advance from consultation to systematic involvement of affected people in decision-making through an entirely revamped architecture of HA operations. This would transcend what is commonly referred to as ‘participation’, which in many cases amounts to little more than tokenistic ‘consultation’. Rarely if ever are affected people granted substantive power in key programmatic decision-making. The prioritisation of humanitarian expenditure remains firmly under the control and within the knowledge of a selected few ‘insiders’. Decisions on procurement and distribution, staff numbers and profiles, salaries, travel and per diems, office and accommodation rentals, type and number of vehicles and overhead costs remain in the hands of humanitarian organisation managers and donor officials. Despite much vaunted commitments to the ‘empowerment’ of affected people, it is they who ultimately hold power, hold the funds and call the shots.

## 6. Regulate the system through International Law

Beyond individual state tax, corporate and ‘charity’ laws, the HA sector is largely unregulated. Attempts at self-regulation are few and far between.<sup>9</sup> They have so far had limited system-wide influence. The current global financial and economic crisis has convinced many that self-regulation is, in the end, no regulation. As the adage goes, ‘whoever writes the minutes, writes the meeting’.

A review of websites, annual reports and fundraising materials indicates that most corporate HA organisations – IGO, GO, NGO and RC movement – judge their own motivations, plans and actions in flattering terms. The following is from a job advertisement issued by one of the best-known and oldest aid INGOs: “Wherever in the world they’re based, the results achieved by our Humanitarian Support Personnel are truly astounding [...]. [T]hey provide support where it’s needed most.”<sup>10</sup> In the same vein, an IGO claims in a proportional video that they always deliver relief items, when and where needed.

Audits, investigations, evaluations, studies and conference presentations indicate that organisations’ statements of their own achievements are frequently biased. Some are simply untruths. Irrespective of how solid the evidence may be, lessons remain unlearned and people remain unaccountable. Despite commitments to learning and accountability, as any serious evaluator will have learned, legitimate criticism is unwelcome for a surprising number of organisations. Measurement expertise has to be

complemented by integrity, courage, independence and external authority.

So, who should hold humanitarians to account and measure their effectiveness and impact? Corporate self-interest will, in the end, win out. Unless, of course, it is regulated from outside. Measurement and regulation of HA is too important to be left uniquely to ‘humanitarians’. An independent regulatory system, while not the answer, can be part of the answer. It should have the powers and means to set standards, measure effectiveness, publish findings and sanction when necessary.

Two predictable responses to such proposals have been made in the past. Firstly, it is argued that no entity could exist to carry out such a task. This has not been a problem, however, in other domains of equal sensitivity and complexity – regulation of health service and health product providers is an example. International, regional and national regulation, based on international and national law and backed by judicial capacities and processes exists.<sup>11</sup>

A second argument is that the ‘humanitarian imperative’ and the independence of HA actors would be jeopardised. Suffice it to say that much HA is carried out either in scenarios in which independence from state interference is not a central issue (during, for example, many natural disaster responses), or in which, lamentably, HA actors have already shown themselves to be dependent.<sup>12</sup> Where external regulation may unduly compromise humanitarian independence, protections can be put in place. Any conflict with the principles of international humanitarian law (IHL) could be addressed by building protections for the principle of ‘independence’ into any regulatory legislation.

Thus, regulation is both feasible and necessary. As a first step, a body of international law governing the accountability and performance of all HA actors should be developed. Such a departure should build on existing initiatives to develop international disaster response laws, rules and principles (IDRL).<sup>13</sup> If a global approach is too complicated, regional solutions may be an interim step.

The International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies (IFRC) is a driving force behind the IDRL programme, which it states “[...] was created in 2001 by a resolution of the Red Cross and Red Crescent Council of Delegates in order to explore the role of law in the response to disasters, particularly international disaster relief. [...] In 2007, on the basis of the IFRC’s recommendation, the 30th International Conference adopted a new set of ‘Guidelines for the domestic facilitation

and regulation of international disaster relief and initial recovery assistance’.”

The Guidelines deal mainly with what steps states should take to facilitate disaster response (covering, for instance, visas and customs arrangements). Section 4 of the Guidelines does, however, address the Responsibilities of Assisting Actors. It reads as follows:

1. Assisting actors and their personnel should abide by the laws of the affected State and applicable international law, coordinate with domestic authorities, and respect the human dignity of disaster-affected persons at all times.
2. Assisting actors should ensure that their disaster relief and initial recovery assistance is provided in accordance with the principles of humanity, neutrality and impartiality, and in particular:
  - a. Aid priorities are calculated on the basis of need alone;
  - b. Provided without any adverse distinction (such as in regards to nationality, race, ethnicity, religious beliefs, class, gender, disability, age and political opinions) to disaster-affected persons;
  - c. Provided without seeking to further a particular political or religious standpoint, intervene in the internal affairs of the affected State, or obtain commercial gain from charitable assistance;
  - d. Not used as a means to gather sensitive information of a political, economic or military nature that is irrelevant to disaster relief or initial recovery assistance.
3. To the greatest extent practicable, their disaster relief and initial recovery assistance should also be:
  - a. Responsive to the special needs, if any, of women and particularly vulnerable groups, which may include children, displaced persons, the elderly, persons with disabilities, and persons living with HIV and other debilitating illnesses;

<sup>9</sup> The Humanitarian Accountability Partnership is one example. See <http://www.hapinternational.org/>.

<sup>10</sup> Issued by email on 16 May 2006.

<sup>11</sup> International trade regulation is an example.

<sup>12</sup> For example, where international humanitarian organisations are funded by states which are parties to the conflict in the context of which they are providing their humanitarian services.

<sup>13</sup> See <http://www.ifrc.org/en/what-we-do/idrl/about-idrl/>.

- b. Adequate for the needs of affected persons and consistent with any applicable international standards of quality;
- c. Coordinated with other relevant domestic and assisting actors;
- d. Provided and conducted in a manner that is sensitive to cultural, social and religious customs and traditions;
- e. Carried out with adequate involvement of affected persons, including women, youth and the elderly, in their design, implementation, monitoring and evaluation;
- f. Provided by competent and adequately trained personnel;
- g. Commensurate with their organisational capacities;
- h. Building upon and conducted in a manner that strengthens local disaster risk reduction, relief and recovery ca-

pacities and reduces future vulnerabilities to disasters;

- i. Carried out so as to minimize negative impacts on the local community, economy, job markets, development objectives and the environment; and
- j. Provided in a transparent manner, sharing appropriate information on activities and funding.

Section 6, entitled ‘Responsibilities Concerning Diversion and the Intended Use of Resources’ adds:

1. States and assisting humanitarian organizations should cooperate to prevent unlawful diversion, misappropriation, or fraud concerning disaster relief or initial recovery goods, equipment or resources and initiate proceedings as appropriate.
2. Affected States should use funds and relief goods donated to them, and which they have accepted in relation to a disas-

ter, in a manner consistent with the expressed intent with which they were given.

An appropriate regulatory framework could be developed from the above texts. The IDRL programme should form the basis of international law binding signatory states to enact legislation in line with the Guidelines. Such legislation should provide a legal framework covering their responsibility both to facilitate disaster response and to regulate disaster response organisations and their activities.

Finally, it is worth repeating that such a regulatory system would provide only part of the answer to inadequate humanitarian programme quality, measurement and accountability. It would need to be complemented with supervision by affected peoples and the taxpaying public – in short, the democratisation of humanitarian aid. ■

## Legal Dimension-Military Zones and Challenges derived from the Usage of the Arctic Waters, Seminar vom 5. bis 9. März 2012 in Bremerhaven

Steffen Wascher\*

Vom 5. bis zum 9. März 2012 fand das alljährliche Seminar zum internationalen Seerecht im Taktikzentrum der Marine in Bremerhaven statt. In diesem Jahr legte Prof. Dr. Wolff Heintschel von Heinegg von der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder), den Schwerpunkt des Seminars auf die Arktis. Insbesondere unter den aktuellen globalen Klimaveränderungen und den daraus resultierenden Möglichkeiten der Nutzung der Nordostpassage als Seeweg, griff dieses Seminar eine sehr aktuelle Thematik auf und beleuchtete zahlreiche Rechtsfragen.

Dem Seminar wohnten neben Offizieren der Bundesmarine, Reservisten und Studenten auch Angehörige von Verbündeten der North Atlantic Treaty Organization (NATO) aus Polen, Dänemark, Norwegen und den USA bei.

### 1. Seminartag

Nach der Begrüßung durch Kapitän zur See (KptzS) Norbert Schatz sowie Korvettenkapitän (KKpt) Torsten Loder, führte Prof. Dr. Heintschel von Heinegg die Seminar Teilnehmer in das Seerecht ein.

Zu Beginn gab es einen Überblick über das Regime der unterschiedlichen Meereszonen, zu denen innere Gewässer, Küstenmeere, Archipelgewässer, ausschließliche

Wirtschaftszonen, Kontinentalschelfe und die Hohe See sowie der Meeresboden gehören. Zudem wurden Aspekte wie die Transitdurchfahrten durch internationale Meeresengen und der Umgang mit Seebrüchigen sowohl aus militärischer als auch aus juristischer Sicht betrachtet. Im Folgenden ging Prof. Dr. Heintschel von Heinegg auf die territoriale Lage der Arktis ein. Nach Artikel 55 des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen hätten demnach die Anrainerstaaten des Nordpolarmeeres bis zu einer Erstreckung von 200 Seemeilen das Recht auf wirtschaftliche Ausbeutung der Region (einschließlich des Fischfangs) sowie die Ausübung von Hoheitsbefugnissen. Insbesondere zur Förderung von fossilen Brennstoffen erhöhen die unterschiedlichen Anrainerstaaten stets weitergehende Ansprüche auf die Arktis, die sie auf problematische Rechtsgrundlagen stützten. Hierbei stelle sich beispielsweise die Frage, inwiefern der Lomonossow-Rücken als Erweiterung des eurasischen Kontinents zu sehen ist und folglich den russischen Arktissektor vergrößern würde.

### 2. Seminartag

Am zweiten Seminartag fand ein „Simulator Game“ statt, in dem die theoretischen

Kenntnisse in einer simulierten Fahrt durch den Persischen Golf auf die Probe gestellt wurden. Zu Beginn erfolgte eine Einweisung in die Durchführung von Militäroperationen. Sogenannte Rules of Engagement (RoE) sind hierbei Regeln für die Streitkräfte zum Einsatz von Gewalt und Zwangsmaßnahmen bei einer Operation.<sup>1</sup> Sie legen dabei den Schusswaffengebrauch mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fest.

Des Weiteren erfolgte eine Einführung in das Recht der Selbstverteidigung. Nach Artikel 51 der Charta der Vereinten Nationen hat ein Staat das Recht, sich im Falle eines bewaffneten Angriffs selbst zu verteidigen, sofern die Verteidigungshandlung verhältnismäßig ist. Dies gilt ebenfalls für Angriffe auf eigene Truppenteile.

Anschließend wurden von den Arbeitsgruppen verschiedene Einsatzszenarien behandelt. Mit Blick auf Radarbilder und Funksprüche war zu beraten, in welcher Form auf Gefahrenlagen zu reagiert ist. Ein Szenario war zum Beispiel, dass eine Fregatte die Straße von Hormus passiert und ein unbekanntes Flugobjekt aus Richtung des Iran sich nähert und dabei konstant an Höhe verliert. Der Versuch, einen Funkkontakt aufzubauen, schlug fehl. Ebenfalls hatten die Verbündeten keine Information über das entsprechende Objekt. In der dar-

\* Steffen Wascher ist Student der Rechtswissenschaften an der Universität zu Osnabrück, Kontakt über swascher@uni-osnabrueck.de.

