



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

ISAF operaties in Afghanistan: oorlogsrecht, doelbestrijding in counterinsurgency, ROE, mensenrechten & ius ad bellum

Ducheine, P.A.L.; Pouw, E.H.

Publication date

2010

Document Version

Final published version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Ducheine, P. A. L., & Pouw, E. H. (2010). *ISAF operaties in Afghanistan: oorlogsrecht, doelbestrijding in counterinsurgency, ROE, mensenrechten & ius ad bellum*. Wolf Legal Publishers.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

ISAF Operaties in Afghanistan



*oorlogsrecht,
doelbestrijding in counterinsurgency
ROE, mensenrechten & ius ad bellum*

Paul Ducheine
Eric Pouw



**ISAF Operaties in Afghanistan:
oorlogsrecht,
doelbestrijding in counterinsurgency,
ROE, mensenrechten & ius ad bellum**



ISAF Operaties in Afghanistan:

oorlogsrecht, doelbestrijding in counterinsurgency, ROE, mensenrechten & ius ad bellum
P.A.L. Ducheine & E.H. Pouw

ISBN: 978-90-5850-527-9
NUR code: 689, 828

©2010 tekst P.A.L. Ducheine & E.H. Pouw

Vormgeving tekst: Paul Ducheine & Joost Vermeulen

Omslag ontwerp: Paul Ducheine

Foto: Met toestemming overgenomen van: Australian Defence Force, 'Australian and Dutch soldiers conduct patrols in preparation to hand over the Patrol Base Qudus which was build by the Reconstruction Task Force in Baluchi', Afghanistan (1 August 2008)
<www.defence.gov.au/opEx/global/opslipper/images/gallery/2008/1002/20080731adf8239682_209.jpg>

Uitgever:  Wolf Legal Publishers
Postbus 31051
6503 CB Nijmegen
www.wolflegalpublishers.nl

Voor het opnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere complicatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Deze publicatie is gebaseerd op twee researchpapers binnen het Researchproject *Operaties in Afghanistan (ISAF)* van de cluster Krijgswetenschappen, Nederlandse Defensie Academie, Faculteit Militaire Wetenschappen (NLDA/FMW).

De meningen en opvattingen die in deze publicatie worden uitgesproken zijn en blijven voor de verantwoordelijkheid van de desbetreffende auteurs. Zij geven niet noodzakelijk de mening van de Minister van Defensie weer.

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave.....	iii
Voorwoord	vii
Hoofdstuk 1 Inleiding	1
1.1. Duidelijkheid over rechtsbases en rechtsregimes	1
1.2. ISAF en de gewapende opstand in Afghanistan	2
1.3. Gevolgen voor ISAF en de Nederlandse krijgsmacht	3
1.4. Onderzoeksvraag en doel	5
1.5. Opbouw	5
1.6. Afbakening.....	6
Hoofdstuk 2 Rechtsbases.....	9
2.1. Inleiding.....	9
2.2. Rechtsbases voor extraterritoriale militaire operaties.....	9
2.3. Hoofregel ‘ius ad bellum’: Geweldverbod.....	9
2.4. Uitzondering 1: Toestemming gastland (‘consent’).....	10
2.5. Uitzondering 2: Autorisatie VN-Veiligheidsraad.....	11
2.6. Subconclusie rechtsbasis	13
Hoofdstuk 3 Rechtsregime: Mensenrechten	15
3.1. Rechtsregimes: Mensenrechten	15
3.2. Vooraf: De schaduw van de ‘Saramati-doctrine’	15
3.3. Inleiding: Mensenrechten en jurisdictie	16
3.4. Drempel: Jurisdictie.....	17
3.4.1. Territoriale en extraterritoriale jurisdictie.....	18
3.4.2. ‘State Agent Authority’ (SAA)	19
3.4.2.1. Detentie	20
3.4.2.2. Aanhouding	22
3.4.2.3. Directe militaire actie.....	23
3.4.2.4. Ratio SAA	25
3.4.3. ‘Effective Control of an Area’ (ECA)	26
3.5. Saramati opnieuw bezien: ISAF versus KFOR?.....	27
3.6. Subconclusie drempel.....	30
3.7. Regime	30
3.7.1. Recht op leven	31
3.7.2. Gewoonterecht en beleidsmatige toepassing	32
3.7.3. Mensenrechten tijdens gewapend conflict.....	33
3.8. Conclusie mensenrechten.....	34
Hoofdstuk 4 Rechtsregime: ROE	37
4.1. Inleiding.....	37

4.2. ‘Rules of Engagement’ (ROE)	37
4.3. ROE en Oorlogsrecht	39
4.4. HOR beleidsmatig toepassen (‘de facto’)	41
4.4.1. Aanleiding.....	41
4.4.2. Ratio.....	43
4.4.3. Consequenties.....	44
4.5. Subconclusie ROE en beleidsmatig toepassen HOR (‘de facto’)	44
Hoofdstuk 5 Rechtsregime: oorlogsrecht	45
5.1. Inleiding: HOR formeel van toepassing (‘de jure’)	45
5.2. Drempel: Gewapend conflict	47
5.2.1. Intensiteit van geweld.....	48
5.2.2. Organisatie.....	50
5.3. Gewapend conflict in Afghanistan?	51
5.3.1. Gewapende opstand.....	51
5.3.2. GIROA en ISAF.....	53
5.3.3. OMF.....	54
5.3.4. Geweld en intensiteit vijandelijkheden.....	55
5.3.5. Organisatie OMF.....	58
5.4. Een gewapend conflict dus?	62
5.5. Tijdelijk en plaatselijk gewapend conflict?	63
5.6. Regime	64
5.6.1. Type gewapend conflict.....	65
5.6.2. Deelregime.....	69
5.6.3. GA 3.....	69
5.6.4. Gewoonterecht.....	71
5.6.5. Subconclusie oorlogsrechtelijke regime.....	73
5.7. Subconclusie oorlogsrecht	74
Hoofdstuk 6 Oorlogsrecht in doelbestrijding tijdens een ‘counterinsurgency’	75
6.1. Inleiding	75
6.2. Afbakening: COIN, doelbestrijding (‘targeting’) en HOR	77
6.2.1. COIN.....	78
6.2.2. Doelbestrijding (‘targeting’).....	84
6.2.3. HOR.....	85
6.3. Inleiding tot de drie thema’s	86
6.4. Thema 1: Onderscheid	88
6.4.1. Introductie.....	88
6.4.2. Onderscheid naar persoon in een NIGC.....	89
6.4.2.1. Lidmaatschap van een georganiseerde gewapende groep.....	91
6.4.2.2. Burgers die rechtstreeks deelnemen aan vijandelijkheden.....	93
6.4.2.3. De constitutieve elementen van RDAV.....	94
6.4.2.3.1. Voorwaarde 1: Schade-drempel.....	95
6.4.2.3.2. Voorwaarde 2: Rechtstreeks causaal verband.....	95
6.4.2.3.3. Voorwaarde 3: Direct verband met de vijandelijkheden.....	96
6.4.2.4. Begin en einde van RDAV.....	97
6.4.2.5. Subconclusie personen.....	99
6.4.3. Onderscheid naar object.....	100
6.4.3.1. Een militair doel.....	100
6.4.3.2. Voorwaarde 1: Daadwerkelijk bijdrage tot de krijgsv verrichtingen.....	101

6.4.3.3. Voorwaarde 2: Duidelijk militair voordeel.....	103
6.4.3.4. Subconclusie onderscheid naar object.....	104
6.4.4. Onderscheid en COIN.....	104
6.4.4.1. De ‘onderscheid in COIN’-paradox.....	104
6.4.4.2. Statusbeoordeling personen.....	106
6.4.4.3. Opstandelingen en het gebruik van objecten.....	108
6.4.5. Interim-conclusie Thema 1.....	109
6.5. Thema 2: Proportionaliteit.....	110
6.5.1. Introductie.....	110
6.5.2. Belangenafweging.....	111
6.5.3. Hoe wordt de belangenafweging bepaald?.....	112
6.5.3.1. “Verwacht” bijkomend verlies en “verwacht militair voordeel”.....	112
6.5.3.2. “Bijkomend verlies van mensenlevens onder de burgerbevolking [...]”.....	114
6.5.3.3. “Tastbaar en rechtstreeks militair voordeel”.....	114
6.5.3.4. Test: Buitensporig.....	115
6.5.4. Proportionaliteit en COIN.....	115
6.5.4.1. Militair voordeel in COIN.....	115
6.5.4.2. Bijkomende schade in COIN.....	117
6.5.4.3. Proportionaliteit in COIN.....	118
6.5.5. Interim-conclusie Thema 2.....	118
6.6. Thema 3: Voorzorgsmaatregelen.....	119
6.6.1. Introductie.....	120
6.6.2. Wie moeten voorzorgsmaatregelen nemen?.....	120
6.6.3. Tot welke voorzorgsmaatregelen verplicht artikel 57 AP I?.....	121
6.6.4. Sleutelbegrip: “Praktisch uitvoerbaar”.....	122
6.6.5. Verplichting: Keuze in methoden en middelen.....	123
6.6.6. Voorzorgsmaatregelen en COIN.....	124
6.6.6.1. Discretionaire bevoegdheid in COIN.....	125
6.6.6.2. Procedures, methoden en processen.....	125
6.6.6.3. Nieuwe technologieën.....	126
6.6.7. Interim-conclusie Thema 3.....	127
6.7. Subconclusies ‘targeting’ in doelbestrijding.....	128
Hoofdstuk 7 Conclusies.....	133
Lijst van afkortingen.....	137
Literatuuroverzicht.....	139
Jurisprudentieoverzicht.....	151
Biografie auteurs.....	155

Voorwoord

Deze publicatie gaat over militair recht tijdens de missie van ISAF in Afghanistan. De oorsprong van de publicatie ligt niet alleen in onze persoonlijke en professionele betrokkenheid bij deze missie, maar vooral ook in het feit dat wij beiden deel uitmaakten van het interdisciplinaire Researchproject ‘Operaties in Afghanistan (ISAF)’ binnen de cluster Krijgswetenschappen van de Faculteit Militaire Wetenschappen van de NLDA.

Voor dit project volgden we een inmiddels beproefd stramien: belicht een militaire operatie vanuit militair juridisch perspectief via de thema’s rechtsbasis en rechtsregimes.¹ Deze tweedeling correspondeert met de volkenrechtelijke scheiding tussen *ius ad bellum* en *ius in bello*. Deze tweedeling schiet overigens tekort om alle militair-rechtelijke thema’s te belichten. Dat was ook niet onze insteek.

Als onderdeel van het project produceerden we twee afzonderlijke researchpapers: *Operaties in Afghanistan: Rechtsbases & Rechtsregimes* (NLDA researchpaper nr. 91) en *ISAF en de rol van het humanitair oorlogsrecht in doelbestrijding tijdens een ‘counterinsurgency’* (NLDA researchpaper nr. 98). In het eerste paper volgden we de twee thema’s in algemene zin. In de tweede concentreerden we ons op ‘targeting’ (doelbestrijding) tijdens de ISAF missie, met het oorlogsrecht als toepasselijke rechtsregime.

Het oorlogsrecht bleek op zichzelf een brisante en vertragende kwestie. Dit leidde tot een separaat artikel in het Militair Rechtelijk Tijdschrift (2009-6): *ISAF en oorlogsrecht: ‘Door het juiste te doen, vreest gij niemand’*.

Het oorlogsrecht is uiterst relevant omdat het conflict tussen de Afgaanse overheid en ISAF enerzijds en *Opposing Militant Forces* (OMF) anderzijds als een (niet-internationaal) gewapend conflict moet worden gekwalificeerd. Deze conclusie wordt in het binnenlandse publieke domein niet breed uitgesproken. Het is overigens markant dat de Duitse minister van Buitenlandse zaken, Dr. Guido Westerwelle, dit onomwonden in de Duitse *Bundestag* heeft verklaard.²

Hoewel een gebundelde bijdrage ongetwijfeld tot doublures kan leiden, is het onze overtuiging dat we hiermee een aantal doelen dienen. Op de eerste plaats willen we het functionele rechtsgebied van het militair recht breder kunnen bedienen. Op de tweede plaats omdat de Nederlandse inspanning in Afghanistan waarschijnlijk grotendeels ten einde loopt en waardevolle inzichten op deze manier kunnen worden vastgelegd. Ten derde omdat de twee centrale thema’s én ‘targeting’ bij iedere andere nieuwe missie weer opnieuw bezien zullen moeten worden in het licht van de context van dat moment. Wij hopen dat de analyses die we hier verzameld hebben bij die nieuwe missies een handvat kunnen bieden.

¹ Zie bijvoorbeeld: P.A.L. Duchaine & E.H. Pouw, *Operatie Change of Direction: Rechtsbases en rechtsregimes*, NLDA Researchpaper nr. 84, Zwolle: PlantijnCasparie 2009.

² DEU Bundesregierung (2010).

Dit boek zou niet tot stand zijn gekomen als we niet de steun van derden hadden gekregen. We zijn Arco Solkesz, Charlie Engels, mrs. Jeroen van den Boogaard, Rogier Bruin, Jan de Bruijn, Bas van Hoek, Rogier Bartels en Gert Walgemoed, alsmede profs. Nico Keijzer en Terry Gill erkentelijk voor hun opmerkingen, bijdragen en suggesties. De layout waaraan Joost Vermeulen twee jaar terug zoveel aandacht heeft besteed, kwam goed van pas. De geduldige en onverstoorbare Rene van der Wolf bood alle ruimte voor ons eigen tempo.

Tien jaar na de start van onze samenwerking bij de sectie Juridische Zaken van 1 Divisie ‘7 December’ werken wij weer samen aan militair recht. Dat is een voorrecht! Net als toen is het ons streven om de regels die militaire inzet omgeven zo duidelijk mogelijk weer te geven. Die boodschap is meestal welkom. Maar ook als dat niet het geval is, dan nog is dat de boodschap. De Duitse Minister van Buitenlandse Zaken heeft dit zeer recent de *Bundestag* voorgehouden: “Ob uns das politisch gefällt oder nicht, so ist die Lage. Ob wir es so nennen oder nicht, so ist die Lage. Die Lage beim Namen zu nennen, sind wir all denen schuldig, die sich vor Ort den Gefahren aussetzen.”³ Een andere handelswijze leidt (uiteindelijk) tot ‘collateral damage’ in eigen gelederen.

Paul Ducheine
Eric Pouw
Doorn, mei 2010

³ DEU Bundesregierung (2010).

Hoofdstuk 1 Inleiding

*‘Goed gesproken, ridder’, zei de nar. ‘Als u maar onthoudt dat u, als u tegen het kwaad vecht, zelf nog niet goed bent! Goed en kwaad zijn elkanders vijanden, maar ze kunnen dicht bij elkaar liggen’.*⁴

1.1. Duidelijkheid over rechtsbases en rechtsregimes

Zoals het citaat uit het (kinder)boek ‘De brief aan de koning’ op heldere wijze aangeeft, bestaat er een dunne grens tussen goed en kwaad. Militairen weten dat als geen ander. Militair juristen al helemaal. De nar Tirillo etaleert bovendien op eloquente wijze dat ‘het goede doen’ niet voldoende is: het goede moet ook op ‘de goede manier’ gedaan worden. Deze dubbele toets geldt ook vóór en tijdens militaire operaties. De dubbele toets is nauw verbonden met ‘legitimiteit’.

Recente militaire operaties zoals *Enduring Freedom*, *Iraqi Freedom*, *Stabilisation Force Iraq* (SFIR) en *International Security Assistance Force for Afghanistan* (ISAF) hebben aangetoond dat legitimiteit een cruciale rol speelt voor de appreciatie van militaire inzet.⁵ Legitimiteit is een beginsel van de democratische rechtsstaat, waar de krijgsmacht een onderdeel van uitmaakt. Het is dan ook meer dan logisch dat de inzet van de krijgsmacht aan dit principe voldoet. Een moderne opvatting van dit beginsel houdt in dat de krijgsmacht slechts wordt ingezet indien daartoe een bevoegdheid bestaat, en dat de inzet geschiedt volgens de regels die daarvoor zijn vastgesteld.

Legitimiteit is daarnaast één van de grondbeginselen van militair optreden.⁶ Dit beginsel verdient in de Nederlandse doctrine een centrale plaats. In de militaire betekenis worden twee componenten onderscheiden: een sociale en een juridische. De sociale component betreft het maatschappelijke draagvlak voor een missie. De juridische component vereist allereerst een adequate rechtsbasis voor de inzet van militair vermogen (rechtsgrondslag) en daarenboven de naleving van de vigerende regels tijdens de inzet (rechtsregimes). Juridische legitimiteit is een absoluut grondbeginsel en kan niet ten gunste van andere grondbeginselen worden afgewogen. Juridische legitimiteit draagt bovendien bij aan de sociale legitimiteit, het draagvlak.

Legitimiteit vraagt dus om een adequate *rechtsbasis* voor militaire inzet en om naleving van de van toepassing zijnde *rechtsregimes* tijdens inzet. Gebreken hierin kunnen tot verlies van draagvlak leiden. Dit werd pijnlijk duidelijk door de gebrekkige rechtsbasis voor operatie *Iraqi Freedom* en door de gehanteerde rechtregimes (in casu de bejegening en behandeling van gevangenen) in de zogenoemde *Global War on Terror*.

De twee thema’s rechtsbasis en rechtsregimes staan bij iedere militaire missie centraal in iedere fase van het besluitvormingsproces. Dat geldt vanaf het politiek- en militair-strategische tot op het tactische niveau. Politieke leiders, militaire commandanten en indivi-

⁴ Tonke Dragt, *De brief voor de koning*. ’s-Gravenhage: Leopold (1987, 10^e dr.), p. 305.

⁵ Hoewel minder recent, kan hierbij ook op Operatie *Allied Force* (Kosovo-oorlog) gewezen worden.

⁶ Koninklijke Landmacht (2010), § 6203 en 6213.

duale militairen krijgen hier (in meer of mindere mate) mee te maken. Zo bepaalde de Nederlandse regering dat krijgsmacht zou bijdragen aan ISAF. Op politiek- en militair-strategisch niveau werden de rechtsregimes geanalyseerd. Op basis van de analyses en keuzes op de strategische niveaus maken operationele en tactische commandanten vervolgens hun eigen analyses en keuzes. Die keuzes monden noodzakelijkerwijs regelmatig uit in het gebruik van functioneel geweld. Dit geweldgebruik, de *raison d'être* van de krijgsmacht, wordt verantwoord door de politieke leiding, de krijgsmacht als geheel, door commandanten en door individuele militairen.⁷ De verantwoording én de beoordeling van dit geweldgebruik vraagt om duidelijkheid over de rechtsbasis en de vigerende rechtsregimes. Onduidelijkheid leidt niet zelden tot nevenschade. Letterlijk in de zin van *collateral damage* aan burgers of burgerobjecten; figuurlijk (en soms ook letterlijk) in de zin van nevenschade aan (het imago van) de krijgsmacht, commandanten en militairen.

Met deze publicatie willen wij aan deze duidelijkheid bijdragen. We verwachten dat onze analyse het onderwijs voor (potentiële) commandanten ten goede komt. We hopen daarnaast dat we met deze publicatie onze beroepsgroep (militair juristen) ten dienste kunnen zijn.

1.2. ISAF en de gewapende opstand in Afghanistan

Nederland participeert sinds 2002 met enige onderbreking in de *International Security Assistance Force for Afghanistan* (ISAF).⁸ Sinds de zomer van 2006 is Nederland één van de Troop Contributing Nations in Regional Command South (RC-South). Zij levert onder meer een in de provincie Uruzgan gestationeerde taakgroep (Task Force Uruzgan, TFU),⁹ bestaande uit een Battlegroup (BG) en een provinciaal reconstructie team (PRT). Tevens levert Nederland een Air Task Force (ATF) en individuele militairen die in de verschillende hoofdkwartieren werken.¹⁰

Op basis van een autorisatie van de VN-Veiligheidsraad onder Hoofdstuk VII van het VN-Handvest, mag de internationale troepenmacht ISAF gewapend geweld gebruiken om haar taak binnen Afghanistan uit te voeren.¹¹ Voor ISAF is het van cruciaal belang dat geweldgebruik volstrekt legitiem, proportioneel en terughoudend is, waarbij het aantal burgerslachtoffers minimaal is, en dat ISAF respect toont voor de 'rule of law', het primaat van het nationale en internationale recht.¹² Commandant ISAF benadrukte deze principes in een (openbare) *Tactical Directive*:

We must clearly apply and demonstrate proportionality, requisite restraint, and the utmost discrimination in our application of firepower. [...] Do not hesitate to pursue the enemy, but stay true to the values of integrity and respect for human life.¹³

⁷ Over verantwoording afleggen, zie bijvoorbeeld: Ducheine, van der Meulen & Moelker (2010). Voor voorbeelden van de daarin genoemde moderne vormen van verantwoordden: Van Bommel (2009) en Müller (2009).

⁸ Zie voor een overzicht van Nederlandse bijdragen aan ISAF de website van het Nederlands Instituut voor Militaire Historie: <www.nimh.nl/nl/geschiedenis/vredesoperaties/missieoverzicht/index.aspx>.

⁹ In samenwerking met partnerland Australië, vandaar: 1 (Netherlands/Australian) Task Force Uruzgan, 1(NLD/AUS) TFU, of kortweg TFU.

¹⁰ Nederland levert sinds november 2008 ook de Commandant van RC-South, generaal-majoor Mart de Kruif. In een eerdere periode was dit generaal-majoor Ton van Loon.

¹¹ Daarnaast opereert ISAF met instemming van de Afgaanse overheid, zie infra § 2.4.

¹² NATO (2009, Jan 14); NRC Handelsblad (15-1-2008), *Strengere regels ISAF*.

¹³ NATO Commander ISAF (2008, Dec 30).

Sinds de val van het Taliban-regime in november 2001, maar in ieder geval na de installatie van de regering Karzai in 2002, is er duidelijk sprake van gewapend verzet en een gewapende opstand tegen de Afghaanse regering. De gewapende opstand heeft – in ieder geval in het zuiden – onmiskenbare karakteristieken van een gewapend conflict.¹⁴ Zogeheten *Opposing Militant Forces* (OMF) verzetten zich met geweld tegen het lokale en nationale overheidsgezag dat ondersteund wordt door ISAF. De vijandelijkheden vinden aldus plaats tussen de Afghaanse regering en ISAF enerzijds en opstandelingen (OMF) anderzijds. Het gewapende verzet van de OMF richt zich aldus ook op ISAF en de Nederlandse eenheden in Zuid-Afghanistan.¹⁵ Door haar taak – het ondersteunen van de Afghaanse overheid met de op- en uitbouw van overheidsgezag en inrichting van de Afghaanse veiligheidsdiensten – is ISAF bij deze strijd betrokken.¹⁶

1.3. Gevolgen voor ISAF en de Nederlandse krijgsmacht

Expeditionaire militaire missies – ISAF is daarop geen uitzondering – zullen vanwege de juridische legitimiteit aan twee eisen moeten voldoen. Er zal ten eerste sprake moeten zijn van een adequate rechtsgrondslag,¹⁷ en ten tweede zullen tijdens de operatie de vigerende internationale en nationale rechtsregels gerespecteerd moeten worden.

De eerste kwestie – de adequate rechtsbasis of rechtsgrondslag – is een vraag die thuishoort in het deel van het volkenrecht dat zich op interstatelijk en transnationaal geweld richt: het *ius ad bellum*. De vraag die beantwoord moet worden is: op welke volkenrechtelijke basis (rechtsbasis) is een extraterritoriale militaire operatie gebaseerd? Zodra een staat niet over een adequate basis beschikt, loopt zij niet alleen het risico van imagoschade in de internationale betrekkingen, maar kan zij ook door de VN-Veiligheidsraad gekapitteld worden, of door het Internationaal Gerechtshof worden terechtgewezen.

De tweede kwestie die toeziet op het naleven van vigerende rechtsregimes is direct van toepassing op de wijze waarop militaire operaties uitgevoerd worden. Het gaat dan om de vraag: welke rechtsregimes zijn op buitenlandse militaire operaties van toepassing?

De drie meest relevante regimes zijn mensenrechten, *Rules of Engagement* (ROE) en het humanitaire oorlogsrecht (HOR) of *ius in bello*.¹⁸

Bij mensenrechten speelt bovenal de vraag of Nederlandse ISAF-eenheden bij hun optreden in Afghanistan gebonden aan het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en fundamentele vrijheden (EVRM)? Maar ook praktische vragen zijn van belang: voldoet de behandeling van gedetineerden aan de normen van het EVRM? Het mag duidelijke

¹⁴ Vóór de start van *Enduring Freedom* (8-10-2001) was er reeds sprake van een intrastatelijk gewapend conflict tussen het Taliban-regime en de Noordelijke Alliantie. Tussen 8 oktober 2001 en 19 juni 2002 was er sprake van een interstatelijk, internationaal gewapend conflict tussen Afghanistan en een door de VS geleide coalitie van staten. Zie uitgebreid: Ducheine (2008), p. 467-550.

¹⁵ Bijvoorbeeld: Ministerie van Defensie (2009c).

¹⁶ UN Doc. S/RES/1386 (2001) (*SC Resolution 1386*). Zie ook de vervolgresoluties: 1413, 1444, 1510, 1563, 1623, 1659, 1707, 1776 en 1833.

¹⁷ Ter illustratie: zie de discussie over de Nederlandse (politieke) steun aan de inval in Irak, operatie *Iraqi Freedom* (2003), NRC Handelsblad (17-1-2008), *Memorandum DJZ/IR/2003/158. Juristen van Buitenlandse-Zaken achten Irak-oorlog van meet af aan onrechtmatig*.

¹⁸ Uiteraard is ook het Nederlandse (militaire) strafrecht op de achtergrond als rechtsregime van toepassing. Dit zal – tenzij anders aangegeven – hier verder niet behandeld worden.

lijk zijn dat dit soort vragen ook in andere militaire operaties jegens gedetineerden van belang is.¹⁹

Dat ROE in alle militaire operaties van belang zijn, is algemeen bekend. Ook binnen ISAF gelden uiteraard ROE. Bij die ROE worden ook zogeheten *national caveats* en *amplifications*.

De vraag die zich daarnaast opdringt is of het oorlogsrecht op de operaties en het geweldgebruik van ISAF van toepassing is. Met andere woorden, of het oorlogsrecht normstellend is binnen de (*counter-insurgency*) operatie van ISAF. De vervolgvraag is welk deel van het oorlogsrecht het hier betreft. Het antwoord op deze vragen is afhankelijk van de kwestie of de gewapende opstand en vijandelijkheden in (Zuid-)Afghanistan als een gewapend conflict kunnen worden getypeerd. En als dat zo is, betreft het dan een internationaal of een niet-internationaal gewapend conflict?

Het oorlogsrecht speelt een bijzondere rol bij doelbestrijding, *targeting*. In een *counterinsurgency* (COIN) is de legitimiteit van militair optreden van strategisch belang voor het welslagen van de missie. Zo is de naleving van de regels die geweldgebruik en *targeting* beheersen eveneens een strategisch aandachtspunt. Wanneer we de opvattingen over doelbestrijding binnen de context van een COIN relateren aan het HOR doet zich de vraag voor hoe het oorlogsrechtelijke kader voor doelbestrijdingsoperaties eruit ziet? Streeft het HOR een volledig verbod na op het veroorzaken van burgerslachtoffers, of laat het – de realiteit van oorlog in het oog houdend – een zekere ruimte voor bijkomende schade (*collateral damage*)? Hoe is dit binnen het HOR geregeld? En: hoe duidelijk is het HOR hierover? Zijn de relevante bepalingen uit het HOR hierover eenduidig, of is er ruimte voor interpretatie?

De uitkomst van bovenstaande vragen heeft onmiddellijke invloed op de wijze waarop een missie wordt uitgevoerd. Zij bepalen de parameters en kaders voor het geweldgebruik. Respect voor de vigerende rechtsregimes is voorts van cruciaal belang voor een staat en haar krijgsmacht. Daarnaast is de beoordeling van functioneel geweldgebruik uiterst relevant voor individuele militairen. Tijdens een gewapend conflict zouden overtredingen van het oorlogsrecht immers als een oorlogsmisdrijf opgevat kunnen worden.²⁰ In een situatie waarin geen gewapend conflict bestaat, en het oorlogsrecht daarom dus niet van toepassing is, is zo'n kwalificatie onmogelijk. Eventuele overtredingen zullen dan naar het reguliere (militaire) straf (en tuchtrecht) worden beoordeeld.

Dat deze kwesties actueel zijn, demonstreren de reacties naar aanleiding van de gevechten in Chora (2007),²¹ waarbij ook Nederlandse ISAF-eenheden betrokken waren. Over die gevechten concludeerde het Openbaar Ministerie het volgende:

Het Openbaar Ministerie Arnhem heeft de geweldsaanwendungen door Nederlandse militairen in de periode 16 tot en met 20 juni 2007 [in de omgeving van Chora: PD&EP] beoordeeld en concludeert dat het geweld is aangewend binnen de grenzen van het humanitair oorlogsrecht en de geldende geweldsinstructie.²²

De Commandant der Strijdkrachten reageerde als volgt:

In een zojuist gepubliceerd persbericht van het Openbaar Ministerie is bekend gemaakt dat het door Nederlandse militairen gebruikte geweld, tijdens die dagen gebruikt om de Taliban

¹⁹ Zie hierna de zaak *Al Skeini* (infra § 3.4.2.1). Zie ook het vermeende 'martelen' van gevangenen tijdens de operatie van SFIR in Irak (2003-2004).

²⁰ Zie de Wet van 19 juni 2003, houdende regels met betrekking tot ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht (Wet internationale misdrijven), 19 juni 2003, *Stb.* 2003, 270 (wijz. *Stb.* 2005, 595). Voor zo'n aantijging, zie: Karskens (2007), p. 7; en Advocatenkantoor Steijnen, Olof & Stelling (2007).

²¹ *Kamerstukken II 2007-08*, 27 925, nr. 272 bijlage; Karskens (2007), p. 7.

²² Openbaar Ministerie (2008). Toevoeging: EP&PD.

te verdrijven, binnen de grenzen van het humanitair oorlogsrecht en de voor de Nederlandse ISAF-militairen geldende geweldsinstructies is gebleven.²³

Uit deze twee berichten blijkt dat het Nederlandse optreden aan de maatstaven van het oorlogsrecht en ISAF-geweldsinstructies heeft voldaan. Om tot die conclusie te kunnen komen heeft het OM zichzelf dus de vraag moeten stellen welke rechtsregimes het Nederlandse optreden beheersten, en of deze regimes gerespecteerd zijn gedurende de strijd in Chora.

Als instrument van de democratische rechtsstaat dient de Nederlandse krijgsmacht zich binnen de grenzen van het (inter)nationale recht te bewegen. Daarbij is allereerst van belang dat ISAF over een adequate rechtsbasis – rechtsgrondslag – beschikt, die bekend en (zo) duidelijk (mogelijk) moet zijn. Daarnaast dienen ISAF en de *Troop Contributing Nations* (TCN's) zich aan de geldende rechtsregels te houden; rechtsregimes dienen eveneens onderkend moeten zijn.

Een andere opstelling zou niet alleen tot verlies van legitimiteit leiden, maar belangrijker nog, ook conflicteren met de doelstelling van ISAF als geheel. Hoe zou ISAF legitiem de Afghaanse overheid (met haar *counterinsurgency* operatie) moeten ondersteunen, als ISAF geen rechtsbasis had, of zichzelf niet aan de vigerende (inter)nationale rechtsregels zou houden?

1.4. Onderzoeksvraag en doel

De hiervoor gememoreerde twee vragen – *wat is de rechtsbasis van ISAF en welke rechtsregimes zijn op (de Nederlandse eenheden van) ISAF van toepassing* – worden in deze bijdrage beantwoord. De derde vraag ligt in het verlengde van deze tweede en luidt: *welke positie nemen – in de context van COIN – de beginselen en regels van het HOR in bij doelbestrijding door (Nederlandse eenheden van) ISAF?*

Deze drie onderzoeksvragen zijn niet alleen relevant tijdens een counterinsurgency, maar voor *iedere* militaire operatie, en dus ook voor officieren die hieraan, of daarin, leiding geven. Het doel van deze bijdrage is vast te stellen op welke wijze (militair) recht voor (de Nederlandse eenheden van) ISAF een rol speelt. We hopen dat de beantwoording van deze drie vragen bijdraagt aan kennis, begrip en acceptatie van kwesties waarmee militair juristen en commandanten in militaire operaties geconfronteerd worden: het *ius ad bellum*, mensenrechten, ROE en humanitair oorlogsrecht.

1.5. Opbouw

De vraag naar de rechtsbasis, de rechtsgrondslag voor ISAF en de deelnemende Nederlandse troepen zullen we in Hoofdstuk 2 als eerste deelvraag bezien. Daartoe behandelen we het geweldverbod als centrale uitgangspunt binnen het *ius ad bellum* en de uitzonderingen daarop. Vervolgens herleiden we de grondslagen waarop ISAF feitelijk is gebaseerd.

De tweede deelvraag naar de vigerende rechtsregimes bezien we uitgebreid in de aansluitende hoofdstukken. In Hoofdstuk 3 bespreken we als eerste het rechtsregime dat gevormd wordt door mensenrechten. We herleiden als eerste het toepassingsbereik. Dit toepassingsbereik concentreert zich rond het thema 'jurisdictie'. In een aantal gevallen blijkt er sprake te zijn van Nederlandse jurisdictie in Afghanistan, waardoor een aantal situaties door mensen-

²³ Ministerie van Defensie (Commandant der Strijdkrachten) (2008).

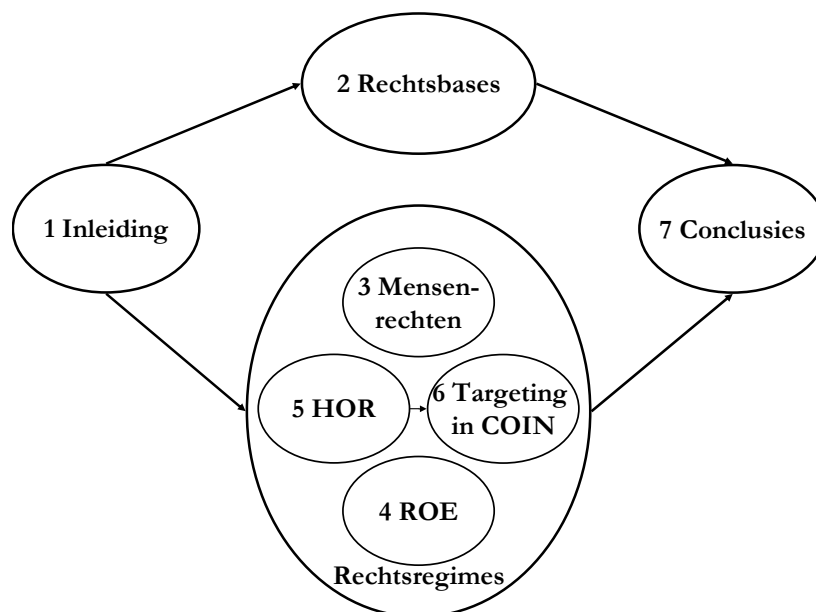
rechten worden bestreken. De inhoud van de verplichtingen die dit met zich mee brengt worden aansluitend gezien.

In Hoofdstuk 4 staan we vervolgens stil bij de toepasselijkheid van *Rules of Engagement* (ROE). Daarbij behandelen we ook de interactie tussen ROE en oorlogsrecht.

Het oorlogsrecht zelf, zoals dit van toepassing is tijdens gewapende conflicten, bespreken we in Hoofdstuk 5. Daarbij herleiden we eerst weer het toepassingsbereik van het oorlogsrecht. Aan de hand van de ontwikkeling van het oorlogsrecht en recente jurisprudentie ontwikkelen we daarbij criteria en indicatoren. Via deze criteria en indicatoren toetsen we vervolgens of de situatie in Afghanistan als een gewapend conflict kan worden aangeduid.

In Hoofdstuk 6 staan we vervolgens uitvoerig stil bij de derde deelvraag: het thema *targeting* tijdens de *counterinsurgency* van ISAF. We baseren ons op de bevindingen uit het voorafgaande hoofdstuk: het conflict in Afghanistan tussen de Afghaanse overheid en ISAF enerzijds en de OMF anderzijds moet als een (niet-internationaal) gewapend conflict worden gezien. De vraag naar de positie van de beginselen en regels van het HOR bij doelbestrijding in de context van COIN analyseren we via drie thema's: (1) het beginsel van onderscheid; (2) het proportionaliteitsbeginsel en (3) de verplichting tot het nemen van voorzorgsmaatregelen. Ieder thema is verdeeld in een algemene analyse, waarna het thema gekoppeld wordt aan COIN.

We sluiten af met conclusies in Hoofdstuk 7.



