

INTERNATIONAL LAW ISSUES RAISED BY THE TRANSFER OF DETAINEES BY CANADIAN FORCES IN AFGHANISTAN

*Marco Sassòli and Marie-Louise Tougas**

The transfer of Afghan detainees to Afghan authorities by Canadian forces raised concerns in public opinion, in Parliament, and was the object of court proceedings and other enquiries in Canada. This article aims to explore the rules of international law applicable to such transfers. The most relevant rule of international humanitarian law (IHL) applies to prisoners of war in international armed conflicts. However, the conflict in Afghanistan, it is argued, is not of an international character. The relevant provision could nevertheless apply based upon agreements between Canada and Afghanistan and upon unilateral declarations by Canada. In addition, international human rights law (IHRL) and the very extensive jurisprudence of its mechanisms of implementation on the obligations of a state transferring a person to the custody of another state where that person is likely to be tortured or treated inhumanely will be discussed, including the standard of care to be applied when there is an alleged risk of torture. While IHL contains the rules specifically designed for armed conflicts, IHRL may in this respect also clarify as *lex specialis* the interpretation of concepts of IHL. Finally, the conduct of Canadian leaders and members of the Canadian forces is governed by international criminal law (ICL). This article thus demonstrates how IHL, IHRL, and ICL are intimately interrelated in contemporary armed conflicts and how the jurisprudence of human rights bodies and of international criminal tribunals informs the understanding of IHL rules.

Le transfert des détenus afghans par les forces canadiennes aux autorités afghanes a été l'objet de préoccupations, au sein de l'opinion publique et du Parlement, et a mené à certaines procédures judiciaires et enquêtes au Canada. Cet article explore les règles du droit international qui s'appliquent particulièrement à de tels transferts. Les règles du droit international humanitaire (DIH) les plus pertinentes sont celles relatives aux prisonniers de guerre et applicables dans les conflits armés internationaux. Cependant, on peut estimer que le conflit en Afghanistan n'est pas de caractère international. Néanmoins, ces règles pourraient s'appliquer dans ces circonstances, puisque le Canada a signé un accord avec l'Afghanistan et à fait certaines déclarations unilatérales. De surcroît, cet article présente le droit international des droits de l'homme (DIDH) et la jurisprudence portant sur l'obligation d'un État d'agir avec la diligence nécessaire lorsqu'il transfère la charge d'une personne à un autre État où il existe un risque réel de torture ou de traitement inhumain. Bien que le DIH contiennent les règles applicables aux conflits armés, le DIH pourrait, en tant que *lex specialis*, guider l'interprétation des concepts du DIH. Finalement, la conduite des dirigeants canadiens et des membres des forces canadiennes est régie par le droit pénal international (DPI). Par conséquent, cet article démontre l'interrelation intime entre le DIH, le DIDH et le DPI en ce qui a trait aux conflits armés contemporains et à la façon dont la jurisprudence des organismes de droits de l'homme et les tribunaux pénaux internationaux contribuent à notre compréhension des règles de DIH.

* Marco Sassòli is director of the Department of international law and international organization at the University of Geneva, Switzerland, and associate professor at the University of Quebec at Montreal and at Laval University. This article is based upon a paper the author wrote and an expert testimony he delivered for the Military Police Complaints Commission. However, it only reflects the opinions of the authors. The authors would like to thank Ms Daniela Gavshon, LL.M., Honiara, Solomon Islands, for having revised this text. Marie-Louise Tougas is a member of the Quebec Bar and holds a LL.D. from Laval University. She would like to thank the Fonds québécois de recherche sur la société et la culture for its financial support.