<sup>1</sup> Deutscher Bundestag, Wissenschaftlicher Dienst Nr. 100/09 (19. November 2009).

auf folgenden Beratung kam unter anderem die Frage auf, ob die Fregatte Objekt eines Anschlages werden soll. Oder handelt es sich doch eher um ein ziviles Flugzeug, welches Triebwerksprobleme hat? Diese und weitere Aspekte mussten beachtet werden. Unter Abwägung der Kriterien für die Selbstverteidigung musste jede Gruppe entscheiden, ob das Flugobjekt abgeschossen werden sollte, wobei im Nachhinein heraus kam, dass dieses ein iranischer Aufklärer war. Dieser halbtägliche Einblick verdeutlichte in ganz klarer Weise, welche Abwägungen deutsche Soldaten im Auslandseinsatz in kürzester Zeit treffen müssen, bevor gehandelt werden darf.

Am Nachmittag referierte Prof. Dr. Justus Notholt vom Institut für Umweltphysik an der Universität Bremen über das Erdklima und den Umgang mit der Klimaveränderung.

Der stetige Temperaturanstieg im Bereich der Arktis habe bereits jetzt zur Folge, dass die Eisfläche im Jahr 2010 40 % ihrer Größe im Vergleich zum Jahr 1979 verloren hat. Sollte diese Entwicklung weiter gehen, so geht Prof. Dr. Notholt davon aus, dass es ab 2070 keine Eisfläche mehr im arktischen Sommer geben wird.

Diese Temperaturerhöhung hätte auch in Europa deutliche Auswirkungen. Wurde der „Jahrhundertsummer“ von 2003 noch als „heißer Sommer“ bezeichnet, so seien derartige Sommer 2050 mit Blick auf die Temperatur als durchschnittlich zu bezeichnen; im Jahr 2070 jedoch bereits schon unterdurchschnittlich.

Im Anschluss erläuterte Commander (Cdr.) Dr. James Kraska von der US Navy die amerikanische Betrachtungsweise auf die Arktis. Nach der 2010 verabschiedeten „National Security Strategy“ habe die Arktis eine hohe Bedeutung für die Sicherheit des Staates, der Bevölkerung sowie aller verbündeten Partner. Des Weiteren habe die amerikanische Wirtschaft großes Interesse an der Region. Zur Wahrung der eigenen Interessen sieht Cdr. Kraska daher die Notwendigkeit, dass die USA in der Arktis militärische Präsenz zeigen. Zudem sieht er die Freiheit der Meere als ein sehr hohes Gut an, welches unter keinen Umständen gefährdet werden dürfe. Dies gilt insbeson-

dere bei einer etwaigen Nutzung der Nordwestpassage als Seeweg zwischen Asien und Europa.

### 3. Seminartag

Am dritten Seminartag berichtete Cdr. Kenneth O. Buhl von der dänischen Marine über deren Strategie in der Arktis. Demnach solle die Souveränität von Grönland als Territorium der dänischen Krone gesichert werden. Zudem solle die Fischerei in der von Dänemark beanspruchten ausschließlichen Wirtschaftszone (200 sm) rund um Grönland geschützt werden. So diene Grönland wirtschaftlich gesehen als Erweiterung der exklusiv nutzbaren Fischereigebiete, welche sehr ergiebig sind. Im Bereich der Arktis würden große Vorkommen von Rohstoffen (Öl, Gas, Mineralien) vermutet. Mit Blick auf die weltweit sehr hohe Nachfrage erhebe Dänemark daher neben den weiteren Mitgliedsstaaten des Arktischen Rates (Finnland, Island, Kanada, Norwegen, Russland, Schweden und die Vereinigten Staaten) Ansprüche auf die Erforschung und etwaige darauf folgende Erschließung. Regierungsdirektor (RDir) Uwe Althaus, Rechtsberater der deutschen Marine im Flottenkommando in Glücksburg, sprach anschließend über die Operation Atalanta. Diese multinationale Mission der Europäischen Union wurde zum Schutz humanitärer Hilfslieferungen des Welternährungsprogramms der Vereinten Nationen nach Somalia sowie zur Aufrechterhaltung der freien Seefahrt und zur Bekämpfung der Piraterie vor der Küste Somalias am Horn von Afrika im Golf von Aden eingerichtet. Hierbei beschrieb RDir Althaus die Anwendung der RoE aus der Sicht der Praxis. Demnach seien die Einsatzregeln gestaffelt aufgestellt. Je nach Intensität des Handelns müssten sich die Soldaten die Genehmigung von höherrangigen Stellen einholen. Dabei spiele der „Legal Advisor“ als Berater für den Kommandanten eine große Rolle. Zudem beschrieb RDir Althaus eindringlich den Umgang mit (mutmaßlichen) Piraten. In einigen Fällen sei die Unterscheidung von Piraten und unschuldigen Dritten unmöglich, was einen Zugriff erschwere. Diese Tatsache werde von Pira-

ten in der Region gerne als „Schutzschild“ genutzt, wodurch eine sehr genaue Einzelfallprüfung umso wichtiger werde.

Prof. Dr. Heintschel von Heinegg stellte sodann eine Gruppenarbeit vor, in der die einzelnen Gruppen mehrere Szenarien beraten und anschließend eine Prognose sowie eine Vorgehensweise vorschlagen sollten. Hierbei sollten diplomatische Verhandlungen des Arktischen Rates, der Europäischen Union, der Vereinten Nationen oder weiterer Organisationen angedacht werden. In einem Beispielfall entsendeten einzelne Staaten des Arktischen Rates ihre Marineflotte in die Arktis. Zudem interessieren sich weitere Staaten, die keine Anrainerstaaten der Arktis sind, ebenfalls für die vorhandenen förderbaren Ressourcen. Hierbei wurde in den Arbeitsgruppen beraten, inwiefern die Vereinten Nationen agieren könnten, um politische und militärische Spannungen abzubauen. Des Weiteren wurde diskutiert, ob und inwiefern die Europäische Union bei Konflikten zwischen EU-Mitgliedsstaaten vermitteln kann.

### 4. Seminartag

Am letzten Tag ging es direkt nach dem Frühstück mit dem Bus nach Wilhelmshaven. Auf dem Plan stand eine Besichtigung der Fregatte Sachsen (F 219). Dieses Schiff wurde erst 2004 in den Dienst gestellt und gehört damit zu den modernsten der deutschen Marine. KKpt Loder sowie Besatzungsmitglieder der Sachsen führten die Seminarteilnehmer durch das Schiff. Hierbei wurden neben der Brücke und dem Kommandoraum auch Aufenthaltsräume sowie der beeindruckende Maschinenraum gezeigt.

### Resümee

In den vier umfangreichen Seminartagen ist sehr deutlich geworden, dass diese Veranstaltung eine ganz besondere Möglichkeit war, das Seevölkerrecht kennenzulernen. Insbesondere die Verknüpfung zwischen den zahlreichen Vorträgen und den Schilderungen derjenigen, die bereits in Einsätzen waren, ist für das Verständnis der Materie hervorragend. ■

## International Legal Standards in the ICRC Humanitarian Action, Scientific and Practical Workshop from 1–3 May 2012 in Almaty

Sergey Sayapin\*

The Scientific and Practical Workshop “International Legal Standards in the ICRC Humanitarian Action” from 1 to 3 May 2012 in Almaty was organised by the Regional Delegation of the International Committee of the Red Cross (ICRC) in Central Asia with support from the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Kazakhstan.

The Workshop brought together 12 professors and lecturers of international law and journalism representing leading higher education institutions of Armenia, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Tajikistan, Turkmenistan and Ukraine, four experts from Armenia, the Russian Federation and Ukraine, and nine specialists involved in the ICRC’s legal and educational programmes at the ICRC Headquarters in Central Asia and Eastern Europe. A representative of the Ministry of Foreign Affairs of Turkmenistan and the coordinator of the Law and Fundamental Principles programme of Kazakhstan’s Red Crescent Society also participated in the Workshop. The purpose of the event was to direct the participants’ attention to the ICRC Regional Delegation’s current humanitarian priorities and invite them to contribute, as experts, to various directions of the delegation’s practical humanitarian action.

### Inaugural Session

During the inaugural session on 1 May 2012, Ms. Zhanat Zakieva, Advisor to the Almaty Representative Office of the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Kazakhstan welcomed the participants on behalf of the Ministry, recalled the Republic of Kazakhstan’s commitment towards the implementation of international legal standards in the national legislation and acknowledged the ICRC’s continual efforts as regards the progressive development of international humanitarian law (IHL) and other humanitarian norms. In his turn, Mr. Ravshan Khasanbaev, Advisor to the President of the Red Crescent Society of the Republic of Kazakhstan, shared with the audience an overview of the National Society’s ongoing humanitarian action and invited the experts to contribute, together with their students, to this action, as volunteers. Finally, Mr. Yves Arnoldy, Head of the ICRC Regional Delegation for Central Asia, recalled some important highlights of the implementation of the ICRC Pro-

gramme for the Academic Circles in Central Asia since 1997, and announced that henceforth the programme would gradually acquire a stronger practical dimension, with a view to using the important expert potential existing among Central Asian scholars and students in practical research projects. This programmatic reform should not mean that the ICRC Regional Delegation would cease supporting its partner universities’ efforts in teaching IHL and other humanitarian norms but should be taken as the ICRC’s acknowledgment of the Central Asian experts’ scholarly potential and ability to contribute to resolving pending humanitarian issues.

### 1st Module

Among such humanitarian issues – to which Mr. Arnoldy’s introductory presentation in the Workshop’s first module, “The role of representatives of academic circles in the legal servicing of humanitarian action”, was devoted – three groups may be singled out. The first group covers issues emanating from past armed conflicts and other situations of violence in the region – such as the legal status of missing persons or the humanitarian consequences of unexploded munitions. The second group of issues relates to the current condition of detained persons to whom the ICRC pays humanitarian visits, both in the region and worldwide. The third group encompasses the humanitarian consequences of the possible use of force in situations of violence where the ICRC might operate in the future. The ICRC would need expert inputs from lawyers in most of these subject areas, which would be covered in a more detailed manner in the Workshop’s subsequent modules, in order for its legal response to be as comprehensive and accurate as possible.

In the second presentation, Associate Professor Dr. Timur Korotky (Odessa Academy of Law) delivered a superbly researched and detailed account of how representatives of the academic circles might contribute to the legal servicing of the ICRC’s humanitarian action. He highlighted a persisting lack of postgraduate research on IHL in the Commonwealth of Independent States (CIS)<sup>1</sup> and suggested ways for bringing closer the academic world and the humanitarian action. Among these, carrying out a research of the influ-

ence of IHL upon international lawyers’ professional legal conscience, the publication of a collective monograph on current IHL issues, the compilation of a CIS-wide IHL bibliography, the institution of a monograph series on IHL and related bodies of international law, the publication of case studies on IHL, the establishment of a CIS-Association of IHL, and the involvement of academics in research projects on the implementation of IHL and in other field of the ICRC’s and National Societies action where legal input may be required, deserve a special mention. Furthermore, Dr. Korotky suggested that the ICRC continue the promotion of humanitarian norms among the academic circles through such courses on IHL, international human rights law (IHRL) and international criminal law (ICL) and the delivery of academic publications on international law to libraries of higher education institutions where IHL is taught. Dr. Korotky’s presentation attracted a genuine interest among the participants. In the subsequent discussion, possible ways of implementing Dr. Korotky’s useful proposals were addressed.<sup>2</sup>

### 2nd Module

The afternoon module was devoted to international law applicable to the status of detainees. Associate Professor Dr. Mykola Gnatovsky (Institute of International Relations, Taras Shevchenko National University of Kyiv (Kiev)) spoke in his capacity as a member of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment about the United Nations’ and the Council of Europe’s conventional and ‘soft law’ standards on this subject. In the following presentation, the Head of the ICRC Regional Delegation in Central Asia’s Protection Department, Catherine Patronoff, elaborated, more specifically, upon the standard modalities of humanitarian visits paid by the ICRC to places of detention. In conclu-

\* Sergey Sayapin is Responsible for the Programme for the Academic Circles at the Regional Delegation of the International Committee of the Red Cross (ICRC) in Central Asia.