Figuur 1: Opbouw

1.6. Afbakening

Deze publicatie komt voort uit een breder krijgswetenschappelijk onderzoek naar (Nederlandse) ISAF-operaties in Afghanistan. Onze analyse beperkt zich dan ook tot de missie van ISAF. Het Afghaanse deel van Operatie *Enduring Freedom* (OEF) laten we om deze reden buiten beschouwing.²⁴

We sloten dit onderzoek, dat op louter open bronnen is gebaseerd, medio juni 2009 af. Dit impliceert dat de gebruikte data over vijandelijkheden en troepensterkten ten tijde van het

²⁴ Dat neemt niet weg dat voor (de Nederlandse bijdrage aan) deze missie een vergelijkbare analyse zou kunnen worden uitgevoerd, zie bijvoorbeeld: Ducheine (2008), p. 1 e.v. (m.n. Hoofdstuk 3 en 5).

drukken en uitgeven van deze publicatie, laat staan tijdens het lezen ervan, (ten dele) achterhaald zullen zijn. Hoewel de validiteit van de conclusies daar niet onder leidt, is het wel van belang om te benadrukken dat onze conclusies op basis van die onderliggende gegevens getrokken zijn. Het spreekt voor zich dat nieuwe ontwikkelingen gevolgen kunnen hebben voor één van de centrale bevindingen: de aanwezigheid van een gewapend conflict. In twee gevallen bleek het relevant informatie van latere datum toe te voegen (zie paragraaf § 5.4). Het betreft de weergave van recente standpunten van de Duitse minister van Defensie (najaar 2009) en zijn collega van Buitenlandse Zaken (voorjaar 2010).

Zoals we hiervoor al aangaven, zijn er strikt genomen meer rechtsregimes die het optreden van ISAF troepen bestrijken. We noemden daarbij (militair) strafrecht en internationaal strafrecht, die echter buiten het bereik van deze publicatie vallen.

Bovendien willen we melden dat binnen de afzonderlijke rechtsregimes ook andere – hier niet genoemde – belangwekkende thema's relevant kunnen zijn voor militaire operaties. Ten slotte kunnen we niet uitpuddend zijn over de relatie tussen de verschillende regimes onderling. We doen dat kort voor ROE en HOR, maar gaan niet in op de relatie tussen HOR en mensenrechten. Dat laatste moet wachten op een ander en later moment.

Hoofdstuk 2 Rechtsbases

2.1. Inleiding

In hoofdstuk beantwoorden we de eerste deelvraag: op welke volkenrechtelijke basis (rechtsbasis) is de extraterritoriale militaire operatie ISAF gebaseerd? We bezien eerst de algemene hoofdlijnen van het *ius ad bellum* (§ 2.2). Vervolgens bespreken we het centrale uitgangspunt zoals dat in het interstatelijke geweldverbod van artikel 2(4) van het VN-Handvest wordt verwoord (§ 2.3). Aansluitend analyseren we de voor ISAF van toepassing zijnde uitzonderingen op dit geweldverbod: interventie met instemming (§ 2.4) en autorisatie van de VN-Veiligheidsraad (§ 2.5).²⁵

2.2. Rechtsbases voor extraterritoriale militaire operaties

Militaire missies zoals ISAF zijn – ongeacht hun doelstelling – in de internationale rechtsorde slechts toegestaan binnen de grenzen van het volkenrecht en het *ius ad bellum*. Het interstatelijke geweldverbod en het non-interventiebeginsel uit het VN-Handvest bepalen de ruimte die staten hebben om militaire operaties uit te voeren. Grensoverschrijdende militaire operaties zijn slechts op drie grondslagen te baseren:

- interventie met instemming van of op uitnodiging van een (gast)staat;
- autorisatie van de VN-Veiligheidsraad onder Hoofdstuk VII VN-Handvest;
- zelfverdediging.

Hoewel een liberale opvatting over de omvang en strekking van het geweldverbod wel gehoord wordt, hanteren we hier – in lijn met de gangbare opvatting – een extensieve interpretatie van dit interstatelijk geweldverbod: het dreigen met of gebruiken van ieder militair geweld is in het internationale verkeer verboden.²⁶

2.3. Hoofdregeel ‘ius ad bellum’: Geweldverbod

De betekenis en reikwijdte van het interstatelijke geweldverbod vormt de basis voor alle discussies in het *ius ad bellum* over de rechtmatigheid van extraterritoriale militaire operaties. Het geweldverbod is vastgelegd in artikel 2(4) van het VN-Handvest. Dit artikel wordt ook wel het ‘hart van het Handvest’ genoemd;²⁷ het verbod geldt als ‘de hoeksteen’ van het hedendaagse *ius ad bellum*.²⁸

In hun internationale betrekkingen onthouden alle Leden zich van bedreiging met of het gebruik van geweld tegen de territoriale integriteit of de politieke onafhankelijkheid van een

²⁵ Interventie met instemming is strikt genomen geen uitzondering op het geweldverbod. Het geldt als een zelfstandige grondslag in het volkenrecht. We scharen ‘instemming’ hier gemakshalve onder de term uitzonderingen.

²⁶ Voor een overzicht van de verschillende standpunten verwijzen we kortheidshalve naar: *ibid.* p. 127, voetnoot 37.

²⁷ Henkin (1971), p. 44.

²⁸ Dinstein (2003), p. 13.

staat, en van elke andere handelwijze die onverenigbaar is met de doelstellingen van de Verenigde Naties.²⁹

De heersende – en hier toegepaste – interpretatie van het geweldverbod is dat *ieder* gebruik van (of dreiging met) grensoverschrijdende gewapend (lees: militair) geweld door VN-lidstaten, voor welke reden dan ook, verboden is, tenzij het VN-Handvest of het volkenrecht in een uitzondering op deze regel voorziet.³⁰ Ook het dreigen met geweld is verboden als dat geweldgebruik zelf niet gelegitimeerd kan worden.³¹ Dit absolute verbod heeft overigens ook een gewoonterechtelijk én een *ius cogens* karakter.³²

Gewapend of militair geweldgebruik kan vele vormen en middelen omvatten. De essentie betreft de toepassing van fysiek geweld. De omvang van dit geweld speelt daarbij geen rol. Hoewel het geweldverbod primair interstatelijke verhoudingen regardeert, valt ook extraterritoriaal geweldgebruik tegen niet-statelijke actoren zoals de Taliban, Al Qa’ida of andere OMF onder het verbod. Zo’n operatie raakt namelijk in potentie de territoriale integriteit van de staat waar die niet-statelijke actor (NSA) zich ophoudt.³³

ISAF valt onmiskenbaar aan te merken als extraterritoriaal militair geweldgebruik. Deze actie valt naar de heersende opvatting onder het geweldverbod en raakt de territoriale integriteit en politieke onafhankelijkheid van Afghanistan.

De grondslag van de missie zal daarom in een of meerdere uitzonderingen op dit geweldverbod gevonden moeten worden. Anders dan de eerste fase van het Afghaanse deel van operatie *Enduring Freedom*, is er bij ISAF geen sprake van een beroep op de uitzondering van het interstatelijke recht op zelfverdediging, zoals dat onder andere in artikel 51 VN-Handvest is vastgelegd. Deze uitzondering wordt hierna dan ook niet onderzocht.³⁴

2.4. Uitzondering 1: Toestemming gastland (‘consent’)

Een soevereine staat mag – binnen de grenzen van het volkenrecht³⁵ – een andere staat toestemming verlenen voor het uitvoeren van militaire operaties op haar grondgebied. Dit speelt bijvoorbeeld in Afghanistan, waar (Nederlandse) ISAF strijdkrachten (mede) met instemming van de Afghaanse regering opereren en – indien noodzakelijk – OMF bestrijden. Hoewel interventie met instemming niet als uitzondering op het geweldverbod wordt gezien, is zij wel een omstandigheid die de onrechtmatigheid van een extraterritoriale militaire actie wegneemt.³⁶ Toestemming impliceert ook dat de buitenlandse troepen niet in strijd met de territoriale integriteit en politieke onafhankelijkheid van de soevereine staat aldaar aanwezig zijn.³⁷

²⁹ Art. 2(4) VN-Handvest.

³⁰ Dinstejn (2005), p. 88; Simma (1999), p. 2: “[I]t is clear, on the basis of both teleological and historical interpretation of Article 2(4), that the prohibition enacted therein was, and is, intended to be of a comprehensive nature”.

³¹ Zie hiervoor het klassieke voorbeeld van ICJ (1949), *Corfu Channel case*, p. 31. Over dreiging: Sadurska (1989), p. 242; Stürchler (2007), p. 252; Roscini (2007), p. 229.

³² *Ius cogens* of *peremptory norm* is een term uit het internationaal recht die verwijst naar regels die door (bijna) alle staten aanvaard worden en voor de internationale gemeenschap van een fundamenteel belang zijn. *Ius cogens* is dwingend recht: rechten en verdragen die altijd gelden, ook al heeft een staat daar niet expliciet mee ingestemd.

³³ Voor een overzicht van de afwijkende opvattingen op dit punt: Ducheine (2008), p. 135-138. Voor een ander voorbeeld, zie de Turkse militaire operaties tegen de PKK in Noord-Irak.

³⁴ Over OEF en zelfverdediging: Ducheine (2008), p. 281-290 (en aldaar Hoofdstuk 3 in het algemeen).

³⁵ Algemene eisen zoals het geweldverbod en specifieke eisen ‘consent’ betreffende (zie hierna).

³⁶ Zo geheten ‘circumstances precluding wrongfulness’.

³⁷ Zie art. 2(7) VN-Handvest.

Interventie met instemming vindt plaats binnen het domein en de randvoorwaarden van een gaststaat. De toestemming voor de interventie moet aan voorwaarden voldoen, zodat misbruik kan worden uitgesloten.³⁸ Toestemming moet authentiek, niet afgedwongen en valide (dat wil zeggen toe te rekenen aan de staat) zijn. Bovendien dient de toestemming door het bevoegde staatsorgaan te zijn verleend.³⁹

Sinds de installatie van de regering Karzai in 2002 bestaat valide instemming met de ISAF-missie.⁴⁰ Deze instemming is tot uitdrukking gebracht in de Military Technical Agreement tussen de NATO (in casu ISAF) en de Afghaanse interim-overheid⁴¹ aangaande de missie van ISAF:

[The] Interim Administration understands and agrees the Mission of the ISAF is to assist it in the maintenance of the security in the area of responsibility [...].

The Interim Administration understands and agrees that the ISAF is the international force authorised by UNSCR 1386 and may be composed of ground, air and maritime units from the international community.

The Interim Administration understands and agrees that the ISAF Commander will have the authority, without interference or permission, to do all that the Commander judges necessary and proper, including the use of military force, to protect the ISAF and its Mission.⁴²

De regering Karzai wordt, zeker na de verkiezingen van 2004, door de internationale gemeenschap als legitiem gezien. Na zijn verkiezing heeft president Karzai zijn instemming met de missie van ISAF herhaald.⁴³

In de MTA met ISAF verwijst de Afghaanse regering tevens naar een tweede, hierna te bespreken rechtsbasis voor de missie van ISAF: een door de VN-Veiligheidsraad geautoriseerde militaire operatie.

2.5. Uitzondering 2: Autorisatie VN-Veiligheidsraad

Hoewel staten zich bij internationaal geweldgebruik meestal – al dan niet terecht – beroepen op het statelijke recht van zelfverdediging, betreft de primaire uitzondering op het geweldverbod zoals we dat sinds 1945 kennen, geweldgebruik krachtens een besluit van de VN-Veiligheidsraad. Dit orgaan heeft binnen het collectieve veiligheidssysteem van de VN het primaat voor de handhaving (en herstel) van de internationale vrede en veiligheid.⁴⁴ In voorkomend geval zal de VN-Veiligheidsraad een situatie als “een bedreiging van de vrede, verbreking van de vrede of daad van agressie” kwalificeren.⁴⁵ Zo’n vaststelling is een *conditio sine qua non* voor het autoriseren van geweldgebruik tegen statelijke of niet-statale actoren. Deze autorisatie is gebaseerd op de bevoegdheden die de Raad zijn toegekend onder (artikel 42 van) Hoofdstuk VII van het VN-Handvest. De autorisatie voor geweldgebruik is de

³⁸ Voor een voorbeeld van misbruik: de afgedwongen Oostenrijkse instemming met de Anschluss van 1938. Zie Wippman (1996), p. 211 voor andere voorbeelden van misbruik: de voormalige Sovjet-Unie in Hongarije (1956), Tsjecho-Slowakije (1968) en Afghanistan (1997). Zie ook de Verenigde Staten in de Dominicaanse republiek (1965), Grenada (1983), waarvan Nolte (1999), p. 584, betoogt dat de VS deze grondslag naast andere hanteerde. Zie ook Riggs (1985), p. 1 e.v. over de Sovjet interventie in Afghanistan (1979).

³⁹ Uitgebreid: Nolte (1999), p. 1 e.v.

⁴⁰ Duchaine (2008), p. 345.

⁴¹ Kortweg de MTA-ISAF.

⁴² NATO (2002, Jan 4), p. , resp. Art. I(2), Art. IV(1) en Art. IV(2).

⁴³ In zijn inaugurele rede van 7 december 2004 heeft president Hamid Karzai zijn instemming met de militaire interventie tot uitdrukking gebracht.

⁴⁴ Art. 24(1) VN-Handvest.

⁴⁵ Art. 39 VN-Handvest.

rechtsbasis voor één of meerdere staten, of een regionale organisatie, om geweld te gebruiken tegen de aangewezen statelijke of niet statelijke actor(en) om de wil van de internationale gemeenschap aan die actoren op te leggen.⁴⁶ Deze autorisatie bevat meestal de tekst “to use all necessary means” of “to take all necessary measures”, hetgeen ook militair geweldgebruik omvat.

De VN-Veiligheidsraad autoriseerde – met een beknopte verwijzing naar Hoofdstuk VII VN-Handvest in het algemeen – in december 2001 de instelling van een internationale vredesmacht in Afghanistan, ISAF, nadat het Taliban-regime als gevolg van *Operation Enduring Freedom* (OEF) was verdreven:

The Security Council, acting for these reasons under Chapter VII of the Charter of the United Nations, Authorizes, [...] the establishment for 6 months of [ISAF];⁴⁷

Het Veiligheidsraad-mandaat autoriseerde ISAF aanvankelijk:⁴⁸

to assist the Afghan Interim Authority in the maintenance of security in Kabul and its surrounding areas, so that the Afghan Interim Authority as well as the personnel of the United Nations can operate in a secure environment.⁴⁹

In oktober 2003 breidde de Raad het mandaat uit en autoriseerde een vervolgfase (fase I):

[The Security Council], [a]uthorizes expansion of the mandate of the [ISAF] to allow it, as resources permit, to support the Afghan Transitional Authority and its successors in the maintenance of security in areas of Afghanistan outside of Kabul and its environs, so that the Afghan Authorities as well as the personnel of the United Nations and other international civilian personnel engaged, in particular, in reconstruction and humanitarian efforts, can operate in a secure environment, and to provide security assistance for the performance of other tasks in support of the Bonn Agreement;⁵⁰

Daarmee werd niet alleen ISAF's werkgebied (naar in het noorden) uitgebreid, maar kreeg ze ook mandaat voor aanvullende taken ter ondersteuning van het Bonn-akkoord.⁵¹ In de periode februari-maart 2005 nam de NAVO ook de verantwoordelijkheid over in West-Afghanistan (fase II).⁵²

In februari 2006 vloeiende de gebiedsverantwoordelijkheid van ISAF en OEF in elkaar over en bevestigde de VN-Veiligheidsraad de geografische uitbreiding van ISAF en de ondersteuning van Afgaanse veiligheidsdiensten:

[The Security Council] [w]elcomes the adoption by NATO of a revised Operational Plan allowing the continued expansion of the ISAF across Afghanistan, closer operational synergy with the Operation Enduring Freedom (OEF), and support, within means and capabilities, to Afghan security forces in the military aspects of their training and operational deployments;⁵³

Het doel van ISAF zoals omschreven in de verschillende VN-Veiligheidsraadresoluties – kortheidshalve: het assisteren van de Afgaanse overheid bij het bevorderen van stabiliteit en veiligheid – veranderde niet door het wijzigen van het operatieplan. Wel bood het bijge-

⁴⁶ Blokker (2000), p. 544.

⁴⁷ UN Doc. S/RES/1386 (2001) (*SC Resolution 1386*).

⁴⁸ Zie voor de evolutie van ISAF: NATO (2006, Nov 21).

⁴⁹ UN Doc. S/RES/1386 (2001) (*SC Resolution 1386*). Zie ook de vervolgresoluties: 1413, 1444, 1510, 1563, 1623, 1659, 1707, 1776 en 1833.

⁵⁰ UN Doc. S/RES/1510 (2003) (*SC Resolution 1510*).

⁵¹ Bonn Agreement: Agreement on provisional arrangements in Afghanistan pending the re-establishment of permanent government institutions, december 2001, Annex I (ISAF): “the participants request the assistance of the international community in helping the new Afghan authorities in the establishment and training of new Afghan security and armed forces”.

⁵² NATO (2006, Nov 21).

⁵³ UN Doc. S/RES/1659 (2006) (*SC Resolution 1659*), § 6.

stelde operatieplan aan ISAF de mogelijkheid robuuster op te treden indien de omstandigheden dat zouden vereisen.⁵⁴

De uitbreiding in zuidelijke richting (fase III) was eind juli 2006 geïmplementeerd.

[The Security Council] [e]xpressing, in this context, its support for the Afghan Security Forces, with the assistance of ISAF and the Operation Enduring Freedom (OEF) coalition in contributing to security in Afghanistan and in building the capacity of the Afghan Security Forces, and welcoming the extension of ISAF into Southern Afghanistan, with effect from 31 July 2006, the planned further ISAF expansion into Eastern Afghanistan and the increased coordination between ISAF and the OEF coalition,⁵⁵

De huidige Nederlandse bijdrage past in deze fase III van de operatie.⁵⁶ Eind september 2006 werd het geografische werkterrein uitgebreid tot de oostelijke provincies (fase IV), waarmee ISAF nu in geheel Afghanistan actief is.

Om de verschillende onderdelen van haar mandaat te kunnen vervullen, is ISAF geautoriseerd “to take all necessary measures”. ISAF heeft dit mandaat in een campagneplan naar primaire en secundaire militaire taken vertaald.⁵⁷ Deze zijn in operatiebevelen van ondercommandanten nader ingevuld en uitgewerkt. De rol van ISAF komt neer op de taken zoals weergegeven in Tabel 1.⁵⁸

Primaire taken	Secundaire taken
assisteren van de Afghaanse overheid bij het uitbreiden van haar gezag over het land	ondersteunen van de Afghaanse overheid en internationaal gesanctioneerde drugsbestrijdingoperaties
uitvoeren van stabiliteits- en veiligheidsoperaties in coördinatie met de Afghaanse veiligheidstroepen	ondersteunen van de Afghaanse nationale politie
ondersteunen van de Afghaanse overheid bij het ontwapenen van illegale groepen	

Tabel 1: Taken ISAF⁵⁹

Daarnaast heeft ISAF, net als andere missies, in ieder geval (impliciet of expliciet) als (afgeleide) bijkomende taak om zich zelf te beschermen, zogeheten *force protection*.⁶⁰

2.6. Subconclusie rechtsbasis

De eerste deelvraag is welke rechtsbases van toepassing zijn op de (Nederlandse bijdrage aan) ISAF. Op missies zoals ISAF is het *ius ad bellum* van toepassing. Het *ius ad bellum* is dat deel van het volkenrecht dat extraterritoriaal, transnationaal en interstatelijk geweldgebruik reguleert. De missie van ISAF en de Nederlandse bijdrage daaraan impliceert extraterritoriaal geweldgebruik. Zonder adequate rechtsbasis zou die missie – inclusief de Nederlandse bijdrage daaraan – in strijd zijn met de hoofdregel van het *ius ad bellum* zijn: het geweldverbod.

ISAF blijkt een dubbele rechtsbasis te hebben. Enerzijds berust zij op instemming van de (interim) regering van Afghanistan, zoals onder meer blijkt uit de Military Technical Agreement (MTA) tussen ISAF en Afghanistan. Daarnaast is de missie gebaseerd op een

⁵⁴ Kamerstukken II 2005-06, 27 925, nr. 193 ('Besluit' ISAF (TFU)), p. 13-14.

⁵⁵ UN Doc. S/RES/1707 (2006) (*SC Resolution 1707*).

⁵⁶ Zie o.a. Kamerstukken II 2005-06, 27 925, nr. 193 ('Besluit' ISAF (TFU)).

⁵⁷ NATO (2007), p. II-1 e.v.

⁵⁸ NATO (2006, Oct 16).

⁵⁹ Ducheine (2008), p. 332.

⁶⁰ Ducheine & Walgemoed (2005), p. 58.

autorisatie van de VN-Veiligheidsraad onder Hoofdstuk VII van het VN-Handvest. De VN-Veiligheidsraad heeft overigens de bevoegdheid – óók zonder instemming van de Afghaanse regering – een missie als ISAF gestalte te geven.⁶¹

Op basis van een (reeks van) resolutie(s) van de Raad is het de troepenleverende landen van ISAF toegestaan – binnen de grenzen van het door de VN- Veiligheidsraad vastgestelde mandaat – militair geweld in Afghanistan aan te wenden.

⁶¹ Zie ook: Ducheine (2009, Jan 26).

Hoofdstuk 3 Rechtsregime: Mensenrechten

De begrenzing van geweld en de rechtsregels die geweldgebruik binnen militaire operaties beheersen, vormen het onderzoeksobject van de tweede deelvraag: welke rechtsregimes zijn op (de Nederlandse eenheden van) ISAF van toepassing? We nemen achtereenvolgens in beschouwing: mensenrechten (Hoofdstuk 3), Rules of Engagement (ROE, Hoofdstuk 4) en het humanitaire oorlogsrecht (HOR, Hoofdstuk 5 en Hoofdstuk 6).

Uiteraard is ook steeds het Nederlandse (militaire) strafrecht en het internationale strafrecht van toepassing. Het gaat dan vooral om het ‘gewone’, civiele of commune Wetboek van strafrecht, het voor militairen specifieke Wetboek van militair strafrecht. Indien er sprake is van een gewapend conflict hoort daar nog bij de Wet internationale misdrijven en het Statuut van Rome die toezien op internationale strafbare feiten: oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de menselijkheid en genocide. Dit strafrecht wordt hier zoals aangekondigd verder buiten beschouwing gelaten.

3.1. Rechtsregimes: Mensenrechten

De vraag die we hier beantwoorden luidt: zijn mensenrechtenverdragen van toepassing op de missie van ISAF? Een secundaire vraag luidt: welke verplichtingen scheppen mensenrechtenverdragen in het geval ze van toepassing zijn. We zullen ons binnen deze bijdrage beperken tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en fundamentele vrijheden (EVRM).⁶²

3.2. Vooraf: De schaduw van de ‘Saramati-doctrine’

De problematiek van de werking van mensenrechten, in casu het EVRM, in militaire missies die op basis van een mandaat van de VN-Veilighedsraad tot stand zijn gekomen, is nauw verweven met de bekende uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (ECHR), in de *Bebrami & Saramati case*.⁶³ De zaak betrof een klacht vanwege de detentie van de Kosovaar Saramati door KFOR. Saramati stelde Frankrijk en Noorwegen aansprakelijk voor een schending van het EVRM omdat de successievelijke commandanten van de internationale troepenmacht KFOR uit die landen afkomstig waren. Het Europese Hof oordeelde – kort gezegd – dat staten niet aansprakelijk kunnen worden gesteld voor het optreden van hun troepen die zij ter beschikking hebben gesteld van een door de VN-Veilighedsraad gemandateerd vredesmissie. Het Hof was van mening dat de detentie – in dit geval – niet aan Frankrijk en Noorwegen was toe te rekenen, maar aan de VN aangezien het een door de VN-Veilighedsraad geautoriseerde missie betrof, hetgeen een beoordeling van de klacht door het Europese Hof in de weg stond.

⁶² Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en fundamentele vrijheden (EVRM), *Trb.* 1990, 156. Het doel van het EVRM is “de eerste stappen te doen voor de collectieve handhaving van sommige der in de Universele Verklaring [van de Rechten van de Mens] vermelde rechten” (in: Preambule EVRM). Daarnaast is Nederland partij bij het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR), dat niet regionaal beperkt is.

⁶³ ECHR (2007-05-31), *Bebrami & Saramati*.

De vergelijking met ISAF dringt zich onherroepelijk op. De ‘Saramati-doctrine’ toepassend,⁶⁴ zou betoogd kunnen worden dat het EVRM niet van toepassing is op de operaties van (Nederlandse) ISAF-eenheden omdat hun handelen niet aan de Troop Contributing Nations (TCN’s) zoals Nederland valt toe te rekenen, maar aan de VN aangezien ISAF onder Hoofdstuk VII van het VN-Handvest door de VN-Veiligheidsraad is geautoriseerd.

Een dergelijke voor de hand liggende opvatting is echter om een aantal redenen niet vrij van kritiek of twijfel. Op de eerste plaats betreft het een uitspraak in deze specifieke casus en moet maar afgewacht worden of een detentie-kwestie in Afghanistan tot een zelfde conclusie zal leiden.⁶⁵ De verschillen tussen KFOR en ISAF mogen immers niet uit het oog worden verloren.⁶⁶ We komen hier later nog op terug (§ 3.5). Ten tweede heeft het Europese Hof in de zaak *Behrami & Saramati* niet geconcludeerd dat het EVRM géén normatief kader bood voor de kwestie van de mensenrechten. En ten derde is de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens niet vrij gebleven van kritiek.⁶⁷ Zoals wel vaker gebeurt, gaat het Hof in nieuwe uitspraken – mede vanwege de omstandigheden van het geval – regelmatig ‘om’ ten opzichte van eerdere uitspraken, of heeft ze eerdere uitspraken genuanceerd. Ten slotte kan ook niet onvermeld blijven dat, hoewel we ons hier op het EVRM concentreren, ook andere mensenrechtenregimes van invloed kunnen zijn op militaire operaties. Nederland is eveneens partij bij het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR). Het VN-Mensenrechtencomité stelde vast dat het “IVBPR personen beschermt als zij onder het gezag van een verdragspartij vallen, ook als zij zich niet op het eigen grondgebied van de betreffende staat bevinden”:⁶⁸

This principle also applies to those within the power or effective control of the forces of a State Party acting outside its territory, regardless of the circumstances in which such power or effective control was obtained, such as forces constituting a national contingent of a State Party assigned to an international peace-keeping or peace-enforcement operation.⁶⁹

Het lijkt daarom niet alleen verstandig, maar ook opportuun om – los van de problematiek van de Saramati-doctrine – het vraagstuk van de toepasselijkheid van mensenrechten op militaire operaties in beschouwing te nemen. Die toepasselijkheid heeft immers invloed op een aantal onderdelen van militaire operaties, zoals detenties, en raken daarom ook Nederland. We komen uiteindelijk in een later stadium in paragraaf 3.5 terug op de verschillen tussen ISAF en de KFOR-setting van *Behrami & Saramati*.

3.3. Inleiding: Mensenrechten en jurisdictie

Klassieke mensenrechten – burgerrechten⁷⁰ – beschermen het individu tegen willekeurig gebruik of misbruik van overheidsbevoegdheden door de autoriteiten van een territoriale

⁶⁴ Vanwege de feiten van het geval is voor ons doel de zaak *Saramati* de meest relevante. Lawson (2008), p. 57, gebruikt om begrijpelijke redenen de naam van de eerste klager in deze zaak, de ‘Behrami-doctrine’.

⁶⁵ Zie bijvoorbeeld: Ibid. p. 57.

⁶⁶ Zie in die zin ook: UK House of Lords (2007a), *Al-Jedda*. De Lords komen tot de conclusie dat de detentie van Al-Jedda in de context van Irak anno november 2004 *niet* aan de VN, maar aan het Verenigd Koninkrijk moest worden toegekend. Zie hierover: Zwanenburg (2008), p. 136-137

⁶⁷ Zie o.a. Lawson (2008), p. 51-63; Bulterman (2007), p. 111; Bijl (2008a), p. 47-63.

⁶⁸ Lawson (2008), p. 40.

⁶⁹ HRC (2004, March 29), *General Comment No. 31*, § 10.

⁷⁰ Dit onderzoek concentreert zich op burgerrechten. Burgerrechten zijn vrijheidsrechten die de burger tegen de staat beschermen (Nollkaemper (2005), p. 245). Politieke rechten, economische, sociale en culturele rechten vallen buiten het bereik van dit onderzoek.

staat.⁷¹ De staat heeft daarbij een dubbele ‘pet’ op: het is de rechtspersoon die enerzijds door gedrag (van zijn organen) ingrijpt in de rechten van mensen en waartegen deze beschermd moeten worden, terwijl ze anderzijds het lichaam is dat diezelfde rechten moet eerbiedigen en verwezenlijken.⁷²

De verplichtingen die voortvloeien uit de mensenrechtenverdragen zijn, op een aantal uitzonderingen na,⁷³ primair beperkt tot het *territoire* van de Verdragspartijen in kwestie. In toenemende mate beïnvloedt echter ook *extraterritoriaal* gedrag van staten de mensenrechten van individuen.⁷⁴ Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn bij militaire operaties in het buitenland: bijvoorbeeld ISAF.

Het belang van de vraag of mensenrechtenverdragen op de Nederlandse bijdrage van ISAF van toepassing zijn, tonen we aan met twee voorbeelden. Als burgers bij operaties omkomen, is daarbij – mogelijk – het recht op leven in het geding.⁷⁵ Dat geldt evenzeer als burgers tijdens acties gedetineerd worden; in dat geval speelt het recht op persoonlijke vrijheid een rol. De wijze waarop operaties gepland en uitgevoerd worden, raakt – met andere woorden – regelmatig aan mensenrechten. Mensenrechten beïnvloeden dus waarschijnlijk ook de planning en uitvoering van operaties.

De vraag die hierna centraal staat, is of mensenrechten – waaronder het recht op leven – extraterritoriale werking hebben?⁷⁶ Net als het oorlogsrecht, kent het EVRM een drempelwaarde voordat dit regime überhaupt op militaire operaties van toepassing kan zijn. Deze drempelwaarde, *threshold*, zullen we als eerste vaststellen (§ 3.4). Het betreft de vraag of een persoon zich *onder de rechtsmacht* of *binnen de jurisdictie* van een verdragsstaat bevindt. Als deze ‘hobbel’ is genomen, kunnen we in tweede instantie het van toepassing zijnde regime nader bezien (§ 3.7).

3.4. Drempel: Jurisdictie

De reikwijdte van het EVRM wordt bepaald door het toepassingsbereik zoals dat omschreven is in artikel 1 van het Verdrag. Anders dan het hiervoor besproken oorlogsrecht,⁷⁷ kent het EVRM geen universeel bereik. Het EVRM is (slechts) van toepassing op personen die zich *binnen de jurisdictie* van een Verdragspartij bevinden:⁷⁸

Artikel 1 EVRM. Verplichting tot eerbiediging van de rechten van de mens.

⁷¹ Coomans & Kamminga (2004), p. 1.

⁷² Ducheine (2008), p. 381.

⁷³ Zie b.v. Genocideverdrag; ICJ (1996b), *Genocide case (preliminary objections)*, § 31: “The Court notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the [Genocide] Convention”.

⁷⁴ Coomans & Kamminga (2004), p. 2. Zie voor een vergelijkbaar onderzoek: Lorenz (2005), p. 1 e.v.

⁷⁵ Zie o.a. art. 3 Universele verklaring van de rechten van de mens: “Een ieder heeft het recht op leven, vrijheid en onschendbaarheid van zijn persoon”. Conform: art. 6 IVBPR, art. 2 EVRM, art. 4 *African Charter on Human and People’s Rights* (ACHPR), art. 4 ACHR. Zie ook art. 11 Grondwet.

⁷⁶ Zie uitgebreid: Ducheine (2008), p. 380-466.

⁷⁷ Zie bijvoorbeeld art. 1 GC III: “De Hoge Verdragsluitende Partijen verbinden zich dit Verdrag *onder alle omstandigheden* te eerbiedigen en te doen eerbiedigen” [Accent: PD&EH]. Deze dichotomie is minder scherp dan voorheen. Niet alleen vanwege extraterritoriale werking van mensenrechten, maar ook omdat de toepasselijkheid van het oorlogsrecht genuanceerd bezien moet worden. Zo was Nederland partij bij het gewapende conflict met Afghanistan (*Enduring Freedom*), terwijl in Nederland zelf het oorlogsrecht niet is toegepast.

⁷⁸ Jurisdictie wordt hier als synoniem voor rechtsmacht gehanteerd.

De Hoge Verdragsluitende Partijen verzekeren een ieder, *die ressorteert onder hun rechtsmacht*, de rechten en vrijheden welke zijn vastgesteld in de Eerste Titel van dit Verdrag.⁷⁹

Verdragspartijen zijn gehouden de rechten en vrijheden van het EVRM – mensenrechten – te garanderen aan een ieder die zich ‘binnen hun rechtsmacht’, binnen hun ‘jurisdictie’ bevindt. Dat is niet anders als militaire operaties worden uitgevoerd.⁸⁰ Anders gezegd: het toepassingsbereik, dat wordt afgemeten aan de omvang van de jurisdictie van de Verdragspartij, bepaalt of het EVRM van toepassing is op militaire operaties of niet. Daarbij is van belang dat jurisdictie hier in een specifieke rol wordt gebruikt, namelijk om de reikwijdte van de verdragsverplichtingen te bepalen.⁸¹

De logica hiervan is dat staten pas de mensenrechten kunnen garanderen als ze een afdoende mate van effectief gezag over personen kunnen uitoefenen. Oftewel: als ze feitelijke jurisdictie bezitten.⁸²

3.4.1. Territoriale en extraterritoriale jurisdictie

Jurisdictie in de zin van het EVRM is primair territoriaal bepaald: op het grondgebied van de verdragpartij.⁸³ Dit is de hoofdregel. Daarnaast strekt rechtsmacht in de zin van het EVRM zich ook uit over personen onder gezag van de staat in het buitenland:

It is clear from the language, [...], that the High Contracting Parties are bound to secure the rights and freedoms *to all persons under its actual authority and responsibility*, whether this authority is exercised *on its own territory or abroad*. [...].⁸⁴

Dit is de basis voor zogeheten extraterritoriale jurisdictie, de uitzondering op de hoofdregel. Op de eerste plaats zijn er de normale uitzonderingen op basis van het internationale recht en het verdrag zelf. Dit zijn onomstreden uitzonderingen vanwege:

- de ‘koloniale’ clausule van art. 56 EVRM (in koloniale gebieden);⁸⁵
- het vlagbeginsel (aan boord van schepen en vliegtuigen die in de Verdragspartij geregistreerd zijn);⁸⁶
- ‘consent’ (wanneer een staat in het buitenland overheidsgezag uitoefent dat normaliter door de gaststaat wordt uitgeoefend).⁸⁷

Deze normale uitzonderingen spelen in de situatie van ISAF geen rol.

⁷⁹ Accent: PD&EP.

⁸⁰ Ducheine (2008), p. 385.

⁸¹ Conform: o.a. Orakhelashvili (2003), p. 540-541; Altiparmak (2004), p. 224: “it might be wrong to transfer the ordinary meaning of ‘jurisdiction’ under general international law to human rights law”.

⁸² De keerzijde hiervan is dat in een aantal geval het ECHR eerst beziet aan wie handelingen moeten worden toegerekend, en vervolgens vaststelt dat die partij niet aansprakelijk kan worden gehouden, waarmee een oordeel over jurisdictie uit kan blijven (zie: Lawson (2008), p. 54).

⁸³ ECHR (2001-12-12), *Bankovic ea*, § 59-61. Nollkaemper (2005), p. 252.

⁸⁴ ECommHR (1975-05-26), *Cyprus/Turkey (1)*, § 8, verwijzend naar ECommHR (1965-09-25), *X./Germany*, p. 168-169. [Accent: PD&EP]

⁸⁵ Loucaides (2006), p. 398-399: Het VK breidde het verdragsgebied in 1953 uit tot 45 koloniale gebieden, Nederland deed dit voor Suriname en de Nederlandse Antillen. In die zin meent Altiparmak (2004), p. 243 dat een situatie van bezetting van vreemd grondgebied naar analogie gepaard moet gaan met een dergelijke verklaring voordat er sprake kan zijn van jurisdictie in de zin van art. 1 EVRM.

⁸⁶ ECHR (2001-12-12), *Bankovic ea*, § 73. Zie ook: ECommHR (1975-05-26), *Cyprus/Turkey (1)*, p. 136, § 8.

⁸⁷ ECHR (2001-12-12), *Bankovic ea*, § 71; ECHR (2001-01-11), *Xhavara ea*, waarbij Albanië Italië toestemming had gegeven voor het boarden van Albanese schepen met vluchtelingen.

Naast deze hiervoor genoemde normale, zijn er twee bijzondere uitzonderingen.⁸⁸ Enerzijds zijn dit de handelingen van overheidsorganen waarmee en waardoor personen (tijdelijk) binnen de jurisdictie van de staat vallen, omdat de staat via zijn organen een vorm van effectief gezag over deze personen uitoefent of uit kan oefenen. Dit is aan de orde bij detentie, aanhouding of ontvoering. Deze grondslag duiden we als *State Agent Authority* (SAA).⁸⁹ Anderzijds zijn er situaties waarin een staat effectieve controle over een gebied buiten het eigen territorium uitoefent:⁹⁰ bijvoorbeeld bij bezetting, of tijdens militaire operaties. Dit noemen we *Effective Control of an Area* (ECA).

Nederlandse militaire eenheden kunnen in buitenlandse operaties, zoals in Afghanistan, met deze grondslagen van extraterritoriale werking van het EVRM geconfronteerd worden. We zullen analyseren in welke gevallen van SAA dan wel ECA sprake kan zijn.

3.4.2. 'State Agent Authority' (SAA)

Uit Europese jurisprudentie blijkt dat strijdkrachten door hun handelingen tijdens buitenlandse missies, zoals ISAF, personen binnen de rechtsmacht van Nederland kunnen brengen:

[...] authorised agents of a State, including diplomatic or consular agents and armed forces, not only remain under its jurisdiction when abroad but bring any other persons or property "within the jurisdiction" of that State, to the extent that they exercise authority over such persons or property. Insofar as, by their acts or omissions, they affect such persons or property, the responsibility of the State is engaged.⁹¹

Deze grondslag voor extraterritoriale jurisdictie in de zin van het EVRM duiden we hier met 'State Agent Authority' (SAA). Het maakt daarbij niet uit of de overheidsorganen (*state agents*) wel of geen geldige juridische basis voor hun optreden hebben.⁹² "Authority" zou volgens Rozakis het volgende omvatten:

The capacity of a State to exercise power through its agents in an unhindered manner in a specific area outside its territory and furthermore, for a period of time allowing for the 'effective' deployment of this power.⁹³

⁸⁸ Zie uitgebreid: Ducheine (2008), p. 392-408. Vanwege de EU-verdragsverplichtingen zijn missie van EU-strijdkrachten aan het EVRM gebonden: Ducheine (2008), p. 409-410. We laten deze situatie hier buiten beschouwing.

⁸⁹ ECommHR (1975-05-26), *Cyprus/Turkey (1)*, p. 136. Conform: ECommHR (1992-10-14), *W.M./Denmark*, § 3.

⁹⁰ ECHR (1995-03-23), *Loizidou (Preliminary objections)*, § 62.

⁹¹ ECommHR (1975-05-26), *Cyprus/Turkey (1)*, p. 136, § 8 en p. 137, § 10. Hoewel de ECommHR deze extraterritoriale grondslag aannam, waren de klachten niet ontvankelijk omdat Turkije de jurisdictie van het Hof nog niet aanvaard had. Herhaald in: ECommHR (1989-10-12), *Stocké*, § 166 en ECommHR (1992-10-14), *W.M./Denmark*.

⁹² ECHR (2004-11-16), *Issa ea*, § 71: "a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State [see, mutatis mutandis, ECommHR (1992-10-14), *W.M./Denmark*, p. 193; ECommHR (1996-06-24), *Sanchez Ramirez ('Carlos')*, p. 155; IACommHR (1999, Sep 29), *Coard*, § 37, 39, 41 en 43]". Zie ook de visies in: HRC (1981, Jul 29b), *Lopez Burgos*, § 12.3; en HRC (1981, Jul 29a), *Celiberti de Casariego*, § 10.3.

⁹³ C.L. Rozakis, 'How far can we go? Recent developments of Strasbourg case-law on the concept of jurisdiction', in: L. Caflisch (eds.), *Liber Amicorum Jose Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, Universidad Complutense, 2005, p. 213.

De fysieke omvang van deze gezagsuitoefening kan beperkt zijn tot de directe omgeving van de machtsuitoefening, die de vorm kan hebben van bijvoorbeeld een aanhouding, ontvoering of detentie.⁹⁴ Het gaat in deze situatie (SAA) vooral om de feitelijke uitoefening van de overheidsmacht sec. Wanneer er sprake is van effectieve gezagsuitoefening is er ook sprake van jurisdictie in de zin van het EVRM. We bezien hierna achtereenvolgens detentie, aanhouding en ten slotte directe actie.⁹⁵

3.4.2.1. Detentie

De meest karakteristieke en aansprekende vorm van SAA betreft detentie:

A prisoner is the archetypal example of someone who comes within the jurisdiction of the detaining state which exercises the most extreme type of control over him.⁹⁶

We staan kort stil bij een bekend voorbeeld: de (Britse) *Al Skeini case*.⁹⁷ De Irakees Baha Mousa overleed in gevangenschap in een Britse detentiefaciliteit in Basra (Irak, 2003). Tijdens deze detentie is hij mishandeld.⁹⁸ In hoogste instantie oordeelden de *Law Lords* dat Baha Mousa zich vanwege zijn detentie binnen de Britse jurisdictie in de zin van het EVRM bevond,⁹⁹ hetgeen de Britse overheid in de procedure ook zelf toegaf:

The Secretary of State now concedes that the UK had jurisdiction in relation to Baha Mousa throughout the period that led up to his death, because he was being held in a British military prison that was operating in Iraq with the consent of the Iraqi sovereign authorities and contained arrested suspects [ref.].¹⁰⁰

Overigens oordeelde het *Court of Appeal* – anders dan de Britse overheid – dat jurisdictie gevestigd werd op het moment van Mousa's aanhouding door de Britse troepen in Basra (zie hierna):

In [the Appeals Court's] judgment, Mr Mousa came within the control and authority of the UK from the time he was arrested at the hotel and thereby lost his freedom at the hands of British troops.¹⁰¹

In de gevallen van vijf andere Irakezen (waaronder Al Skeini), die in 2003 tijdens (verschillende) Britse patrouilles bij Brits geweldgebruik in Basra om het leven waren gekomen, was er echter geen sprake van SAA.¹⁰²

Ook de ISAF procedures voor de “detention of non-ISAF personnel” refereren uitgebreid aan (respect voor) mensenrechten:

⁹⁴ ECHR (2006-03-14), *Saddam Hussein*; UK High Court (2004), *Al Skeini*; UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini*; UK House of Lords (2007b), *Al Skeini*.

⁹⁵ Meerdere andere modaliteiten van overheidshandelen, zoals uitwijzing (zie b.v. ECHR (1989-07-07), *Soering*), of berechting (zie b.v. ECHR (1992-06-26), *Drozdz & Janoesek*), zijn in het kader van dit onderzoek niet onmiddellijk relevant voor dit deel van de onderzoeksvraag. Zij maken echter wel deel uit van de extraterritoriale jurisprudentie.

⁹⁶ De raadsman voor de verwerende partijen in *Bankovic*, Christopher Greenwood QC, in: Verbatim Record of the hearing held in *Bankovic*, 24 October 2001, p. 10 (in: O'Boyle (2004), p. 138).

⁹⁷ UK High Court (2004), *Al Skeini*; UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini*; UK House of Lords (2007b), *Al Skeini*.

⁹⁸ UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini*, § 28-29.

⁹⁹ UK High Court (2004), *Al Skeini*, § 288; UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini*, § 108 en 143; en UK House of Lords (2007b), *Al Skeini*, § 61, 91, 97, 132.

¹⁰⁰ Zie UK High Court (2004), *Al Skeini*, § 287.

¹⁰¹ UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini*, § 108.

¹⁰² Evenmin van ECA binnen de Britse rechtsmacht. UK High Court (2004), *Al Skeini*, § 284-285; en UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini*, § 142. Zie ook hierna (ECA).

Commanders at all levels are to ensure that detention operations are conducted in accordance with applicable international law and human rights standards and that all detainees are treated with respect and dignity at all times. The strategic benefits of conducting detention operations in a humanitarian manner are significant. Detention operations that fail to meet the high standards mandated herein will inevitably have a detrimental impact on the ISAF Mission.¹⁰³

Het feit dat gedetineerden (in beginsel) niet langer dan 96 uur mogen worden vastgehouden,¹⁰⁴ impliceert dat een – aan het EVRM ontleende inhoudelijke – norm voor vrijheidsbeneming is overgenomen, dan wel dat deze EVRM-norm van toepassing is.¹⁰⁵ Nationaal beleid is in dit soort kwesties overigens niet altijd helder en/of consistent.¹⁰⁶ De Nederlandse regering lijkt zich op ECA te concentreren, zo blijkt uit een antwoord inzake de extraterritoriale werking van het EVRM in Afghanistan:¹⁰⁷

Het [EVRM] legt uitsluitend verplichtingen op aan Nederland ten aanzien van personen die zich binnen de rechtsmacht van Nederland bevinden. Deze rechtsmacht is primair territoriaal bedoeld, dat wil zeggen in beginsel niet voor optreden buiten Nederland zelf. Het EVRM zou alléén verplichtingen opleggen voor wat betreft optreden in Afghanistan indien Nederland in Afghanistan «effectieve controle» uitoefende.¹⁰⁸

Daarmee lijkt de regering weinig oog te hebben voor de bekende zaken *Öcalan*, *Freda* en *Sanchez Ramirez* ('Carlos'), die extraterritoriale jurisdictie op basis van SAA accepteren (zie hierna).¹⁰⁹ Kennelijk had de regering slechts oog voor ECA als extraterritoriale grondslag (zie hierna).

Hoewel onduidelijk is of de regering ECA en/of SAA als extraterritoriale grondslag op het oog heeft, lijkt het taalgebruik op ECA te duiden. Andere reacties van de regering bevestigen dit.¹¹⁰

¹⁰³ SOP 362 3rd edition 2006-8-21. Bron: Roberts, Adam, (2006), Human rights obligations of external military forces, in: The rule of law in peace operations, Reueil XVII International Congress ISMLLW, p. 448, fn. 27 (*Standard Operating Procedures 362 Detention of Non-ISAF Personnel*); in: Roberts (2006), p. 443. Zie in die zin ook de *Military Technical Agreement (MTA) ISAF - Afghanistan* (in: NATO (2002, Jan 4), p. 1032).

¹⁰⁴ Ministerie van Defensie (2007): "Opgepakte personen worden, als daar aanleiding toe is, standaard binnen 96 uur vrijgelaten of aan de Afghaanse overheid overgedragen". Zie ook: Nauta (2008), p. 178.

¹⁰⁵ Zie Naert (2006), p. 21. Zo is een detentieperiode van vier dagen en zes uren zonder voorgeleiding aan een rechter naar oordeel van het Hof in strijd is met art. 5(3) EVRM, zie: ECHR (1988-11-29), *Brogan*, § 60, 57-58.

¹⁰⁶ Ducheine (2008), p. 394. Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II 2002-03*, 23 432, nr. 117, p. 14-15, vraag 45: "Nederland en het Verenigd Koninkrijk [...] in Irak aan het EVRM gebonden [zijn] mits kan worden aangetoond dat de rechtsmacht onder het EVRM zich uitstrekt tot Irak. Dit lijkt *onwaarschijnlijk* aangezien het EVRM primair in territoriale zin is bedoeld en uitbreiding van de rechtsmacht kan zich alleen uitstrekken over grondgebieden waar het Verdrag reeds gelding heeft." [Accent: PD&EP]. Zo ook de Britse minister van Defensie, Adam Ingram (MP): "[T]he European Convention on Human Rights is intended to apply in a regional context in the legal space of the Contracting States. It was not designed to be applied throughout the world and was not intended to cover the activities of a signatory in a country which is not signatory to the Convention. The ECHR can have no application to the activities of the UK in Iraq because the citizens of Iraq had no rights under the ECHR prior to the military action by the Coalition Forces." (in: Wilde (2005), p. 116).

¹⁰⁷ Ducheine (2008), p. 394.

¹⁰⁸ *Kamerstukken I 2004-05*, 27 925, nr. B, p. 10.

¹⁰⁹ Zie hierna § 3.4.2.2 (Aanhouding).

¹¹⁰ *Kamerstukken II 2004-05*, 27 925, nr. 167, p. 25: "Over het begrip «effectieve controle» behoeven wij ons hoofd niet te buigen. Dat is namelijk een juridisch begrip, waarover jurisprudentie bestaat van het Europese Hof. Het is glashelder dat de omvang en de aard van de inzet van de Nederlandse militairen in Afghanistan niet leiden tot effectieve controle in de zin van de jurisprudentie inzake het EVRM".

Ook de door de Ministers van Justitie en Defensie ingestelde onderzoekscommissie *Evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij uitzendingen* (de Commissie Borghouts), beperkte zich in haar onderzoek tot extraterritoriale jurisdictie op basis van ECA, en noemde SAA niet.¹¹¹

De Commissie van den Berg, ingesteld vanwege het beweerde ‘martelen’ van Iraakse gedetineerden,¹¹² kwam – verwijzend naar “jurisprudentie van het European Court of Human Rights [ECHR]” – tot de conclusie dat: “Nederlandse troepen in omgang met Irakezen en zeker met gedetineerden, gebonden [waren] aan de verplichtingen die voortvloeiden uit het EVRM”.¹¹³

De Commissie van Toezicht betreffende de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD), die naar dezelfde affaire onderzoek deed, kwam – via een omweg – ook tot de conclusie dat Nederland jurisdictie had over de Iraakse gedetineerden.¹¹⁴ Deze commissie zag de Nederlandse detentiefaciliteit in Irak echter als een klein gebied waarbinnen Nederland ECA uitoefende.¹¹⁵

Markant is dat de regering, noch de door haar ingestelde commissies verwijzen naar de jurisprudentie van het ECHR, waarin de extraterritoriale jurisdictie op basis van SAA voor gedetineerden en aanhouding zo duidelijk naar voren komt.¹¹⁶

3.4.2.2. Aanhouding

Een tweede modaliteit waardoor via SAA jurisdictie tot stand komt, betreft de aanhouding van een persoon door de autoriteiten van een staat. Naast (de aanhouding van) de bekende Ilich Sanchez Ramirez (bijgenaamd Carlos of de Jakhals),¹¹⁷ toont de *Öcalan case* aan dat er sprake was van effectieve controle door Turkije over Öcalan zodra deze op het vliegveld van Nairobi door Keniaase autoriteiten aan Turkse autoriteiten was overgedragen.¹¹⁸ Daardoor bevond Öcalan zich – via Turkse overheidsfunctionarissen op buitenlands grondgebied – binnen de Turkse jurisdictie, ook al was deze extraterritoriaal bepaald.¹¹⁹

It is common ground that, directly after being handed over to the Turkish officials by the Kenyan officials, the applicant was under effective Turkish authority and therefore within the “jurisdiction” of that State for the purposes of Article 1 of the Convention, even though in this instance Turkey exercised its authority outside its territory.¹²⁰

Het spreekt voor zich dat ook synonieme begrippen onder deze noemer vallen. Daarbij valt te denken aan arrestatie (‘arrest’) en detentie (‘detain’) in de betekenis van het moment

¹¹¹ *Kamerstukken II 2005-06*, 30 300 X, nr. 136, bijlage , p. 29-30.

¹¹² De Volkskrant (17-11-2006), *Nederlanders martelden Irakezen*.

¹¹³ Commissie van den Berg (2007), p. 25, aangeboden via *Kamerstukken II 2006-07*, 23 432, nr. 228, bijlage. Waarom Nederlandse troepen in zijn algemeenheid “in de omgang met Irakezen” aan het EVRM gebonden waren maakt de commissie niet duidelijk. Verwijzingen naar specifieke jurisprudentie ontbreken eveneens.

¹¹⁴ CTIVD (2007), p. 41, aangeboden via *Kamerstukken II 2006-07*, 23 432, nr. 228, bijlage.

¹¹⁵ CTIVD (2007), p. 39-41, onder verwijzing naar *Issa en Al Skeini*.

¹¹⁶ Zie ook de zaken ECHR (2009-06-30), *Al-Saadoon*, § 87-89; UK Court of Appeal (2009-01-21), *Al-Saadoon*; en UK High Court (2008-12-19), *Al-Saadoon*.

¹¹⁷ ‘Carlos’ werd in Soedan aangehouden: ECommHR (1996-06-24), *Sanchez Ramirez* (‘Carlos’). Zie ook de vergelijkbare zaken ECommHR (1980-10-07), *Freda*, p. 255 (aangehouden door Costa Rica en ter plekke overgedragen aan Italië); en ECHR (2008-07-10), *Medvedyev*.

¹¹⁸ ECHR (2003-03-23), *Öcalan*, § 91-93.

¹¹⁹ De kwestie van (het ontbreken van) de toestemming van Kenia doet aan de kwestie van extraterritoriale jurisdictie niets af, wel voor de hier niet aan de orde zijnde vraag betreffende de rechtmatigheid van de arrestatie, die eventueel een schending van het EVRM kan opleveren. Conform: Gondek (2005), p. 374.

¹²⁰ ECHR (2005-05-12), *Öcalan*, § 91.

waarop een individu van zijn/haar persoonlijke vrijheid wordt beroofd. Ook ontvoering (*abduction*) valt onder deze modaliteit.

3.4.2.3. Directe militaire actie

Een derde mogelijke modaliteit van SAA behelst militaire operaties waarbij er geen sprake is van aanhouding of detentie, maar waarbij door middel van functioneel militair geweldgebruik,¹²¹ bijvoorbeeld tijdens patrouilles, aanvallen, of (vuur)gevechten, slachtoffers vallen, zonder dat er sprake is van *Effective Control of an Area* (ECA).¹²²

Zoals we hiervoor zagen, wees de Britse rechter in de *Al Skeini case* jurisdictie af in die gevallen waarbij Irakezen door Brits geweldgebruik tijdens patrouilles en ‘searches’ om het leven waren gekomen.¹²³ Anders gezegd: er bestond geen jurisdictie op basis van SAA.¹²⁴ Lord Justice Brooke:

None of them were *under the control and authority of British troops* at the time when they were killed. This is one of the main points that was decided in *Bankovic* [...]. The only case which might give rise to an argument to the contrary is that of Muhammed Salim (on the basis that British troops assumed *control of the house* when they burst in), but it would in my judgment be thoroughly undesirable for questions about the applicability of the ECHR to turn for their resolution on sophisticated arguments of this kind. The soldiers, for instance, might have found they were by no means in control of the house if they had all been shot dead by hostile gunfire after they had broken in. It is essential, in my judgment, to set rules which are readily intelligible. *If troops deliberately and effectively restrict someone's liberty he is under their control.* This did not happen in any of these five cases.¹²⁵

In de kwestie *Bankovic* wees het ECHR jurisdictie vanwege een luchtaanval op een radiostation in Belgrado af.¹²⁶ In de recentere *Solomon case* stelde het ECHR juist weer wel vast dat er sprake was van jurisdictie vanwege SAA: het betrof een demonstrant die door Noord-Turkse militairen werd neergeschoten.¹²⁷ In *Isaak* oordeelde het ECHR dat de mishandeling van een demonstrant (tijdens de begrafenis van Solomou) buiten het grondgebied jurisdictie vanwege SAA genereerde.¹²⁸ In de zaak *Pad* concludeerde dat personen die door een Turkse helikopter onder vuur waren genomen, maar zich mogelijk buiten Turks grondgebied bevonden, binnen de Turkse jurisdictie vielen.¹²⁹

Cruciaal voor het ontstaan en bestaan van jurisdictie in de zin van het EVRM is de situatie waarin de overheid over het vermogen beschikt “to secure the rights and freedoms to [persons] under its actual authority and responsibility”.¹³⁰ Bepalend is of de slachtoffers zich

¹²¹ Voor deze term: zie Ducheine & Walgemoed (2004), p. 309.

¹²² O’Boyle (2004), p. 139, wijst er op dat ook de Falklandoorlog geen casus heeft opgeleverd. Contra: Rowe (2006), p. 4, er op wijzend dat een klacht in Straatsburg werd ingediend vanwege het tot zinken brengen van de Argentijnse kruiser General Belgrano. Deze was vanwege het overschrijden van de termijn niet-ontvankelijk: zie ECHR (2000-07-19), *De Ibanez & Rojas*.

¹²³ Evenmin van ECA binnen de Britse rechtsmacht. UK High Court (2004), *Al Skeini*, § 284-285; en UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini*, § 142. Zie ook hierna (ECA).

¹²⁴ En evenmin op basis van ECA.

¹²⁵ UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini*, § 110 [Accent: PD & EP].

¹²⁶ ECHR (2001-12-12), *Bankovic ea*, § 82.

¹²⁷ ECHR (2008-06-24), *Solomou*, § 51. het betrof nota bene een zaak die zich afspeelde in het door Turkije bezette deel van Cyprus. Zwanenburg (2009), p. 7-8, stelt terecht de vraag waarom het EHRM geen jurisdictie vanwege ECA (bezetting Noord-Cyprus) aannam.

¹²⁸ ECHR (2006-09-28), *Isaak (admissibility)*, p. 21. Voor een annotatie: Zwanenburg, 2009 #2673}8-10.

¹²⁹ ECHR (2007-06-28), *Pad*, § 54.

¹³⁰ Conform: ECommHR (1975-05-26), *Cyprus/Turkey (1)*, § 8, verwijzend naar ECommHR (1965-09-25), *X./Germany*, p. 168-169.

binnen de jurisdictie, dat wil in dit verband zeggen, onder het effectieve gezag of de controle van de strijdkrachten vallen, waardoor de staat ook de aan die gezagsuitoefening verbonden rechten en verplichtingen onder het EVRM kan verzekeren. Daarvoor is – in ieder geval tijdelijk en plaatselijk – effectief gezag nodig, zoals dat bijvoorbeeld tijdens een aanhouding en detentie ook aanwezig is.¹³¹ . In Rozakis' beschrijving gaat het om:

The capacity of a State to exercise power through its agents in an unhindered manner in a specific area outside its territory and furthermore, for a period of time allowing for the 'effective' deployment of this power.¹³²

Rozakis' typering leidt in onze ogen tot een driedeling. Er zijn enerzijds omstandigheden waarin – net als tijdens aanhouding en detentie – een staat over voldoende *effective control* beschikt zodat zij de situatie – tijdelijk en plaatselijk – ongehinderd beheerst. Dit genereert tevens jurisdictie in de zin van het EVRM, zodat mensenrechten moeten worden gerespecteerd. Anderzijds zijn er omstandigheden waarbij van *effective control* geen sprake zal zijn. Er kan te weinig gezag zijn, of gezag dat niet (lang genoeg) bestendig is, dan wel gehinderd wordt door invloeden van buitenaf. Tussen deze twee uitersten bevindt zich een grijs gebied.¹³³ In dit grijze gebied moet van geval tot geval bezien worden of er in die specifieke omstandigheden sprake is van voldoende *effective control*.

Een fictieve situatie in het grijze gebied is de volgende. Een Verdragspartij (staat X) besluit tot het uitvoeren van een gerichte militaire actie tegen individuen in het buitenland, bijvoorbeeld Pakistan. Deze individuen, *insurgents* uit het Afghaanse strijdtoneel, maken deel uit van Opposing Militant Forces. Ze worden in een kortstondige militaire actie door strijdkrachten van de Verdragspartij in Pakistan gedood. In dit verband spreekt met ook wel over het fenomeen 'targeted killing'.¹³⁴ De omstandigheden waaronder deze *insurgents* werden gedood, zal bepalend zijn voor de vraag of er sprake was van voldoende effectieve controle én dus van jurisdictie van de Verdragspartij.

Om de kwestie te compliceren zijn een aantal varianten illustratief:

- de actie wordt uitgevoerd door *special forces* van de Verdragspartij waarbij de *insurgents* in een nabijgevecht worden gedood;
- idem, maar de *insurgents* worden door schutters op lange afstand gedood;
- de actie wordt uitgevoerd door de inzet van een onbemand vliegtuigje waarbij de 'bestuurder' (die zich op het grondgebied van de Verdragspartij bevindt) een geleide raket afvuurt.

Vooraf in deze derde modaliteit moet gewaakt worden voor misbruik. Een staat zou zich aan zijn verantwoordelijkheden kunnen onttrekken door te weinig macht te projecteren terwijl het daartoe wel in staat is. Ook zou een staat bewust buiten haar grondgebied kunnen opereren om jurisdictie te ontlopen. Wat dat betreft is de ratio voor extraterritoriale jurisdictie van het VN-Mensenrechtencomité zoals die tot uitdrukking bracht in de zaak *Lopez Burgos/Uruguay* cruciaal:

¹³¹ Ducheine (2008), p. 400.

¹³² C.L. Rozakis, 'How far can we go? Recent developments of Strasbourg case-law on the concept of jurisdiction', in: L. Caflich (eds.), *Liber Amicorum Jose Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, Universidad Complutense, 2005, p. 213.

¹³³ Ducheine (2008), p. 400.

¹³⁴ Melzer (2008).

In line with this, it would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory.¹³⁵

Het ECHR nam deze gedachtegang over in de zaken *Issa* en *Isaak case*.¹³⁶ Toepassing van dit gedachtengoed impliceert dat er vrij snel sprake zal zijn van jurisdictie bij directe acties die ook op het eigen grondgebied hadden kunnen worden uitgevoerd. Indien dat alternatief niet aanwezig is, ligt SAA weer minder voor de hand.

De vraag is uiteraard hoe de Verdragspartijen tegen deze kwestie aankijken. Hij lijkt alsof staten enerzijds terughoudend zijn om formele jurisdictie te aanvaarden,¹³⁷ terwijl ze aan de andere kant op basis van beleidsmatige overwegingen materiële verplichtingen naar analogie toepassen.¹³⁸ De gelijkenis met het oorlogsrecht dringt zich hier op.¹³⁹

3.4.2.4. Ratio SAA

Dat extraterritoriale jurisdictie op basis van SAA een valide en geaccepteerde uitzondering is, blijkt vooral ook uit *Issa*,¹⁴⁰ waarbij het ECHR uitgebreid verwijst naar vergelijkbare kwesties die door het VN-Mensenrechtencomité en de Inter-Amerikaanse Commissie voor de Rechten van de Mens behandeld zijn.¹⁴¹ Het ECHR verwijst in *Issa* expliciet naar de ratio om de extraterritoriale werking van mensenrechten te accepteren:

a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State [see fn.].¹⁴² Accountability in such situations stems from the fact that Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory (see *ibid.*).¹⁴³

Zwanenburg wijst er op dat deze redenering niet al te letterlijk opgevat kan worden: de redenering valt moeilijk te rijmen met *Bankovic* en zou ook tot devaluatie van artikel 1 EVRM leiden.¹⁴⁴ Daarmee lijkt hij een valide punt aan te snijden, dat op zich weer lastig te rijmen valt met de doelstelling van mensenrechtenverdragen zoals het EVRM.

¹³⁵ HRC (1981, Jul 29b), *Lopez Burgos*, § 12.3. Conform: Warbrick (2004), p. 998, de Franse aanslag op de Rainbow Warrior in Nieuw-Zeeland (1985, *Operation Satanique*) als voorbeeld nemend: “it is a counter-intuitive result that a state might be able to avoid the application of Conventions obligations by stepping outside its territory to execute its plans”.

¹³⁶ ECHR (2004-11-16), *Issa ea*, § 71, resp. ECHR (2006-09-28), *Isaak (admissibility)*.

¹³⁷ Zie bijvoorbeeld de standpunten van Verdragspartijen in *Bankovic* en *Saramati*.

¹³⁸ Zie *infra* § 3.7.2.

¹³⁹ Zie *supra* § 5.7.

¹⁴⁰ Er bestaat enige discussie *Issa* op SAA, ECA, danwel op beide betrekking heeft. Zie hiervoor: Gondek (2005), p. 374-375, en UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini*, § 92.

¹⁴¹ Ducheine (2008), p. 395-396.

¹⁴² Verwijzend naar ECommHR (1992-10-14), *W.M./Denmark*, p. 193; ECommHR (1996-06-24), *Sanchez Ramirez ('Carlos')*, p. 155, maar vooral ook naar de jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité en de Inter-Amerikaanse Commissie voor de rechten van de Mens, respectievelijk HRC (1981, Jul 29b), *Lopez Burgos*, § 12.3; HRC (1981, Jul 29a), *Celiberti de Casariego*, § 10.3; en IACommHR (1999, Sep 29), *Coard*, § 37, 39, 41 en 43.

¹⁴³ ECHR (2004-11-16), *Issa ea*, § 71.

¹⁴⁴ Zwanenburg (2009), p. 9.

3.4.3. 'Effective Control of an Area' (ECA)

Uit de jurisprudentie van het ECHR, blijkt dat het EVRM ook extraterritoriale werking heeft als de Verdragspartij in het buitenland als gevolg van militaire operaties effectieve controle (gezag) over een gebied uitoefent. Het betreft hier *Effective Control of an Area* (ECA):

Bearing in mind the object and purpose of the Convention, the responsibility of a Contracting Party may also arise when *as a consequence of military action* – whether lawful or unlawful – *it exercises effective control of an area outside its national territory*. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention derives from the fact of such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration.¹⁴⁵

In dit geval betrof het oordeel van het Europese Hof de Turkse bezetting van Noord-Cyprus.

Het uitoefenen van ECA kent verschillende modaliteiten.¹⁴⁶ Op de eerste plaats als een bezettende mogendheid in de zin van het Landoorlogsreglement. Dit was hierboven het geval (Turkije in Noord-Cyprus). Ten tweede is er ook sprake van ECA als een staat met instemming van (*consent*), of op uitnodiging van een andere staat publiek gezag uitoefent dat normaliter door die andere staat zelf wordt uitgeoefend, dan wel indien die andere staat hierin berust.¹⁴⁷

In sum, the case-law of the Court demonstrates that its recognition of the exercise of extra-territorial jurisdiction by a Contracting State is exceptional: it has done so when the respondent State,

[1] through the effective control of the relevant territory and its inhabitants abroad as a consequence of military occupation or

[2] through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government.¹⁴⁸

Een derde mogelijkheid om – al dan niet in combinatie met *consent* – ECA uit te oefenen, is via een mandaat van de VN-Veiligheidsraad zoals het geval was bij KFOR en UNMIK in Kosovo:

The following day, [...] UNSC Resolution 1244 was adopted. KFOR was mandated to exercise complete military control in Kosovo. UNMIK was to provide an interim international administration and its first Regulation confirmed that the authority vested in it by the UNSC comprised all legislative and executive power as well as the authority to administer the judiciary [...] Kosovo was, therefore, [...] under the effective control of the international presences which exercised the public powers normally exercised by the Government of the FRY [...].¹⁴⁹

In de eerder genoemde *Al Skeini case* maakte het Britse *Court of Appeal* duidelijk dat de status van bezettende mogendheid onder het oorlogsrecht, niet automatisch ECA in de zin van het EVRM impliceert:¹⁵⁰

¹⁴⁵ ECHR (1995-03-23), *Loizidou (Preliminary objections)*, § 62.

¹⁴⁶ Ducheine (2008), p. 405.

¹⁴⁷ Deze situatie is hiervoor als derde normale uitzondering genoemd: supra § 3.4.1.

¹⁴⁸ ECHR (2001-12-12), *Banković ea*, § 71.

¹⁴⁹ ECHR (2007-05-31), *Bebrami & Saramati*, § 70.

¹⁵⁰ Contra: Altiparmak (2004), p. 243. Zie ook zijn nuance op p. 241, waar hij opmerkt dat ten tijde van het beleg van Basra (26 maart 2003) dat enkele weken duurde, de Britten nog geen bezettende mogendheid waren in de zin van art. 42 H IV R (LOR), maar vanwege het beleg wel effectieve controle over de stad hadden. Dat laatste valt overigens te betwijfelen.

It is quite impossible to hold that the UK, although an occupying power for the purposes of the Hague regulations and Geneva IV, was in effective control of Basrah City for the purposes of ECHR jurisprudence at the material time. [...] I reject the arguments by the claimants to the effect that occupation for the purposes of the Hague Regulations must necessarily be equated with effective control of the occupied area for ECHR purposes.¹⁵¹

Het VK bezat rechtsprekende, noch wetgevende of executieve jurisdictie.¹⁵² Bovendien gold de Amerikaans gedomineerde *Coalition Provisional Authority* (CPA) als de autoriteit die het tijdelijke bestuur over Irak in handen had.¹⁵³ Dit aspect is overigens nog niet in Straatsburg getoetst.

ECA kan dus aan de orde zijn bij militaire operaties die voortvloeien uit bezetting of uit een VN-Veiligheidsraad mandaat, dan wel die met instemming of op verzoek van het gastland worden uitgevoerd. Of er sprake is van ECA moet worden beoordeeld aan de hand van de feitelijke omstandigheden.¹⁵⁴

Wanneer we de kwestie van ECA spiegelen aan de Nederlandse bijdrage aan ISAF, dan blijkt allereerst dat ISAF geen bezettende mogendheid in de zin van het oorlogsrecht is. Hoewel ISAF met instemming van de Afghaanse overheid en met een mandaat van de VN-Veiligheidsraad opereert, vervult ISAF geen bestuursbevoegdheden die de Afghaanse overheid normaliter uitoefent. Deze constatering impliceert dat ISAF-troepen in de ‘Area of Operations’ geen ECA uitoefenen. De enige locaties waarop ECA van toepassing is, betreft de ISAF bases zelf. Hierbinnen kan gesproken worden van ECA, hoewel deze geografisch uiterst beperkt in omvang is:

The Court does not exclude the possibility that, as a consequence of this military action, the respondent State could be considered to have exercised, temporarily, effective overall control of a particular portion of the territory of northern Iraq.¹⁵⁵

Een complicerende factor ligt mogelijk in de gedeelde verantwoordelijkheid over deze ISAF bases. Daarbij kan zich een complicerende factor voordoen die ook in de zaak *Hess* aan de orde was (zie hierna),¹⁵⁶ waardoor jurisdictie van een Verdragspartij niet kan worden vastgesteld.

3.5. Saramati opnieuw bezien: ISAF versus KFOR?

De analyse van de vraag naar de toepasselijkheid van het EVRM op (extraterritoriale) militaire operaties lijkt op dit ogenblik sterk te worden beïnvloed door de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (ECHR) in de zaak *Behrami & Saramati*. Dat is in ieder geval zo bij door de VN-Veiligheidsraad geautoriseerde operaties. Toch is er reden voor voorzichtigheid. We stelden hiervoor (§ 3.2) al dat er goede redenen waren om – los van deze zaak – het leerstuk van jurisdictie en extraterritoriale werking van het EVRM te analyseren. We zetten die argumenten hiervoor op een rij.

Op de *eerste* plaats is de casus van Saramati zeer specifiek en betreft het een detentie in de context van de missie van KFOR in Kosovo. Saramati was aangehouden (“arrested”) door de internationale politiemacht van United Nations Mission in Kosovo (UNMIK). De op-

¹⁵¹ UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini*, resp. § 124 en 127.

¹⁵² Die bij de Iraakse justitie lag. Zie *Ibid.*, § 124.

¹⁵³ Zie de vergelijking met het gedeelde bestuur over de Spandau-gevangenis in Berlijn: ECommHR (1975-05-28), *Hess*.

¹⁵⁴ Ducheine (2008), p. 406-407.

¹⁵⁵ Vergelijk: *Ibid.* p. 407 en ECHR (2004-11-16), *Issa ea*, § 74.

¹⁵⁶ *Infra* § 3.5, voetnoot 169.

dracht daartoe kwam van (de Noorse) Commandant KFOR. Zijn detentie werd meermalen verlengd door (de Noorse en later de Franse) Commandant van KFOR. De praktijk in Afghanistan leert daarentegen dat (Nederlandse) ISAF-eenheden niet slechts op last van Commandant ISAF tot detentie overgaan. De (Nederlandse) ISAF-eenheden detineren daarnaast individuen zonder de tussenkomst van anderen: de Saramati constructie via de UNMIK politiemacht is in Afghanistan niet aan de orde.

Ten *tweede* is de Afghaanse context een andere dan de Kosovaarse. Niet alleen de voorgeschiedenis van het conflict wijkt af, maar ook de rechtsgrondslag van de missie van ISAF is anders. ISAF is niet alleen een VN-geautoriseerde missie, maar geniet ook de instemming van de Afghaanse overheid.¹⁵⁷ In dit verband is ook de Britse uitspraak in de zaak *Al-Jedda* relevant. De hoogste Britse rechter komt daarin tot de conclusie dat de detentie van Al-Jedda in de Iraakse context van november 2004 niet aan de VN, maar aan het Verenigd Koninkrijk moest worden toegekend.¹⁵⁸

De zaak *Behrami & Saramati* biedt, ten *derde*, ook inhoudelijke aanknopingspunten om de schaduw van de ‘Saramati-doctrine’ niet op toekomstige ISAF-zaken vooruit te laten werpen. Zo stelt Lawson vast dat:

Als kan worden aangetoond dat het troepenleverende land zich in een concrete situatie mengde – letterlijk eigenmachtige beslissingen nam – da[n] vormt dat een argument om het optreden niet aan de VN toe te rekenen.¹⁵⁹

Lawson refereert daarbij naar het ECHR dat vaststelt dat de detentie van Saramati zonder bemoeienis van de TCN’s verlopen was:

The Court does not find any suggestion or evidence of any actual TCN orders concerning, or interference in, the present operational (detention) matter.¹⁶⁰

In de Afghaanse context blijkt dat nationale ISAF-contingenten en de TCN’s *de facto* een grote beleidsvrijheid hebben betreffende het detineren van personen.¹⁶¹ Uiteraard opereren (Nederlandse) ISAF eenheden onder formeel gezag van Commandant ISAF, maar feitelijk is het reëel te concluderen dat de VN minder, en de TCN’s meer invloed hebben op detentie in de Afghaanse context dan het ECHR in de Kosovaarse context aannam.¹⁶² We lichten deze verschillen kort toe. Allereerst sluiten TCN’s zelf zogeheten Memoranda of Understanding (MOU’s) af met andere TCN’s én de Afghaanse overheid inzake de overdracht en behandeling van *detainees*.¹⁶³ ISAF ontbreekt hierin als partij.¹⁶⁴ Ten tweede geven de TCN’s,

¹⁵⁷ Supra § 2.6.