<sup>1</sup> According to Dr. Korotky, out of 208 doctoral dissertations defended in Ukraine between 1992 and 2011, only 8 were devoted to IHL (3.9 per cent), and out of 788 doctoral dissertations defended between 1991 and 2011 in the Russian Federation, only 25 were devoted to IHL (3.2 per cent).

<sup>2</sup> It may be noted that, at the time of writing, many of the ideas voiced in Dr. Korotky’s presentation have already been integrated in the ICRC Regional Delegation for Central Asia’s annual planning for 2013.

sion of the module, both speakers responded to questions from participants, with due regard to the principle of confidentiality, which applies both to the European Committee and the ICRC.

### 3rd Module

The third module, scheduled for the morning of 2 May 2012, was devoted to selected general and specific issues of international criminal law. Associate Professor Gleb Bogush (Lomonosov Moscow State University) dwelled upon the historical origins and some contemporary trends in the development of substantive and procedural ICL, including, *inter alia*, the legacy of the Nuremberg and Tokyo International Military Tribunals; the case law of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda; the notions of the “core crimes under international law” – genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression; the work of contemporary “hybrid tribunals”; the emerging status of terrorism as a crime under international law; and the domestic implementation of ICL. In the module’s second part, Sergey Sayapin, Responsible for the Programme for the Academic Circles at the ICRC Regional Delegation in Central Asia, presented an overview of the domestic implementation of war crimes in the Central Asian States’ national criminal laws. In the ensuing discussion, possible cooperation between the ICRC and relevant national institutions – such as the Institute of Legislation under the Ministry of Justice of the Republic of Kazakhstan and the Kyrgyz Republic’s National Commission for the Implementation of IHL – for the purpose of amending these States’ Criminal Codes, as far as the elements of war crimes are concerned, was contemplated. In conclusion of the module, all participants received the Russian translation of Professor Gerhard Werle’s renowned treatise Principles of International Criminal Law.

### 4th Module

The Workshop’s fourth module was devoted to the protection of the civilian popu-

lation under IHL. The subject being vast, the speakers focused on selected issues of institutional concern to the ICRC. The first presentation on the “Law of Geneva” was shared by Anne-Marie La Rosa, Legal Advisor at the ICRC Headquarters, who dwelled upon the legal status of missing persons and their families, and Mr. Rustam Atadjanov, Legal Advisor in charge of the Programme for the Implementation of IHL at the ICRC Regional Delegation in Central Asia, who expounded the legal status of internally displaced persons. In turn, Dr. Vladimir Vardanyan (Office of the Constitutional Court of the Republic of Armenia) focused on the “Law of The Hague” aspect of the subject and spoke about the regulation of some modern types of weapons under IHL. The presentations left no doubt as to the current significance of the issues in question and resulted in a lively discussion. The module culminated in the distribution of another important publication – the 2nd edition of the Russian translation of Professor Eric David’s *Principes de droit des conflits armés*.

### 5th Module

The fifth module, “International Red Cross and Red Crescent Movement”, was scheduled for the morning of 4 May 2012. In its first part, Dr. Maria Teresa Dutli, ICRC Regional Legal Advisor for Eastern Europe and Central Asia, briefed the participants about the legal outcomes of the 31st International Red Cross and Red Crescent Conference (November 2011), pertaining, *inter alia*, to further strengthen the legal protection accorded to victims of armed conflicts and other situations of violence and to the Healthcare in Danger campaign. Next, Mr. Rustam Atadjanov, Legal Advisor in charge of the Programme for the Implementation of IHL at the ICRC Regional Delegation in Central Asia, shared with the audience an overview of the ICRC’s current work on a draft law on the use and protection of the red crescent and red cross emblems in Kazakhstan (the only Central Asian country where there currently is no such law) as well as on draft laws on the status of the Red Crescent Societies in Turkmenistan and Uzbekistan. Such a law

has already been adopted in Tajikistan, and so strengthening the legal status of the other Central Asian States’ Red Crescent Societies would increase their efficiency as auxiliaries to the public authorities in the humanitarian domain.

As a follow-up to this module, Ms. Irina Denissenko, Coordinator of the Law and Fundamental Principles programme of Kazakhstan’s Red Crescent Society, suggested to establish a working group of voluntary legal advisors to the Society – a proposal that was appreciated by Kazakh lawyers present at the Workshop.

### 6th Module

The final module was devoted to the ICRC’s cooperation with the academic circles in Central Asia and intended to draw the Workshop’s conclusions and to outline a plan of action for a short and mid-term period. Mr. Sergey Sayapin, Responsible for the Programme for the Academic Circles at the ICRC Regional Delegation in Central Asia, summed up various proposals voiced during the Workshop and placed them in a more general context of the ICRC’s Prevention policy, so as to better relate them to current humanitarian priorities (which had been discussed earlier during the Workshop). In conclusion, the participants were invited to fill in questionnaires whereby they, in addition to evaluating individual presentations, indicated their areas of legal expertise and preferred research projects.

### Conclusion

It may be concluded with confidence that the workshop did attain its goals and marked a new stage in the evolution of the ICRC Programme for the Academic Circles in Central Asia. It is hoped that the enthusiasm and competence showed by the participants throughout the workshop would result in a continued fruitful cooperation between the ICRC and experts from Eastern Europe and Central Asia – and, more importantly, in the gradual resolution of the humanitarian issues identified. ■



# „Völkerrecht 2012 – Richterliche Praxis und politische Realität“, 37. Österreichischer Völkerrechtstag vom 17. bis 19. Mai 2012 in Augsburg

Paul Gragl / Heike Montag\*

Vom 17. bis 19. Mai 2012 traf sich der Kreis der österreichischen Völkerrechtler aus Praxis und Wissenschaft zum 37. Österreichischen Völkerrechtstag. Traditionell waren auch Vertreter aus Deutschland sowie diesmal auch ein Vertreter aus der Schweiz unter den Referenten. Aufgrund dieser gefestigten Tradition wurde nicht zum ersten Mal eine deutsche Universitätsstadt zum Austragungsort gewählt. Prof. Dr. Christoph Vedder und sein Team vom Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht sowie Sportrecht (Jean Monnet-Lehrstuhl für Europäisches Recht) der Universität Augsburg luden zum Themenkreis „Richterliche Praxis und politische Realität“ in den Rokoko-Saal der Regierung von Schwaben ein. Der Gastgeber erinnerte in seinem Willkommensgruß an den kürzlich verstorbenen Initiator des Österreichischen Völkerrechtstages, Prof. Dr. Konrad Ginther.

## 1. Arbeitssitzung

In herrschaftlichem und prunkvollem Ambiente eröffnete Prof. Dr. Bruno Simma (University of Michigan in Ann Arbor, ehemaliger Richter am Internationalen Gerichtshof (IGH)) als erster Redner den wissenschaftlichen Teil der Veranstaltung und referierte zu der Frage: „Der Internationale Gerichtshof in neuer Blüte?“. Im Zentrum seines Vortrages stand die Auseinandersetzung mit dem Sammelband „Realizing Utopia: The Future of International Law“, herausgegeben vom kürzlich verstorbenen Prof. Dr. Antonio Cassese. Als langjähriger und renommierter Richter am IGH konnte der Referent den darin vorgeschlagenen Reformen des IGH aus akademischer Sicht mit praktischer Expertise Kontur verleihen sowie diese mit realistischen Einschätzungen untermauern und ergänzen.

Die erste Arbeitssitzung „Völkerrecht aus dem Friedenspalast“ komplementierte Manuel Indlekofer, LL.M. (Chicago-Kent), wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl Prof. Dr. Vedder. Er stellte sein Promotionsthema zum ebenfalls im Friedenspalast in Den Haag untergebrachten, aber weitaus weniger bekannten Ständigen Schiedshof vor. Er zeigte, dass der Schiedshof trotz der Existenz und regen Tätigkeit anderer internationaler Gerichtshöfe durchaus eine Daseinsberechtigung als Streitbeilegungsinstitution zwischen Völkerrechtssubjekten untereinander und mit nichtstaatlichen Akteuren besitzt, was sich

in der für die Zuhörer unerwartet hohen Zahl anhängiger Verfahren widerspiegelt.

## 2. Arbeitssitzung

Die zweite Arbeitssitzung galt dem Aktuellen aus der Völkerrechtspraxis. Im ersten Teil stellte Dr. Philip Spoerri (Directeur du droit international et de la coopération, Internationales Komitee vom Roten Kreuz (IKRK)) die Initiativen des IKRK zur Stärkung des humanitären Völkerrechts vor. Im Fokus seines Vortrages stand die IKRK-interne Studie über die Stärkung des Rechtsschutzes von Opfern bewaffneter Konflikte („Strengthening Legal Protection for Victims of Armed Conflicts“), die insbesondere die folgenden vier Punkte behandelt: rechtliche Fragen zur Inhaftierung von Personen, Durchsetzungs- und Kontrollmechanismen des humanitären Völkerrechts, der Schnittpunkt zwischen humanitärem Völkerrecht und umweltrechtlichen Fragen sowie intern Vertriebene („internally displaced persons“ (IDPs)). Nur die ersten beiden Punkte fanden ausreichend Unterstützung, um in Zukunft weiter verfolgt zu werden.

Im Anschluss daran demonstrierten in einem zweiten Praxisteil Vertreter der Außenministerien Deutschlands, Österreichs und der Schweiz das besondere Merkmal des Österreichischen Völkerrechtstages, und zwar die lebhafteste und produktive Verbindung von Wissenschaft und Praxis. Dr. Guido Hildner (Leiter des Referats Allgemeines Völkerrecht, Auswärtiges Amt) ging neben rechtlichen Fragen zu den Auslandseinsätzen der Bundeswehr auch auf die IGH-Entscheidung zur Reichweite der Staatenimmunität im Verfahren zwischen Deutschland und Italien ein, deren Darstellung aus dem Blickwinkel eines Praktikers von den Zuhörern bereits erwartet wurde. Botschafter Dr. Valentin Zellweger (Direktor für Völkerrecht, Eidgenössisches Department für auswärtige Angelegenheiten) brachte unter anderem das Spannungsfeld zwischen den Instrumenten der schweizerischen direkten Demokratie und dem Völkerrecht nahe, insbesondere jene Fälle, in denen die durch Volksinitiativen geforderten Gesetze gegen bestehendes Völkerrecht verstoßen könnten. Das österreichische Außenministerium, einer der Förderer der Veranstaltung, vertrat Botschafter Dr. Helmut Tichy (Leiter des Völkerrechtsbüros, Bundesministerium für europäische und internationale

Angelegenheiten, BMeiA). Als Teilnehmer an der Brighton-Konferenz zur Reform des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) berichtete er von den Vorschlägen und den tatsächlich vereinbarten Neuerungen zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), zu denen vor allem die Aufnahme des Subsidiaritätsprinzips und des nationalstaatlichen Ermessensspielraumes in die überarbeitete Präambel der EMRK zählen. Gesandter Dr. Andreas Kumin (Leiter der Abteilung Europarecht, BMeiA) und Gesandter MMag. Gregor Schusterschitz (Leiter der Abteilung Allgemeines Völkerrecht, BMeiA) sprachen sowohl über die europarechtlichen als auch die völker- und verfassungsrechtlichen Herausforderungen des EU-Fiskalpaktes und über zu erwartende Probleme, die ein solcher völkerrechtlicher Vertrag zur Regelung der europäischen Währungsunion mit sich bringt. Die zweite Arbeitssitzung schloss MMag. Legationsrätin Ulrike Köhler (Referentin in der Abteilung Allgemeines Völkerrecht, BMeiA) mit Ausführungen zur Gründung einer internationalen Organisation in Wien, dem Internationalen König-Abdullah-Bin-Abdulaziz-Zentrum für Interreligiösen und Interkulturellen Dialog.