¹⁵⁸ Zie in die zin ook: UK House of Lords (2007a), *Al-Jedda*. Zie hierover: Zwanenburg (2008), p. 136-137, en 138-140.

¹⁵⁹ Lawson (2008), p. 57.

¹⁶⁰ ECHR (2007-05-31), *Behrami & Saramati*, § 139.

¹⁶¹ Lawson (2008), p. 55.

¹⁶² Conform: Bijl (2008a), p. 57-58.

¹⁶³ Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II 2006-06*, 27 925, nr. 205, bijlage (MOU Afghansitan - Nederland); (*Memorandum of Understanding between the Minister of Defence of the Islamic Republic of Afghanistan and the Minister of Defence of the Kingdom of the Netherlands, concerning the transfer of persons by Netherlands military forces in Afghanistan to Afghan authorities*), preambule: “Desiring to establish procedures in the event of the transfer by the military forces of the Netherlands to Afghan authorities of persons detained in Afghanistan”, en § 3 “The Afghan authorities will accept the transfer of persons detained by the Netherlands armed forces [...]”. *Kamerstukken II 2006-06*, 27 925, nr. 205, bijlage (MOU Afghansitan - Nederland)[Accent: PD&EP] Voor een overzicht van deze MOU’s, zie Amnesty International (2007), p. 21: onderlinge MOU’s (estland-Verenigd Koninkrijk en Nederland-Australië); MOU’s met GIROA (Canada, Denemarken, Nederland, Noorwegen en het Verenigd Koninkrijk).

¹⁶⁴ Een uitzondering hierop is de *Military Technical Agreement ISAF-Afghanistan*, die als raamovereenkomst kan worden gezien: NATO (2002, Jan 4), p. 1.

naast Commandant ISAF, (aanvullende) dwingende nationale aanwijzingen over de wijze waarop *detainees* behandeld (en overgedragen) moeten worden. Ten derde bestaat de kans dat sommige *detainees* met troepen uit slecht één enkele nationaal contingent geconfronteerd worden. Anders geformuleerd: de feitelijke contacten zijn regelmatig puur nationaal.¹⁶⁵ Ook de invloed van ‘lead-nations’ in samengestelde eenheden is niet onbelangrijk.¹⁶⁶ De Bijl’s opmerking over de dubbele ‘allegiance’ van (Nederlandse) ISAF eenheden lijkt in de Afghaanse context zeker op te gaan:

Niet ondenkbaar is dat de ‘dual allegiance’ van de nationale contingenten meer doorslaat naar de TCN’s dan door het [ECHR] verondersteld wordt.¹⁶⁷

Met andere woorden: het is maar de vraag of detentie-kwesties in de Afghaanse context wel onverkort voor rekening van ISAF en de VN komen.

De *vierde reden* om voorzichtig te zijn met de toepassing van de ‘Saramati-doctrine’ is de constatering dat het Europese Hof in de zaak *Behrami & Saramati* niet concludeerde dat het EVRM geen normatief kader bood voor de kwestie van de mensenrechten. Het Hof laat de vraag naar jurisdictie in de zin van EVRM onbeantwoord, want voor zover de klagers zich binnen de jurisdictie van de TCN, via KFOR, zouden bevinden, is dat de VN toe te rekenen.¹⁶⁸

Een kwestie die, *ten slotte*, in dit verband niet onbenoemd mag blijven is de kwestie van gedeeld gezag over *detainees*. In de zaak *Hess* werd vastgesteld dat de Spandau-gevangenis en de gevangenhouding van Rudolf Hess gezamenlijke verantwoordelijkheden van de vier bezettende mogendheden waren. De locatie en Hess vielen daardoor buiten de rechtsmacht van het VK:

The Commission is of the opinion that the joint authority cannot be divided into four separate jurisdictions and that therefore the United Kingdom’s participation in the exercise of the *joint* authority and consequently in the administration and supervision of Spandau Prison is not a matter “within the jurisdiction” of the United Kingdom, within the meaning of Art. 1 of the Convention.¹⁶⁹

Naar analogie zou een vergelijkbare ondeelbare gezamenlijke verantwoordelijkheid voor *detainees* (of bases)¹⁷⁰ in de context van ISAF aan jurisdictie onder het EVRM in de weg kunnen staan.¹⁷¹ Of er daadwerkelijk sprake is van ondeelbare gezamenlijke verantwoordelijkheid bij ISAF detenties (of bases) zal dan uiteindelijk aan de hand van de feiten moeten worden vastgesteld.

In onze opinie luidt de conclusie dat de ‘Saramati-doctrine’ zeker relevant kan zijn voor ISAF-operaties in Afghanistan, maar dat geenszins vaststaat dat zij bij voorbaat haar schaduw vooruit werpt. Uiteindelijk zal een toekomstige klacht door het Europese Hof voor de

¹⁶⁵ Vergelijk: Bijl (2008a), p. 61: “KFOR wordt uitdrukkelijke niet gezien als ‘context’ waarin de TCN’s eigen bevoegdheden uitoefenen”.

¹⁶⁶ Conform: Ibid. p. 57.

¹⁶⁷ Ibid. p. 58.

¹⁶⁸ Bijl (2008b), p. 56, die vaststelt dat het “common ground” is dat een persoon die “aangehouden” wordt, zich in de jurisdictie bevindt van de Staats wiens ‘agents’ die “aanhouding” verrichten (p. 57).

¹⁶⁹ ECommHR (1975-05-28), *Hess*; Bevestigd in ECommHR (1989-01-18), *Vearncombe ea*, waarbij geen uitspraak wordt gedaan over de klacht m.b.t. een Britse schietbaan in Berlijn: *inadmissible* vanwege andere redenen. [Accent: PD&EP].

¹⁷⁰ Zie supra § 3.4.3.

¹⁷¹ Zie in dit verband de opmerking in UK High Court (2004), *Al Skeini*, § 140. Deze kwestie kwam in ECHR (2007-05-31), *Behrami & Saramati* niet aan de orde.

Rechten van de Mens op grond van de specifieke omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld.

3.6. Subconclusie drempel

Het EVRM is van toepassing op diegenen die zich “binnen de rechtsmacht” van een Verdragspartij bevinden. Deze jurisdictie is primair territoriaal van aard. Op deze hoofdregel bestaan uitzonderingen die extraterritoriaal van aard zijn. Voor buitenlandse militaire operaties zoals ISAF zijn twee van deze uitzonderingen relevant.

Eenzijds zijn dit de handelingen van overheidsorganen waarmee en waardoor personen (tijdelijk) binnen de jurisdictie van een Verdragspartij vallen, omdat die staat via haar organen een vorm van effectief gezag over deze personen uitoefent of uit kan oefenen. Dit is aan de orde bij detentie, arrestatie, aanhouding of ontvoering. Deze grondslag hebben we aangeduid als *State Agent Authority* (SAA).

Anderzijds zijn er situaties waarin een staat effectieve controle over een gebied buiten het eigen territorium uitoefent. Hiervan kan sprake zijn bij een militaire bezetting, militaire operaties die met instemming of op verzoek van het gastland worden uitgevoerd of militaire operaties op basis van een VN-Veiligheidsraad mandaat. Dit hebben we *Effective Control of an Area* genoemd (ECA).

Directe, gerichte militaire acties, leveren soms wel en soms geen jurisdictie op. Bovendien is er sprake van een grijs gebied waarbij de omstandigheden van het geval bepalend zullen zijn. Daarbij moet gewaakt worden voor misbruik. Een Verdragspartij zou zich aan zijn verantwoordelijkheden kunnen onttrekken door te weinig macht te projecteren, terwijl het daartoe wel in staat is. Ook zou een Verdragspartij bewust buiten haar grondgebied kunnen opereren om jurisdictie te ontlopen.

Zodra ISAF eenheden individuen aanhouden of detineren, is er sprake van extraterritoriale jurisdictie op grond van SAA. Binnen de ISAF-bases is er sprake van jurisdictie op grond van (geografisch beperkte) ECA.¹⁷² Het EVRM is in die gevallen van toepassing. Gedeelde verantwoordelijkheid over detainees en/of ISAF bases kan daaraan echter in de weg staan. Een tweede complicerende factor is de ‘Saramati-doctrine’ die echter in de Afghaanse context niet onverkort kan worden toegepast.

3.7. Regime

Hiervoor zagen we dat er voor Nederlandse ISAF-eenheden sprake kan zijn van extraterritoriale werking van het EVRM via SAA of ECA. De meest duidelijke kwesties betreffen aanhouding, detentie en gevangenschap. Oftewel, een situatie waarbij een legitieme inbreuk wordt gedaan op het recht op persoonlijke vrijheid.

Omdat het wezenskenmerk van militaire operaties bestaat uit het vermogen om geweld aan te wenden, zullen we ons qua mensenrechtenregime concentreren op het meest fundamentele van alle rechten van de mens,¹⁷³ het recht op leven. Dat neemt niet weg dat daarnaast

¹⁷² Dat er sprake is van jurisdictie, en het EVRM van toepassing is, betekent niet automatisch dat een staat ook aansprakelijk is voor overtredingen van het EVRM. Zie daarvoor: ECHR (2007-05-31), *Behrami & Saramati*, § 141 en 145, waarbij het ECHR tot de conclusie kwam dat de vermeende schendingen van het EVRM volledig aan KFOR en UNMIK moesten worden toegerekend.

¹⁷³ Harris, O’Boyle & Warbrick (1995), p. 37.

ook andere rechten in het geding kunnen zijn:¹⁷⁴ het recht op vrijheid van foltering, onmenselijke en vernederende behandeling,¹⁷⁵ of het recht op persoonlijke vrijheid dat beschermt tegen vrijheidsberoving door de staat.¹⁷⁶ Deze rechten blijven hier buiten beschouwing.

3.7.1. Recht op leven

Het recht op leven is qua inhoud, reikwijdte, in het verdrag begrensd. Het is daarmee geen absoluut, maar een relatief recht.¹⁷⁷ Het recht wordt “niet in alle gevallen en te allen tijde beschermd”.¹⁷⁸

Art. 2(1) EVRM. Recht op leven.

Het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet. Niemand mag opzettelijk van het leven worden beroofd, behoudens door de tenuitvoerlegging van een gerechtelijk vonnis wegens een misdrijf waarvoor de wet in de doodstraf voorziet.

Dood die het gevolg is van “rechtmatige oorlogshandelingen”, wordt *niet* als willekeurige levensberoving in de zin van het EVRM gezien.¹⁷⁹ Ze moet in het licht van het humanitaire oorlogsrecht, het HOR, worden geïnterpreteerd.¹⁸⁰ Anders verwoord: zodra er sprake is van een slachtoffer van een rechtmatige oorlogshandeling, is er geen sprake van schending van het recht op leven.

Het recht op leven omvat op basis van jurisprudentie een aantal negatieve en positieve verplichtingen voor de overheid.¹⁸¹ Negatieve plichten dwingen een staat zich te onthouden van bepaalde handelingen. Positieve dwingen een staat juist tot het verrichten van bepaalde handelingen.

We bezien allereerst een aantal negatieve plichten die uit het recht op leven voortvloeien. Inbreuken op het recht op leven zijn niet toegestaan. Anders geformuleerd, tenzij van een toegelaten uitzondering sprake is, geldt deze negatieve plicht. Respect voor het recht op leven, met name van gevangenen, is één van de redenen voor de zorgvuldige procedures die betrekking hebben op *detainees*. Het lot van de Irakees Baha Mousa, onderstreept het belang van dit soort zorgvuldige en gedetailleerde aanwijzingen.

Nederland werkt niet mee aan uitlevering van personen aan staten waar de doodstraf nog ten uitvoer wordt gelegd als dit een schending van het recht op vrijheid van foltering, onmenselijke en vernederende behandeling (art. 3 EVRM) oplevert,¹⁸² of als de verdachte het

¹⁷⁴ Zie voor een overzicht van de behandeling van *detainees* (in Irak, SFIR): Nauta (2008), p. 180-183. Zie ook het ‘Copenhagen process’: Danmark (2007), p. 1.

¹⁷⁵ Art. 3 EVRM en art. 7 IVBPR, alsmede het Europees Verdrag ter voorkoming van Foltering en Onmenselijke of Vernederende Behandeling of Bestrafing; Straatsburg, 1987, Nov 26, *Trb.* 1988, 19; en het Verdrag tegen Foltering en andere Wrede, Onmenselijke of Onterende Behandeling of Bestrafing; New York 1984, Dec 10, *Trb.* 1985, 69. De Nederlandse Grondwet kent dit grondrecht niet.

¹⁷⁶ Art. 5 EVRM; art. 9 IVBPR.

¹⁷⁷ Vande Lanotte & Haeck (2005), p. 92, § 13.

¹⁷⁸ Vande Lanotte & Haeck (2004), p. 116, fn. 407; Gomien, Harris & Zwaalk (1996), p. 98.

¹⁷⁹ Pejic (2005a), p. 82. Uitgebreid; Ducheine (2008), p. 422-442.

¹⁸⁰ Vande Lanotte & Haeck (2004), p. 117; Naert (2006), p. 9; Heinzte (2004), p. 797. Voor de kritiek op de wijze waarop het ECHR dit uitvoert: Ducheine (2008), p. 433-439. Zie: ECHR (2005-02-24a), *Isayeva II*; ECHR (2005-02-24b), *Isayeva I*, en de annotatie van Bijl (2007), p. 104. Idem: ECHR (2008-01-17), *Khat-sjyeva*, en de annotatie van Bijl (2008b), p. 278. Voor een andere benadering: IACommHR (1997, Nov 18), *Abella case*.

¹⁸¹ Zie in dit verband: Bijl (2006), p. 1; Bijl (2007), p. 97; Bijl (2008b), p. 273.

¹⁸² Het verbod op uitlevering is af te leiden uit ECommHR (1994-01-20), *Aylor-Davis*; en ECHR (1989-07-07), *Soering*, § 104 e.v. Conform: Vande Lanotte & Haeck (2004), p. 79.

gevaar loopt zonder gerechtelijk vonnis gedood te worden.¹⁸³ Deze uit het EVRM voortvloeiende negatieve verplichtingen kunnen de reden voor stringente aanwijzingen met betrekking tot *detainees* en de overdracht van *detainees* aan andere staten zijn.

Uit de jurisprudentie vallen procedurele positieve verplichtingen af te leiden in het geval dat individuen door (functioneel) overheidsgeweld om het leven komen.¹⁸⁴ De positieve verplichtingen zijn enerzijds materieel van aard, zoals de bescherming van gevangenen als deze gevaar lopen.¹⁸⁵ Hij of zij zal dus op een verantwoorde wijze uit een situatie van gevaarzetting moeten worden vervoerd. Anderzijds zijn er procedurele verplichtingen. De bescherming van het recht op leven vereist dat de Verdragspartij een “effective official investigation” start als er (door overheidsgeweld) dodelijke slachtoffers vallen.¹⁸⁶ De last die op de overheid rust, is als gevolg van de positieve zorgplicht zwaarder, indien een persoon tijdens detentie sterft.¹⁸⁷

The essential purpose of such an investigation is to secure the effective implementation in domestic laws which protect the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure accountability for deaths occurring under their responsibility.¹⁸⁸

Het gaat om (1) een onafhankelijk onderzoek,¹⁸⁹ dat (2) doelmatig moet zijn, dat wil zeggen: een onderzoek dat moet kunnen leiden tot de vaststelling of het geweld gerechtvaardigd was en tot de eventuele identificatie en bestraffing van de verantwoordelijken.¹⁹⁰ Het onderzoek moet verder (3) onverwijld en voortvarend worden uitgevoerd. Bovendien moet er (4) voldoende publieke controle op het onderzoek zijn, waarbij de nabestaanden – automatisch¹⁹¹ – bij het onderzoek betrokken worden.¹⁹² Deze eisen gelden eveneens bij extraterritoriale operaties waarop het EVRM van toepassing is.¹⁹³

Los van het feit dat het vanuit staatsrechtelijk perspectief uitermate evident is dat overheidspersoneel na functioneel geweldgebruik daarover ook verantwoording aflegt,¹⁹⁴ volgt deze eis dus ook uit de verplichtingen onder het EVRM. Noodtoestand of (burger)oorlog doen daar niets aan af.¹⁹⁵ Het Europese Hof (ECHR) heeft een gereduceerde onderzoekspligt in dit soort omstandigheden consequent afgewezen.¹⁹⁶

3.7.2. Gewoonterecht en beleidsmatige toepassing

Behalve de hiervoor besproken internationale verdragsrechtelijke regimes, zijn staten (in toenemende mate) gebonden aan internationaal gewoonterecht en aan algemene beginselen

¹⁸³ Heringa, Schokkenbroek & Velde (1998), p. art. 2/3.2-7.

¹⁸⁴ Overzichtelijk samengevat in ECHR (2002-03-14), *Edwards*, § 69-70.

¹⁸⁵ ECHR (1998-10-28), *Osman*, § 116.

¹⁸⁶ ECHR (1995-09-05), *McCann ea*, § 161.

¹⁸⁷ Zoals in het geval van Baba Mousa in *Al Skeini*. Idem: ECHR (2004-04-06), *Özkan*, § 323.

¹⁸⁸ ECHR (2001-05-04), *McKerr*, § 111.

¹⁸⁹ Zie bijvoorbeeld ECHR (2005-11-10), *Ramsabai ea*, § 407-408, en ECHR (2007-05-15), *Ramsabai ea*, § 295, als gevolg waarvan onderzoek naar politieel vuurwapengebruik niet door (directe) collegae van de betrokken politieagenten wordt uitgevoerd, maar door de Rijksrecherche.

¹⁹⁰ ECHR (2001-05-04), *McKerr*, § 113.

¹⁹¹ Niet slechts op verzoek: ECHR (2004-10-27), *Slimani v. France*.

¹⁹² Heringa, Schokkenbroek & Velde (1998), p. art. 2/3.2-15.

¹⁹³ Zie bijvoorbeeld uitvoerig en overzichtelijk: UK High Court (2004), *Al Skeini*, § 318-325, m.n. § 322; en UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini*, § 150-179.

¹⁹⁴ Zie o.a. Militaire Spectator (Redactie) (2005), p. 46-47; Ducheine & Walgemoed (2005), p. 48.

¹⁹⁵ Zie Reidy (1998), p. 525-529; ECHR (1998-07-28), *Ergi*, § 85 en 98.

¹⁹⁶ Zie hierover: UK High Court (2004), *Al Skeini*, § 324.

van internationaal recht. Dat geldt zowel voor (fundamentele beginselen van) mensenrechten als humanitair recht.

Een aantal mensenrechten heeft inmiddels de status van internationaal gewoonterecht, dan wel de status van algemeen rechtsbeginsel,¹⁹⁷ bereikt.¹⁹⁸ Het betreft allereerst het verbod op slavernij, genocide, foltering/marteling of andere onmenselijke of vernederende behandeling.¹⁹⁹ Daarnaast betreft dit het onder andere het uitvoeren, aanmoedigen of toestaan van moord of gedwongen verdwijningen, langdurig willekeurige detentie en een consistent patroon van omvangrijke schendingen van internationaal erkende mensenrechten.²⁰⁰ Schachter voegt daar onder meer nog aan toe: *non-refoulement* van vluchtelingen.²⁰¹ Meron vult deze opsomming aan met: het recht op humane behandeling van gedetineerden, verbod van strafoplegging met terugwerkende kracht, elementen van het recht op *due process* (o.a. onschuldpresumptie, berechting in persoon, *ne bis in idem*).²⁰² Het ziet er naar uit dat deze lijst toeneemt.²⁰³ Delen van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens hebben de status van gewoonterecht.²⁰⁴

De vraag in hoeverre dit van belang is voor militaire operaties, wordt onder andere beantwoord in twee militaire handboeken. In het *Operational Staff Handbook* van de NAVO merken de samenstellers op dat:

NATO members and partners are bound by the Universal Declaration of Human Rights. [...] In principle, applicable Human Rights provisions *shall be applied to the extent possible*. Human Rights may, by order, be set fully or partially aside depending on the level and character of the crisis. However, *fundamental human rights can never be set aside even in full scale war*. The prohibition on torture is one example that applies under any circumstance.²⁰⁵

Dat delen van de Universele verklaring voor de rechten van de mens de status van gewoonterecht hebben, wordt ook onderstreept in het Amerikaanse *Operational Law Handbook* waarin de Verklaring geldt als “one of the most significant statements of human rights law, *some portions* of which are regarded as customary international law”.²⁰⁶

Daarnaast maakt de NAVO in het *Operational Staff Handbook* duidelijk dat – los van de eventuele formele toepasselijkheid – mensenrechten zoveel als mogelijk worden toegepast. Hierbij lijkt er, net als bij het HOR, sprake te zijn van het beleidsmatig (*de facto*) toepassen van mensenrechten.

3.7.3. Mensenrechten tijdens gewapend conflict.

Mensenrechten gelden zowel in vredes- als oorlogstijd.²⁰⁷ Het Internationaal Gerechtshof (IGH) bevestigde dit in de *Advisory Opinion* over de Muur in Palestijnse gebied.²⁰⁸ In dit

¹⁹⁷ Schachter (1991), p. 337.

¹⁹⁸ Hierover bestaat overeenstemming. Zie o.a. Meron (1989), p. 79-135; Schachter (1991), p. 334-345; Brownlie (2003), p. 537-538; Shaw (2003), p. 257; Cassese (2005), p. 393-396. Over de vraag welke rechten die status hebben bestaat minder eenduidigheid.

¹⁹⁹ Zie de voornoemde bronnen (supra noot 198).

²⁰⁰ Zie American Law Institute (1987), p. 161-175, m.n. 161-162, 167-168, § 702.

²⁰¹ Schachter (1991), p. 339.

²⁰² Meron (1989), p. 96-97.

²⁰³ Schachter (1991), p. 340.

²⁰⁴ Nollkaemper (2005), p. 239: zie: International Law Association, (1994), *Final report on the status of the universal declaration of Human rights in national and international law, Report of the sixty-sixth Conference*, p. 525.

²⁰⁵ NATO (2007), p. IV-2. [Accent: PD&EH].

²⁰⁶ US Department of Defense (2006), p. 48, [Accent: PD&EP].

²⁰⁷ Zie ICJ (1996a), *Nuclear Weapons case*, § 25; ICJ (2004), *Palestinian Wall case*, § 106. Conform: o.a. Gillard (2004), p. 35. Contra: Dennis (2005), p. 141.

soort crisismomstandigheden werken de regimes op twee verschillende manieren. Mensenrechtenregimes houden enerzijds rekening met het feit dat er bijzondere of uitzonderlijke omstandigheden kunnen ontstaan waardoor rechten tijdelijk ingeperkt of opgeschort (derogatie) moeten worden. Anderzijds zullen (inperkingen van) mensenrechten in voorkomend geval moeten worden uitgelegd aan de hand van, of met behulp van het *ius in bello*. Het meest sprekende voorbeeld betreft het recht op leven enerzijds en de situatie van een rechtmatige oorlogshandeling anderzijds (waardoor er geen sprake is van schending van het recht op leven).

Mensenrechtshoven passen mensenrechten ook toe bij niet-internationaal gewapende conflicten (*see*) en burgeroorlogen, zij het soms impliciet of indirect. Het ECHR hanteert zo'n indirecte benadering.²⁰⁹ In de zaken van *Isayeva e.a* tegen Rusland beziet het ECHR, gebruik makend van de normen uit het oorlogsrecht, of de inbreuk op het recht van leven terecht was of niet.²¹⁰ Er bestaat in beginsel geen belemmering om mensenrechten ook in een internationaal gewapend conflict toe te passen.²¹¹

3.8. Conclusie mensenrechten

In dit hoofdstuk hebben we gezien of het EVRM als rechtsregime op ISAF van toepassing is. We hebben daarbij gezien of de 'Saramati-doctrine' ook op ISAF betrekking heeft. Die doctrine is echter specifiek van toepassing op de omstandigheden van casus van Saramati in de setting van Kosovo en KFOR. Daardoor vielen de handelingen van KFOR niet aan de troepenleverende landen toe te rekenen. De toerekening aan de VN stond een verdere beoordeling door het Hof in de weg. De Afghaanse omstandigheden lijken op een aantal significante punten af te wijken, waardoor het niet uit te sluiten valt dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in een later oordeel een 'Afghaanse' zaak anders beoordeelt.

In een aantal gevallen blijkt het EVRM extraterritoriale werking te hebben tijdens militaire operaties. Dit kan allereerst vanwege *State Agent Authority* (SAA). Deze jurisdictie ontstaat omdat via de handelingen van overheidsorganen personen (tijdelijk) binnen de jurisdictie van een Verdragspartij vallen, omdat die staat via haar organen een vorm van effectief gezag over deze personen uitoefent of uit kan oefenen. Aanhouding, detentie, arrestatie of ontvoering zijn hierbij de duidelijkste voorbeelden.

Anderzijds kan er jurisdictie zijn vanwege *Effective Control of an Area* (ECA). Dit zijn situaties waarin een staat effectieve controle over een gebied buiten het eigen territorium uitoefent, bijvoorbeeld bij een militaire bezetting, bij militaire operaties die op basis van een mandaat, van de VN-Veiligheidsraad of die met instemming of op verzoek van het gastland worden uitgevoerd.

Directe, gerichte militaire acties leveren soms wel, soms geen jurisdictie op. Daarnaast is er grijs gebied waarbij de omstandigheden van het geval doorslaggevend zullen zijn. Daarbij moet gewaakt worden voor misbruik. Een Verdragspartij zou zich aan zijn verantwoordelijkheden kunnen onttrekken door te weinig macht te projecteren, terwijl het daartoe wel in

²⁰⁸ ICJ (2004), *Palestinian Wall case*, § 106.

²⁰⁹ Het ECHR heeft tot nu toe nagelaten burgeroorlogen als zodanig te typeren. Zie: Ducheine (2008), p. 433-442.

²¹⁰ ECHR (2005-02-24b), *Isayeva I*; en ECHR (2005-02-24a), *Isayeva II*. Voor een directe toetsing: IACommHR (1997, Nov 18), *Abella case*.

²¹¹ Gillard (2004), p. 35. Dit zou aan de orde geweest zijn in de *Bankovic case*, ware het niet dat deze zaak vanwege andere elementen nooit op dit punt is beland. Het ECHR verwierp de toepasselijkheid van EVRM omdat er geen sprake was jurisdictie, en niet vanwege de eventuele onverenigbaarheid van het EVRM met (het regime van) een internationaal gewapend conflict.

staat is. Ook zou een EVRM-Verdragspartij bewust buiten haar grondgebied kunnen opereren om jurisdictie te ontlopen.

Zodra ISAF eenheden individuen aanhouden/arresteren of detineren, is er sprake van extraterritoriale jurisdictie op grond van SAA. Binnen de ISAF-bases is er bovendien sprake van jurisdictie op grond van (geografisch beperkte) ECA.²¹² Het EVRM is in die gevallen evident van toepassing. Directe acties van ISAF troepen bevinden zich in een 'grijs' gebied en zullen van geval tot geval moeten worden beoordeeld. In een aantal situaties zal daarbij aanleiding zijn van jurisdictie.

Het rechtsregime zelf wordt in voorkomend geval ontleend aan het EVRM of het internationale gewoonterecht inzake mensenrechten. Daarbij is van belang dat rechtmatige oorlogshandelingen niet als een inbreuk op het recht op leven worden gezien. Wat rechtmatige oorlogshandelingen inhouden, moet aan de hand van het HOR worden bepaald.

Het recht op leven omvat ook een onderzoeksplicht, in het bijzonder wanneer gevangenen in detentie overlijden (als gevolg van overheids geweld).

²¹² Dat er sprake is van jurisdictie, en het EVRM van toepassing is, betekent niet automatisch dat een staat ook aansprakelijk is voor overtredingen van het EVRM. Zie daarvoor: ECHR (2007-05-31), *Bebrami & Saramati*, § 141 en 145, waarbij het ECHR tot de conclusie kwam dat de vermeende schendingen van het EVRM volledig aan KFOR en UNMIK moesten worden toegerekend.

Hoofdstuk 4 Rechtsregime: ROE

4.1. Inleiding

De rechtsregels, de regimes, die militaire operaties zoals ISAF beheersen, vormen het onderzoeksobject van de tweede deelvraag. Na mensenrechten bezien we nu het tweede ‘rechtsregime’: *Rules of Engagement* of kortweg ROE. We bezien eerst de relevantie van die ROE (§ 4.2). Vervolgens besteden we aandacht aan de relatie tussen ROE en oorlogsrecht (§ 4.3). In het verlengde daarvan bezien we de statenpraktijk om tijdens militaire operaties waarbij er geen sprake is van een gewapend conflict, en waarbij het oorlogsrecht niet van rechtswege (*de jure*) van toepassing is, de beginselen en regels van het oorlogsrecht op beleidsmatige gronden toe te passen.

Voor de volledigheid moet gezegd worden dat tot de ROE overigens ook de nationale voorbehouden (*national caveats*) en nationale interpretaties (*national amplifications*) gerekend worden. In het verlengde van de ROE zijn ook vaak aanvullende aanwijzingen van belang zoals Special Instructions voor vliegers, Standard Operation Procedures (SOPs) of Standard Operating Instructions (SOIs) en Tactical Directives.²¹³ Deze laten we vanwege de overzichtelijkheid buiten beschouwing.

4.2. ‘Rules of Engagement’ (ROE)

De militaire contingenten van de in ISAF participerende staten ontlenen geweldsbevoegdheden aan het mandaat van de VN-Veiligheidsraad en de daarin vermelde ruime formule “to take all necessary measures”.²¹⁴ Met deze frase wordt tot uitdrukking gebracht dat het mandaat onder Hoofdstuk VII VN-Handvest zo nodig met militair geweld mag worden afgedwongen.²¹⁵ De geweldsbevoegdheden zijn voor de (internationale) troepenmacht verwoord in zogeheten *Rules of Engagement* (ROE). Deze ROE dienen in samenhang met het mandaat én de (opgedragen en afgeleide) taken²¹⁶ te worden gelezen, zoals de driehoeksrelatie in Figuur 2 tot uitdrukking brengt.²¹⁷

Zolang er geen sprake is van een gewapend conflict, worden de ISAF-operaties tegen de OMF alleen beheerst door het mandaat, de militaire opdracht en de ROE.²¹⁸

De ROE – in samenhang met mandaat en taken bezien – begrenzen het door de VN-Veiligheidsraad gelegitimeerde geweldgebruik: de “all necessary means”.

²¹³ Zie recent: Vink (2010), p. 86 e.v. en Ducheine (2010), p. 146.

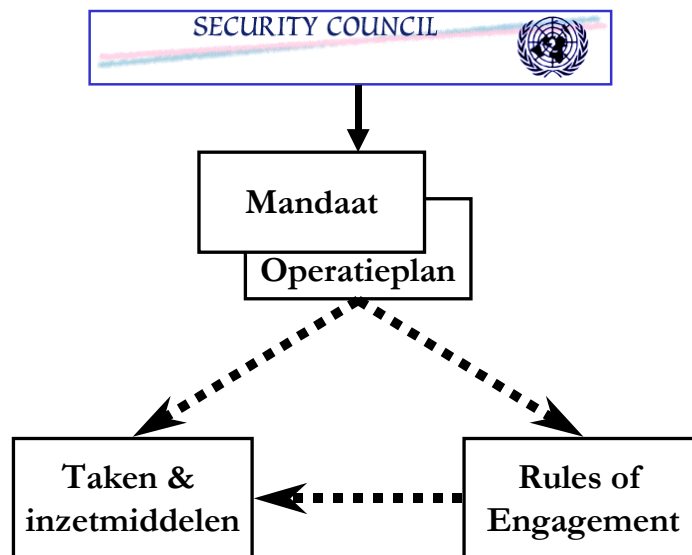
²¹⁴ UN Doc. S/RES/1707 (2006) (*SC Resolution 1707*) Ook wordt wel “all necessary means” gebruikt: zie bijvoorbeeld UN Doc. S/RES/678 (1990) (*SC Resolution 678*) (*Desert Storm*); UN Doc. S/RES/794 (1992) (*SC Resolution 794*) (*Restore Hope, Somalië*).

²¹⁵ Schrijver (2006), p. 20; White (1997), p. 128.

²¹⁶ Zoals bijvoorbeeld *Force Protection*.

²¹⁷ Zie Dolman, Ducheine, Gill, *et al.* (2005), p. 381 en Diepenbrugge (2003), p. 372.

²¹⁸ Ducheine (2008), p. 531. Zie hierover ook Dolman, Ducheine, Gill, *et al.* (2005), p. 380-382.



Figuur 2: Driehoeksrelatie Mandaat – ROE – Taken (& inzetmiddelen)²¹⁹

Anders geformuleerd: zolang er geen sprake is van een gewapend conflict, bestaat het op ISAF van toepassing zijnde rechtsregime uit de ROE die in relatie tot het mandaat en de militaire opdracht moeten worden geïnterpreteerd. De Nederlandse regering over de ISAF-ROE:

De ROE voor de voorgenomen missie in Uruzgan zijn [...] direct afgeleid van het operatieplan, dat rechtstreeks is gebaseerd op het door de Veiligheidsraad verleende mandaat. In dit mandaat wordt de bevoegdheid verleend tot het aanwenden van alle noodzakelijke middelen («all necessary measures») om het mandaat tot uitvoer te brengen.²²⁰

Het militaire optreden kan via meerdere begrippenparen geduid worden. Op basis van het mandaat, de daarvan afgeleide (impliciete) taken én de ROE kan ISAF allereerst reactieve en defensieve acties ondernemen. In het kader van *force protection* is dit aan de orde als OMF ISAF-troepen bedreigen. ISAF kan ook pro-actief en offensief optreden tegen OMF, zodat bijvoorbeeld een bedreiging zich niet verder ontwikkelt, of om het initiatief te hernemen. Het betreft dus een combinatie van reactief en pro-actief optreden.²²¹

Binnen het mandaat, de opdracht en de ROE zal echter niet slechts 'kinetisch' geweld, dat wil zeggen fysiek militair geweld in de klassieke zin, worden aangewend. Tijdens vredesmissies ligt het vooral ook in de rede om niet-kinetisch op te treden. Te denken valt aan media-campagnes om wapenbezit, corruptie of criminaliteit aan te kaarten. Maar er valt ook te denken aan symbolische steun, dan wel financiële steun voor hulpprojecten.

Dat ISAF een zogeheten *counter-insurgency* (COIN) campagne voert tegen *insurgents* (OMF), is een kwestie van strategie en semantiek, die voor het rechtsregime geen gevolgen heeft. De Nederlandse regering:

Het uitvoeren van zogenaamde «counter-insurgency operations» (COIN) is geoorloofd onder de toepasselijke Rules of Engagement (ROE). Voor het uitvoeren van dergelijke acties is [het] niet noodzakelijk dat [er] sprake is van een gewapend conflict, laat staan van een oorlog, noch heeft het uitvoeren van dergelijke acties als zodanig gevolgen voor de aanduiding van

²¹⁹ Ducheine (2008), p. 333.

²²⁰ *Kamerstukken II 2005-06*, 27 925, nr. 202, p. 2.

²²¹ Vgl.: Ducheine (2008), p. 331-334.

de ISAF operatie. De ROE zijn in lijn met het [Operatieplan], waarin robuuster optreden mogelijk is.²²²

Wat binnen een COIN-operatie van cruciaal belang is – zoals hiervoor ook bleek uit de *Tactical Directive* van ISAF²²³ – is de mate waarin, de omstandigheden waaronder en de wijze waarop militair geweld wordt aangewend. Binnen de grenzen van hetgeen juridisch toelaatbaar is, worden om diplomatieke, politiek/militair strategische of operationele redenen strengere grenzen getrokken op basis van beleidsafwegingen.²²⁴ Dat doet niets af aan het juridisch afdwingbare karakter van die grenzen. Geweld – defensief en offensief, reactief en proactief, kinetisch en non-kinetisch militair optreden – moet te allen tijde binnen de grenzen van de vastgestelde en vigerende ROE blijven.

4.3. ROE en Oorlogsrecht

Het humanitaire oorlogsrecht of HOR²²⁵ is in twee gevallen een relevant rechtsregime voor militaire operaties. *Ten eerste* kan het regime op beleidsmatige gronden *de facto* worden toegepast tijdens missies waarbij de status van gewapend conflict ontbreekt of waar deze vraagtekens oplevert. We gaan hierna (§ 4.4) op deze situatie in. *Ten tweede*, en dat is ook de oorsprong van het HOR, is het oorlogsrecht automatisch en formeel (*de jure*) van toepassing op een militaire operatie zodra (en zolang) deze als een gewapend conflict moet worden aangemerkt. We werken dit laatste uit in Hoofdstuk 5.

In beide gevallen spelen óók de hiervoor beschreven ROE een rol. In de *eerste* situatie – de beleidsmatige toepassing – zijn de ROE bevoegdhedenverlenend. In aanvulling daarop moeten – vanwege vast Nederlands en NAVO beleid dat via een (schriftelijk) dienstbevel of dienstvoorschrift kenbaar is gemaakt – naast de ROE óók de regels en beginselen van het HOR gerespecteerd worden, hoewel dit laatste niet formeel van toepassing is omdat er namelijk geen sprake is van een gewapend conflict.²²⁶ Dit kunnen we aanduiden als het *de facto* toepassen van het HOR. In de *tweede* situatie is het HOR *de jure* van toepassing (omdat er sprake is van een gewapend conflict), waarbinnen de ROE een nadere invulling van het door het HOR gelegitimeerde geweld aangeven.

Wij maken dus onderscheid tussen enerzijds ‘formeel van toepassing (*de jure*)’ en ‘feitelijk toepassen (*de facto*)’ anderzijds. Het eerste is het gevolg van een juridische imperatief, de laatste van een vrijwillige beleidskeuze. Deze verschillen zijn in Figuur 3 schematisch weergegeven.

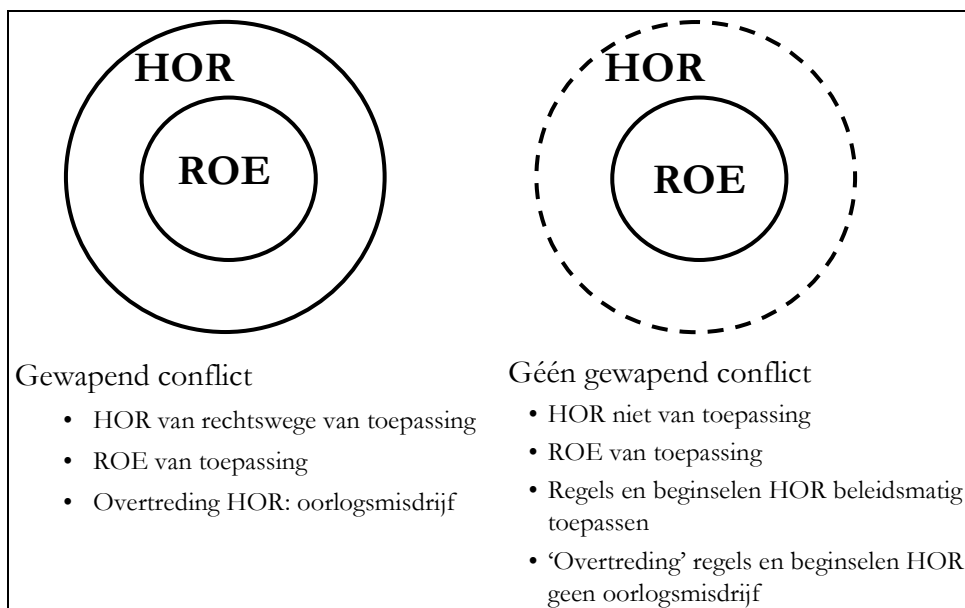
²²² *Kamerstukken II 2007-08*, 27 925, nr. 287, p. 140.

²²³ *Supra* voetnoot 13.

²²⁴ Zie ook Hoofdstuk 6, en met name § 6.7.

²²⁵ Ook wel: oorlogsrecht, *ius in bello*. Alternatieve termen zijn: humanitair oorlogsrecht (HOR), (internationaal) humanitair recht, recht der gewapende conflicten, *Law of Armed Conflict* (LOAC), *international humanitarian law* (IHL), *international humanitarian law of (international) armed conflict* en *Law(s) (and Customs) of War*.

²²⁶ In het spraakgebruik wordt de term “oorlog” als alternatief voor “gewapend conflict” uit het HOR gebruikt. Wij gebruiken de term uit het HOR.



Figuur 3: Relatie HOR en ROE in operaties

Dit onderscheid is in de weerbarstige praktijk complexer dan het hier lijkt.²²⁷ Buiten een gewapend conflict bepalen de ROE tegen welke dreiging in welke omstandigheden reactief of anticiperend geweld mag worden gebruikt. Die dreiging is daarbij het centrale aanknopingspunt voor die bevoegdheid. Dit krijgt vorm via de ROE betreffende de verdediging tegen acute dreiging (hetgeen reactief is) en tegen zogenoemde *hostile act* en *hostile intent* (hetgeen anticiperend is).²²⁸ Deze methodiek staat in contrast met het oorlogsrecht, waarbij niet de dreiging maar de status van personen en objecten het aanknopingspunt voor geweldgebruik is.

Naast reactief en anticiperend optreden tegen een bepaalde dreiging zijn er ook ROE die – onder bepaalde omstandigheden – proactief en offensief gebruik van geweld tegen nader aan te duiden objecten of personen autoriseren. De toepassing van deze ruime en robuuste ROE wordt doorgaans vergezeld van de opdracht om de beginselen en regels van het oorlogsrecht naar analogie toe te passen. Zo kan bijvoorbeeld een *collateral damage estimate* worden opgedragen waarmee het beginsel van proportionaliteit wordt ingevuld.

Het zou zo gelezen kunnen worden dat de toepassing van ruime robuuste ROE betreffende proactief en offensief geweldgebruik de aanwezigheid van een “tijdelijk en plaatselijk” gewapend conflict impliceert. Of zoals Boddens Hosang vaststelt:²²⁹

Daarnaast [i.e.: naast de beleidsmatige toepassing van het oorlogsrecht, PD&EP] hebben enkele confrontaties in ISAF kader aangetoond dat voor ISAF eenheden in ieder geval tijdelijk en plaatselijk het geweldsniveau naar een dusdanig niveau kan stijgen dat voor dat optreden sprake kan zijn van een verplichte toepassing van het humanitair oorlogsrecht.

De Nederlandse regering onderkent expliciet de mogelijkheid dat zich *tijdelijk en plaatselijk* een gewapend conflictsituatie voor kan doen. Hierbinnen is het oorlogsrecht (*de jure*) eveneens van toepassing is.²³⁰

²²⁷ Over ROE (en de relatie met het oorlogsrecht), zie: Ducheine (2009b), p. 491-492; Boddens Hosang (2009), p. 224-225; Dolman, Ducheine, Gill, *et al.* (2005), p. 381.

²²⁸ Zie Boddens Hosang (2009), p. 222.

²²⁹ *Ibid.*, p. 223.

²³⁰ Het is duidelijk dat het fenomeen “tijdelijk en plaatselijk” op zichzelf juridisch-technische en praktische vragen oproept. Binnen dit kader voert het te ver om hier op in te gaan.

Het is in beginsel mogelijk dat specifieke acties of omstandigheden, een tijdelijke en plaatselijke formeel juridische toepasbaarheid van het HOR tot gevolg hebben. Dit kan het geval zijn als bij een actie of gevecht, het geweldsniveau dusdanig escaleert dat er sprake is van een in tijd en omvang beperkte deelname aan een gewapend conflict. [...] Dergelijke situaties zijn naar hun aard niet voorspelbaar en bovendien tijdelijk. Met deze conclusie staat vast dat [tijdelijk en plaatselijk: PD&EP] het oorlogsrecht van toepassing is.²³¹

Het ontstaan van een ‘tijdelijk en plaatselijk’ gewapend conflict waarop het oorlogsrecht formeel van toepassing is, heeft logischerwijs ook gevolgen voor (de toepassing van) de ROE voor de duur van dat gewapende conflict. Tijdens de situatie van een (tijdelijk en plaatselijk) gewapende conflict biedt het oorlogsrecht normaliter de legitimatie voor geweldgebruik. Reactieve of anticiperende ROE betreffende de verdediging tegen acute dreiging, *hostile act* en *hostile intent* (uit de situatie waarin geen gewapend conflict bestaat) zijn tijdens een gewapend conflict juridisch gezien overbodig. Deze worden ingehaald door de bevoegdheden uit het oorlogsrecht én door de ruime en robuuste ROE betreffende proactief en offensief geweldgebruik.

Het oorlogsrecht ‘bepaalt’ primair tegen wie of wat geweld mag worden gebruikt en wie of wat mag worden aangevallen. Onder het oorlogsrecht zijn dat diegenen die ‘rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden’ en (andere) legitieme militaire doelen.²³² Specifieke ROE (bijvoorbeeld met betrekking tot identificatie van doelen) en andere aanwijzingen zullen hier verder invulling aan kunnen geven. Dit manifesteert zich met name in het kinetische doelbestrijdingsproces (‘kinetische’ of ‘rode’ *targeting*).

De formulering van de ruime en robuuste ROE voor proactief en offensief geweldgebruik (‘aanvallen’) luistert daarom nauw. Het ‘aangrijpingspunt’ in de ROE geeft in algemene termen aan *wie of wat* onder welke condities aangevallen mag worden. De ROE worden – zoals hiervoor gemeld – doorgaans vergezeld van aanvullende aanwijzingen in *Tactical Directives* en SOPs en dergelijke. Idealiter zou het ‘aangrijpingspunt’ uit die ROE voor proactief en offensief geweldgebruik samen moeten vallen met de oorlogsrechtelijke begrippen/concepten van personen die ‘rechtstreeks deelnemen in de vijandelijkheden’ en (andere) legitieme militaire doelen.

We bezien hierna eerst de situatie waarin er géén sprake is van een gewapend conflict en waarbij het oorlogsrecht op beleidsmatige gronden feitelijk (*de facto*) als rechtsregime wordt toegepast.

4.4. HOR beleidsmatig toepassen (‘de facto’)

4.4.1. Aanleiding

Zolang onduidelijkheid bestaat of er sprake is van een gewapend conflict, of wanneer deze kwalificatie om (politieke) redenen achterwege blijft, maakt, naar vast NAVO- en Nederlands beleid, het oorlogsrecht feitelijk deel uit van het rechtsregime dat tijdens militaire operaties zoals ISAF wordt toegepast. Deze beleidsmatige keuze wordt naar de achtergrond gedrukt zodra staten van oordeel zijn dat er wel sprake is van een gewapend conflict zodat

²³¹ *Kamerstukken II 2007-08*, 27 925, nr. 287, p. 121.

²³² Zie respectievelijk Gemeenschappelijk Artikel 3 (GA 3), eerste lid en naar art. 52(2) AP I (dat ook buiten internationale gewapende conflicten (naar analogie) wordt toegepast). Zie hierna uitgebreid § 5.6.

het oorlogsrecht ook *de jure* van toepassing is. Het oordeel of *de jure* sprake is van een gewapend conflict, is overigens uiteindelijk aan de rechter (zie hierna § 5.1).²³³

Moderne militaire ‘crisisbeheersingsoperaties’ kunnen diverse vormen aannemen. Ze variëren van *peacekeeping*, zoals de klassieke monitormissies die een wapenstilstand controleren (bijvoorbeeld UNFICYP), tot (*peace*)*enforcing* operaties die de wil van de VN-Veiligheidsraad aan een niet-statelijke of statelijke actor opleggen. (*Peace*)*enforcing* operaties kunnen door de wijze van uitvoering ook het karakter van een gewapend conflict aannemen, zoals bijvoorbeeld de Korea-oorlog en operatie *Desert Storm*.²³⁴

Moderne (*peace*)*enforcing* operaties zoals SFIR (2003-2005)²³⁵ en ISAF (2002-heden) worden om diplomatieke en politieke redenen door de deelnemende staten niet snel als een gewapend conflict aangemerkt.²³⁶ Daar staat tegenover dat de NAVO volgens vast beleid – in operaties zoals ISAF – de beginselen en principes van het HOR *de facto* toepast. Deze beleidsmatige keuze houdt in dat – naast de ROE – ook de regels van het HOR worden toegepast, zonder dat deze laatste formeel van toepassing zijn. Dit is vast beleid, aldus de Nederlandse regering.²³⁷

In de *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht* is dit beleid als volgt vastgelegd: “Ook bij inzet waarbij in meer of mindere mate gevechtskracht wordt ontplooid [lees: gevechtsacties worden uitgevoerd, PD&EP] moeten de regels van het humanitaire oorlogsrecht worden toegepast”.²³⁸ In de praktijk kan toepassing van het HOR – vanwege het unieke (*sui generis*) karakter van vredesoperaties – problematisch zijn.²³⁹

De oorlogsrechtelijke grondbeginselen die feitelijk altijd binnen militaire operaties moeten worden toegepast zijn:

- militaire noodzaak;
- humaniteit;
- onderscheid tussen militairen en andere personen die direct deelnemen aan de vijandelijkheden en burgers, en tussen militaire objecten en burgerobjecten;
- proportionaliteit;²⁴⁰
- eervol gedrag (‘chivalry’).²⁴¹

²³³ Al dan niet in het kader van de vervolging van oorlogsmisdrijven, of andere strafbare feiten ‘in tijd van oorlog’, dan wel vanwege een rechterlijk oordeel in andere kwesties. Zie infra voetnoot 272.

²³⁴ Ducheine (2008), p. 319, 526. Voor het onderscheid tussen (*peace*)*enforcing* en andere vredesmissies, zie Ducheine (2008), p. 330 en 522.

²³⁵ *Stabilization Force in Iraq*.

²³⁶ Voor een voorbeeld van deze gevoeligheid: Interview generaal D. Berlijn, in: NRC (12 april 2008); maar ook Lijnzaad (2004), p. 291; en Zwanenburg (2007), p. 65.

²³⁷ *Kamerstukken I 2003-04*, 29 200 X, nr. C, p. 3: “Binnen de NAVO, maar ook nationaal in Nederland, geldt als vaststaand beleid dat ook in operaties waarop het humanitair oorlogsrecht formeel niet van toepassing is, de restricties uit [het humanitair oorlogsrecht] [...] zullen worden nageleefd.” Eerder: *Kamerstukken II 2002-03*, 23 432, nr. 117, p. 22: “Nederlandse militairen dienen zich volgens vast gebruik bij operaties steeds te houden aan de regels van het internationaal humanitair oorlogsrecht”.

²³⁸ Koninklijke Landmacht (2005), p. 27, § 0217. Zie ook Koninklijke Landmacht (2003), p. 460, § 2243: “Bij het gebruik van geweld tijdens vredesoperaties moeten overigens ook de beginselen van het HOR in acht worden genomen”.

²³⁹ McCoubrey & White (1996), p. 153. Bijvoorbeeld of gevangen de status van krijgsgevangenen genieten of niet. Ook in de sfeer van bezetting kunnen zich problemen voordoen.

²⁴⁰ De Nederlandse *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht* hanteert consequent “proportionaliteit en subsidiariteit”, terwijl subsidiariteit een zuiver Nederlandse strafrechtelijke term is, die in het oorlogsrecht niet voorkomt en opgaat in militaire noodzaak. Zie hierna.

²⁴¹ Koninklijke Landmacht (2005), p. 30, § 0223. Overigens vergelijk: Koninklijke Landmacht (2005), p. 162-163, § 1028, hier ontbreekt “onderscheid” als separaat principe.

Daarnaast zullen begrippen zoals ‘militair doel’ en ‘rechtstreeks deelname aan de vijandelijkheden’ aan de hand van de verdragsrechtelijke, dan wel gewoonterechtelijke betekenis van die termen moeten worden uitgelegd.²⁴²

4.4.2. Ratio

Zolang er geen sprake is van een gewapend conflict, is het HOR *de facto*, vanwege een beleidsmatige overweging, desondanks een relevant rechtsregime.²⁴³ De Nederlandse regering bevestigde deze feitelijke toepassing van het HOR voor de missie van ISAF:

Zoals door de regering onder andere is aangegeven in de notitie over juridische aspecten van vredesoperaties, aan de Eerste Kamer verstuurd in antwoord op de vragen van de heer Van Middelkoop [...],²⁴⁴ hanteert Nederland net als nagenoeg alle NAVO-landen het beleid dat de grenzen van het humanitair oorlogsrecht (HOR) altijd worden toegepast, ongeacht of het HOR formeel juridisch van toepassing is.²⁴⁵

De ratio voor dit beleid wordt door de regering als volgt verwoord:

Wat betreft de beperkingen bestaat reeds lange tijd het beleid binnen de NAVO en, ook buiten het kader van de NAVO binnen Nederland, om deze beperkingen ook wanneer het humanitair oorlogsrecht formeel juridisch niet van toepassing is, als veilige marge te hanteren bij het optreden van de Nederlandse krijgsmacht. Daarmee wordt voorkomen dat onduidelijkheid zou ontstaan over de bevoegdheden, afhankelijk van de soms mogelijk wisselende status van een vredesmacht in een conflictgebied. Door ten minste deze grens te hanteren, en soms zelfs een striktere grens, wordt in ieder geval voorkomen dat (onbedoeld) het handelen van de militairen strijdigheid met het humanitair oorlogsrecht zou opleveren.²⁴⁶

Gegeven de terughoudendheid van staten om militaire missies als gewapend conflict aan te merken, voorkomt de beleidsmatige toepassing van het HOR dat onduidelijkheid over de status van de operatie negatieve gevolgen voor de (leden van de) vredesmacht heeft. Daarnaast heeft deze keuze ook een pragmatisch voordeel. Het HOR maakt immers op grond van verdragsrechtelijke verplichtingen deel uit van de (standaard) opleiding van militairen. Anders gezegd: militairen, en vooral officieren, zijn bekend met het HOR. Deze basiskennis kan – per operatie – worden aangevuld met missiegerichte informatie over het mandaat, de opdracht, de ROE en andere aanwijzingen die op geweldgebruik van toepassing zijn.²⁴⁷ Praktisch gezien lijkt de kwestie (of er sprake is van een gewapend conflict) op het eerste gezicht dan ook niet zo relevant. Zolang er geen sprake is van een gewapend conflict, is, naast de ROE (die in relatie met mandaat, opdracht en middelen bezien moeten worden) immers ook het HOR richtinggevend. Deze keuze is op beleidsmatige grond genomen. Een bijkomend praktisch voordeel is dat de opleiding en training van militairen aan een eendui-

²⁴² Zie bijvoorbeeld art. 52(2) AP I voor de definitie van een militair doel, art. 51(3) AP I en GA 3 voor de ongedefinieerde term “rechtstreeks deelname aan de vijandelijkheden” (RDAV).

²⁴³ De Nederlandse regering kwam tot nu toe tot het oordeel dat er – in relatie tot ISAF – geen sprake was/is van een gewapend conflict: “Daarbij wordt opgemerkt dat ook thans [i.e. december 2007] de situatie in Afghanistan niet kan worden bestempeld als een gewapend conflict tussen ISAF en de OMF.”, zie: *Kamerstukken II 2007-08*, 27 925, nr. 287, p. 121.

²⁴⁴ *Kamerstukken I 2005-06*, 30 300 X, nr. A.

²⁴⁵ *Kamerstukken II 2007-08*, 27 925, nr. 287, p. 139.

²⁴⁶ *Kamerstukken I 2005-06*, 30 300 X, nr. A, p. 4-5.

²⁴⁷ Zoals bijvoorbeeld de ‘Coördinerende bepalingen’ uit een operatiebevel, alsmede de bijbehorende bijlagen *Use of Force of Targeting*, dan wel *Tactical Directives*, *Special Instructions* (SPINS), *Standard Operating Instructions* (SOI’s) of *-Procedures* (SOP’s).

dig rechtsregime voor zowel vredesmissies als gewapend conflict (gevechtsoperaties) is gekoppeld, in plaats van aan twee verschillende.

4.4.3. Consequenties

Strafrechtelijke gezien is er echter wel degelijk een significant onderscheid. Zolang het HOR niet formeel van toepassing is, kan het ook niet overtreden worden. Anders gezegd: tijdens een operatie die geen gewapend conflict is, kunnen geen oorlogsmisdrijven worden begaan. Het overtreden van de ROE of het niet opvolgen van de opdracht het HOR te respecteren zullen als overtreding van een dienstbevel onder het militaire strafrecht, dan wel als gemeen delict worden aangemerkt (bijvoorbeeld mishandeling, geweldpleging).²⁴⁸

Ook in strafuitsluitende zin bestaat er (nog) verschil. Op dit moment kan een Nederlandse militair slechts tijdens een gewapend conflict – onder voorwaarden – een beroep doen op de rechtvaardigingsgrond van artikel 38 WMSr. Tijdens andere operaties kan dit (nog) niet.²⁴⁹

4.5. Subconclusie ROE en beleidsmatig toepassen HOR ('de facto')

We keren terug naar de tweede deelvraag van deze bijdrage: welk rechtsregime is van toepassing op ISAF? Naast mensenrechten bestaat het allereerst regime uit de ROE. ROE zijn van toepassing op alle militaire operaties zoals ISAF. Naast de ROE speelt het humanitaire oorlogsrecht (HOR) als rechtsregime een uiterst belangrijke rol in het Afghaanse conflict. Bij militaire operaties waarin er geen sprake is van een (tijdelijk en plaatselijk) gewapend conflict, worden de beginselen en de regels van het oorlogsrecht door Nederland en de NAVO op beleidsmatige gronden *de facto* toegepast.

De oorlogsrechtelijke grondbeginselen die feitelijk altijd binnen militaire operaties moeten worden toegepast zijn: militaire noodzaak; humaniteit; onderscheid; proportionaliteit; en eervol gedrag ('chivalry'). Daarnaast zullen begrippen zoals 'militair doel' en 'rechtstreeks deelname aan de vijandelijkheden' aan de hand van de verdragsrechtelijke, dan wel gewoonterrechtelijke betekenis van die termen moeten worden uitgelegd.²⁵⁰ Dit leidt ertoe dat ook in operaties waarin het HOR formeel niet van toepassing is (omdat er geen gewapend conflict bestaat) het HOR feitelijk een grote rol van betekenis speelt.

Uit de analyse van het volgende hoofdstuk zal blijken dat het HOR formeel van toepassing is op het gewapende conflict in Afghanistan. Daarmee wordt het beleidsmatig toepassen van de regels en beginselen van het HOR in feite 'ingehaald' aangezien het HOR dan van rechtswege van toepassing is.

²⁴⁸ Zie hierover Dolman, Duchaine, Gill, *et al.* (2005), p. 396, 397-400.

²⁴⁹ Zie hierover het wetsvoorstel ter zake: *Kamerstukken II 2007-08*, 31 487, nr. 3 en *Kamerstukken I 2009-10*, 31 487, nr. D. Op dit moment zou de militair zich op een ambtelijk bevel ex. art. 43 Sr kunnen beroepen.

²⁵⁰ Zie bijvoorbeeld art. 52(2) AP I voor de definitie van een militair doel, art. 51(3) AP I en GA 3 voor de ongedefinieerde term "rechtstreeks deelname aan de vijandelijkheden" (RDAV).

Hoofdstuk 5 Rechtsregime: oorlogsrecht

*Ob uns das politisch gefällt oder nicht, so ist die Lage. Ob wir es so nennen oder nicht, so ist die Lage. Die Lage beim Namen zu nennen, sind wir all denen schuldig, die sich vor Ort den Gefahren aussetzen.*²⁵¹
Dr. Guido Westerwelle, Bundesaußenminister Deutschland

5.1. Inleiding: HOR formeel van toepassing ('de jure')

Na mensenrechten en ROE bezien we nu het oorlogsrecht als derde en laatste rechtsregime. In dit hoofdstuk bezien we de formele toepasselijkheid en het daaruit voortvloeiende deelregime. In het volgende hoofdstuk concentreren we ons ten slotte op doelbestrijding in *counterinsurgency*.

Zodra er sprake is van een gewapend conflict, is automatisch het HOR formeel (*de jure*) van toepassing op de partijen bij het conflict.²⁵² Het oorlogsrecht zoekt van oudsher een evenwicht tussen de realiteit van het fenomeen oorlog enerzijds,²⁵³ en het beginsel van menselijkheid anderzijds.²⁵⁴ Anders gezegd: het oorlogsrecht kent een inwendige balans tussen militaire noodzaak en humaniteit.²⁵⁵ Dit komt tot uitdrukking in de dubbele doelstelling:

- het beschermen van diegenen die niet (langer) deelnemen aan de vijandelijkheden (vooral burgers, maar ook combattanten die *hors de combat* zijn gesteld);²⁵⁶
- het reguleren van de methoden en middelen van oorlogsvoering.²⁵⁷

Het oorlogsrecht is van toepassing op alle gewapende conflicten, zoals duidelijk blijkt uit de commentaren en toelichtingen op het oorlogsrecht:

²⁵¹ DEU Bundesregierung (2010).

²⁵² ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 70: "International humanitarian law applies from the initiation of [...] 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."

²⁵³ Amersfoort (2005), p. 11: "war being what it is". Zo ook Dinstein (2004), p. 1: "War is not a chess game. Almost by definition, it entails human losses, suffering and pain".

²⁵⁴ Conform: Koninklijke Landmacht (2005), p. 18, § 0117. Rona (2003), p. 57: "The aims of humanitarian law are humanitarian, namely, to minimize unnecessary suffering by regulating the conduct of hostilities and the treatment of persons in the power of the enemy. But humanitarian law is a compromise. In return for these protections, humanitarian law elevates the essence of war – killing and detaining people without trial – into a right, if only for persons designated as 'privileged combatants', such as soldiers in an army".

Gasser (2002), p. 560: Het rechtsregime dat op NIGC's van toepassing is, is een meer bijzonder compromis tussen het concept van soevereiniteit en humaniteit.

²⁵⁵ Dinstein (2004), p. 16. Zo ook Warbrick (2002), p. 707, waarin hij overigens beschrijft dat de Appeal Chambers in *Tadic* de beginselen van humaniteit en mensenrechten liet prevaleren boven "the balancing of military purposes and humanitarian protection which has been the characteristic of [IHL]".

²⁵⁶ Zie ook bijvoorbeeld: Koninklijke Landmacht (2005), p. 18, § 0118; UK Ministry of Defence (2004), p. 3, § 1.8: het beschermen van combattanten en niet-combattanten tegen onnodig leed; het waarborgen van fundamentele rechten van diegenen die niet (meer) deelnemen aan het conflict; of Kalshoven & Zegveld (2001), p. 12: "to humanize war".

²⁵⁷ Gillard (2004), p. 25-26.

Humanitarian law should apply in all circumstances [of armed conflict: PD&EP] to all persons (and objects) protected by it, without taking into account the nature or origin of the conflict, or the causes actually espoused by or attributed to the Parties to the conflict.²⁵⁸

De primaire vraag daarbij is: wat is een gewapend conflict?²⁵⁹ Dit cruciale begrip is in de oorlogsrechtelijke verdragen niet gedefinieerd. Uit de jurisprudentie van het Joegoslavië-tribunaal (het ICTY) kan de volgende omschrijving worden afgeleid:

an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force [1] between States or [2] protracted armed violence between [a] governmental authorities and organized armed groups or [b] between such groups within a State.²⁶⁰

De commentaren en toelichtingen op de Geneefse verdragen bevestigen deze omschrijving. Of er sprake is van een gewapend conflict moet aan de hand van de feiten worden vastgesteld.²⁶¹ De mening van de betrokken partijen (omtrent het bestaan van een gewapend conflict) is daarbij relevant maar *niet* doorslaggevend. Dit blijkt bijvoorbeeld ook uit een verklaring van de Nederlandse regering:

de opvatting van de strijdende partijen aangaande de status van het conflict [is] niet relevant [...] voor de toepassing van het recht. [...] Deze benadering voorkomt dat staten om welke reden dan ook de werking van het recht zouden kunnen beletten door toepassing van creatieve juridische interpretaties van het recht of van de feitelijke situatie. De toepassing van het humanitair oorlogsrecht is dan ook niet afhankelijk van formele juridische verklaringen maar ontstaat door de *feitelijke* vaststelling van het bestaan van een conflict.²⁶²

Een gewapend conflict is dus een feitelijke toestand,²⁶³ waarbij er sprake is van openlijke vijandelijkheden – gevechtshandelingen – tussen in meer of mindere mate georganiseerde “armed forces”,²⁶⁴ reguliere of irreguliere strijdkrachten.²⁶⁵

The concept of armed conflict, in principle, requires the existence of organized armed groups that are capable of and actually do engage in combat and other military operations against each other.²⁶⁶

²⁵⁸ Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), p. 29, § 32. Zie ook de preambule van AP I: 5: “Reaffirming further that the provisions of the Geneva Conventions [...] and of this Protocol must be fully applied in all circumstances to all persons who are protected by those instruments, without any adverse distinction based on the nature or origin of the armed conflict or on the causes espoused by or attributed to the Parties to the conflict.”

²⁵⁹ Zie ICRC (2008b).

²⁶⁰ ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 70.

²⁶¹ Zie bijvoorbeeld: Bartels & Boogaard (2008), p. 2416.

²⁶² *Kamerstukken I 2005-06*, 30 300 X, nr. A, p. 4. [Accent: PD&EP]. Zo ook: *Kamerstukken II 2007-08*, 31 487 (R 1862), nr. 3, p. 3: “De vaststelling of formeel juridisch sprake is van een gewapend conflict vereist een analyse van de feitelijke situatie, gebaseerd op de aard en omvang van de gevechtshandelingen, de doelstelling daarvan, alsmede de grondslag waarop de handelingen worden verricht. De toepasselijkheid van het internationaal humanitair recht is derhalve niet afhankelijk van formele juridische of politieke verklaringen aangaande de staat van oorlog, maar ontstaat door de feitelijke constatering van het bestaan van een gewapend conflict (zie ook *Kamerstukken II 2001-02*, 28 337, nr. 3.”

²⁶³ In klassieke zin bestond er ook (*de jure*) oorlog na een oorlogsverklaring. Deze praktijk is echter inmiddels achterhaald. Anders dan velen gebruikt Dinstein (2005), p. 15, nog steeds de term ‘war’ (in een specifieke betekenis).

²⁶⁴ Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), p. 1319, § 4341.

²⁶⁵ *Armed forces* dient ruim te worden opgevat. Dit kunnen ook gewapende opstandelingen, rebellen, paramilitaire groepen etc. zijn. Zie ook: *Ibid.* p. 1352, § 4462.

²⁶⁶ IACommHR (1997, Nov 18), *Abella case*, § 152.

In sommige gevallen zal het evident zijn dat er sprake is van een gewapend conflict, waarbij ook de betrokken partijen op dat punt die mening zijn toegedaan. Denk bijvoorbeeld aan de Tweede Golfoorlog (1991).

In een groot aantal gevallen ontbreekt die duidelijkheid.²⁶⁷ Denk bijvoorbeeld aan terreuracties, of bij extraterritoriale militaire terreurbestrijdingsoperaties, maar ook als een vredesmacht betrokken raakt bij gevechtsacties.²⁶⁸ Deze onduidelijkheid kan verschillende oorzaken hebben. Allereerst kan er onduidelijkheid bestaan over de feiten. Dit heeft betrekking op zowel partijen (wie strijden er?) als op het geweld (wat gebeurt er?). Zo zal geweldgebruik een zekere drempelwaarde moeten overschrijden; deze drempelwaarde is echter geen absolute en gefixeerde waarde (zie § 5.2). Daarnaast kan één van de betrokken partijen – in weerwil van de hierboven beschreven theorie – terughoudend zijn met het duiden van het geweldgebruik als een gewapend conflict.²⁶⁹ Daarvoor kunnen meerdere redenen bestaan. De psychologische effecten van een dergelijke kwalificatie mogen niet onderschat worden. De strafrechtelijke gevolgen kunnen terughoudendheid in de hand werken. Tijdens een gewapend conflict kunnen immers schendingen van het oorlogsrecht – kortweg: oorlogsmisdrijven – worden gepleegd;²⁷⁰ daarbuiten zijn oorlogsmisdrijven per definitie onmogelijk.²⁷¹ Het duiden van een gedraging als oorlogsmisdrijf heeft waarschijnlijk invloed op de organisatie én de psyche van de militairen’.

Indien er onduidelijkheid over het bestaan van een gewapend conflict bestaat, zal de (straf)rechter moeten vaststellen of er sprake is van een situatie van gewapend conflict. Die vaststelling zal veelal pas achter kunnen geschieden omdat het oordeel op de feiten en omstandigheden is gebaseerd.²⁷² De vraag die we hier dus allereerst moeten stellen, is wanneer geweldgebruik als een gewapend conflict kan worden aangemerkt. Of anders geformuleerd: wanneer overschrijdt geweldgebruik de drempel van een gewapend conflict (§ 5.2)? Als eenmaal vaststaat dát het conflict in Afghanistan een gewapend conflict betreft (§§ 5.3 - 5.5), moeten we vervolgens – ten tweede – bepalen welk deel van het oorlogsrecht als rechtsregime geldt (§ 5.6).²⁷³

5.2. Drempel: Gewapend conflict

Niet ieder geweldgebruik zal als gewapend conflict kunnen worden aangemerkt. Slechts gekwalificeerde vormen van geweld komen daarvoor in aanmerking. Dit is de ondergrens

²⁶⁷ In andere gevallen bestaat duidelijkheid over het gewapende conflict, bijvoorbeeld *Enduring Freedom*, maar heerst verschil van mening over soort en het van toepassing zijnde deelregime. Zie bijvoorbeeld de discussie over de status van Al Qa’ida verdachten in Afghanistan: Gill & Sliedregt (2005), p. .

²⁶⁸ Zie over deze problematiek: Ducheine (2008), p. 470 e.v.

²⁶⁹ Zie bijvoorbeeld de Britse positie die het bestaan van een gewapend conflict met de IRA (in Noord-Ierland) consequent afwees.

²⁷⁰ Zie bijvoorbeeld het beroep van verdediging in ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*; en ICTY (2008a), *Boskoski*, § 174, waarbij de verdediging het bestaan van een gewapend conflict in twijfel trok.

²⁷¹ Zie o.a. art. 8 Statuut van Rome (ICC Verdrag), en artt. 5-7 Wet internationale misdrijven. Zie ook art. 1 Wet oorlogsstrafrecht, waarin – naast het gewapende conflict – ook nog de volkenrechtelijke term oorlog wordt gebruikt.

De beginselen van het oorlogsrecht kunnen ook buiten een gewapend conflict worden geschonden, en leiden ook tot vervolging, alleen zal die schending *niet* als oorlogsmisdrijf kunnen worden gekwalificeerd.

²⁷² Niet alleen in commune strafzaken zoals Rb Rotterdam (2003), *Hulpverlening aan de vijand in tijd van oorlog of gewapend conflict*, maar ook in zaken waarin de status van een gevangene ter discussie staat, zie bijvoorbeeld US Supreme Court (2006), *Hamdan v. Rumsfeld*. Zie ook: Rb Den Haag (1991), *Art. 96 Grondwet (oorlogsverklaring) 2e Golfoorlog*; en Hoge Raad (2004), *Uitlevering PKK bestuurslid*.

²⁷³ Zie de discussie over Guantanamo Bay: Gill (2002), p. 125 en Sands (2008), p. 1 e.v.

van het (niet-internationaal) gewapend conflict.²⁷⁴ Beneden de ondergrens is er *geen* sprake van een gewapend conflict én is het oorlogsrecht dus ook *niet* van toepassing.²⁷⁵

Wil er sprake zijn van een gewapend conflict, dan moet, zo blijkt uit de jurisprudentie van het ICTY, aan twee cumulatieve voorwaarden zijn voldaan.²⁷⁶ Het gaat om (1) intensiteit van geweld en (2) georganiseerde gewapende groepen. Er moet sprake zijn van:

- feitelijke vijandelijkheden van een zekere intensiteit, bestaande uit aan elkaar gerelateerde gewapende ‘incidenten’, die
- uitgevoerd worden door tegenover elkaar staande georganiseerde gewapende groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen.²⁷⁷

Deze voorwaarden zullen we kort bezien. We analyseren op basis van met name jurisprudentie van internationale strafhoven het intensiteitscriterium (§ 5.2.1) en het organisatievereiste (§ 5.2.2). Uiteindelijk moeten die bevindingen op ISAF worden toegepast (§ 5.3). We nemen daarbij aan dat er sprake is van geweldgebruik tussen de strijdkrachten van Afghaanse overheid – gesteund door de internationale troepenmacht ISAF²⁷⁸ – enerzijds en de OMF anderzijds.

5.2.1. Intensiteit van geweld

Uit de jurisprudentie van het ICTY blijkt dat – in tegenstelling tot binnenlandse criminaliteit of onrust – de nadruk bij een (intra-staatelijk en niet-internationaal) gewapend conflict ligt op “the protracted extent of the armed violence and the extent of organisation of the parties involved”.²⁷⁹ Het “protracted” criterium moet gezien worden als een herformulering van de algemene regel die “isolated and sporadic acts of violence (disorganized and short-lived)”

²⁷⁴ Ducheine (2008), p. 472. Strikt genomen zijn er twee ondergrenzen: voor een niet-internationaal gewapend conflict en voor een internationaal gewapend conflict.