## 3. Arbeitssitzung

Die dritte Arbeitssitzung war der Völkerrechtswerkstatt der Fakultäten gewidmet. Prof. Dr. Hans-Peter Folz (Seoul National University School of Law) berichtete über das Ende einer langen Reise und die Folgen des Beitritts der Europäischen Union (EU) zur EMRK. In seinem Vortrag richtete er das Augenmerk auf die wesentlichen Bestimmungen des Beitrittsübereinkommens: zum Beispiel den Mechanismus eines weiteren Verfahrensgegners in Verfahren vor dem EGMR, der sich sowohl gegen die EU als auch gegen einen Mitgliedsstaat

\* Paul Gragl war wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Völkerrecht und Internationale Beziehungen der Karl-Franzens-Universität Graz; Heike Montag ist Doktorandin der Rechtswissenschaft an der juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum. Zum Zeitpunkt des Völkerrechtstages war sie Marie Curie-Stipendiatin (SPBUILD, Sustainable Peace Building Marie Curie Initial Training Network) an der Karl-Franzens-Universität Graz.

richtet; das neu eingeführte Vorabefassungsverfahren des Europäischen Gerichtshofs (EuGH); und schließlich die Besonderheiten des Beitrittsverfahrens, welche von der Doppelnatur der Staaten als EU-Mitgliedstaaten und EMRK-Vertragsparteien herrühren.

Aus Anlass des zehnjährigen Bestehens des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH) hinterfragte Mag. Astrid Reisinger-Cora-

cini (wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Völkerrecht und Internationale Beziehungen, Universität Graz), inwiefern man den Reifeprozess einer neu gegründeten internationalen Organisation bestimmen kann und ob er beim IStGH bereits identifizierbar ist.

Prof. Dr. Vedder schloss die erfolgreiche Veranstaltung mit einem Dankeschön an die Förderer des 37. Österreichischen Völ-

kerrechtstages und erinnerte an die Einladung zur nächstjährigen Veranstaltung, die Prof. Dr. Wolfgang Benedek, Leiter des Instituts für Völkerrecht und Internationale Beziehungen der Universität Graz, aussprach. Der 38. Österreichische Völkerrechtstag soll vom 6. bis 8. Juni 2013 in der Friedensburg in Stadtschlaining im Burgenland stattfinden. ■

## „Private Gewaltakteure als Rechte- und Pflichtenträger“, Expertentagung des Instituts für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht und des Deutschen Instituts für Menschenrechte am 19. Juni 2012 in Berlin

Charlotte Lülff\*

Die Geltung von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht für private Gewaltakteure stellt eine Herausforderung dar. Das internationale öffentliche Recht ist in höchstem Maße staatszentriert und bietet nach traditioneller Auffassung wenig Handhabe gegen nicht-staatliche Akteure – für einen umfassenden und wirksamen Schutz der Zivilbevölkerung ist dies jedoch unerlässlich.

Zur Auseinandersetzung mit dieser Entwicklung wurde am 19. Juni 2012 der Expertenworkshop „Private Gewaltakteure als Rechte- und Pflichtenträger“ vom Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) der Ruhr-Universität Bochum und vom Deutschen Institut für Menschenrechte in Berlin ausgerichtet. Der Erfahrungsaustausch zwischen Akademikern und Praktikern sei entscheidend, um eine Bindung nicht-staatlicher Gruppen näher zu bestimmen, so Prof. Dr. Beate Rudolf vom Deutschen Institut für Menschenrechte. Eine Zielsetzung, der die folgenden Panelvorträge und anschließenden Diskussionen gerecht werden wollten. Die Frage, ob die gegenwärtige Situation nach neuen rechtlichen Regelungen oder anderen Durchsetzungsmechanismen verlangt, sollte ebenfalls Beachtung finden. Hierbei musste im Auge behalten werden, welche Konsequenzen für den politischen und rechtlichen Status dieser Gruppen entstehen können.

### 1. Panel

Prof. Dr. Hans-Joachim Heintze vom IFHV leitete im ersten Panel den völkerrechtlichen Hintergrund des rechtlichen Instituts der „Befreiungsbewegung“ her. Seine Be-

deutung läge in der Vergangenheit und sei heute kaum noch relevant. Befreiungsbewegungen im Völkerrecht seien explizit an den europäisch geprägten Kolonialismus, die Phase der Dekolonialisierung sowie daraus resultierende Veränderungen innerhalb der Vereinten Nationen (VN) gebunden. Seit den 1960er und 1970er Jahren sei die Anerkennung von Befreiungsbewegungen durch die internationale Gemeinschaft eng an die Praxis der Regionalorganisationen geknüpft. Befürworten diese die Anerkennung, folge in der Regel die Anerkennung durch die Vereinten Nationen, wie etwa durch Verleihung des Beobachterstatus.

Im Folgenden wendete er sich der Frage zu, ob eine Berechtigung zum Befreiungskampf aus der Charta der Vereinten Nationen (VNCh) hervorgehe. Die VNCh führe zwar als ein generelles Ziel der Vereinten Nationen die Verwirklichung der Selbstbestimmung der Völker auf, als Rechtsgrundlage für einen bewaffneten Befreiungskampf sei dies jedoch nicht zu interpretieren. Hierfür müsse auf das Völkergewohnheitsrecht und später kodifizierte Rechte verwiesen werden. Die strittige Praxis der VN-Generalversammlung hingegen sei es, in ihren Resolutionen die Kolonialherrschaft als permanente Aggression zu interpretieren, aus der sich ein ständiges Selbstverteidigungsrecht auf Grundlage der Charta ableite. Diese Ansicht würde jedoch von den meisten westlichen Staaten mit Vorbehalt oder entschiedener Ablehnung begegnet.

Für die juristische Diskussion um Befreiungsbewegungen und deren Rechte und Pflichten in der heutigen Zeit, sah Heintze keine Veranlassung. Wie eingangs erwähnt,

sei der Begriff sehr eng auszulegen und auf keine der aktiven privaten Gewaltakteure anzuwenden. Eine Ausnahme sei Palästina, weil das Selbstbestimmungsrecht dieses Volkes und seine Berechtigung zur Schaffung eines eigenen Staates in zahlreichen VN-Resolutionen anerkannt wurden. Die Frage sei nicht, ob sich die Palästinenser einen Staat schaffen können, sondern wie dieses erfolgen solle. Die zweite Ausnahme sei die Westsahara, wo der Entkolonisationsprozess noch unvollendet sei.

Mit seinem Beitrag „Der VN-Sicherheitsrat und private Gewaltakteure“ griff Dr. Wolfgang Heinz vom Deutschen Institut für Menschenrechte das Thema unter einem anderen Blickwinkel auf. Der Sicherheitsrat werde selten als direkter Akteur auf dem Gebiet der Menschenrechte wahrgenommen, da in New York (Sitz des VN-Sicherheitsrats), anders als beispielsweise beim Menschenrechtsrat in Genf, sicherheitspolitische Themen die Tagesordnung dominieren. Nichtsdestotrotz könne man in den letzten Jahren auch hier eine stärkere Auseinandersetzung mit dem Schutz internationaler Menschenrechte beobachten. Heinz analysierte dies anhand der vier prägenden Handlungsformen des Sicherheitsrates: Resolutionen, präsidentielle Statements, Berichte und Pressemitteilungen. Insbesondere in länderspezifischen Resolutionen würden Regierungen und private Gewaltakteure gleichermaßen, und auch private Gewaltakteure im Speziellen, für Verstöße gegen Menschenrechte genannt. In verschiedener Form seien solche Verstöße zu ächten, beispielsweise durch die Verhängung von Sanktionen in Form von Reise-, Waffen-, oder Wirtschaftsembargos.

Als grundlegende Schwierigkeit müsse jedoch die Bindung privater Gewaltakteure

\* Charlotte Lülff, M.A., ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) der Ruhr-Universität Bochum und stellvertretende Chefredakteurin der Zeitschrift „Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften“ (HuV-I).

an staatlich geprägte internationale Menschenrechtsverträge genannt werden; eine Problematik, die sich auch in der Diskussion um die begriffliche Unterscheidung zwischen Menschenrechtsverletzungen und Menschenrechtsverstößen zeige. Als seltene und möglicherweise zukunftsweisende Ausnahme bisheriger Vertragspraxis wurde schließlich das Fakultativprotokoll zur Kinderrechtskonvention angesprochen. Dies wende sich explizit auch nicht-staatlichen Akteuren zu, sei jedoch noch kein bindendes Recht.

In der abschließenden Diskussion zum ersten Panel wurde nochmals eine mögliche Ausweitung des rechtlichen Begriffs der Befreiungsbewegung auf heutige Situationen und Akteure, insbesondere sogenannte „Aufständische“ diskutiert. Auch die Frage nach einer neuen Definition des Begriffs „Kolonialismus“ wurde vom Plenum aufgeworfen. Heutzutage lehnte eine solche Ausweitung jedoch entschieden ab und bekräftigte die Anbindung an koloniale Herrschaftsverhältnisse. Heutzutage Aufstandsbewegungen würden ihre Berechtigung weitestgehend auf andere Rechtsgrundlagen stützen oder stützen können. Das Selbstbestimmungsrecht der Völker bleibe folglich beschränkt auf den Befreiungskampf von kolonialer und ausländischer Herrschaft, sei jedoch auch nicht als ein Recht zur legitimen Gewaltausübung misszuverstehen.

## 2. Panel

Das zweite Panel des Vormittags wurde von Ass. Prof. Dr. Jann Kleffner vom Swedish National Defense College und seinem Beitrag zur Bindung an das humanitäre Völkerrecht eröffnet. Zu Beginn stellte er die begriffliche Unterscheidung von privaten und öffentlichen Gewaltakteuren in den Raum. Proxy Akteure und *de facto*-Regime würden eine solche Trennung erschweren, weswegen eine begriffliche Abgrenzung zwischen staatlichen und nicht-staatlichen Akteuren weitaus sinnvoller sei. Für welche Art von Gruppen könne man nun eine Bindung an das humanitäre Völkerrecht diskutieren? Da es weltweit eine Vielzahl unterschiedlichster privater Gewaltakteure gebe, seien kennzeichnende Kriterien unverzichtbar. Eines sei der Organisationsgrad der Gruppe, der als Kriterium unter anderem durch die Rechtsprechungspraxis der *ad-hoc*-Tribunale herausgebildet wurde.