²⁷⁵ Zie bijvoorbeeld art. 1(2) AP II: “Dit [Tweede Aanvullende] Protocol is niet van toepassing op situaties van interne ongeregelde heden en spanningen, zoals rellen, op zichzelf staande en sporadisch voorkomende daden van geweld en andere handelingen van soortgelijke aard, die niet zijn te beschouwen als gewapende conflicten”.

Gewone criminaliteit of ongeorganiseerde en kortdurende opstand alsmede de bestrijding van deze soorten geweld vallen onder de grens: zie Pictet (1958), p. 36. Dat geldt ook voor (omvangrijke) spontane gewelddadige rellen en demonstraties, geïsoleerde en sporadische gewelddaden zoals een politieke (moord)aanval op regeringsfunctionarissen of een gijzeling, en omvangrijke rechtshandhavende acties (bijvoorbeeld arrestaties), zie: Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), p. 1354, § 4474.

Zie ook de verklaring van het VK bij art. 1(4) en 96(3) AP I: “It is the understanding of the UK that the term ‘armed conflict’ of itself and in its context denotes a situation of a kind which is not constituted by the commission of ordinary crimes including acts of terrorism whether concerted or in isolation”. (In: Roberts & Guelff (2000), p. 510).

Zie ook <www.icrc.org/ihl.nsf/CONVPRES?OpenView, AP I / State Parties / Reservation-Declaration / United Kingdom> (benaderd: 26-10-2008).

²⁷⁶ Zie uitgebreid: Ducheine (2008), p. 474. Conform: ICRC (2003), p. 18-19: “Armed conflict of any type requires a certain intensity of violence and, among other things, the existence of opposing parties”; Bartels (2008), p. 78; O’Connell (2009), p. 396; International Law Association (ILA) - Committee on the Use of Force (2008), p. 22-23.

²⁷⁷ ICRC (2003), p. 18-19: “Armed conflict of any type requires a certain intensity of violence and, among other things, the existence of opposing parties”. Zie in dit verband ook: IACommHR (1997, Nov 18), *Abella case*; ICTY (1999), *Tadic (Appeal: judgement)*; ICTY (2008b), *Haradinaj*.

²⁷⁸ Zie de MTA-ISAF en het ISAF-mandaat, supra voetnoot 41, resp. voetnoot 47.

²⁷⁹ ICTY (1998), *Celibici (Trial)*, § 185.

uitsluit van het toepassingsbereik van het oorlogsrecht.²⁸⁰ Het feit dat (binnenlands) oorlogsgeweld “protracted” is, onderscheidt het derhalve van ‘gewonere’ vormen van incidenteel (binnenlands) geweld.

In een recente uitspraak gaf het ICTY aan dat het “protracted armed violence” criterium meer door de intensiteit van het geweld, dan door de duur daarvan bepaald wordt.²⁸¹ Dat lijkt ook aan te sluiten bij de tekst van het Statuut van Rome (ICC Verdrag), zoals het ICTY zelf ook vaststelt.²⁸²

Intensiteit kan aan de hand van verschillende indicatieve criteria bezien worden, zo blijkt uit de jurisprudentie van het ICTY. In de *Haradinaj case*, stelde het Tribunaal het volgende:

These indicative factors include the *number, duration and intensity* of individual confrontations; the *type of weapons and other military equipment* used; the *number and calibre of munitions* fired; the *number of persons and type of forces* partaking in the fighting; the number of *casualties*; the extent of material *destruction*; and the number of *civilians fleeing* combat zones. The involvement of the UN Security Council may also be a reflection of the intensity of a conflict.²⁸³

Indicator	Kwalitatief	Kwantitatief
Strijdkrachten	Type en soort (lucht- landstrijdkrachten etc., (para)militair, special forces)	Aantal/omvang
Aanvallen	Soort (lucht-, grond, maritiem, belegering)	Aantal/omvang
Conflict	Aard van de vijandelijkheden	Tijd en Ruimte factoren
Bewapening, munitie	Type	Hoeveelheid
Effecten	Gevolgen (o.a. vluchtelingen, burgerslachtoffers, infrastructurele schade, doden en gewonde strijdende partijen)	Aantal/omvang
Betrokkenheid VN- Veiligheidsraad en externe actoren	Type en aard (VN- Veiligheidsraad resoluties, International Organisations, bemiddeling)	

Tabel 2: Kwalitatieve en kwantitatieve indicatoren intensiteit

In de *Boskoski case* was het Tribunaal uitgebreider:

Various indicative factors have been taken into account by Trial Chambers to assess the “intensity” of the conflict. These include the *seriousness of attacks* and whether there has been an increase in armed clashes, the *spread of clashes over territory* and over a period of *time*, any increase in the *number of government forces* and *mobilisation* and the *distribution of weapons* among both parties to the conflict, as well as whether the conflict has attracted the *attention* of the United Nations Security Council, and whether any *resolutions* on the matter have been passed. Trial Chambers have also taken into account in this respect the number of civilians forced to flee from the combat zones; the type of weapons used, in particular the use of *heavy weapons*, and other military equipment, such as tanks and other heavy vehicles; the *blocking or besieging of towns* and the heavy *shelling* of these towns; the extent of and the number of *casualties* caused by shelling or fighting; the *quantity of troops and units deployed*; existence and change of *front lines*

²⁸⁰ Jinks (2003), p. 6; Quéniwet (2005), p. 34.

²⁸¹ ICTY (2008b), *Haradinaj*, § 49. Zie in dat verband ook: IACommHR (1997, Nov 18), *Abella case*, waarin er gedurende dertig uur sprake was van een gewapend conflict.

²⁸² ICTY (2008a), *Boskoski*, § 186, verwijzend naar art. Article 8(2)(d) van het Statuut van Rome.

²⁸³ ICTY (2008b), *Haradinaj*, § 49. [Accent: PD&EP]. Voor korte beschrijvingen van deze zaken die in het voormalig Joegoeslavië spelen, zie: <www.icty.org/action/cases/4>.

between the parties; the *occupation* of territory, and towns and villages; the deployment of government forces to the crisis area; the closure of roads; cease fire orders and agreements, and the attempt of representatives from international organisations to broker and enforce cease fire agreements.

At a more systemic level, an indicative factor of internal armed conflict is the way that organs of the State, such as the police and military, use force against armed groups.²⁸⁴

Zoals uit deze uitspraken blijkt, is er sprake van een combinatie van kwalitatieve en kwantitatieve criteria. We hebben ze in Tabel 2 bijeen gebracht.

5.2.2. Organisatie

De tweede eis betreft tegenover elkaar staande gewapende georganiseerde groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen.²⁸⁵ Dit is de organisatie eis: “an armed conflict can exist only between parties that are sufficiently organized to confront each other with military means”.²⁸⁶

The [Tadic Appeals] Chamber observed that “an organised group [...] normally has a structure, a chain of command and a set of rules as well as the outward symbols of authority” and that its members do not act on their own but conform “to the standards prevailing in the group” and are “subject to the authority of the head of the group”. Thus, for an armed group to be considered organised, it would need to have *some hierarchical structure* and its leadership requires the *capacity to exert authority* over its members.²⁸⁷

Hieruit blijkt dat een gewapende partij “enige vorm van hiërarchie” moet bezitten, zodat de leiding gezag uit kan oefenen over de groepsleden.

De kwestie van hiërarchie staat los van de kwestie van discipline in relatie tot het vermogen om het HOR te respecteren. Dit gezag hoeft niet van dien aard te zijn dat de groep zich daadwerkelijk conform het oorlogsrecht gedraagt. Het gaat veeleer over het *vermogen* om zich conform het oorlogsrecht te gedragen, los van de kwestie of dat feitelijk ook zo is. Het feit dat de groep het oorlogsrecht respecteert wordt als een uiting van adequaat gezag gezien.²⁸⁸ Het feit dat een groep het oorlogsrecht – bewust en planmatig – schendt, kan eveneens een uiting van gezag over de groep zijn.²⁸⁹

Reguliere strijdkrachten, zoals die van de NAVO-lidstaten en de *Afghan National Army* (ANA), worden geacht aan deze voorwaarden qua organisatie te voldoen.²⁹⁰ Voor irreguliere strijdkrachten, gewapende groepen, moet een beoordeling worden gemaakt met behulp van een aantal indicatieve criteria:

²⁸⁴ ICTY (2008a), *Boskoski*, § 177-178. [Accent: PD&EP].

²⁸⁵ Zie ook M. Sassoli, XXXIst Round Table on "International Humanitarian Law and Human Rights in Peace Operations (4-6 september 2008, San Remo), <www.ihl.org>.

²⁸⁶ ICTY (2008b), *Haradinaj*, § 60.

²⁸⁷ ICTY (2008a), *Boskoski*, § 195, verwijzend naar ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 120.

²⁸⁸ ICTY (2008a), *Boskoski*, § 196.

²⁸⁹ *Ibid.*, § 205: “However, so long as the armed group possesses the organisational ability to comply with the obligations of international humanitarian law, *even a pattern of such type of violations would not necessarily suggest that the party did not possess the level of organisation* required to be a party to an armed conflict. The Chamber cannot merely infer a lack of organisation of the armed group by reason of the fact that international humanitarian law was frequently violated by its members. In assessing this factor the Chamber needs to examine how the attacks were planned and carried out – that is, for example, whether they were primarily the result of a military strategy ordered by those leading the group or whether they were perpetrated by members deciding to commit attacks of their own accord”. [Accent: PD&EP].

²⁹⁰ ICTY (2008b), *Haradinaj*, § 60: “State governmental authorities have been presumed to dispose of armed forces that satisfy this criterion”.

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.²⁹¹

In de *Boskoski case* ordende het ICTY deze criteria. Zo zijn er vier categorieën:

- factoren die op een commandostructuur duiden (aanwezigheid van staf, hoofdkwartier, opperbevel, interne orders, communiqués, woordvoerder, bevelsverhoudingen, rangen en functiebeschrijvingen), inclusief eenhoofdige vertegenwoordiging;²⁹²
- factoren die het militaire operationele vermogen duiden (vermogen om strategie te bepalen, omvangrijke militaire operaties uit te voeren, terrein te beheersen, vermogen om gecoördineerde operaties uit te voeren, bevelvoering);
- logistieke indicatoren (o.a. training en werving personeel, bevoorrading, verbindingen);
- discipline en het *vermogen* om het oorlogsrecht te implementeren (disciplinair systeem, training).²⁹³

5.3. Gewapend conflict in Afghanistan?

Na deze inleidende analyse van de aan de jurisprudentie ontleende criteria – intensiteit en organisatie – zullen we de huidige situatie in Afghanistan toetsen aan deze voorwaarden. Het doel is vast te stellen of er sprake is van een gewapend conflict tussen de Afghaanse regering en ISAF enerzijds, en de OMF anderzijds.

We beschouwen daartoe eerst kort het gewapende verzet c.q. de gewapende opstand (§ 5.3.1). Vervolgens bezien we de betrokken partijen, de Afghaanse overheid en ISAF enerzijds (§ 5.3.2) en de OMF anderzijds (§ 5.3.3). Vervolgens analyseren we het geweld en de geweldsintensiteit (§ 5.3.4), waarna we de organisatie van de OMF nader bezien (§ 5.3.5). Ten slotte beantwoorden we de vraag of er sprake is van een gewapend conflict in (Zuid-)Afghanistan (§§ 5.4 – 5.5).

5.3.1. Gewapende opstand

Om de vraag te kunnen beantwoorden of er sprake is van een gewapend conflict, concentreren we ons op (de vijandelijkheden tussen) de OMF enerzijds en de Afghaanse regering ondersteund door ISAF anderzijds.

Sinds de val van het Taliban-regime in november 2001 is er sprake van gewapend verzet c.q. een gewapende opstand tegen de Afghaanse regering die daarbij ondersteund wordt door

²⁹¹ Ibid., § 60. Zie ook ICTY (2008a), *Boskoski*, § 194-206; en ICTY (2005b), *Limaj*. [Accent: PD&EH]

²⁹² Deze laatste toevoeging komt voor onze rekening: PD&EP.

²⁹³ ICTY (2008a), *Boskoski*, § 204: “The Chamber accepts that a high number of international humanitarian law violations by the members of an armed group may be indicative of poor discipline and a lack of hierarchical command in the group in some instances. It is noted that one national court has held that a pattern of violations of rules of international humanitarian law such as terrorist attacks indicates a lack of responsible command under Article 1 of Additional Protocol II, although the court nonetheless found that Common Article 3 applied. However, the Chamber *also recognises that some terrorist attacks actually involve a high level of planning and a coordinated command structure for their implementation.*”

(onder andere) ISAF. Human Rights Watch onderzocht de consequenties van de gewapende opstand (*insurgency*) en beschreef de situatie als volgt:

Since the fall of the Taliban government in November 2001, Afghan insurgent forces – mostly Taliban, Hezb-e Islami, and allied anti-government groups [OMF: PD&EP] – have launched thousands of armed attacks on Afghan government, US, coalition, and NATO forces, and on the civilian population.

International and Afghan military forces have carried out extensive military operations against these insurgent forces, in many cases causing large numbers of civilian casualties. [...] The most intense fighting to date occurred in 2006, including major hostilities in southern provinces around Kandahar, and in and around Kunar province, on the eastern border with Pakistan.²⁹⁴

De gewapende opstand door wat we korthedshalve OMF noemen, richt zich tegen de Afgaanse overheid en de burgerbevolking, maar ook tegen buitenlandse militaire contingenten. De Afgaanse overheid, dat wil zeggen de nationale regering Karzai en de provinciale en lokale besturen, hebben met de Afghan National Security Forces (ANSF)²⁹⁵ de primaire taak veiligheid, orde, rust en recht te garanderen. Zij worden daar, met instemming van de VN-Veiligheidsraad, op eigen verzoek ook in gesteund door ISAF, zoals ook in de laatste resolutie van de Raad is erkend:

Recognizing that the responsibility for providing security and law and order throughout the country resides with the Afghan Authorities, stressing the role of the International Security Assistance Force (ISAF) in assisting the Afghan Government to improve the security situation and welcoming the cooperation of the Afghan Government with ISAF,²⁹⁶

Ondanks de steun van ISAF, biedt de veiligheidssituatie nog steeds reden tot zorg. De Secretaris-Generaal van de VN (SGVN) meldde in september 2008:

The overall situation in Afghanistan has become more challenging since my previous report. Despite the enhanced capabilities of both the Afghan National Army and the international forces, the security situation has deteriorated markedly. The influence of the insurgency has expanded beyond traditionally volatile areas and has increased in provinces neighbouring Kabul. Incidents stemming from crossborder activities from Pakistan have increased significantly in terms of numbers and sophistication. The insurgency's dependence on asymmetric tactics has also led to a sharp rise in the number of civilian casualties. [...] Another worrying development is the fact that attacks on aid-related targets and non-governmental organizations have become more frequent and more deadly.²⁹⁷

Deze penibele veiligheidssituatie die door de gewapende opstand veroorzaakt wordt, komt ook tot uitdrukking in resoluties van de VN-Veiligheidsraad,²⁹⁸ rapporten van Human

²⁹⁴ Human Rights Watch (2007), p. 12.

²⁹⁵ De ANSF bestaat onder meer uit Afghan National Army (ANA), Afghan Border Police (ABP), Afghan National Police (ANP) en Afghan Highway Police (AHP).

²⁹⁶ UN Doc S/RES/1833 (2008) (*SC Resolution 1833*)

²⁹⁷ UN Doc. A/63/372, S/2008/617 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 2.

²⁹⁸ UN Doc S/RES/1833 (2008) (*SC Resolution 1833*): “Expressing its strong concern about the security situation in Afghanistan, in particular the increased violent and terrorist activities by the Taliban, Al-Qaida, illegally armed groups, criminals and those involved in the narcotics trade, and the increasingly strong links between terrorism activities and illicit drugs, resulting in threats to the local population, including children, national security forces and international military and civilian personnel”.

Rights Watch,²⁹⁹ de Senlis Council (nu: ICOS)³⁰⁰ en het *Annual Report* van het International Committee of the Red Cross (ICRC).³⁰¹

Het is duidelijk dat bij deze gewapende opstand twee ‘zijden’ te onderkennen vallen: de Afghaanse overheid ondersteund door ISAF enerzijds en de OMF anderzijds. We zullen beiden ‘zijden’ successievelijk bezien.

5.3.2. GIROA en ISAF

Het doel van ISAF is – zoals we zagen in paragraaf 2.5 – de Afghaanse overheid (*Government of the Islamic Republic of Afghanistan*, GIROA) bij te staan in het verbeteren van de veiligheidssituatie.³⁰² Vanwege deze doelstelling treedt ISAF in beginsel samen met de Afghaanse autoriteiten, en met name de ANSF (in casu ANA en Afghan National Police, ANP) op.³⁰³

De Afghaanse strijdkrachten, de ANA, verkeren (medio 2009) nog steeds in een groeifase, en zijn vanwege gebrek aan ‘enablers’,³⁰⁴ zware middelen, of qua opleiding en training, slechts beperkt (zelfstandig) inzetbaar. De ANA heeft (medio 2009) een sterkte van zo’n 63.000 man.³⁰⁵ Zij treedt doorgaans in samenwerking met ISAF (en OEF) eenheden op. In de zuidelijke ISAF regio – RC-South – bevindt zich het 205^e ANA Corps, in Uruzgan de 4^e ANA Brigade (1400 man).³⁰⁶ Operational Mentoring and Liaison Teams (OMLT’s) van ISAF (en OEF) verzorgen niet alleen de opleiding en begeleiding van de ANA, zij leveren ook de *enablers* zoals verbindingen, luchtsteun, genie en geneeskundige steun/afvoer. Qua uitrusting, ervaring en opleiding kan het jonge ANA slechts beperkt zelfstandig opereren tegen OMF:

De inzetbaarheid en zelfstandigheid van de Afghaanse troepen neemt gestaag toe. [...] De inzetbaarheid van de aanwezige bataljons van de 4^e ANA Brigade in Uruzgan verbetert nog steeds. Samen met de OMLT’s werd deelgenomen aan verscheidene operaties in de afgelopen periode. Op dit moment zijn zowel het eerste als het tweede bataljon in staat tot het plannen en uitvoeren van counter-insurgency operaties op pelotonsniveau.³⁰⁷

De ANA is (nog steeds) in sterke mate afhankelijk van ISAF (en OEF) eenheden. We bezien hier overigens slechts de ISAF eenheden.

²⁹⁹ Human Rights Watch (2007), p. 1.

³⁰⁰ Senlis Afghanistan (2007), p. 1.; ICOS (2008), p. 7.

³⁰¹ ICRC (2008a), p. 18: “The armed conflict in Afghanistan spread considerably in 2007, [...], fighting between armed groups and national and international forces occurred regularly in more than half of Afghanistan’s provinces, while provinces not directly affected by fighting endured roadside bombs, targeted killings, suicide bombings and deliberate intimidation of civilians. Military operations by international forces included aerial bombardments in the south and east. While the south remained the region worst affected by the conflict, the south-eastern provinces of Ghazni, Paktia, Paktika and Zabul saw a marked deterioration in the security situation. Fighting between national and international forces and armed groups also spread into western and central areas”.

³⁰² Zie de resoluties van de VN-Veiligheidsraad aldaar. Zo ook: *Kamerstukken II 2008-09*, 27 925, nr. 325, p. 5: “Het centrale doel van de ISAF-missie is de Afghaanse overheid te helpen zelf de veiligheidsproblemen in haar land ter hand te nemen.”

³⁰³ Ibid. p. 21: “Zo neemt de ANA thans landelijk deel aan bijna 70% van alle ISAF-operaties [...]”

³⁰⁴ Zie hierna.

³⁰⁵ *Kamerstukken II 2008-09*, 27 925, nr. 325, p. 21; UN Doc. A/63/372, S/2008/617 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 23.

³⁰⁶ Alsmede 1300 Afghan National Police (ANP): *Kamerstukken II 2008-09*, 27 925, nr. 325, p. 22.

³⁰⁷ Ibid. p. 21.

ISAF heeft (medio 2009) een sterkte van 55.100 militairen.³⁰⁸ In Zuid-Afghanistan, het operatiegebied van RC-South dat de provincies Daikundi, Helmand, Kandahar, Nimruz, Uruzgan en Zabul omvat,³⁰⁹ zijn dat 23.000 militairen. In Uruzgan bevinden zich zo'n 2.000 ISAF militairen. ISAF beschikt over: grondtroepen; infanteriegevechtsvoertuigen en tanks (Canada en Denemarken); gevechtssteun waaronder artillerie (mortieren, houwitsers, raket-systemen)³¹⁰ en genie; luchtsteun in de vorm van gevechtsvliegtuigen, bommenwerpers, gevechtshelikopters, speciale vliegtuigen voor luchtsteun aan grondtroepen (A-10 en AC-130 *Spectre Gunship*)³¹¹ en onbemande vliegtuigen.

Naast de opleiding en begeleiding van de ANSF, alsmede de gezamenlijke operaties, ondersteunt ISAF de Afghaanse overheid met het uitbreiden (en behouden) van haar gezag. Daarbij kunnen (en worden) ook offensieve operaties ondernomen:

Daarbij zal desnoods door het uitvoeren van offensieve veiligheidsoperaties een gewapende tegenstander in een bepaald gebied worden bestreden met als doel in dat gebied de veiligheidssituatie te verbeteren.³¹²

Reguliere strijdkrachten zoals ANA en ISAF voldoen qua organisatie per definitie aan de eis die in doctrine en jurisprudentie (zie hiervoor § 5.2.2) aan gewapende partijen bij het conflict is gesteld.

De ene 'zijde' van het Afghaanse conflict bestaat primair uit de Afghaanse overheid (GI-RoA), die daarbij op eigen verzoek en met instemming van de VN-Veiligheidsraad ondersteund wordt door ISAF.

5.3.3. OMF

De 'andere' zijde van het conflict wordt gevormd door 'gewapende opstandelingen'. De opstandelingen bestaan uit meerdere groeperingen. De verzamelnaam is Opposing Militant Forces, kortweg OMF.³¹³ Het gaat om Taliban, Al Qa'ida en Hezb-i Islami Gulbuddin (HiG).³¹⁴ Het zuiden van Afghanistan, waaronder de provincies Kandahar en Helmand, is een van de gebieden waar de opstand hardnekkig en intensief is.³¹⁵ De activiteiten van de OMF in Zuid-Afghanistan concentreren zich op de provincies Uruzgan, Zabul, (Noord)-Kandahar en (Noord)-Helmand.³¹⁶ De Nederlandse regering beschreef de situatie eind 2005 als volgt:

De gewapende strijd van de Opposing Militant Forces (OMF: de Taliban, Al Qa'ida en Hezb-i Islami Gulbuddin) duurt voort en er zijn regelmatig gevechtsacties, vooral in het zui-

³⁰⁸ NATO (2009, Jan 12), waarvan ongeveer 23000 in RC-South.

³⁰⁹ *Kamerstukken II 2005-06*, 27 925, nr. 201, p. 7.

³¹⁰ Zie Soldaat & Vermeij (2007), p. 69, waarin de auteurs wijzen op de HIMARS (High Mobility Artillery Rocket System).

³¹¹ Ebbelaar (2009), p. 24, in casu het relaas van M. Kroon over gevechten in de Baluchivallei en Chora (2007).

³¹² *Kamerstukken II 2005-06*, 27 925, nr. 193, p. 13-14. Zie ook: Ministerie van Defensie (2009b).

³¹³ OMF is de term die in de Nederlandse kamerstukken wordt gebruikt. Als generiek begrip wordt ook wel 'Taliban' gebruikt (als synoniem voor OMF). Waar dit in de gebruikte bronnen voorkomt hebben wij dit letterlijk overgenomen. Wij zullen dit onderscheid echter voeren.

³¹⁴ Voor een gedetailleerdere indeling o.a.: Jones (2008b), p. xi, 37: "A mixed group of insurgents comprised of the Taliban, Hezb-i-Islami, the Haqqani network, foreign fighters, local tribes, and criminal organizations began a sustained effort to overthrow the Afghan government".

³¹⁵ Daarnaast betreft het oost-Afghanistan (o.a. provincie Kunar): Human Rights Watch (2007), p. 12.

³¹⁶ *Kamerstukken II 2005-06*, 27 925, nr. 201, p. 7.

den en oosten. [...] De veiligheidssituatie in het zuiden en oosten is slecht. Het gezag van de centrale en provinciale overheid is er niet sterk. Voor de stabiliteit van Afghanistan op de langere termijn is het essentieel dat ook in deze gebieden de overheid haar gezag kan uitbreiden en dat de veiligheid en stabiliteit toenemen. Momenteel [22-12-2005] opereren de OMF nog in en vanuit sommige gebieden in het zuiden en oosten en vanuit Pakistan.³¹⁷

De OMF trachten actief en met geweld te voorkomen dat de coalitiestrijdkrachten, de Afghaanse veiligheidsorganisaties (politie en leger) en de plaatselijke en provinciale autoriteiten greep op het zuiden van Afghanistan krijgen. Zij willen delen van deze regio kunnen blijven gebruiken als veilige uitvalsbasis. De OMF proberen dit onder meer te bereiken door:

- het verzamelen van inlichtingen over de activiteiten van de coalitiestrijdkrachten van de operatie *Enduring Freedom* en van de Afghaanse autoriteiten;
- het uitvoeren van hinderlagen, overvallen en aanslagen met geïmproviseerde explosieven op patrouilles van de coalitiestrijdkrachten en de Afghaanse veiligheidsorganisaties;
- het met raketten en mortieren beschieten van de bases van coalitiestrijdkrachten;
- het behouden of afdwingen van de steun onder de bevolking met behulp van propaganda en intimidatie;
- het verstoren van de wederopbouw;
- het beperken van de bewegingsvrijheid van de coalitiestrijdkrachten door het aangrijpen van verbindingen over land en door de lucht.³¹⁸

Hoewel de ‘andere’ zijde van het Afghaanse conflict uit een eenduidige groep lijkt te bestaan – de OMF – is dit in werkelijkheid een heterogeen samenwerkingsverband van meerdere gewapende groepen.

5.3.4. Geweld en intensiteit vijandelijkheden

Volgens een recent rapport van ICOS, zou de Taliban een permanente presentie van bijna driekwart van het Afghaanse grondgebied hebben.³¹⁹ Hoewel van de zijde van o.a. de NAVO kritiek is geuit op dit cijfer,³²⁰ blijkt uit het rapport in ieder geval dat de OMF een brede en omvangrijke gewapende strijd voeren. ICOS relateert de presentiecijfers aan het aantal aanvallen door de OMF per week.

In Uruzgan, de provincie waar de Nederlands-Australische Task Force sinds 2006 actief is, werden tussen 1 april 2005 en 31 december 2005 ruim 140 gewelddadige incidenten geteld. Dat komt neer op bijna drie per week.

³¹⁷ *Kamerstukken II 2005-06*, 27 925, nr. 193 ('Besluit' ISAF (TFU)), p. 5.

³¹⁸ *Kamerstukken II 2005-06*, 27 925, nr. 201, p. 33.

³¹⁹ ICOS (2008), p. 5: 72%. In november 2007 ging het nog om 54%: Senlis Afghanistan (2007), p. 7. ICOS baseert haar oordeel op het aantal “insurgent attack per week, according to public records”. Daarbij moet de kanttekening geplaatst worden dat een aanval niet per se betekent dat de Taliban het gebied controleert, en het is ook onwaarschijnlijk dat in gebieden waar de Taliban dominant is en overheid en ISAF dientenvolge niet kunnen komen, veel aanvallen plaatsvinden. Hoe dit ook zij, de stijging van het aantal aanvallen en de omvang ervan is evident.

³²⁰ Zie bijvoorbeeld Commandant RC-South, die er op wijst dat zestig procent van de Afghaanse bevolking in Zuid-Afghanistan in de vruchtbare valeien woont, die (grotendeels) tot de ‘inktvlek’ van ISAF behoren. De Volkskrant (14-03-2009), ‘Het aantal incidenten zal nog stijgen’: Nederlandse commandant blij met Amerikaanse versterkingen voor gevaarlijke provincies in Zuid-Afghanistan.

De helft van deze incidenten bestond uit zogenaamde directe aanvallen. Het gaat hier voornamelijk om gevechtscontacten tussen de Taliban en coalitietroepen en/of Afghaanse veiligheidsorganisaties.³²¹

Nederland troepen zijn in Uruzgan tussen juni 2006 en april 2008 648 maal in gevechtscontact – Troops in Contact (TIC) – met OMF geweest.³²² Dat is ongeveer één keer per dag. Daarbij kwamen ook zeventig Afghaanse burgerslachtoffers om. In januari 2009 zou het om reeds om 900 TIC's gaan.³²³

Human Rights Watch (HRW) registreerde voor heel Afghanistan in 2006 als gevolg van directe aanvallen door opstandelingen: 189 bomaanslagen met 500 doden; 177 doden bij andere aanslagen, overvallen of hinderlagen. In totaal werden minimaal 669 Afghanen gedood in 350 afzonderlijke gewapende aanvallen door OMF.³²⁴ Dat is dus één per dag. Daarnaast registreerde HRW 190 aanvallen op scholen.³²⁵ Het totale aantal burgerslachtoffers, gewond of gedood als gevolg van OMF aanvallen, benadert de duizend.³²⁶ Over zelfmoord-aanslagen, rapporteerde HRW het volgende:

Suicide bombings, once very rare in Afghanistan, now occur on a regular basis. At least 136 suicide attacks occurred in Afghanistan during 2006 – a six-fold increase over the previous year. (This count is a subset of the 189 bomb attacks noted above.) At least 803 Afghan civilians were killed or injured in these suicide attacks (272 killed and 531 injured). At least 80 of these attacks – a clear majority – were on military targets, yet these 80 attacks caused significant civilian casualties, killing five times as many civilians as combatants (181 civilians versus 37 combatants).³²⁷

Dat de gewapende opstand niet afneemt, bevestigt een Nederlandse voortgangsrapportage:

[Het] aantal veiligheidsincidenten [is] in heel Afghanistan gestegen in vergelijking met vorig jaar. Volgens ISAF zijn tot en met september 2008 een totaal van 9059 geweldsincidenten geregistreerd. In 2007 waren dat er 8731 en in 2006 waren het er 6577. De Taliban richten zich veelal op het plegen van aanslagen op hoofdwegen en bruggen, om zo de aanvoerlijnen te verstoren en de bewegingsvrijheid van de internationale troepen, maar vooral hulporganisaties en de lokale bevolking te beperken.³²⁸

Omgerekend gaat het in Afghanistan in totaal dus om zo'n 22 'incidenten' per dag. De SGVN rapporteerde in september 2008 een aantal van 32 per dag in de maand ervoor:

The number of security incidents rose to 983 in August [2008], which is the highest since the fall of the Taliban in 2001 and represents a 44 per cent increase compared with the same month in 2007. While armed clashes between Afghan and international security forces on the

³²¹ *Kamerstukken II 2005-06*, 27 925, nr. 201, p. 24.

³²² Interview met generaal Dick Berlijn: NRC Handelsblad (12-4-2008), *Generaal Dick Berlijn: 'We wisten niet dat we zo vaak moesten knokken'*

³²³ Hoofdofficier mr. A.O. van der Kerk, presentatie Militair Rechtelijke Vereniging, 10-12-2008, Amsterdam.

³²⁴ Human Rights Watch (2007), p. 3.

³²⁵ In 2005: 91.

³²⁶ Human Rights Watch (2007), p. 3. Zie ook UN Doc. A/61/326, S/2006/727 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), waarin tussen 1-1-2006 en 11-9-2006 sprake is van 2000 doden, waarvan 1/3 burgers.

Voor een voorbeeld van verliescijfers aan ISAF-zijde: de Britse aantallen dode en gewonde militairen: http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/7595E459-A7DD-4C9A-98B8-F700603B165F/0/Op_Herrick_Casualty_Fatality_Tables_December_08.pdf (benaderd: 24-1-2009).

³²⁷ Human Rights Watch (2007), p. 4.

³²⁸ *Kamerstukken II 2008-09*, 27 925, nr. 325, p. 19.

one hand, and insurgents on the other, have continued to increase in number and intensity, asymmetric attacks carried out by the insurgents have increased even more.³²⁹

The trend in insurgency tactics observed in 2007 – from armed clashes with security forces to attacks of an asymmetric nature – continued and became more pronounced in 2008, leading to a sharp increase in the number of civilian casualties. Of the more than 3,800 lives lost in insurgency-related violence by the end of July [2008], over one third were civilians.³³⁰

Wat duidelijk wordt uit de diverse registraties van geweldgebruik, is dat de vijandelijkheden qua tijd, geografisch bereik, omvang en intensiteit sterk variëren. Er zijn de eenvoudige IED, guerrilla-acties met meerdere strijders, maar ook omvangrijke en meer klassiek uitgevoerde operaties. Drie tot de verbeelding sprekende momenten zijn operatie *Medusa* (2006), de strijd bij Chora (operatie *Troy*, 2007) en de aanval op Kandahar (2008).³³¹

Tijdens operatie *Medusa* die bedoeld was om de invloed en bedreiging van de OMF (i.c. Taliban) op Kandahar in te perken, was er sprake van min of meer conventioneel opereren-de Taliban-eenheden van bataljonsgrootte:

One indication of the increasing strength and boldness of the Taliban is that in 2006 their forces engaged NATO in battalion-sized assaults with sustained logistical and engineering support. [fn 6: During fighting in September 2006 between anti-government forces and Canadian-led NATO troops in the Panjwai region of Kandahar province (dubbed by NATO as “Operation Medusa”), for instance, the Taliban reportedly fielded more than 1,000 troops and used complex trench networks and operated a field hospital. See Noor Khan, “NATO Reports 200 Taliban Killed in Afghanistan,” Associated Press, September 3, 2006].³³²

Operatie *Medusa* betrof een door RC-South geleide brigadeactie. Daarbij zouden zo’n duizend strijders zijn uitgeschakeld.³³³

Bij de gevechten rondom Chora in de zomer van 2007 zou er sprake zijn geweest van zo’n duizend strijders (OMF) die Chora dreigden te veroveren. ISAF, in casu commandant-TFU, was hierdoor gedwongen een bataljonsoperatie te lanceren. Deze meerdaagse operatie *Troy* werd uitgevoerd door de Nederlandse Battle Group, Nederlandse *special forces*, de Britse reserve-eenheid van RC-South en tot op zekere hoogte door Australische *special forces*.³³⁴ De operatie werd ondersteund door gevechtssteuneenheden, artillerie, genie, inlichtingenmidde-len, gevechtshelikopters, gevechtsvliegtuigen en bommenwerpers. De Nederlandse journalist Peter van de Velde was kort na de ‘slag bij Chora’³³⁵ ter plekke en schetste een van de onderdelen van operatie *Troy* als volgt:

Die nacht [PD & EP: zaterdagochtend 16 juni 2007] wordt een eerste tegenaanval ingezet met artillerie en luchtmacht. De Talibanposities worden bestookt. De Nederlandse militairen vechten aanhoudend. De complete opbouw van de strijdkrachten van de Nederlanders duurt twee dagen. In de tussentijd bombarderen Amerikaanse F-18’s en A-10’s, Franse Mirages,

³²⁹ UN Doc. A/63/372, S/2008/617 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 16.

³³⁰ Ibid. (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 19.

³³¹ Let wel: “De Taliban lijken niet in staat tot een grootschalig offensief. Daarnaast hebben zij om effect te sorteren een dergelijk omvangrijk optreden niet nodig. Door aanwezig te zijn en met behulp van kleinere acties zijn zij in staat om de bevolking het gevoel van onveiligheid te geven, waardoor de ontevredenheid over de Afghaanse overheid toeneemt. *Grotere operaties worden door de Taliban alleen uitgevoerd, indien de lokale omstandigheden daarvoor als gunstig worden ingeschat.* Vanuit dit perspectief moet bijvoorbeeld de Taliban-aanval op Chora in juni jl. [2007] worden gezien.”, in: *Kamerstukken II 2007-08*, 27 925, nr. 287, p. 83 [Accent: PD&EP].

³³² Human Rights Watch (2007), p. 14. Zie over operatie *Medusa*: Soldaat & Vermeij (2007), p. 68-70.

³³³ Soldaat & Vermeij (2007), p. 70: “gedood, verwond of gevangengenomen”.

³³⁴ Velde (2008), p. 159.

³³⁵ Ministerie van Defensie (2009a).

Britse Harriers en Nederlandse F-16's en Apaches de Taliban. De Pantserhouwitsers vuurt vanaf kamp Holland [...]. In Chora worden mortieren ingezet. Het onbemande Amerikaanse vliegtuig de Predator vliegt boven het gebied. Vanuit Saoedi-Arabië wordt een U2-spionagevliegtuig ingevlogen. Burgers krijgen van de Taliban het bevel mee te vechten. Zij die weigeren worden geëxecuteerd.³³⁶

In 2008 wisten de OMF (i.c. Taliban) wederom Kandahar te bedreigen. Daarbij werden ruim duizend gevangenen uit de lokale gevangenis bevrijd.³³⁷

Hiervoor hebben we uit de jurisprudentie de indicatoren herleid die betrekking hebben op de intensiteit van de vijandelijkheden (infra § 5.2.1): strijdkrachten, aanvallen, aard van de vijandelijkheden, tijd- en ruimtefactoren, bewapening, effecten en betrokkenheid van externe actoren zoals de VN-Veilighedsraad en Internationale Organisaties. Wanneer we deze indicatoren afzetten tegen de beschrijving van de vijandelijkheden *over en weer*, dan dringt zich de conclusie op dat het geweld in Zuid-Afghanistan de ondergrens van het *genus* gewapend conflict – op dit intensiteitscriterium – overschrijdt. Er is een vrij duidelijk patroon van feitelijke vijandelijkheden over en weer waarneembaar.

Het aandeel van de ANA en ISAF in de vijandelijkheden over en weer is vrij eenvoudig te herleiden tot deze reguliere strijdkrachten. Of het oppositionele aandeel in de vijandelijkheden aan de OMF moet worden toegerekend is op voorhand minder duidelijk. Dat is in ieder geval zo als zij herleid kunnen worden tot een organisatie die daarvoor verantwoordelijk is of zegt te zijn. Bij de hierna te bespreken tweede voorwaarde zal moeten blijken of dit daadwerkelijk het geval is.

5.3.5. Organisatie OMF

De tweede voorwaarde voor de aanwezigheid van een gewapend conflict, betreft tegenover elkaar staande gewapende georganiseerde groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen. Zoals we hiervoor al opmerkten, kwalificeren de ANA en de verschillende contingenten van ISAF zich per definitie voor dit doeleinde.³³⁸

Of de OMF een georganiseerde gewapende groep is, is minder evident. We zullen een aantal van de indicatoren in kaart brengen. Het gaat op dit punt om (1) factoren die op een commandostructuur duiden, (2) factoren die het militaire operationele vermogen duiden (3) logistieke indicatoren, en (4) discipline en het vermogen om het oorlogsrecht te implementeren. We worden daarbij in onze mogelijkheden beperkt, omdat informatie op een aantal aspecten schaars is, dan wel geclassificeerd.

Waar we hiervoor de OMF beschreven hebben als een heterogeen verband dat uit (ten minste) drie groepen bestaat – Taliban, Al Qa'ida en Hezb-i Islami Gulbuddin – zullen we in deze paragraaf noodzakelijkerwijs ons concentreren op de Taliban. Ten eerste omdat deze in het zuiden de meest actieve deelgroep is. Ten tweede omdat de toegang tot bron-

³³⁶ Velde (2008), p. 159.

³³⁷ NRC Handelsblad (8-8-2007), *Taliban vallen basis van VS in Uruzgan aan*; NRC Handelsblad (14-6-2008), *Talibaan bevrijden 1.150 gevangenen*; NRC Handelsblad (17-6-2008), *Talibaan lanceren aanval op Kandahar*; NRC Handelsblad (19-6-2008), *NAVO-operatie wordt steeds ontregeld*; NRC Handelsblad (18-6-2008), *NAVO begint tegenaanval bij Kandahar*; NRC Handelsblad (19-6-2008), *We moeten plaatselijke Talibaan-succesjes niet opblazen*.

³³⁸ Supra voetnoot 290.

nenmateriaal over dit aspect beperkt of geclassificeerd is. Ten slotte hanteren openbare bronnen veelal de term ‘Taliban’ waarbij dit synoniem lijkt te staan met OMF.³³⁹

Allereerst bezien we de commandostructuur. Het betreft de volgende deelaspecten of indicatoren: staf, hoofdkwartier, opperbevel, interne orders, communiqués, woordvoerder, eenhoofdige vertegenwoordiging, bevelsverhoudingen, rangen en functiebeschrijvingen.

Uit (inlichtingen)bronnen blijkt dat er sprake is van een zekere mate van hiërarchie in het leiderschap van OMF, met name bij de Taliban.³⁴⁰ Het topkader zetelt waarschijnlijk in Pakistan, waarbij Quetta frequent genoemd wordt.³⁴¹

De SGVN onderkent, naast Gulbuddin Hekmatyar’s Hezb-i Islami commando (een geallieerd maar afzonderlijk netwerk voor de Kunar en Pashtun gebieden in Noord-Afghanistan), vier Taliban districtscommando’s:

- het Noordelijke commando (Nangarhar en Laghman);
- Jalaluddin Haqqani’s commando (met name in Khost en Paktia);
- de Wana shura (voor Paktika); en
- het Zuidelijke commando (voor Helmand, Kandahar, Zabul en Uruzgan).³⁴²

De leiding van de Taliban berust bij Mullah Omar, “the highest leader of the Islamic Emirate of Afghanistan”.³⁴³ Na Mullah Omar is Mullah Dadullah de meest prominente militaire commandant, die tevens als publiek gezicht fungeert:

After Mullah Omar, the most publicly prominent Taliban military commander is Mullah Dadullah, a long-time Taliban fighter who lost a leg while fighting the forces of the Northern Alliance in 1994. The forty-year-old Dadullah is believed to be in charge of the insurgency campaign against the Afghan government and international forces, and he has boasted of training and dispatching suicide bombers, as well as coordinating attacks against government officials. Dadullah is often the public face of Taliban militancy, frequently appearing on propaganda DVDs and issuing press statements.³⁴⁴

Daarnaast is er sprake van middenkader en lokale Taliban-commandanten ter plekke in Afghanistan. Het leiderschap vertrouwt in sterke mate op “crossborder fighters” uit vluchtelingenkampen en radicale *madrassas* in Pakistan.³⁴⁵ De harde kern wordt ter plaatse versterkt met lokale strijders. De Taliban maakt gebruik van zogeheten *facilitators* en *enablers* tijdens de verschillende fasen van hun activiteiten. Zo worden onderdelen van IED’s aangeleverd en in IED-werkplaatsen geassembleerd. Anderen plaatsen deze IED’s of bereiden de plaatsing voor. Zij maken ook gebruik van zogeheten *spotters*, waarnemers die de bewegingen van ISAF gadeslaan en doorgeven.³⁴⁶

Een ander aspect van de commandostructuur is dat de OMF/Taliban bij machte zijn onderhandelingen te voeren met ISAF-troepen:

³³⁹ Zie o.a. de verschillende berichten in NRC Handelsbald (infra).

³⁴⁰ Zie o.a. Jones (2008b), p. 30-31; Jones (2008a), p. 37-48.

³⁴¹ Coenen (2009), p. 171 ; Jones (2008b), p. 31; Jones (2008a), p. 40; UN Doc. A/61/326, S/2006/727 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 5.

³⁴² UN Doc. A/61/326, S/2006/727 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 6.

³⁴³ Human Rights Watch (2007), p. 15-16; Christopher Dickey, ‘The Taliban’s Book of Rules’, *Newsweek*, December 12, 2006, <http://www.msnbc.msn.com/id/16169421/site/newsweek/> (accessed January 10, 2007).

³⁴⁴ Ibid. p. 15-16; Michael Hirst, ‘Brutal One-legged Fanatic Who Loves the Limelight’, *The Telegraph* (UK), July 2, 2006.

³⁴⁵ UN Doc. A/61/326, S/2006/727 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 8.

³⁴⁶ Ministerie van Defensie (2009b).

In mid-2006, British forces agreed to leave the town of Musa Qala, in Helmand province, if Taliban forces also agreed to withdraw. The much criticized agreement ended in early December 2006 when Taliban forces and NATO troops again engaged in heavy clashes there.³⁴⁷

Een volgend aspect blijkt uit het feit dat de OMF/Taliban in het zuiden tweederde van de bomaanslagen opeist.³⁴⁸

Taliban spokesmen have claimed responsibility for over two thirds of recorded bombing attacks – primarily those in the southern and south-eastern provinces – although in some cases their claims may be unfounded boasts.³⁴⁹

Mediaverklaringen zijn een volgende uiting van de commandostructuur. Als voorbeeld kunnen we wijzen op het doelbewust aanvallen van burgers en medewerkers van internationale civiele organisaties door OMF/Taliban. Dit sluit aan bij een patroon van – bewuste – schendingen van het oorlogsrecht, dat vanwege ideologische motieven wordt afgewezen:³⁵⁰

Media statements by various Taliban commanders and spokesmen, and documents attributed to the Taliban shura (council), indicate that Taliban leaders consider it permissible to attack Afghan government workers and teachers, employees of nongovernmental organizations, or anyone who supports the government of President Hamid Karzai. Taliban spokesmen have claimed responsibility for various kidnappings and killings of foreign humanitarian aid workers, claiming that they are killed because they are “spying for the Americans” or for NATO or coalition forces.³⁵¹

Het doelbewust schenden van het oorlogsrecht door burgers aan te vallen, duidt niet alleen op het bestaan van een commandostructuur die uitvoering geeft aan een strategie, maar ook op het vermogen om vooraf een strategie te bepalen.

[HRW] investigations found that many civilian casualties from insurgent attacks in Afghanistan in 2006 were intentional or avoidable. Insurgent forces regularly targeted civilians, or attacked military targets and civilians without distinction or with the knowledge that attacks would cause disproportionate harm to civilians.³⁵²

De commandostructuur is slechts één van de indicatoren voor het militair operationele vermogen. De indicatoren zijn: vermogen om strategie te bepalen, omvangrijke militaire operaties uit te voeren, terrein te beheersen, vermogen om gecoördineerde operaties uit te voeren, en bevelvoering.

De Taliban bleek tijdens Operatie *Medusa* in staat conventionele en gecoördineerde militaire operaties uit te voeren. De aanval op Kandahar (2008) bevestigt dit beeld.³⁵³ In oktober 2008, viel de Taliban vanuit drie zijden aan op de hoofdstad van Helmand, Lashkar Gah. Het districtskantoor Nad Ali (Helmand) kon pas na drie dagen vechten op de Taliban worden heroverd.³⁵⁴

Het militair operationele vermogen van de OMF lijkt in de loop van de tijd te zijn toegenomen. In 2005 meldde de Nederlandse regering reeds:

³⁴⁷ Human Rights Watch (2007), p. 14-15.

³⁴⁸ Ibid. p. 5.

³⁴⁹ Ibid. p. 5.

³⁵⁰ Ibid. p. 5.

³⁵¹ Ibid. p. 5.

³⁵² Ibid. p. 4.

³⁵³ NRC Handelsblad (8-8-2007), *Taliban vallen basis van VS in Uruzgan aan*; NRC Handelsblad (14-6-2008), *Talibaan bevrijden 1.150 gevangenen*; NRC Handelsblad (17-6-2008), *Talibaan lanceren aanval op Kandahar*; NRC Handelsblad (19-6-2008), *NAVO-operatie wordt steeds ontregeld*; NRC Handelsblad (18-6-2008), *NAVO begint tegenaanval bij Kandahar*; NRC Handelsblad (19-6-2008), *We moeten plaatselijke Talibaan-succesjes niet opblazen*.

³⁵⁴ NRC Handelsblad (13-10-2008), *Talibaan vallen provinciehoofdstad aan: zestig doden*.

Er waren in de periode van april tot en met oktober [2005] niet alleen steeds meer incidenten, maar de aanvallen worden technisch en tactisch ook beter uitgevoerd en beter gecoördineerd. De OMF kenmerken zich in toenemende mate als een standvastige tegenstander die steeds vaker, ondanks een relatief hoog aantal slachtoffers aan eigen kant, een directe confrontatie met de coalitiestrijdkrachten en de ANA niet uit de weg gaat. Tevens blijken de OMF in toenemende mate bereid te zijn gebruik te maken van meer radicale methodes zoals zelfmoord-aanslagen [...].³⁵⁵

De SGVN rapporteerde in september 2008 aan de VN-Veiligheidsraad:

Three trends can be identified in the context of this deterioration: a greater focus by insurgent groups on hitherto stable areas; more sophisticated planning of operations by insurgents, in particular asymmetric attacks; and an increase in civilian casualties. [...] The fact that the insurgents have the ability to carry out operations in the capital [Kabul] shows that they are becoming increasingly sophisticated.³⁵⁶

De derde groep indicatoren betreft de logistiek: waaronder training en werving personeel, bevoorrading en verbindingen. Zoals we hiervoor beschreven, maken de OMF gebruik van permanente strijders die voor een deel uit het buitenland (Pakistan) komen, en na een actie of operatie weer terugkeren. Daarnaast zijn de OMF in staat, al dan niet onder dwang, (tijdelijke) lokale strijders aan te trekken, bijvoorbeeld *spotters*.³⁵⁷

De vierde en laatste categorie indicatoren betreft discipline en het *vermogen* om het oorlogsrecht te implementeren. Het gaat om een disciplinair systeem en training. Het doelbewust schenden van het oorlogsrecht is echter een van de kenmerken van organisatie, aldus het ICTY.³⁵⁸

The Chamber accepts that a high number of international humanitarian law violations by the members of an armed group may be indicative of poor discipline and a lack of hierarchical command in the group in some instances. [...] However, the Chamber also recognises that some terrorist attacks actually involve a high level of planning and a coordinated command structure for their implementation.³⁵⁹

Zoals hiervoor uit jurisprudentie bleek, gaat het niet zozeer om de vraag of de OMF zich aan het oorlogsrecht houden, maar om het vermogen om dat te doen.³⁶⁰ Bekend is dat de OMF weinig respect voor het oorlogsrecht opbrengen.³⁶¹

Hiervoor hebben we uit de jurisprudentie de indicatoren herleid die de organisatie van de strijdende partijen regarderen (supra § 5.2.2): (1) factoren die op een commandostructuur duiden, (2) factoren die het militaire operationele vermogen duiden (3) logistieke indicatoren, en (4) discipline en het vermogen om het oorlogsrecht te implementeren. Zoals gezegd

³⁵⁵ *Kamerstukken II 2005-06*, 27 925, nr. 193 ('Besluit' ISAF (TFU)), p. 11.

³⁵⁶ UN Doc. A/63/372, S/2008/617 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 17-18.

³⁵⁷ Soldaat (2009), p. 252-266; Coenen (2009), p. 170.

³⁵⁸ Zie ook het 'rulebook' dat door het leiderschap van de Taliban in 2006 is uitgebracht: Human Rights Watch (2007), p. 95, Rulebook for the Mujahidin from the Supreme Leader of the Islamic Emirate of Afghanistan, ongedateerd, gefaxd naar media in Pakistan (november 2006, On file with Human Rights Watch). Het boekwerk verschaft verklaringen waarom Afghaanse burgers aangevallen mogen worden. Idem voor een boekwerk dat in 2009 werd ontdekt: Jazeera.net (2009) (full text op: <www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/obamaswar/etc/mullahomar.pdf>, benaderd 3-12-2009).

³⁵⁹ ICTY (2008a), *Boskoski*, § 204.

³⁶⁰ Supra voetnoot 293.

³⁶¹ Zie voor een beschrijven van de *modus operandi* van de aanvallen door de OMF: Human Rights Watch (2007), p. 25.

kwalificeren ANA en ISAF zich per definitie op dit criterium. Voor de OMF is dit minder evident.

Ook op het punt van de tweede voorwaarde voor het bestaan van een gewapend conflict – de organisatie van de strijdende partijen – dringt zich op basis van de voorgaande analyse de conclusie op dat de OMF, of in ieder geval de Taliban, een georganiseerde gewapende groep is, die over het vermogen lijkt te beschikken om over langere termijn gecoördineerde militaire operaties uit te voeren tegen de Afghaanse regering, regeringstroepen en buitenlandse troepen, waaronder ISAF.

5.4. Een gewapend conflict dus?

Het oorlogsrecht is van toepassing (*de jure*) tijdens een gewapend conflict. De hamvraag is of de gewapende opstand in (Zuid-)Afghanistan te kwalificeren valt als een gewapend conflict. Het bestaan daarvan hangt af van een feitelijke toets. Zoals we eerder beschreven en zoals ook door de Nederlandse regering is bevestigd, zijn de standpunten van partijen bij het conflict ter zake van de status van dat conflict niet doorslaggevend.³⁶² De “toepassing van het humanitair oorlogsrecht is [...] niet afhankelijk van formele juridische verklaringen” van de partijen bij het conflict; maar “ontstaat door de feitelijke vaststelling van het bestaan van een [gewapend] conflict”.³⁶³ Een finaal oordeel over de status van het conflict zal uiteindelijk door een (straf)rechter (moeten) worden geveld.

Hiervoor concludeerden we – op basis van een feitelijke analyse en toets – dat er duidelijke indicatoren aanwezig lijken te zijn die duiden op de aanwezigheid van (1) feitelijke vijandelijkheden van een zekere intensiteit, bestaande uit aan elkaar gerelateerd gewapende ‘incidenten’, die (2) uitgevoerd worden door tegenover elkaar staande georganiseerde gewapende groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen. Anders geformuleerd: in (Zuid-)Afghanistan lijkt sprake te zijn van een gewapend conflict tussen de Afghaanse regering – ondersteund door ISAF – enerzijds en OMF, of in ieder geval de Taliban, anderzijds.³⁶⁴

De conclusie dat er in (Zuid-)Afghanistan sprake is van een gewapend conflict, sluit aan bij die van internationale waarnemers en rapporteurs, waaronder de SGVN, die in november 2008 refereerde aan “the ongoing armed conflict in Afghanistan”.³⁶⁵ Het ICRC refereert in haar Annual Report 2007 aan het gewapende conflict in Afghanistan:

The armed conflict in Afghanistan spread considerably in 2007, [...], fighting between armed groups and national and international forces occurred regularly in more than half of Afghanistan’s provinces [...].³⁶⁶

Human Rights Watch refereerde in 2008 eveneens aan het gewapende conflict, waardoor het oorlogsrecht van toepassing is:

The parties to the *armed conflict in Afghanistan* are bound by international humanitarian law (the laws of war). These include the forces of the Afghan government, NATO, the US and other coalition members, and the Taliban and other insurgent groups.³⁶⁷

³⁶² Supra § 5.1, t.ap. voetnoot 262.

³⁶³ *Kamerstukken I 2005-06*, 30 300 X, nr. A, p. 4.

³⁶⁴ Conform: Ducheine (2008), p. 334: “In de huidige fase (2007), is de veiligheidssituatie in het Zuiden van Afghanistan van dien aard, dat de ‘vredesmacht’ ISAF als partij bij een gewapend conflict moet worden beschouwd.”

³⁶⁵ UN Doc. S/2008/695 (*Report of the Secretary-General on children and armed conflict in Afghanistan*).

³⁶⁶ ICRC (2008a), p. 181.

De Nederlandse regering lijkt zich impliciet ook aan deze opvatting te conformeren, zo blijkt althans uit schriftelijke uitingen aan de Tweede Kamer.

Nederland verwelkomt [...] het rapport van SACEUR, waarin wordt gemeld dat de huidige richtlijnen voldoende ruimte bieden hier [i.e. de interdictie van drugshandel] als ISAF aan bij te dragen. Het *toepasselijke* internationale recht, met name het beginsel van onderscheid tussen militaire doelen en civiele objecten uit het humanitair oorlogsrecht, is hierbij uiteraard relevant.³⁶⁸

Zeer recente uitlatingen (najaar 2009) van de nieuwe Duitse minister van Defensie, Dr. Karl-Theodor Freiherr zu Guttenberg, lijken ook op deze conclusie aan te sluiten:³⁶⁹

In Teilen von Afghanistan herrscht für mich aber ohne Zweifel ein Zustand, um vielleicht auch einmal diesen Zwischenruf aufzugreifen, der in der Sprache des Völkerrechts durchaus als ein *nicht internationaler bewaffneter Konflikt* beschrieben werden könnte.³⁷⁰

De jongste uitlatingen (voorjaar 2010) van zijn collega van Buitenlandse Zaken, Dr. Guido Westerwelle, laten aan duidelijkheid weinig te wensen over:

Zu einer ehrlichen Bestandsaufnahme gehört auch, die Realitäten in Afghanistan so zu benennen, wie sie sind. 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* führt uns zu der Bewertung, die Einsatzsituation von ISAF *auch* im Norden Afghanistans als *bewaffneten Konflikt* im Sinne des humanitären Völkerrechts zu qualifizieren. Ob uns das politisch gefällt oder nicht, so ist die Lage. Ob wir es so nennen oder nicht, so ist die Lage. Die Lage beim Namen zu nennen, sind wir all denen schuldig, die sich vor Ort den Gefahren aussetzen.³⁷¹

Hoe dit ook zij en zoals we al eerder vaststelden, de mening van regeringen en partijen bij het conflict is niet doorslaggevend.

5.5. Tijdelijk en plaatselijk gewapend conflict?

De Nederlandse regering onderkent de mogelijkheid dat zich *tijdelijk en plaatselijk* een gewapend conflictsituatie voor kan doen. Hier binnen is het oorlogsrecht (*de jure*) eveneens van toepassing:

Het is in beginsel mogelijk dat specifieke acties of omstandigheden een tijdelijke en plaatselijke formeel juridische toepasbaarheid van het HOR tot gevolg hebben. Dit kan het geval zijn als bij een actie of gevecht het geweldsniveau dusdanig escaleert dat er sprake is van een in tijd en omvang beperkte deelname aan een gewapend conflict. Ook dit heeft echter niet tot gevolg dat heel ISAF daardoor partij is geworden bij een gewapend conflict, noch dat de situatie voor de ISAF operatie als geheel het niveau van een gewapend conflict heeft bereikt.

³⁶⁷ Human Rights Watch (2008), p. 34. Vergelijk: Human Rights Watch (2007), p. 78: “All parties to the military conflict in Afghanistan – Afghan government forces, US and other coalition forces, and insurgent groups – are bound by international humanitarian law (the laws of war).”

³⁶⁸ *Kamerstukken II 2008-09*, 27 925, nr. 344, p. 9. Idem: *Kamerstukken II 2008-09*, 27 925, nr. 330, p. 11: “Nederland is voorstander van de intensivering van de inspanningen op het gebied van interdictie. Daarbij zullen Nederlandse ISAF-militairen te allen tijde optreden in overeenstemming met het toepasselijke internationale recht, waaronder het beginsel van onderscheid tussen militaire doelen en civiele objecten uit het humanitair oorlogsrecht”.

³⁶⁹ DEU Bundesregierung (2009b). Zie ook: Häussler (2009).

³⁷⁰ DEU Bundesregierung (2009a).

³⁷¹ DEU Bundesregierung (2010).

Dergelijke situaties zijn naar hun aard niet voorspelbaar en bovendien tijdelijk. Met deze conclusie staat vast dat [tijdelijk en plaatselijk: PD&EP] het oorlogsrecht van toepassing is.³⁷²

De notie van het “tijdelijke en plaatselijke” gewapende conflict is overigens uiterst waardevol. Met het bovenstaande citaat bevestigt de regering dat zich tijdens een militaire missie – die zich niet als een gewapend conflict kwalificeert en waarop het oorlogsrecht dus niet *de jure* van toepassing is – tijdelijk en plaatselijk een gewapend conflict kan ontwikkelen waarop het oorlogsrecht wel van toepassing is.³⁷³

Daarnaast [i.e.: naast de beleidsmatige toepassing van het oorlogsrecht, PD & EP] hebben enkele confrontaties in ISAF kader aangetoond dat voor ISAF eenheden in ieder geval tijdelijk en plaatselijk het geweldsniveau naar een dusdanig niveau kan stijgen dat voor dat optreden sprake kan zijn van een verplichte toepassing van het humanitair oorlogsrecht.³⁷⁴

Uitgaande van de voorgaande analyse lijken – in ieder geval – de gevechten rondom Chora (2007) dit niveau van een ‘tijdelijk en plaatselijk’ gewapend conflict te hebben gehaald. Over deze gevechten concludeerde het Openbaar Ministerie na een intensief onderzoek in 2008 dat “Nederlandse militairen [...] geweld [hebben] aangewend binnen de grenzen van het humanitair oorlogsrecht en de geldende geweldsinstructie.”³⁷⁵ Aangezien het Openbaar Ministerie in haar persbericht niet expliciet stelt dat er sprake was van een (tijdelijk en plaatselijk) gewapend conflict, valt op basis van deze verklaring sec *niet* af te leiden of zij van mening was dat er tijdens de gevechten in Chora en operatie *Troy* sprake was van het *beleidsmatig* toepassen, dan wel van *de jure* toepassing van het oorlogsrecht. In beide gevallen kan geweld zijn aangewend “binnen de grenzen van het oorlogsrecht”. De door ons hiervoor uitgevoerde analyse lijkt wel te duiden op een (tijdelijk en plaatselijk) gewapend conflict.

Nu we hebben geconstateerd dat er in (Zuid-)Afghanistan sprake lijkt te zijn van een gewapend conflict en het oorlogsrecht daarom *de jure* van toepassing is, moet de vervolgvraag worden beantwoord: welk oorlogsrechtelijke (deel)regime is op (de vijandelikheden binnen) het gewapende conflict van toepassing (§ 5.6)?

5.6. Regime

Zoals we hier al beschreven, is het oorlogsrecht van toepassing zodra er sprake is van een gewapend conflict:³⁷⁶

International humanitarian law applies from the initiation of [...] 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.³⁷⁷

We moeten nu bezien welk oorlogsrechtelijke regime dit betreft. Of anders gezegd: welke regels uit het oorlogsrecht zijn – naast de ROE – op het conflict van toepassing? In theorie kunnen verschillende deelregimes (gecombineerd) in aanmerking komen:

³⁷² *Kamerstukken II 2007-08*, 27 925, nr. 287, p. 121.

³⁷³ Zie voor dit pleidooi: Ducheine (2008), p. 524, 527-528, 531.

³⁷⁴ Boddens Hosang (2009), p. 223.

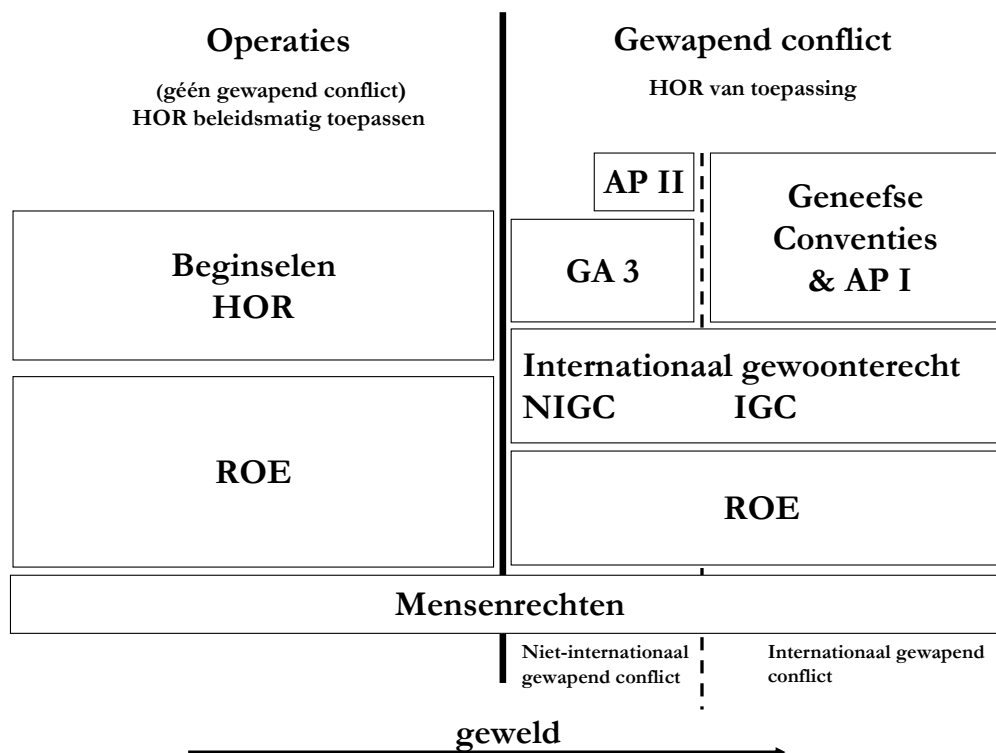
³⁷⁵ Openbaar Ministerie (2008)

³⁷⁶ *Supra* § 5.1, voetnoot 252.

³⁷⁷ ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 70.

- internationaal gewoonterecht ter zake van een (niet-internationaal dan wel internationaal) gewapend conflict;
- Gemeenschappelijk Artikel 3 bij de Geneefse Conventies van 1949 (GA 3);
- het Tweede Aanvullende Protocol bij de Geneefse Conventies van 1949, betreffende de bescherming van slachtoffers van niet-internationaal gewapende conflicten (1977, AP II);
- de Geneefse Conventies van 1949, eventueel aangevuld met het Eerste Aanvullende Protocol bij de Geneefse Conventies van 1949, betreffende de bescherming van slachtoffers van internationaal gewapende conflicten (1977, AP I).

Deze regimes zijn, samen met de van toepassing zijnde mensenrechten en ROE, in onderstaand schema weergegeven.



Figuur 4: Oorlogsrechtelijke deelregimes

Voor het antwoord op de vraag naar het van toepassing zijnde oorlogsrechtelijke regime moeten we eerst het gewapende conflict typeren.³⁷⁸ Is er sprake van een internationaal gewapend conflict (IGC), dan wel van een niet-internationaal gewapend conflict (NIGC)?³⁷⁹ Vervolgens kunnen we het deelregime daadwerkelijk bepalen.

5.6.1. Type gewapend conflict

Het conflict tussen Afghaanse regering en ISAF enerzijds en OMF anderzijds, betreft een NIGC.³⁸⁰ Dit volgt allereerst logischerwijs uit de structuur van het HOR, zoals onlangs bevestigd werd door het US Supreme Court in de zaak *Hamdan v. Rumsfeld*: niet-

³⁷⁸ Voor die typologie: Ducheine (2008), p. 470-471.

³⁷⁹ Voor een 'derde' categorie, een transnationaal gewapend conflict, zie: Ibid. p. 531. Maar ook deze benadering leidt tot het duiden van een van de voornoemde oorlogsrechtelijke deelregimes.

³⁸⁰ Conform: Ibid. p. 504; US Supreme Court (2006), *Hamdan v. Rumsfeld*, p. 6 § (ii); p. 67.

internationaal gewapende conflicten zijn alle gewapende conflicten die “geen internationaal karakter” dragen.³⁸¹ Deze kwalificatie komt overeen met die van HRW:

After the fall of the Taliban government in November 2001 and with the creation of a government under President Hamid Karzai, the international armed conflict [Enduring Freedom: PD&EP] ended. Since then, hostilities have comprised a non-international armed conflict in which Afghan government forces and US, NATO, and other coalition partners are fighting against anti-government forces. (The conflict is not an international armed conflict under the conventions, since it is not a conflict between two or more states.)³⁸²

De conclusie dat het Afghaanse conflict een NIGC betreft, trekken we daarnaast op grond van het uitsluiten van drie andere mogelijkheden. Er is, ten eerste, immers geen sprake van een internationaal gewapend conflict tussen twee statelijke partijen (interstatelijk), zoals vereist is in Gemeenschappelijk Artikel 2 bij de Geneefse Verdragen van 1949 (GA 2),³⁸³ noch met de aan dit interstatelijk conflict gelijkgestelde situatie van bezetting:

[D]it Verdrag [is] van toepassing ingeval een oorlog is verklaard of bij ieder ander gewapend conflict dat ontstaat tussen twee of meer der Hoge Verdragsluitende Partijen, zelfs indien de oorlogstoestand door één der Partijen niet wordt erkend.

Het Verdrag is eveneens van toepassing in alle gevallen van gehele of gedeeltelijke bezetting van het grondgebied van een Hoge Verdragsluitende Partij, zelfs indien deze bezetting geen gewapende tegenstand ontmoet.³⁸⁴

Ten tweede is er evenmin sprake van aan het interstatelijke conflict gelijkgestelde situatie waar AP I op toeziet:

De situaties, bedoeld in [GA 2], omvatten [1] mede gewapende conflicten waarin volkeren vechten tegen koloniale overheersing en vreemde bezetting en tegen racistische regimes, [2] in de uitoefening van hun recht op zelfbeschikking zoals neergelegd in het Handvest van de [VN] en in de Verklaring betreffende de beginselen van het volkenrecht inzake vriendschappelijke betrekkingen en samenwerking tussen de Staten overeenkomstig het Handvest van de [VN].³⁸⁵

Er is, ten derde, evenmin sprake van een zogeheten ‘geïnternationaliseerd’ gewapend conflict vanwege de betrokkenheid van ISAF aan de zijde van de Afghaanse regering.³⁸⁶ Anders gezegd: ondanks de aanwezigheid van een internationale troepenmacht is er sprake van een *niet-internationaal* gewapend conflict aangezien het géén *internationaal* gewapend conflict betreft. De ondersteuning van de VN-gemandateerde vredesmacht ISAF ten gunste van de Afghaanse regering Karzai in het conflict tussen de Afghaanse regering en OMF (2002-heden) is een voorbeeld van “enkelvoudige directe inmenging aan regeringszijde die *niet* tot internationalisering” leidt.³⁸⁷ Het conflict tussen de regering Karzai en de OMF heeft namelijk de feitelijke kenmerken van een intra-statelijk gewapend conflict, een NIGC. ISAF opereert aan regeringszijde, zodat geen statelijke partijen tegenover elkaar staan en er dus *geen* sprake is van een interstatelijk gewapend conflict, een IGC.³⁸⁸

³⁸¹ Ducheine (2008), p. 475; zie ook: US Supreme Court (2006), *Hamdan v. Rumsfeld*, p. 67 en p. 6, § (ii).

³⁸² Human Rights Watch (2007), p. 79.

³⁸³ Conform: ICRC (2008b), p. 5.

³⁸⁴ GA 2 (Art. 2 Geneefse Conventies I-IV).

³⁸⁵ Art. 1(4) AP I

³⁸⁶ Een geïnternationaliseerd gewapend conflict is een aanvankelijk intrastatelijk NIGC dan vanwege buitenlandse inmenging alsnog als een IGC moeten worden gecategoriseerd.

³⁸⁷ Ducheine (2008), p. 504.

³⁸⁸ Voor deze kwestie van internationalisering vanwege de betrokkenheid van vredes machten in een bestaand gewapend intrastatelijk gewapend conflict: *Ibid.* p. 498-504. Zie ook Human Rights Watch (2008),

Uit de structuur van het oorlogsrecht volgt dat het Afghaanse gewapende conflict, bij afwezigheid van een IGC, een NIGC is. Binnen de categorie van NIGC vallen twee typen te onderscheiden: een ‘gewoon’ NIGC in de zin van GA 3 en een ‘burgeroorlog’ in de zin van AP II.

Aan een burgeroorlog in de zin van AP II worden hoge eisen gesteld.³⁸⁹ Er moet sprake zijn van (1) een gewapend conflict.³⁹⁰ Het moet gaan om een (2) NIGC, dat (3) niet bestreken wordt door art. 1 AP I. Dit conflict speelt zich af op (4) het grondgebied van een van de Verdragspartijen: een staat die partij is bij het Protocol.³⁹¹

De vijandelijkheden vinden plaats tussen (5) de krijgsmacht³⁹² van een Verdragspartij enerzijds en een opponent in de vorm van (a) een afvallig deel van die strijdkrachten of (b) (een) andere georganiseerde gewapende groep(en), anderzijds.³⁹³

De opponent van de krijgsmacht (6) staat onder een ‘verantwoordelijk bevel’ dat een bepaalde mate van organisatie impliceert – de organisatorische eis – waardoor hij in staat is (a) aanhoudende en gecoördineerde militaire operaties voor te bereiden (plannen) en uit te voeren, en (b) een bepaalde vorm van discipline op te leggen.³⁹⁴ De opponent dient (7) een deel van het grondgebied *zodanig* te beheersen dat hij in staat is (a) aanhoudende en gecoördineerde militaire operaties voor te bereiden (plannen) en uit te voeren, en (b) de bepalingen van AP II toe te passen.³⁹⁵ De opponent moet (8) aanhoudende en samenhangende – gecoördineerde – militaire operaties uit (kunnen) voeren: de operationele eis.³⁹⁶ Ten slotte: de opponent moet (9) de bepalingen van AP II kunnen implementeren.³⁹⁷

De voorwaarden voor een burgeroorlog zijn stringent en cumulatief. Indien aan één of meerdere van de negen voorwaarden *niet* is voldaan, is er geen sprake van een ‘burgeroorlog’ in de zin van AP II.³⁹⁸

p. 34: “Under International humanitarian law, because the conflict in Afghanistan is between states and non-state armed groups, it is considered a non-international armed conflict.”

³⁸⁹ Art. 1(1) AP II: “Dit Protocol, dat [GA 3] uitbreidt en aanvult, zonder wijziging aan te brengen in de omstandigheden waaronder deze artikelen thans worden toegepast, is van toepassing op alle gewapende conflicten, waarop artikel 1 [van AP I] niet van toepassing is, en die plaatsvinden op het grondgebied van een Hoge Verdragsluitende Partij tussen de strijdkrachten van die Partij en dissidente strijdkrachten of andere georganiseerde gewapende groepen die, staande onder een verantwoordelijk bevel, het grondgebied van die partij gedeeltelijk beheersen op een zodanige wijze dat zij in staat zijn aanhoudende en samenhangende militaire operaties uit te voeren en de bepalingen van dit Protocol toe te passen.”