Generell gelte, dass das humanitäre Völkerrecht auf alle Konfliktparteien, staatliche wie nicht-staatliche, anwendbar sei. Jedoch stelle sich die Frage, wie eine solche Rechtsbindung hergeleitet werden könne. Kleffner erörterte im Folgenden

drei Erklärungsansätze: Zum einen, die Bindung der nicht-staatlichen Akteure über die Bindung der Staaten. Diese könnten kraft ihrer rechtsgebenden Befugnis ihre eigenen Staatsangehörigen binden. Die fehlende Zustimmung der Akteure selbst sei dabei zum einen ein Vorteil, zum anderen aber ein Nachteil, wenn die Gruppe das vom Staat geschlossene Recht nicht als für sich verbindlich akzeptiert. Außerdem könnten Staaten sich auf das Territorialprinzip berufen, um alle Personen im Staatsgebiet zu binden. Dieser Weg wiederum habe den Nachteil, dass die Gruppe nicht als solche, sondern lediglich die einzelnen Mitglieder im jeweiligen Staatsgebiet erfasst würden. Als zweiter Ansatz wurde die faktische Ausübung von regierungsähnlichen Tätigkeiten erwogen. Übernehme ein privater Gewaltakteur staatliche Funktionen, sei er auch an das internationale Vertrags- und Gewohnheitsrecht gebunden. Bedenklich sei dieser Ansatz allerdings in den Fällen, in denen der nicht-staatliche Akteur keinerlei Interesse an der Übernahme regierungsähnlicher Funktionen zeigt oder territoriale Kontrolle ausübt. Als Beispiel seien hier rein profitorientierte Gruppen zu nennen. Der dritte Ansatz diskutierte eine Bindung nicht-staatlicher Akteure als partielle Völkerrechtssubjekte an das Gewohnheitsrecht. Nachteil dieses Erklärungsansatzes sei die fehlende Beteiligung an der Entstehung des Gewohnheitsrechts. Zudem gebe es, insbesondere im Fall des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts, erhebliche Unterschiede zwischen Vertrags- und Gewohnheitsrecht, was beispielsweise Probleme bei der Reziprozität aufwerfe. Ist der nicht-staatliche Akteur nur gewohnheitsrechtlich gebunden, muss sich dann sein staatlicher Gegenspieler dennoch an das gesamte Vertragsrecht halten? Die Begründungsansätze wiesen alle unterschiedliche Vor- und Nachteile auf und könnten daher, so bewertete Kleffner abschließend, nicht restlos überzeugen.

Dr. Stefanie Haumer vom Generalsekretariat des Deutschen Roten Kreuzes (DRK) wendete sich im folgenden Beitrag der praktischen Auseinandersetzung mit nicht-staatlichen Gewaltakteuren zu, die die tägliche Arbeit des DRKs und des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz (IKRK) präge. Als integraler Bestandteil des DRK-Mandates sei dies wesentlicher Teil ihrer Arbeit, bei dem sich die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Akteure praktisch nicht stelle. Die Frage sei vielmehr, wann und in welcher Form der Umgang mit solchen Akteuren ausgestaltet und bestmöglich gehandhabt werden könne. Die Prinzipien der Rotkreuzbewegung, voran Neutralität, hätten dabei Vorrang. Unparteilichkeit und das

Maß der Not würden die Bewegung heute, wie auch zu Beginn ihrer Entstehung in der Schlacht von Solferino, prägen. Die Arbeit mit den hier thematisierten Akteuren konzentriere sich vor allem auf Gefangenenbesuche der Rotkreuzvertreter oder den Sanitätsdienst, während im Rahmen der Verbreitungsarbeit auch beispielsweise Talibankämpfer in Erster Hilfe und humanitären Rechtsgrundlagen ausgebildet würden. In der Arbeit der Bewegung stehe die theoretische Auseinandersetzung mit dem Thema hinter den praktischen Herausforderungen im Feld zurück.

Dr. Robert Frau von der Europa-Universität Viadrina schloss dieses Panel mit seinem Vortrag zur gewohnheitsrechtlichen Bindung an das Völkerrecht. Das Konsensprinzip des Völkerrechts stehe dabei im Mittelpunkt gegenwärtiger Praxis. „Rechtlich gebunden ist nur derjenige, der sich binden möchte.“ Dennoch seien Völkerrechtssubjekte mit ihrer Entstehung bereits an gewisse Regeln gebunden, würden sozusagen in das Völkerrecht hineingeboren; die Frage stelle sich nun, in welchem Umfang dies gelte. Es scheint sicher, dass insbesondere die formellen Regelungen stets gültig seien. Aber auch einige materielle Regelungen, beispielsweise in Form eines „ordre public“ oder universell verbindliche *ius cogens*-Normen, scheinen alle Völkerrechtssubjekte unabhängig von ihrer expliziten Zustimmung zu binden.

Gilt dies nun auch für nicht-staatliche Akteure im humanitären Völkerrecht? Die Staatengemeinschaft hat dies offensichtlich mit Bezug auf bestimmte Regelungen, so etwa für den Bereich des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts angestrebt. Nun stellt sich eine weitere Frage: Wenn dies für bestimmte Regelungen des *ius in bello* gilt, wie steht es dann mit der Bindung dieser Akteure an internationale Menschenrechte? Menschenrechte und das Recht bewaffneter Konflikte seien zwei sich ergänzende Rechtsgebiete mit gegenseitig lückenfüllender Funktion und könnten nicht losgelöst voneinander betrachtet werden.

Traditionell analysiere man, so Frau, rechtliche Bindungen immer aus dem Blickwinkel des Verpflichteten. Internationale Menschenrechte stellen jedoch eine besondere Form internationaler Verträge dar. Schauen man sich nun die vertragsrechtliche Bindung mit Fokus auf die Berechtigten an, könne man auch nicht-staatliche Gewaltakteure ins Auge fassen. Wer sich in der Lage zeigt, Menschenrechtsverstöße zu begehen, der müsse sich im Rahmen einer teleologischen Auslegung der Verträge auch den Verpflichtungen stellen. Wird der Staat mit effektiver Kontrolle über sein Gebiet zur Einhaltung der Menschenrechte verpflicht-

tet, so sei dies auf den nicht-staatlichen, aber staatsähnlichen Gewaltakteur mit vergleichbarer territorialer Kontrolle zu übertragen. Dies entspreche Sinn und Zweck der geltenden Menschenrechtsverträge, denn für das begünstigte Individuum spiele es letztlich keine Rolle, wer die entsprechenden Verstöße oder Verletzungen begeht. Frau verwies an dieser Stelle auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), die eine vergleichbare Argumentation liefere. Entscheidend in diesem Ansatz sei die Beschränkung der Bindung auf nicht-staatliche Akteure, die territoriale Kontrolle und staatsähnliche Funktionen ausüben. Man dürfe nicht vergessen, dass der Staat im Völkerrecht zum einen immer noch Priorität habe, zum anderen die Menschenrechte als Abwehrrechte gegen eben diesen, einen staatlichen Leviathan, konzipiert wurden. Die Bindung anderer privater Gruppen sei mit diesem Ansatz nicht herzuleiten. Die abschließende Paneldiskussion griff erneut die genannten Kriterien zur Bindung nicht-staatlicher Akteure auf. Einzelne seien die Kriterien nicht ausreichend. Al-Qaida zum Beispiel verfolge eine entterritorialisierte Gewaltstrategie, während organisierte Kriminalität oftmals territoriale Bindungen aufweise, jedoch keine staatsähnlichen Funktionen übernehme. Der Ansatz bei der Menschenwürde und den Begünstigten wurde erneut als Ausgangspunkt für die Diskussion um die Bindung nicht-staatlicher Gruppen an internationale Menschenrechte betont.

### 3. Panel

Die Vorträge am Nachmittag eröffnete das IFHV mit Jun.-Prof. Dr. Pierre Thielbörger und seinem Beitrag zur Anerkennung von Antiregierungskräften. Grundsätzlich gelte, dass in von der Staatengemeinschaft anerkannten Staaten die Regierung ebenfalls als legitim anerkannt sei. Problematischer, besonders im Hinblick auf eine völkerrechtswidrige Einmischung in innerstaatliche Angelegenheiten, sei die Situation bei einem erzwungenen oder unrechtmäßigen Regierungswechsel. Die Anerkennung von Antiregierungsgruppen, unter anderem als Vertreter des Volkes oder als zukünftige neue Regierung, wurde im Vortrag im Zusammenhang mit den aktuellen Ereignissen in Libyen und Syrien präsentiert. Gibt es hier rein deklaratorische oder auch konstitutive Effekte einer Anerkennung durch einzelne Staaten oder die internationale Gemeinschaft? Eine frühzeitige Anerkennung von Anti-Regierungsgruppen berge jedenfalls die Gefahr des Missbrauchs und Verstoßes gegen grundlegende Prinzipien der VN-Charta und sollte vermieden werden. Gene-

rell könne man nicht von einem einheitlichen Umgang der Staatengemeinschaft mit Oppositionsgruppen sprechen, so Thielbörger.

Prof. Dr. Joachim Wolf leitete im Folgenden über zu der Abgrenzung von privaten Gewaltakteuren und Terroristen, eine auf den ersten Blick einfache Unterscheidung. Die Diskussion sei bereits erschwert durch fehlende rechtliche Definitionen oder eindeutige Begriffsbestimmungen beider Gruppen. Ein Umstand, so Wolf, der in den Interessenstreitigkeiten und „hidden agendas“ der relevanten staatlichen Akteure begründet sei. Inwiefern bestimmte Gruppen als Terroristen bezeichnet würden, sei in erster Linie politischen Überlegungen geschuldet und entspreche vielfach nicht wissenschaftlichen Erwägungen oder Standards. Die Qualifizierung der nicht-staatlichen Gewaltakteure wiederum habe Auswirkungen auf die Anwendung geltenden Rechts. Es lasse sich in dem Zusammenhang beispielsweise diskutieren, ob der von G. W. Bush ausgerufenen „Global War on Terror“ als eine besondere Form des bewaffneten Konflikts behandelt werden solle. Auch müsse man sich fragen, inwieweit sich die Kategorisierung derzeitiger Krisenherde zwischen nicht-internationalem und internationalem bewaffneten Konflikt bei Beteiligung von Terroristengruppen verändere, die offiziellen Staatsgrenzen keine Beachtung schenken. Den Abschlussvortrag dieses Panels übernahm Dr. Jana Hertwig. Sie untersuchte die Notwendigkeit von gesetzlichen Veränderungen zur Behandlung von posttraumatischen Belastungsstörungen (PTBS) deutscher Soldaten nach Auslandseinsätzen. Hat der deutsche Gesetzgeber ausreichende Vorkehrungen getroffen? Problematisch sei die Versorgungslage insbesondere, wenn sich die PTBS erst nach Ausscheiden der Betroffenen aus dem Wehrdienst zeige, da dann das bundeswehreigene Versorgungssystem nicht länger greife. Das Soldatenversorgungsgesetz reiche dabei nicht mehr aus, um die Versorgung adäquat zu gewährleisten. Neuerungen durch das Einsatzverbesserungsgesetz (EinsatzVG) und das Einsatzweiterverwendungsgesetz (EinsatzWVG), wie etwa die Weiterbeschäftigung und Berechnung von Entschädigungsansprüchen, wurden an dieser Stelle diskutiert.

### 4. Panel

Das letzte Panel der Expertentagung wurde durch Jun.-Prof. Dr. Robin Geiß von der Universität Potsdam eingeleitet, der die besonderen Aspekte von Gewaltakteuren in „failed states“ vorstellte. Die Besonderheit in Räumen fehlender Staatlichkeit, so Geiß,

ergebe sich aus dem Umstand, dass viele der privaten Gewaltakteure nicht gewillt seien, staatsähnliche Aufgaben zu übernehmen. Am Beispiel Somalias zeige sich, dass vielmehr kriminelle und wirtschaftliche Interessen im Vordergrund stünden. Die relevanten bewaffneten nicht-staatlichen Akteure seien zudem kaum vergleichbar, beispielsweise in Hinblick auf ihren Organisationsgrad. Während die Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), die Revolutionären Streitkräfte Kolumbiens, einen hohen inneren Organisationsgrad aufweisen und man deshalb von einer stärkeren Bindungswirkung ausgehen könne, seien andere Gruppen, etwa in Somalia, kaum mehr als ein loser Verbund. Durch das besondere wirtschaftliche und kriminelle Interesse der Akteure sei auch deren Aktionsradius meist nicht auf ein Staatsgebiet beschränkt, sondern transnationaler Natur. Spill-over-Effekte erschwerten dann wiederum die Klassifizierung in die bereits diskutierten Konflikttypen des humanitären Völkerrechts. Der Vortrag widmete sich zum Ende hin möglichen Maßnahmen, um auf diese neuen Situationen zu reagieren. Wie können einzelne Staaten oder die internationale Staatengemeinschaft fehlende Sicherheitsgovernance ausgleichen? Polizeiliche Befugnisse und Individualsanktionen wurden an dieser Stelle tiefgehender erörtert. Die letzten beiden Vorträge der Tagung schlugen erneut den Bogen von der akademischen Diskussion hin zur praktischen Relevanz des Themengebiets. Armin Köhli, Programmbeauftragter der Menschenrechtsorganisation Geneva Call, führte in die Tätigkeit der international arbeitenden Nichtregierungsorganisation ein. Die primäre Zielsetzung der Organisation sei es, nicht-staatliche Gewaltakteure zur Einhaltung des humanitären Völkerrechts und internationaler Menschenrechte zu verpflichten. Die Legitimationsfrage des *ius ad bellum* sei für die Arbeit der Organisation unerheblich, sie agiere vielmehr neutral, transparent und unabhängig im humanitären Einsatz. Als Strategien, die privaten Gewaltakteure zur Einhaltung des Rechts zu bewegen, nannte Köhli unter anderem Ermunterungen, humanitäre bi- oder multilaterale Abkommen, etwa Waffenstillstands- oder Friedensverträge, oder das öffentliche Anprangern von Verstößen („naming and shaming“). Insbesondere der sogenannte „inclusive approach“ wurde oft von Geneva Call betont, die als besonderen Mechanismus die Verpflichtungserklärung („deed of commitment“) einsetzt, einen Vertrag zwischen der Organisation und dem jeweiligen Gewaltakteur. Anreize zu solch einem Vertrag seien die Reputation der Gruppe, die ethnisch-politische Basis,

mögliche Allianzen oder juristische oder politische Legitimität.

Wie wirkt sich die völkerrechtliche Stellung privater Gewaltakteure auf die Praxis des VN-Menschenrechtsschutzes aus? Mit diesem letzten Beitrag schloss Rainer Huhle vom VN-Ausschuss gegen erzwungenes Verschwindenlassen und dem Nürnberger Menschenrechtszentrum die Vorträge. Das Verschwindenlassen stand hier unter dem Blickwinkel direkten oder indi-

rekten staatlichen Handelns und der Staatenverantwortlichkeit. Seine Arbeit im Ausschuss sowie im Field Office des VN-Hochkommissars für Flüchtlinge in Kolumbien ergänzten seine Fragestellungen rund um bestehende rechtsstaatliche Normen, Polizeibefugnisse und der problematischen Umsetzung des bestehenden Regelwerks.

Die Abschlussdiskussion kreiste nochmals um den Anwendungsbereich des huma-

nitären Völkerrechts, das Konfliktgebiet und die Klassifizierung von Konflikten. Insbesondere in Grenzgebieten wie Afghanistan und Pakistan stellte sich die Frage nach einer möglichen Umklassifizierung durch grenzüberschreitende Gewalt. Die Frage, in welchem territorialen Umfang das humanitäre Völkerrecht in diesen neuen Situationen Anwendung finde, wurde erneut kontrovers diskutiert und eine klare Antwort stand auch am Ende des Tages noch aus. ■

## **Robin Geiß / Anna Petrig, Piracy and Armed Robbery at Sea: The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden, Oxford University Press, Oxford 2011, 321 Seiten, € 73,99**

Marie F. Medgy Liburd / Damla Kuvvet\*

Die internationale Staatengemeinschaft beobachtet bereits seit Jahren einen deutlichen Anstieg der Piraterie an der Küste Somalias und im westlichen Indischen Ozean. Der Ursprung dieser Entwicklung liegt vermehrt in den sozioökonomischen Problemen Somalias, welche der umfangreichen internationalen Ausbeutung der umliegenden Fischereigebiete und vor allem dem Zusammenbruch staatlicher Strukturen geschuldet ist. Diese Probleme haben nicht länger nur eine nationale Dimension, denn zunehmend kann von einer globalen Gefahr für die Sicherheit auf See und für internationale Handelswege gesprochen werden.

Das in englischer Sprache verfasste Buch „Piracy and Armed Robbery at Sea: The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden“ von Prof. Dr. Robin Geiß, LL.M. und Anna Petrig, LL.M. bietet einen gelungenen Überblick über die derzeitigen juristischen Herausforderungen bei der Bekämpfung von Piraterie und bewaffneten Überfällen auf See und das ganz besonders im Hinblick auf den spezifischen Kontext von Somalia und den Golf von Aden.

### **1. Teil – Aktuelle Lage**

Geiß und Petrig nähern sich der Problemstellung der Piraterie und den Überfällen auf See in vier Teilen. Der erste Teil des Buches erklärt die aktuellen Bekämpfungsmaßnahmen gegen die Piraterie in Somalia und vor dem Golf von Aden. Obwohl die verschiedenen internationalen maritimen Operationen eine hohe Erfolgsquote bei der Bekämpfung von Piraterie und bewaffne-

ten Überfällen vor der Küste Somalias und dem Golf von Aden haben, bleibt die Zahl der neuen Piraterieüberfälle dennoch hoch. Diese Operationen haben einen kurzfristigen Effekt und keine langandauernde und bleibende Wirkung. Piraterie ist eine zunehmend wichtige Einkommensquelle in der Region und so ist es wahrscheinlich, dass solche Überfälle auch in Zukunft weiterhin vorkommen werden. Gleichsam mag mit der Zeit die Bereitschaft der internationalen Gemeinschaft abnehmen, Marineoperationen im derzeitigen Umfang weiter fortzuführen, da die aktuellen Operationen vor allem hohe Kosten für die teilnehmenden Staaten verursachen.

### **2. Teil – Historische Entwicklung**

Im zweiten Teil des Werkes wird die historische Entwicklung der Gesetzeslage hinsichtlich der Piraterie, bewaffneter Überfälle und anderer Formen der maritimen Gewalt aufgezeigt. Er präsentiert die Kodifizierung der verschiedenen Piraterie-Normen im 20. Jahrhundert. Dazu zählen beispielsweise die Antiterror-Gesetze, die regionalen Instrumente, wie das Zusammenarbeitsübereinkommen im Kampf gegen Piraterie und bewaffnete Überfälle gegen Schiffe in Asien und schließlich der Djibouti Code of Conduct. Im 20. Jahrhundert wurden die Bemühungen zur rechtlichen Würdigung der Piraterie vermehrt von der Überzeugung bestimmt, dass es sich bei der Piraterie eher um ein historisches Phänomen ohne aktuellen Handlungsbedarf handelt und nicht um ein immanentes Problem der modernen Welt. Die Regeln, die ihren Weg in das Seerechtsübereinkommen

(SRÜ) gefunden haben, waren nie Gegenstand intensiver juristischer Auseinandersetzungen. Die meisten Bestimmungen zur Piraterie wurden von vorangegangenen Entwürfen oder älteren Verträgen übernommen; und zwar mit allen Unzulänglichkeiten und Schlupflöchern.

### **3. Teil – Rechtslage**

Die Pirateriebekämpfungsmaßnahmen und ihre rechtlichen Grundlagen werden im dritten Teil ausführlich analysiert. Das erste Kapitel beschreibt dazu zunächst den Umfang der Befugnisse, die durch das SRÜ ausdrücklich gestattet werden. Danach wird die Ausweitung der Befugnisse durch Sicherheitsratsresolutionen beschrieben. Schließlich werden weitere Befugnisse für Bekämpfungsmaßnahmen erläutert, die durch die spezifische Zustimmung Somalias erlangt werden können. Zudem bearbeiten die Autoren in diesem Kapitel den Schwerpunkt des Buches: die Frage nach der allgemeinen Definition und Unterscheidung der Begriffe „Piraterie“ und „bewaffneter Überfall auf See“. Das SRÜ definiert Piraterie ausdrücklich und regelt, wie mit ihr umzugehen ist. In Artikel 101 SRÜ wird Piraterie als rechtswidrige (kriminelle) Gewalttat oder Freiheitsberaubung oder Plünderung zu „privaten Zwecken“ beschrieben. Das unterscheidet die Piraterie auch von Formen des Terrorismus, der staatsgerichtet ist. Doch wie unterscheidet sich nun der Begriff des bewaffneten Überfalls von der Piraterie? Eine klare Definition des bewaffneten Überfalls auf See hat bisher keine Kodifizierung gefunden. Auch Resolutionen des Sicherheitsrates zur Piraterie liefern keine ein-

\* Marie F. Medgy Liburd und Damla Kuvvet sind Studentinnen der Rechtswissenschaft an der Ruhr-Universität Bochum und studentische Mitarbeiterinnen am Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV).

heitliche Definition. Eine völkerrechtliche Normierung der Tatbestandsmerkmale scheint auch künftig schwer realisierbar zu sein, da die Staatengemeinschaft auf ein breites Spektrum von Handlungen, die die Norm sichern müsste, besteht. Die International Maritime Organization (IMO) unternimmt jedoch den Versuch einer Definition wie folgt: „Armed robbery against ships means any unlawful act of violence or detention or any act of depredation, or threat thereof, other than an act of ‘piracy’, directed against a ship or against persons or property on board such ship, within a State’s jurisdiction over such offences.“<sup>1</sup> Mit dieser Festlegung schließt die IMO Gewalttaten und Verbrechen mit ein, die denen der Piraterie gleichen, aber nicht unter die Definition des SRÜ fallen. Die Definition erwähnt das Hoheitsgebiet eines Staates und ist daher ergänzend zum SRÜ zu verstehen, in dem sonst die „Hohe See“ als Gebiet der Pirateriefälle eingrenzend aufgeführt wird.

Die rechtlichen Probleme, die durch die Begleitung von Schiffen durch Sicherheitspersonal entstehen können, und die dazugehörigen Übereinkünfte, werden von den Autoren im zweiten Kapitel des dritten Teils aufgelistet und analysiert.

#### 4. Teil – Strafverfolgung

Der letzte Teil des Buches behandelt die Voraussetzungen der Strafverfolgung von Piraten und bewaffneten Räubern. Dabei wird erstens vorausgesetzt, dass die Strafverfolgung primär die Existenz eines Standards notwendig macht, der das verbotene Verhalten zuvor klar definiert und ausdrücklich unter Strafe stellt. Ob Artikel 101 SRÜ im Fall der Piraterie eine völkerrechtliche Befugnisnorm zur Strafverfolgung darstellt, auf deren Basis ein mutmaßlicher Pirat vor ein einheimisches Gericht gestellt werden darf, oder ob die strafrechtliche Würdigung der Piraterie aus dem innerstaatlichen Recht abgeleitet werden muss,

ist eine kontroverse Frage. Zweitens setzt die Strafverfolgung voraus, dass ein Staat strafrechtliche Rechtsgewalt über das etwaige Vergehen ausübt. Dadurch, dass Piraterie per Definition auf hoher See stattfindet, und vor allem durch das Fehlen staatlicher Strukturen in Somalia, ist auch die Ausübung extraterritorialer Gerichtsbarkeit an dieser Stelle problematisch.

Die Autoren behandeln im zweiten Kapitel des letzten Teils mögliche Schauplätze der Strafverfolgung von Piraterieverdächtigen. Dabei erscheint den Autoren die Schaffung von auf Piraterie spezialisierten Strafkammern in den heimischen Justizsystemen der Regionalstaaten, die bereit und fähig sind, Piraten und Seeräuber zu verfolgen, als praktikabelste Alternative. Sie kommen zu dem Schluss, dass das aktuelle Modell, die Regionalstaaten bei der Strafverfolgung zu unterstützen, wohl die effektivsten Aussichten bei der Bekämpfung der Piraterie haben wird.

Das dritte und letzte Kapitel des vierten Teils befasst sich mit der Überlieferung von Piraterieverdächtigen zum Zwecke der Strafverfolgung in den Bereich einer anderen Gerichtsbarkeit. Konkret erklären die Autoren die Notwendigkeit einer solchen Überlieferung von mutmaßlichen Piraten und beschreiben detailliert den Ablauf. Abgeschlossen wird dieses Kapitel mit dem auf Überführungen zutreffenden gesetzlichen Rahmen. Dabei wird zuerst die Frage beantwortet, ob Artikel 105 SRÜ Überführungen an dritte Staaten erlaubt, sodann werden spezifische Transfervereinbarungen zum Thema Piraterie beleuchtet. Die Autoren fassen schließlich zusammen, dass die derzeitige Praxis, Piraterieverfahren auf extraterritorialem Gebiet zu führen, durchaus zu einer effektiven Eindämmung der Piraterie in der Region beigetragen hat.

#### Bewertung

Das Buch „Piracy and Armed Robbery at Sea: The Legal Framework for Counter-

Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden“ verdeutlicht dem Leser auf eine sehr detailreiche, gründliche und konkrete Art und Weise, wie die aktuelle Rechtslage im Bereich der Piraterie und bewaffneten Überfälle auf See in Somalia und vor dem Golf von Aden ist. Dadurch, dass die Autoren manche der aufgeworfenen Rechtsfragen unbeantwortet lassen, gelingt es ihnen, den Leser für die Rechtslücken in diesem Bereich zu sensibilisieren und Denkanstöße zu geben.

Robin Geiß und Anna Petrig kommen ganz klar zu dem Schluss, dass das SRÜ weder ein internationales Verbrechen definiert, auf welchem die internationale Strafverfolgung fußen könnte, noch dass es im Speziellen dazu gedacht war, Staaten mit entsprechenden Vollmachten auszustatten. Sie heben stets hervor, dass Piraterie inzwischen ein weltweites Phänomen ist und dass eine umfassendere Rechtsetzung, die über den Kontext der Piraterie in Somalia hinausgeht, Auswirkungen auf viele Teile der Welt haben könnte. Die Autoren schlagen daher vor: „what must be done now is to show equal resolve to ensure the long-term success of the fight against piracy and armed robbery at sea in the Gulf of Aden. Therefore this will inevitably require a stronger focus on the situation in Somalia.“<sup>2</sup> Für jeden Seerechtsinteressierten, der eine klare Vorstellung von den aktuellen rechtlichen Herausforderungen im Bereich der Piraterie haben möchte, ist dieses Buch uneingeschränkt zu empfehlen. ■

<sup>1</sup> Vgl. International Maritime Organization, Reports on Acts of Piracy and Armed Robbery Against Ships, Juni 2001, [http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data\\_id=3275&filename=4-colour.pdf](http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=3275&filename=4-colour.pdf) (25. Juli 2012), S. 1.

<sup>2</sup> R. Geiß / A. Petrig, Piracy and Armed Robbery at Sea: The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden, S. 225.

**Christian Johann, Menschenrechte im internationalen bewaffneten Konflikt. Zur Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention und des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte auf Kriegshandlungen, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin 2012, 317 Seiten, € 39**

Kirstin Wolter\*

Christian Johann legt in seiner Dissertation einen besonderen Schwerpunkt auf die Überprüfung der verbreiteten These, dass es sich beim Kriegsvölkerrecht um das im bewaffneten Konflikt anzuwendende *lex specialis* handelt. Dazu beschäftigt er sich in seiner in vier Kapiteln aufgeteilten Arbeit nacheinander mit folgenden Punkten. Zunächst gibt er dem Leser einen Überblick über Unterschiede sowie Gemeinsamkeiten der im Titel genannten Abkommen und dem Kriegsvölkerrecht (Kapitel 1), untersucht sodann die Fortgeltung der Menschenrechtsabkommen während eines bewaffneten Konflikts (Kapitel 2) und die Reichweite ihres Geltungsbereiches (Kapitel 3), bis er schließlich den Fokus auf die Untersuchung des Verhältnisses zwischen den Menschenrechtsabkommen und dem Kriegsvölkerrecht legt (Kapitel 4).

Dabei benutzt er konsequent den Begriff „Kriegsvölkerrecht“ anstelle der heute vielfach gebräuchlicheren Bezeichnung „humanitäres Völkerrecht“. Neben rein sprachlichen Gründen stört er sich auch an der Bedeutung des Wortes „humanitär“ als Benennung für ein Rechtsgebiet, welches sich unter anderem mit der Legalität des Tötens von Menschen beschäftigt.

### 1. Kapitel

Im ersten Kapitel erläutert Johann knapp die Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) und des Kriegsvölkerrechts in seiner vielfältigen Kodifizierung. Dazu benutzt er den geschützten Personenkreis, die geschützten Rechtsgüter und deren Schutzstandard sowie die Durchsetzung der jeweiligen Rechte als Abgrenzungskriterien. Als Fazit hält der Autor dabei fest, dass der Schutzstandard des Kriegsvölkerrechts hinter dem der Menschenrechtsabkommen zurückbleibt.

### 2. Kapitel

Im zweiten Kapitel wirft er die Frage auf, ob im Falle eines internationalen bewaffneten Konflikts die EMRK und der IPbPR möglicherweise automatisch suspendiert sind oder doch fortgelten. In dieser Analyse

kommt er zu dem Ergebnis, dass kein völkerrechtlicher Grundsatz existiert, der zur Folge hat, dass eine Suspendierung erfolgt. Vielmehr ist anhand der Auslegung des jeweiligen Vertrages zu ermitteln, ob ein internationaler bewaffneter Konflikt Auswirkungen auf den Vertrag und seine Anwendung hat. Bezüglich der EMRK und des IPbPR ist dies jedenfalls nicht der Fall, sie gelten fort. Das macht Johann an Artikel 15 EMRK, respektive Artikel 4 IPbPR, fest, da diesen sonst der Anwendungsbereich fehlt.

### 3. Kapitel

Mit der Frage nach dem territorialen Geltungsbereich der beiden Menschenrechtsabkommen beschäftigt sich Johann im dritten Kapitel. Hierzu führt er zunächst hinsichtlich der EMRK aus, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) sich erstmals 2001 in der Bankovic-Entscheidung ausführlich mit der Auslegung des Artikel 1 EMRK beschäftigt hat. Dabei kommt der EGMR zu dem Ergebnis, dass grundsätzlich eine Vermutung gegen die extraterritoriale Geltung der Konvention besteht, welche allerdings widerlegt werden könne. Dazu wurde der Ansatz „authority and control“ entwickelt. Der Autor steht diesem Ansatz dahingehend kritisch gegenüber, dass er der Ansicht ist, es fehle an einer allgemeingültigen Definition des Begriffs der „effektiven Kontrolle“. 2011 hat der EGMR entschieden, dass die Zugehörigkeit eines Gebiets zur territorialen Geltung der EMRK zwar positiv für die Anwendbarkeit der EMRK in diesem Gebiet spreche, nicht aber umgekehrt die Geltung jenseits dieses Raumes ausgeschlossen sei. Neben dem Ansatz der „effektiven Kontrolle“ über ein Gebiet, ist auch eine weitere Konstellation als Ausnahme der Vermutung gegen die extraterritoriale Geltung der EMRK anerkannt, nämlich wenn sich eine Person unmittelbar in der physischen Gewalt der Organe eines Vertragsstaats befindet. In der Bankovic-Entscheidung hat der EGMR aber auch die Grenzen der Ausübung von Jurisdiktion im Sinne des Artikel 1 EMRK in extraterritorialen Gebieten festgelegt. Diese liege darin, dass allein die Beeinträchtigung einer Person durch eine Handlung, die einer Vertragspartei der Konvention zuzurechnen

sei („Ursache und Wirkung“), nicht ausreiche, um die Jurisdiktion des handelnden Staates im Sinne des Artikel 1 EMRK anzunehmen. In den folgenden Jahren hat der EGMR diese in der Bankovic-Entscheidung festgestellten Grundsätze jedoch selbst aufgeweicht.

Aus den zuvor gemachten Darlegungen schlussfolgert Johann anhand verschiedener Kriterien, dass eine enge Auslegung von Artikel 1 EMRK, nach der die Vermutung gegen die extraterritoriale Geltung der Konvention gilt und ein allein auf Ursache und Wirkung beruhender „jurisdictional link“ ihren Geltungsbereich nicht eröffnen kann, nicht erforderlich ist. Bezogen auf den territorialen Geltungsbereich des IPbPR resultiert eine wörtliche Auslegung des Artikel 1 IPbPR zwangsläufig in der Annahme, dass Jurisdiktion und Gebiet als Anwendungsvoraussetzungen kumulativ vorliegen müssen. Das führt dazu, dass eine Geltung des Paktes außerhalb des Territoriums der Vertragsstaaten ausgeschlossen ist. Der Menschenrechtsausschuss als Organ des Paktes hat allerdings auch Ausnahmen hierzu angenommen. So hat er bereits 1981 auch Handlungen der Organe eines Vertragsstaates, welche außerhalb des eigenen Staatsgebietes vorgenommen werden, in den Geltungsbereich des Paktes fallen lassen. Die Mehrzahl der Vertragsstaaten hat sich dieser Auffassung des Menschenrechtsausschusses in der Praxis angeschlossen. Zusammenfassend hält Johann fest, dass sowohl die EMRK als auch der IPbPR grundsätzlich auf extraterritoriale Handlungen der Organe ihrer Vertragsstaaten anwendbar sind. Beiden Abkommen ist zudem gemein, dass das Erfordernis der Jurisdiktion jedenfalls dann erfüllt ist, wenn ein Vertragsstaat „effektive Kontrolle“ über ein Gebiet innehat, oder sich eine Person in seiner unmittelbaren Gewalt befindet. Folglich steht der Anwendung dieser Verträge im internationalen bewaffneten Konflikt grundsätzlich nichts entgegen.

### 4. Kapitel

Den Schwerpunkt setzt der Autor im vierten Kapitel des Werkes mit der Überschrift

\* Kirstin Wolter ist Rechtsreferendarin am Landgericht Bochum.

„Verhältnis zwischen Menschenrechtsabkommen und Kriegsvölkerrecht: Das Kriegsvölkerrecht als *lex specialis*?“. Hier wirft Johann die Frage der Anwendbarkeit der in den Verträgen geschützten Rechtsgüter in einem internationalen bewaffneten Konflikt auf. Um dies zu beantworten, beschäftigt er sich zunächst mit dem Verhältnis zwischen Menschenrechtsabkommen und Kriegsvölkerrecht. Zwar wird, so Johann, wohl weitgehend vertreten, dass das Kriegsvölkerrecht gegenüber den Menschenrechten bei Kriegshandlungen *lex specialis* ist. Allerdings ist fraglich, wie der *lex specialis*-Grundsatz gedeutet werden muss. So könne das Kriegsvölkerrecht einerseits als „self contained regime“ zu verstehen sein, in dem Rechtsbrüche nur mit den im System vorgesehenen Regeln geahndet werden können. Andererseits könnte die *lex specialis*-Regel auch lediglich zur Klärung der Hierarchie einzelner Normen herangezogen werden. Die Einordnung wiederum ist davon abhängig, ob das Kriegsvölkerrecht ein geschlossenes Regelungssystem ist. Der Autor konkludiert, dass prinzipiell nicht von einem „self contained regime“ auszugehen ist, sondern das Kriegsvölkerrecht grundsätzlich offen für die Anwendung der Menschenrechte ist. Begründend hierfür zieht Johann zum einen Artikel 72 des Ersten Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen (ZP I) und Artikel 75 ZP I heran, die ihrem Wortlaut nach eine Anwendung anderer als der im ZP I genannten menschenrechtlichen Normen

vorsehen. Andererseits bezieht er sich auf die Martens'sche Klausel, die die Fortgeltung Völkergewohnheitsrechts ungeachtet des kodifizierten Kriegsvölkerrechts fest schreibt. Aber auch die völkerrechtliche Praxis bestätigt diese Fortgeltung. Johann fragt sich weiterhin, ob die *lex specialis*-Regel als Konfliktlösungs- oder Auslegungsregel heranzuziehen ist. Johanns zentrale Aussage bezüglich der Anwendung des *lex specialis*-Satzes als Konfliktlösungsregel ist dabei, dass hierfür wenig Raum besteht. Wenn man von dem Vorliegen eines Normenkonflikts im Einzelfall ausgeht, stehen der Anwendung des *lex specialis*-Satzes als Konfliktlösungsregel dennoch weitere Hindernisse gegenüber. Zu nennen sind da einerseits die Derogationsklauseln der Menschenrechtsabkommen, andererseits die Frage der möglichen faktischen Drittwirkung des *lex specialis*-Satzes. Sodann beschäftigt sich Johann mit der Auslegung der Menschenrechte im Lichte des Kriegsvölkerrechts. Sowohl bezüglich der Auslegung bei vergleichbaren Schutzstandards als auch bei „Schweigen“ des Kriegsvölkerrechts ergeben sich keinerlei Probleme. Grenzen treten aber im Hinblick auf die Auslegung einzelner Rechtsgüter auf. So zeigt sich insbesondere im Fall der in einem internationalen bewaffneten Konflikt typischerweise betroffenen Rechtsgüter „Leben“, „Freiheit“ und „Sicherheit“ sowie „Eigentum“, dass eine Harmonisierung mit dem Kriegsvölkerrecht nur eingeschränkt möglich ist. Johann

kommt nach der Überprüfung dieser Rechte auf eine mögliche Auslegung im Lichte des Kriegsvölkerrechts zu dem wenig überraschenden Schluss, dass eine solche Auslegung besonders im Falle des Rechts auf Leben oder des Rechts auf Freiheit und Sicherheit (Artikel 5 Absatz 1 EMRK) schwerlich möglich ist.

Im Anschluss beschäftigt sich Johann mit der Frage, ob eine Harmonisierung mithilfe der Derogationsklauseln der Menschenrechtsabkommen möglich wäre. Diesbezüglich folgert er, dass grundsätzlich zwar eine Harmonisierung möglich ist. Allerdings trifft dies in der Praxis nur in dem Rahmen zu, welche die an das Bestehen einer Derogationsklausel gestellten Anforderungen zulassen. Der Autor plädiert schließlich für die Anwendung der in den Menschenrechtsabkommen enthaltenen Derogationsklauseln in jenen Fällen, in denen eine Harmonisierung im Rahmen der Auslegung nicht erreicht werden kann.

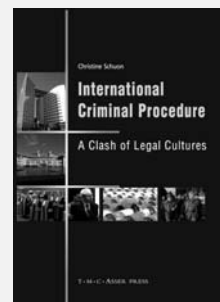
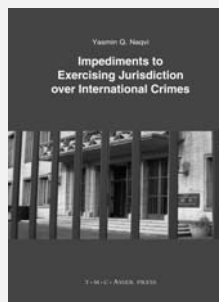
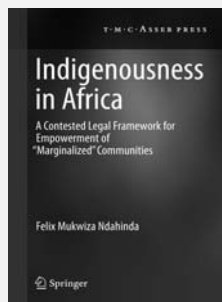
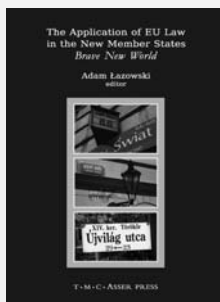
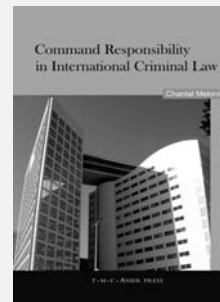
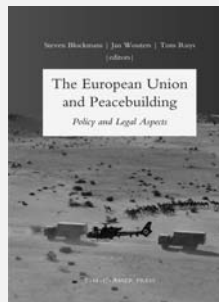
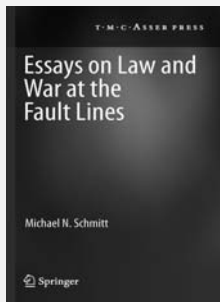
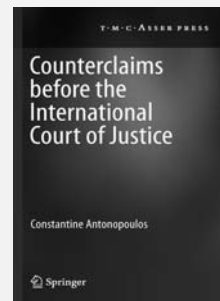
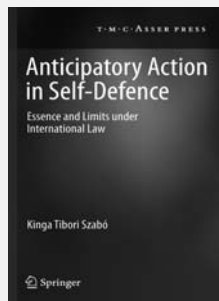
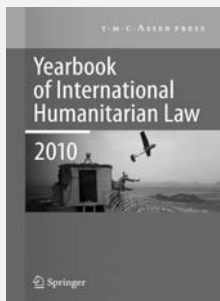
Christian Johann beschäftigt sich in seiner Dissertation vor allem mit den Grundlagen und der Rechtslage zur Anwendbarkeit der EMRK und des IPbPR auf Kriegshandlungen. Er führt den Leser zunächst gut verständlich in das Thema selbst und die bestehenden Problematiken ein. Auch seine Schlussfolgerungen und Argumentationen sind eingängig formuliert und ohne Weiteres nachvollziehbar. Insgesamt ist dieses Werk geeignet, sich einen guten Überblick über das Thema zu verschaffen. ■



## Springer and T.M.C. Asser Press sign exclusive agreement on law book program

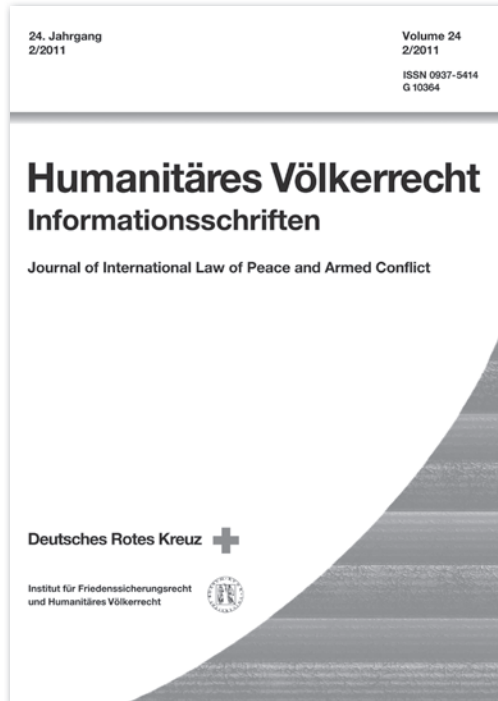
We are delighted to announce that Springer has become the exclusive distributor of T.M.C. Asser Press law books.

Visit [springer.com/tmcasserpress](http://springer.com/tmcasserpress) for more information.



**Easy Ways to Order for the Americas** ► **Write:** Springer Order Department, PO Box 2485, Secaucus, NJ 07096-2485, USA  
 ► **Call: (toll free)** 1-800-SPRINGER ► **Fax:** 1-201-348-4505 ► **Email:** [orders-ny@springer.com](mailto:orders-ny@springer.com) or **for outside the Americas**  
 ► **Write:** Springer Customer Service Center GmbH, Haberstrasse 7, 69126 Heidelberg, Germany ► **Call:** +49 (0) 6221-345-4301  
 ► **Fax:** +49 (0) 6221-345-4229 ► **Email:** [orders-hd-individuals@springer.com](mailto:orders-hd-individuals@springer.com) ► Prices are subject to change without notice.  
 All prices are net prices.

# Humanitäres Völkerrecht



## Informationsschriften (HuV-I)/ Journal of International Law of Peace and Armed Conflict (JILPAC)

The journal is unique among German publications, but its effects reach much further due to the fact that it also features articles in English. Thus, it was recognised in projects of the United Nations (UN) and the International Committee of the Red Cross (ICRC), as well as in publications in Germany, Austria and Switzerland. The content of the journal mainly consists of scientific essays on the implementation of international humanitarian law, human rights and peace-keeping law. It is addressed to lawyers, people interested in the political scene and members of humanitarian organisations. The board of editors is composed of the following members: Prof. Dr. Hans-Joachim Heintze and Dr. Jana Hertwig, LL.M. as well as Prof. Dr. Robin Geiß, LL.M. (NYU), Ass. Prof. Dr. Robert Heinsch, LL.M., Ass. Prof. Dr. Jann K. Kleffner, LL.M., Prof. Dr. Math Noortmann, LL.M., MSc and Dr. Heike Spieker.

One of the aims of the journal is to combine academic examination and practical usefulness for the dissemination of international humanitarian law. Every issue focuses on recent debates in international humanitarian law, case studies and case law, as well as the dissemination work of the German Red Cross. Further contributions are reviews of conferences and new books.

It is published quarterly by the National Headquarters of the German Red Cross and the Institute for International Law of Peace and Armed Conflict (IFHV). About 600 exemplars are printed each time. It was founded in 1988.

### Main topics were and are:

- Codification and implementation of IHL
- Relationship between IHL and Human Rights Law
- the development of international criminal justice
- September 11th and its effects
- International peacekeeping and enforcement
- Humanitarian crisis and international response

### Institute for International Law of Peace and Armed Conflict



Editorial office:

Prof. Dr. Hans-Joachim Heintze  
Dr. Jana Hertwig, LL.M.  
Prof. Dr. Robin Geiß, LL.M. (NYU)  
Ass. Prof. Dr. Robert Heinsch, LL.M.  
Ass. Prof. Dr. Jann K. Kleffner, LL.M.  
Prof. Dr. Math Noortmann, LL.M., MSc  
Dr. Heike Spieker  
E-mail: [lfhv-publications@rub.de](mailto:lfhv-publications@rub.de)  
Phone: (0234) 3228259  
Fax: (0234) 3214208

### annual subscription:

national  
**35,- EUR\***

abroad  
**44,50 EUR\***

Subscription-service and publishing company:

DRK-Service GmbH  
Berliner Straße 83  
13189 Berlin  
E-mail: [verlag@drkservice.de](mailto:verlag@drkservice.de)  
Phone: (030) 868778-410  
Fax: (030) 868778-419

\* The prices include the mailing expenses and value added tax (VAT). The subscription will be valid for one year.  
It will be extended automatically but can be canceled by letter three months before the one year term ends.



**Neuerscheinung im August 2012**

Nils Melzer

# **Unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten**

**Anleitung des IKRK zur  
Interpretation des Begriffs nach  
dem humanitären Völkerrecht**

Synoptische Gegenüberstellung



**Academia**

Für weitere Informationen s. <http://www.academia-verlag.de/titel/69578.htm>