³⁹⁰ Expliciet vastgelegd in art. 1(2) AP II.

³⁹¹ Op dit moment zijn 164 landen partij bij AP II. Vier staten hebben het Protocol wel ondertekend, maar zijn (nog) geen partij: Iran, Marokko, Pakistan en de VS.

Zie: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=475&ps=S> (benaderd: 28-1-2009).

³⁹² De term ‘strijdkrachten van de Verdragspartij’ moet ruim worden uitgelegd. Hiertoe behoren niet alleen de reguliere strijdkrachten, maar ook paramilitaire organen zoals nationale garde, douane, politie of vergelijkbare groepen. Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), p. 1352, § 4462.

³⁹³ Een ‘burgeroorlog’ tussen twee niet-statelijke actoren is – ondanks pogingen van de ICRC in die richting – daarmee in deze situatie bewust uitgesloten. Ibid. p. 1351, § 4460-4461. Desgewenst kunnen in zo’n situatie die bepalingen van AP II via een separate overeenkomst ex GA 3 van toepassing worden verklaard.

³⁹⁴ Dat niet persé hiërarchisch of militair dient te zijn: Ibid. p. 1352, § 4463.

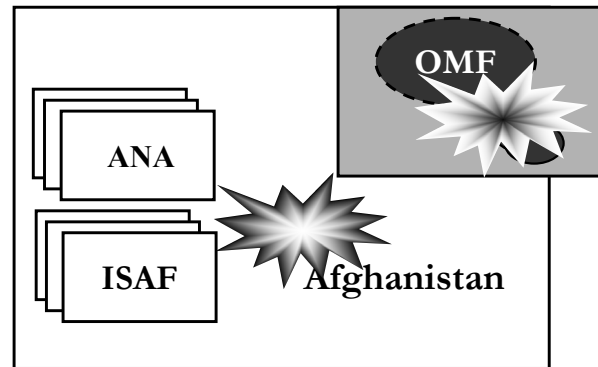
³⁹⁵ Bijvoorbeeld het verzorgen van gewonden of het detineren van gevangenen: Ibid. p. 1352, § 4464-4467.

³⁹⁶ Ibid. p. 1353, § 4469. Aanhoudend: (VK) *sustained*; (FR) *opérations continues*; voortdurende of continue. Samenhangende: (VK) *concerted*; (FR) *concertées*; “agreed upon, planned and contrived, done in agreement of a plan”.

³⁹⁷ Deze relatief hoge drempel wordt gedragen door het verantwoordelijke commando en de controle over een deel van het grondgebied.

³⁹⁸ Conform: Gillard (2004), p. 32.

Sommige auteurs wijzen er op dat de situatie in Afghanistan na 19 juni 2002 feitelijk het karakter heeft van een burgeroorlog tussen de regering Karzai en Taliban-restanten.³⁹⁹ Daarmee staat het conflict in het rijtje van de eerste (1994-1996) en de tweede Tsjetsjeense oorlog (1999-2000); El Salvador (FMLN, 1980), Rwanda (RPF, 1990), Bosnië-Herzegovina (1992) en (tot voor kort) de Tamil Tijgers en Sri Lanka.⁴⁰⁰ Het conflict tussen de Noordelijke Alliantie en het Taliban-regime in Afghanistan vóór 11 september 2001 zou eveneens tot deze categorie kunnen behoren.⁴⁰¹



Figuur 5: 'Burgeroorlog'

Hoewel dit feitelijk zo kan zijn, ligt dit juridisch echter gecompliceerder. Afghanistan is namelijk pas sinds 24 juni 2009 partij bij AP II, hetgeen de formele toepasselijkheid van dit protocol vóór die datum in de weg staat. Er lijkt – ook vóór die datum – sprake te zijn van een NIGC dat de drempel van de burgeroorlog overschrijdt.⁴⁰² Recente rapporten en berichten over de gewapende strijd (met name in Zuid-Afghanistan) onderschrijven deze opvatting.⁴⁰³ Volgens het eerder genoemde rapport van Senlis/ICOS, zou in 2007 reeds 54% en in 2008 72% van Afghanistan in handen van de Taliban zijn.⁴⁰⁴ Hoe dit ook zij, het valt nauwelijks te ontkennen dat de OMF grote delen van Afghanistan beheersen en controleren.

³⁹⁹ Pejic (2005b), p. 82, neemt de datum waarop de Loya Jirga bijeen werd geroepen en de internationaal erkende regering Karzai werd geïnstalleerd als de einddatum van het IGC tussen de VS (en het VK) enerzijds en Afghanistan anderzijds. Vanaf dat moment is er sprake van een NIGC, waarop – doordat Afghanistan toen nog geen partij was bij AP II – slechts GA 3 (en internationaal gewoonterecht) als rechtsregime van toepassing was. Idem: Ducheine (2008), p. 492.

⁴⁰⁰ Abresch (2004), p. 754; Gaeta (1996), p. 568; Moir (2002), p. 127-131. Contra: Sauer & Wagner (2007), p. 65 (1e oorlog); en Quénivet (2005), p. 39-42.

⁴⁰¹ Zie o.a. Cryer (2002), p. 39-40. Voor de geschiedenis van (delen van) dit interne gewapende conflict: Reisman & Silk (1988), p. 466-479; Gasser (1983), p. 145 e.v.

⁴⁰² Ducheine (2008), p. 492.

⁴⁰³ Zie hieromtrent: De Volkskrant (25-10-2007), *Al Qaida en Taliban krachtiger*; Senlis Afghanistan (2007), p. 4: "The Taliban has proven itself to be a truly resurgent force. Its ability to establish a presence throughout the country is now proven beyond doubt; research [...] indicates that 54 per cent of Afghanistan's landmass hosts a permanent Taliban presence, primarily in southern Afghanistan, and is subject to frequent hostile activity by the insurgency. The insurgency now controls vast swaths of unchallenged territory including rural areas, some district centres, and important road arteries. The Taliban are the de facto governing authority in significant proportions of territory in the south and are starting to control parts of local economy and key infrastructure such as roads and energy supply."

⁴⁰⁴ Senlis Afghanistan (2007), p. 4; ICOS (2008), p. 6.

Omdat er formeel vóór juni 2009 dus geen sprake kan zijn van een burgeroorlog in de zin van AP II, moeten we het conflict onder de enig overgebleven categorie brengen. We kwalificeren het conflict tussen de Afghaanse regering en ISAF enerzijds en de OMF anderzijds als een niet-internationaal gewapend conflict (NIGC) in de zin van GA 3.

In geval van een gewapend conflict op het grondgebied van één der Hoge Verdragsluitende Partijen, hetwelk geen internationaal karakter draagt [...] ⁴⁰⁵

Het conflict betreft dus een NIGC in de zin van GA 3. We zullen nu bezien welke delen van het oorlogsrecht op dit type van toepassing zijn.

5.6.2. Deelregime

Omdat Afghanistan geen partij is bij het Tweede Aanvullende Protocol, bestaat het oorlogsrechtelijke regime uit twee delen: het internationale gewoonterecht ter zake van NIGC's en uit GA 3.⁴⁰⁶ We bezien beide delen: allereerst GA 3 (§ 5.6.3), vervolgens het gewoonterecht (§ 5.6.4).

5.6.3. GA 3

De tekst van GA 3 komt, zoals de naam al aangeeft, in de vier Geneefse Conventies van 1949 terug:

Artikel 3 GC I-IV:

In geval van een gewapend conflict op het grondgebied van één der Hoge Verdragsluitende Partijen, hetwelk geen internationaal karakter draagt, is ieder der Partijen bij het conflict gehouden ten minste de volgende bepalingen toe te passen:

-1. Personen, die niet rechtstreeks⁴⁰⁷ aan de vijandelijkheden deelnemen, met inbegrip van personeel van strijdkrachten dat de wapens heeft nedergelegd, en zij die buiten gevecht zijn gesteld door ziekte, verwonding, gevangenschap of enige andere oorzaak, moeten onder alle omstandigheden menslievend worden behandeld, zonder enig voor hen nadelig onderscheid, gegrond op ras, huidskleur, godsdienst of geloof, geslacht, geboorte of maatschappelijke welstand of enig ander soortgelijk criterium.

Te dien einde zijn en blijven te allen tijde en overal ten aanzien van bovengenoemde personen verboden:

- [a] aanslag op het leven en lichamelijke geweldpleging, in het bijzonder het doden op welke wijze ook, verminking, wrede behandeling en marteling;
- [b] het nemen van gijzelaars;

⁴⁰⁵ Art. 3, aanhef GC I-IV.

⁴⁰⁶ Ducheine (2008), p. 504. Conform: Human Rights Watch (2007), p. 79: "Parties to a non-international armed conflict are obligated to observe applicable standards of the four 1949 Geneva Conventions, specifically, article 3 common to the conventions ("common article 3"), which provides standards for non-international armed conflict. All parties must also abide by the rules and obligations of customary law of armed conflict. Much of the customary rules concerning the means and methods of warfare can be found in the two Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions, which are largely considered reflective of customary international humanitarian law".

⁴⁰⁷ 'Rechtstreeks' is de officiële vertaling van het Engelse 'active'. Rechtstreekse deelname aan de vijandelijkheden is de vertaling van "active participation in hostilities". Het Engelse *active* is geëvolueerd tot *direct participation in hostilities* (DPIH) dat in het Nederlands ook met 'rechtstreekse deelname aan de vijandelijkheden' (RDAV) wordt vertaald. Het Rwanda Tribunaal stelde vast dat "these phrases are so similar that, for the Chamber's purposes, they may be treated as synonymous" (ICTR (1998), *Akayesu*, § 629). Conform: IHL (2006), p. 4.

[c] aanranding van de persoonlijke waardigheid, in het bijzonder vernederende en ontorende behandeling;

[d] het uitspreken en tenuitvoerleggen van vonnissen zonder voorafgaande berechting door een op regelmatige wijze samengesteld gerecht dat alle gerechtelijke waarborgen biedt, door de beschaafde volken als onmisbaar erkend.

-2. De gewonden en zieken moeten worden verzameld en verzorgd. [...]

De partijen bij het conflict zullen er verder naar streven door middel van bijzondere overeenkomsten deze miniconventie uit te breiden.⁴⁰⁸

GA 3 is automatisch van toepassing zodra de ondergrens van een gewapend conflict is overschreden, en is ook – bewust – losgekoppeld van het reciprociteitsbeginsel.⁴⁰⁹ Deze miniconventie tast op geen enkele wijze de legitimiteit aan van een overheid om opstand, rebellie etc. te onderdrukken.⁴¹⁰

Een essentieel onderdeel van het GA 3 is het feit dat de bepalingen alle “partijen bij het conflict” regardereren.⁴¹¹ Daarmee zijn ook niet-Verdragspartijen gebonden.⁴¹² Bovendien bestrijkt de bepaling ook niet-statelijke actoren, mits deze tot een van de strijdende partijen bij of in het conflict behoren.⁴¹³ Of deze niet-statelijke actoren (of andere partijen bij het conflict) de bepalingen van de miniconventie al dan niet nakomen doet niet af aan het feit dat zij van toepassing zijn. Pictet merkt hierover – droog – op:

If an insurgent party applies [Common] Article 3, so much the better for the victims of the conflict. No one will complain. If it does not apply it, it will prove that those who regard its actions as mere acts of anarchy or brigandage are right.⁴¹⁴

Het beknopte verdragsrechtelijke regime van GA 3, een miniconventie, omvat feitelijk niet meer dan

rules which were already recognized as essential in all civilized countries, and embodied in the national legislation of the States in question, long before the [Geneva] Convention was signed.⁴¹⁵

Het zijn bovendien de *minimum* eisen: zij nodigen uit tot uitbreiding.⁴¹⁶ Het regime beschermt (in feite) slechts burgers, geeft *geen* regels voor de methoden en middelen van oorlogsvoering en kent het fenomeen combattant *niet*.⁴¹⁷ Burgers die onder dit regime rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden (RDAV) zijn strafbaar naar nationaal strafrecht.⁴¹⁸

⁴⁰⁸ Zoals bijvoorbeeld het geval was bij het conflict in Jemen (1967), zie ICJ (1986), *Nicaragua case*, § 103.

⁴⁰⁹ Pictet (1958), p. 34, 37. Daarmee bedoelen we dat de toepasselijkheid van het oorlogsrecht niet afhankelijk is van het feit of de strijdende partijen zich ook daadwerkelijk aan het HOR houden.

⁴¹⁰ Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), p. 1323, § 4356.

⁴¹¹ Sandoz maakt dat duidelijk door in navolging van de ICRC Draft Protocols en de Official Records of the 1977 Conference, gebruik te maken van de “Contracting Parties”, Staten, versus “parties to the conflict”.

⁴¹² Pictet (1958), p. 37; Paust (2003), p. 9, 18; Moir (2002), p. 53-54. Zie Kooijmans (1991), p. 234, voor kritische opmerkingen hierbij.

⁴¹³ Pictet (1958), p. 37: “Until recently it would have been considered impossible in law for an international Convention to bind a non-signatory Party -- a Party, moreover, which was not yet in existence and which need not even represent a legal entity capable of undertaking international obligations. The obligation is absolute for each of the Parties.”

⁴¹⁴ Ibid. p. 37.

⁴¹⁵ UK Ministry of Defence (2004), p. 385, § 15.3.2.

⁴¹⁶ Pictet (1958), p. 37.

⁴¹⁷ Ducheine (2008), p. 479.

⁴¹⁸ Zie o.a. Cassese (2005), p. 429.

5.6.4. Gewoonterecht

Naast GA 3, dat zelf ook de status van internationaal gewoonterecht heeft,⁴¹⁹ maken de belangrijkste beginselen van het *ius in bello* als internationaal gewoonterecht deel uit van het regime dat op NIGC's van toepassing is.⁴²⁰ Dit blijkt uit meerdere bronnen: de uitspraken van de internationale straftribunalen voor de berechting van oorlogsmisdaden,⁴²¹ het Statuut van Rome,⁴²² resoluties van de Algemene Vergadering van de VN,⁴²³ de studie van het ICRC naar *Customary International Humanitarian Law*,⁴²⁴ en uit de verschillende militaire handboeken betreffende de LOAC.⁴²⁵

Veel bepalingen uit AP I, dat op internationaal gewapende conflicten toeziet, hebben inmiddels de status van gewoonterecht verkregen.⁴²⁶

Het ICTY concludeerde in de *Tadic case* dat het gewoonterechtelijke oorlogsrecht als regime voor NIGC's omvangrijker was dan tot dan toe werd aangenomen. Zo omvat het ook de gewoonterechtelijke regels voor methoden en middelen van oorlogsvoering in IGC's. Het Tribunaal baseert zich daarbij op het algemene rechtsbeginsel van humaniteit:

Indeed, elementary considerations of humanity and common sense make it preposterous that the use by States of weapons prohibited in armed conflicts between themselves be allowed when States try to put down rebellion by their own nationals on their own territory. What is

⁴¹⁹ ICJ (1986), *Nicaragua case*, § 218; ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 98: "Indeed, the interplay between these two sets of rules is such that some treaty rules have gradually become part of customary law. This holds true for common Article 3 of the 1949 Geneva Conventions, as was authoritatively held by the International Court of Justice (*Nicaragua Case*, at para. 218), but also applies [...] to the core of [AP II]".

⁴²⁰ Koninklijke Landmacht (2005), p. 153, § 1002; Ducheine (2008), p. 480-481. Overigens maakt GA 3 zelf deel uit van dat gewoonterecht: zie ICJ (1986), *Nicaragua case*, § 218.

⁴²¹ O.a. ICTY, ICTR. Zie met name ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 96-127: § 127 Notwithstanding these limitations [i.e. i) only a number of rules and principles governing international armed conflicts have gradually been extended to apply to internal conflicts; and (ii) the general essence of those rules, and not the detailed regulation they may contain, has become applicable to internal conflicts], it cannot be denied that customary rules have developed to govern internal strife. [Accent: PD&EP]

⁴²² Rome Statute of the International Criminal Court, 7 July 1998, , zie art. 8(2)(e) waarin in de paragrafen (i) – (xii) feiten zijn opgenomen die – in niet-internationale gewapende conflicten – als oorlogsmisdrijven worden aangemerkt.

⁴²³ UN Doc. A/Res/2444 (XXIII) (1968) (*GA Resolution 2444: respect for human rights in armed conflicts*) en UN Doc. A/Res/2675 (XXV) (1970) (*GA Resolution 2675: Basic principles for the protection of civilian populations in armed conflicts*).

⁴²⁴ Henckaerts & Doswald-Beck (2005), p. 1 e.v., waarbij moet worden aangetekend dat methode die de auteurs gebruikt hebben om de status van gewoonterecht vast te stellen, aan (stevige) kritiek onderhevig is. Zie hiervoor o.a. US Department of State & US Department of Defense (2006), p. 1; en Dinstein (2006), p. 3-8, 14.

⁴²⁵ Nederland: Koninklijke Landmacht (2005), p. 153; UK Ministry of Defence (2004), p. 386-387, § 15.5; GE Bundesministerium der Verteidigung (1992), p. 26, § 211.

⁴²⁶ Dinstein (2004), p. 11; Human Rights Watch (2008), p. 34: "[AP I], which provides the most detailed and current codification of the conduct of hostilities during international armed conflicts, is thus not directly applicable to the fighting in Afghanistan. Nevertheless, many provisions of Protocol I have been recognized by states, including the United States, to be reflective of customary international law. [...] Customary humanitarian law as it relates to the fundamental principles concerning the conduct of hostilities is now recognized as largely the same whether it is applied to an international or a non-international armed conflict".

inhumane, and consequently proscribed, in international wars, cannot but be inhumane and inadmissible in civil strife.⁴²⁷

Deze regels betreffen, naast de definitie van een militair doel (art. 52(2) AP I)⁴²⁸ en de plicht om voorafgaande aan doelbestrijding voorzorgsmaatregelen te treffen,⁴²⁹ verder de:

- protection of civilians from hostilities, in particular from indiscriminate attacks,
- protection of civilian objects, in particular cultural property,
- protection of all those who do not (or no longer) take active part in hostilities, as well as
- prohibition of means of warfare proscribed in international armed conflicts and ban of certain methods of conducting hostilities.⁴³⁰

De samenstellers van de Nederlandse *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht* (HOR) hanteren het uitgangspunt dat “de basisbeginselen die ten grondslag liggen aan het humanitair oorlogsrecht” evenzeer van toepassing zijn op NIGC’s als op IGC’s.⁴³¹ Dit houdt in dat alle militaire operaties moeten worden uitgevoerd met de volledige inachtneming van de beginselen van:⁴³²

- militaire noodzaak;⁴³³
- humaniteit;
- onderscheid (tussen militairen en andere personen die direct deelnemen aan de vijandelikheden en burgers, en tussen militaire objecten en burgerobjecten);⁴³⁴
- proportionaliteit;⁴³⁵
- eervol gedrag (‘chivalry’).

Het ICTY is ook van oordeel dat de Martens-clausule deel uitmaakt van het internationale gewoonterecht.⁴³⁶ De Russische gedelegeerde Martens poneerde de clausule als een compromis op de Eerste Haagse Vredesconferentie van 1899 om de impasse rond de kwestie

⁴²⁷ ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 119. Herhaald in: ICTY (2005a), *Hadzibasanovic*, waarbij werd vastgesteld dat de toepasselijkheid van regels voor IGC op NIGC van geval tot geval bezien moeten worden.

⁴²⁸ Zie Rule 8, Henckaerts & Doswald-Beck (2005), p. 29-31.

⁴²⁹ ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, §§ 100-111.

⁴³⁰ ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 127. Waaronder het verbod op “acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population”, dat een gewoonterechtelijk karakter heeft, zie: Henckaerts & Doswald-Beck (2005), p. 8, Rule 2; ICTY (2003), *Galic*, § 769; ICTY (2006), *Galic (Appeal)*, § 101.

⁴³¹ Koninklijke Landmacht (2005), p. 162-163, § 1028, onder het kopje ‘Algemene beginselen van het humanitaire oorlogsrecht in het kader van interne gewapende conflicten’. Conform: UK Ministry of Defence (2004), p. 387, § 15.5: “while it is not always easy to determine the exact content of the customary international law applicable in non-international armed conflicts, guidance can be derived from the *basic principles* of military necessity, humanity, distinction, and, proportionality”. [Accent: PD&EH].

⁴³² Zie de beginselen in “interne gewapende conflicten”: Koninklijke Landmacht (2005), p. 162-163, § 1028-1029.

⁴³³ US Military Tribunal (Nuremburg) (1948), *Hostages Trial*; Dinstein (2004), p. 18: “Military necessity permits a belligerent, subject to the laws of war, to apply any amount and kind of force to compel the complete submission of the enemy with the least possible expenditure of time, life, and money”.

⁴³⁴ Ongelukkig is dat ‘onderscheid’ slechts in § 1029 wordt besproken, maar niet in § 1028 (‘algemene beginselen’): Koninklijke Landmacht (2005), p. 162-163, § 1028-1029.

⁴³⁵ Aanvallen op militairen doelen zijn legitiem zolang de te verwachten nevenschade niet disproportioneel is ten opzichte van het te verwachten militaire voordeel.

⁴³⁶ ICTY (2000b), *Kupreskic (Trial)*, § 525: “More specifically, recourse might be had to the celebrated Martens Clause which, in the authoritative view of the International Court of Justice, has by now become part of customary international law”. Conform: Meron (1989), p. 1. e.v.

van *franc-tireurs*, gewapend verzet tijdens een vijandelijke bezetting, te doorbreken.⁴³⁷ Deze zouden in de ogen van de Grote Mogendheden als *unlawful combatants* ter plaatse mogen worden geëxecuteerd. De kleinere staten waren daar op tegen. De Clausule luidt:

Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilised nations, from the laws of humanity, and the requirements of the public conscience.⁴³⁸

Anders dan in een IGC, kent het *ius in bello* in het NIGC *niet* de persoon van geprivilegieerde belligerent: de combattant. Dat betekent dat diegenen die niet aan regeringszijde (als lid van de strijdkrachten) strijden, als “criminals infringing domestic law” worden gezien.⁴³⁹ Dit betreft leden van gewapende groepen en burgers die rechtstreeks deelnemen aan de vijandelikheden. Deelname aan de vijandelikheden *sec* is louter naar nationaal recht onrechtmatig. Zolang rechtstreekse deelname aan de vijandelikheden (RDAV) binnen de grenzen van het oorlogsrecht plaatsvindt, levert RDAV op zichzelf geen oorlogsmisdrijf op.⁴⁴⁰ RDAV brengt wel verlies van bescherming (als onderdeel van de burgerbevolking) met zich mee.

In Hoofdstuk 6 (§ 6.4.2) zullen we uitgebreid bij dit fenomeen stilstaan. We kunnen hier volstaan met de opmerking dat de leden van de OMF die rechtstreeks deelnemen aan de vijandelikheden mogen worden aangevallen.⁴⁴¹ Dat geldt ook voor hun posities, commandoposten en dergelijke, mits deze voldoen aan de definitie van een militair object. Hierbij kan naar analogie artikel 52 (2) AP I worden gebruikt.⁴⁴²

5.6.5. Subconclusie oorlogsrechtelijke regime

Om de vraag te kunnen beantwoorden of, en zo ja, welk deel van het oorlogsrecht formeel (*de jure*) van toepassing is op de operaties van ISAF (binnen het huidige Afghaanse conflict) was het nodig dit conflict te kwalificeren. Het oorlogsrecht is immers slechts formeel van toepassing op gewapende conflicten. Dit staat los van de beleidsmatige toepassing van het HOR dat we hiervoor zagen (supra § 4.4). Dit staat ook los van ROE die in alle operaties van toepassing zijn (§ 4.5).

Het huidige conflict tussen de Afghaanse overheid (en ISAF) enerzijds en gewapende opstandelingen (OMF) anderzijds, valt sinds 19 juni 2002 als een niet-internationaal gewapend conflict (NIGC) aan te merken.

Op dit conflict en de militaire operaties is het oorlogsrechtelijke regime voor NIGC van toepassing. Dit bestaat uit twee delen: het Gemeenschappelijk Artikel 3 bij de Geneefse Conventies van 1949 (GA 3), aangevuld met het internationale gewoonterecht dat op NIGC van toepassing is. Het oorlogsrechtelijke regime (GA 3 en internationaal gewoonterecht ter zake van NIGC) is dus ook formeel (*de jure*) op ISAF van toepassing.

⁴³⁷ Kalshoven & Zegveld (2001), p. 22.

⁴³⁸ Preambule Verdrag (II) nopens de wetten en gebruiken van de oorlog te land, met bijbehorend Reglement; 's-Gravenhage, 1899, .

⁴³⁹ Cassese (2005), p. 429.

⁴⁴⁰ Pejic (2005b), p. 76.

⁴⁴¹ Zie Rule 6, Henckaerts & Doswald-Beck (2005), p. 19-24.

⁴⁴² Ducheine (2008), p. 531.

5.7. Subconclusie oorlogsrecht

Welke rechtsregimes zijn op de missie van ISAF van toepassing? In het vorige hoofdstuk bezagen we de relevantie van ROE. ROE bleken op alle militaire operaties, inclusief ISAF, van toepassing te zijn. Daarnaast bleek het oorlogsrecht relevant vanwege het beleidsmatige toepassen van de beginselen en regels van het HOR.

In dit hoofdstuk bleek dat het humanitaire oorlogsrecht (HOR) *primaire* als rechtsregime formeel (*de jure*) van toepassing is op militaire operaties zoals ISAF, zodra (en zolang) er sprake is van een gewapend conflict. De aanwezigheid van een gewapend conflict moet via een feitelijke toets (door een rechter) worden vastgesteld.

Het conflict tussen de Afghaanse overheid en ISAF enerzijds en OMF anderzijds, lijkt op basis van de uitgevoerde analyse te voldoen aan de twee criteria om als gewapend conflict te kunnen gelden: (1) feitelijke vijandelijkheden van een zekere intensiteit, bestaande uit aan elkaar gerelateerd gewapende ‘incidenten’, die (2) uitgevoerd worden door tegenover elkaar staande georganiseerde gewapende groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen.

Zou men het Afghaanse conflict echter niet als een gewapend conflict (kunnen) kwalificeren, dan zou er desondanks sprake kunnen zijn van een “tijdelijk en plaatselijk” gewapend conflict, waarop het oorlogsrecht voor die duur formeel (*de jure*) van toepassing is. De gevechten rondom Chora (2007) zouden hiervoor in ieder geval in aanmerking komen.

Het Afghaanse conflict betreft (sinds 19 juni 2002) een niet-internationaal gewapend conflict tussen de Afghaanse regering (en ISAF) enerzijds, en OMF anderzijds. ISAF is partij bij dit conflict. Op dit conflict is het rechtsregime voor niet-internationaal gewapende conflicten van toepassing. Dit bestaat uit twee delen: het Gemeenschappelijk Artikel 3 bij de Geneefse Conventies van 1949 (GA 3), aangevuld met het internationale gewoonterecht dat op NIGC van toepassing is.

Het feit dat Afghanistan pas sinds 24 juni 2009 partij is bij AP II staat de formele toepasselijkheid van dit protocol op vijandelijkheden vóór die datum in de weg.

Hoofdstuk 6 Oorlogsrecht in doelbestrijding tijdens een ‘counterinsurgency’

*Wat mij betreft is ieder burgerslachtoffer er één te veel.*⁴⁴³

Generaal-majoor Mart de Kruij, Commandant Regional Command South, ISAF (2008-2009)

6.1. Inleiding

De derde deelvraag betreft de positie van de beginselen en regels van het HOR bij doelbestrijding (door Nederlandse eenheden van ISAF tijdens een *counterinsurgency*). We sluiten daarbij aan op de conclusies van het vorige hoofdstuk.

De Afghaanse burger neemt een cruciale plaats in binnen de benadering die de Afghaanse regering en de internationale gemeenschap voorstaan om het conflict in Afghanistan op te lossen.⁴⁴⁴ Deze benadering vertoont de kenmerken van een *counterinsurgency* (COIN). Algemeen wordt verondersteld dat het daarbij niet (langer louter) gaat om de fysieke vernietiging van de irreguliere strijders (hierna: opstandelingen),⁴⁴⁵ maar dat de strijd om de steun (‘hearts and minds’) van de burgerbevolking doorslaggevend zal zijn voor het welslagen van de strategische visie.⁴⁴⁶ Zoals Sir Rupert Smith het treffend heeft verwoordt: “[w]e fight war amongst the people, not on the battlefield”.⁴⁴⁷ Veiligheid en stabiliteit staan daarbij voorop. Onder non-gouvernementele organisaties zoals Human Rights Watch (HRW), Amnesty International en de Independent Human Rights Commission of Afghanistan (IHRCA), maar ook vanuit de Verenigde Naties (VN), de Afghaanse regering (GIROA)⁴⁴⁸ en de Noord-Atlantische Verdragsorganisatie (NAVO) zelf, bestaat echter in toenemende mate zorg over de positie van de Afghaanse burger.

Allereerst is er het toenemende geweldgebruik door de opstandelingen.⁴⁴⁹ Hoewel dit geweldgebruik zich tevens richt tegen de Afghaanse veiligheidstroepen en de (aanwezigheid van de) internationale troepenmacht ISAF, vormt het vooral een steeds grotere bedreiging en last voor de Afghaanse bevolking.

⁴⁴³ Generaal-majoor Mart de Kruij, Commandant Regional Command South, ISAF in Van Bommel *“Het aantal incidenten zal nog stijgen”*; *Nederlandse commandant blij met Amerikaanse versterkingen voor gevaarlijke provincies in Zuid-Afghanistan*.

⁴⁴⁴ Specifiek over de positie van de burger in Afghanistan ten opzichte van ISAF, zie NATO (2009), p. 9 en 10. Zie ook Commander ISAF (2009). Met betrekking tot de doctrine over de positie van de burgerbevolking in *counterinsurgency*-operaties in het algemeen, zie o.m. de Koninklijke Landmacht (2003) en US Army (2006).

⁴⁴⁵ De term opstandelingen wordt in deze bijdrage gebruikt omdat ISAF de Engelse term ‘insurgents’ gebruikt. De opstandelingen bestaan uit Taliban, Al-Qaida en andere gewapende groeperingen en criminele bendes (vooral drugs gerelateerd). Voorheen werd de term *Opposing Militant Forces* gebruikt.

⁴⁴⁶ Zie Afghanistan (2006), pp. 14-26, beschikbaar op www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2006/cr06252.pdf.

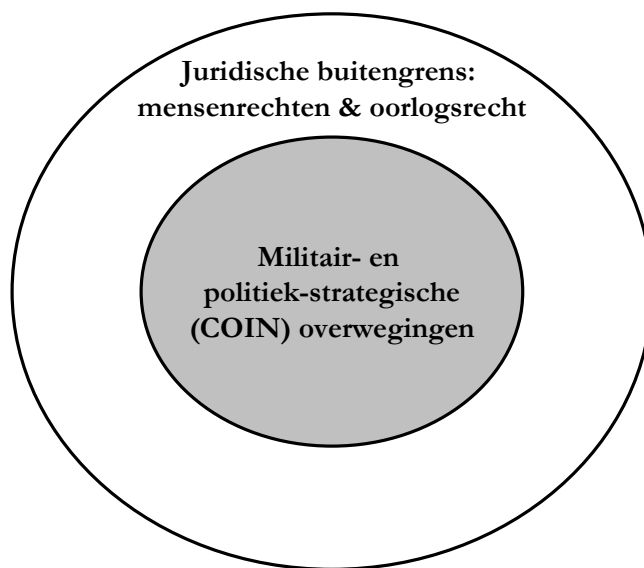
⁴⁴⁷ Zie Smith (2007a), p. 267 e.v.

⁴⁴⁸ Government of the Islamic Republic of Afghanistan.

⁴⁴⁹ Volgens de NAVO was er in 2008 een toename van 33 procent in geweldsincidenten. Zie NATO (2009), p. 9. Zie uitgebreid hiervoor § 5.3.4.

Daarnaast is er geweldgebruik door ISAF. Volgens de NAVO leidde het geweld door de opstandelingen in 2008 tot 973 dodelijke slachtoffers onder de burgerbevolking. Dit aantal vormt tachtig procent van het totaal aantal burgerdoden dat te betreuren is als gevolg van geweldgebruik door ISAF en de ANSF enerzijds en opstandelingen anderzijds. Hoewel dit betekent dat ISAF en de ANSF verantwoordelijk zijn voor ‘slechts’ twintig procent van het totaal (236 burgerdoden), “the number of civilian casualties caused by international forces has always been, and remains, a serious concern for NATO’s political and military leadership.”⁴⁵⁰

Een belangrijke oorzaak van de burgerslachtoffers vormen de doelbestrijdingsoperaties (*targeting*) die ISAF met regelmaat uitvoert tegen de opstandelingen. Deze doelbestrijdingsoperaties maken onderdeel uit van de militaire campagne die ISAF uitvoert als onderdeel van de COIN. Daarbij wordt veelvuldig gebruik gemaakt van zware militaire middelen, in het bijzonder de inzet van luchtwapens als de F-16 en de Apache gevechtshelikopter. Hoewel deze middelen zeer nauwkeurig kunnen zijn, vallen bij doelbestrijdingsoperaties regelmatig burgerslachtoffers. Als voorbeeld daarvan kan de luchtaanval op 4 september 2009 genoemd worden. Daarbij gaf de Duitse ISAF-commandant kolonel Georg Klein opdracht om twee door de opstandelingen gestolen tankwagens aan te vallen. De aanval veroorzaakte waarschijnlijk tientallen burgerslachtoffers.⁴⁵¹ Dit kan op gespannen voet staan met een COIN-benadering waarin veiligheid en stabiliteit voor de burgerbevolking juist centraal staat. Het voorkomen van burgerslachtoffers vormt dan ook een van de strategische speerpunten van het doelbestrijdingsbeleid van ISAF.



Figuur 6: Begrenzing geweldgebruik bij ‘targeting’ in COIN

⁴⁵⁰ NATO (2009), p. 9.

⁴⁵¹ Het ISAF commando heeft een grootschalig onderzoek gelast naar dit incident.

Zie <www.nato.int/isaf/docu/pressreleases/2009/09/pr090904-663.html>

en <www.nato.int/isaf/docu/pressreleases/2009/09/pr090904-664.html>. Ook het Duitse Openbare Ministerie gelaste een onderzoek: <www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?newsid=360> (benaderd 19-4-2010).

Een ander groot incident vond plaats op 7 mei 2009, toen Amerikaanse B-1 bommenwerpers een aanval uitvoerden op het oord Grani in het westelijk deel van de provincie Farah, waarbij tevens tientallen burgerslachtoffers vielen. Zie persbericht Reuters, “U.S. says Afghan strikes broke rules, orders retraining”, beschikbaar op <www.reuters.com/article/newsOne/idUSISL36518520090620>.

Doelbestrijding (in COIN) wordt primair begrensd door verplichtingen uit het HOR en mensenrechtenverdragen. Dit zijn de buitengrenzen. Het doelbestrijdingsbeleid wordt tijdens COIN – zo zal hierna blijken – echter vooral door militair-strategische en politiek-strategische overwegingen gekleurd.⁴⁵² Deze overwegingen vormen de binnengrenzen.

Zoals we hiervoor (§ 5.1) al memoreerden, zoekt het HOR van oudsher een balans tussen oorlog (militaire noodzaak) en humaniteit. De bescherming van de burger tegen vijandelikheden tijdens een gewapend conflict vormt een humanitaire doelstelling. Met het oog op deze doelstelling schept het HOR een specifiek kader waarbinnen vijandelikheden, zoals doelbestrijdingsoperaties, mogen plaatsvinden. Dit specifieke oorlogsrechtelijke kader biedt commandanten een bindend beoordelings- en beslissingsinstrument bij het bepalen van het doelbestrijdingsbeleid. Bovendien, wanneer we vanuit de positie van ISAF als *counterinsurgent* redeneren, levert de naleving van de *humanitaire* doelstelling van het HOR een belangrijke bijdrage aan de *strategische* doelstelling in een COIN. In beide doelstellingen (HOR en COIN) staat immers de positie van de burger centraal.

Wanneer we doelbestrijdingsoperaties binnen de context van een COIN relateren aan het HOR doet zich uiteraard de volgende vraag voor: hoe ziet het oorlogsrechtelijke kader voor doelbestrijdingsoperaties eruit? Streeft het HOR een volledig verbod na op het veroorzaken van burgerslachtoffers, of laat het – de realiteit van oorlog in het oog houdend – een zekere ruimte voor bijkomende schade (*collateral damage*)? Hoe is dit binnen het HOR geregeld? En: hoe duidelijk is het HOR hierover? Zijn de relevante bepalingen uit het HOR hierover eenduidig, of is er ruimte voor interpretatie?

In dit hoofdstuk beogen wij de oorlogsrechtelijke aspecten van doelbestrijding tijdens een hedendaagse COIN-operatie (ISAF) voor niet-juristen en (vooral) commandanten inzichtelijk te maken. De deelvraag is: welke positie nemen – in de context van COIN – de beginselen en regels van het HOR in bij doelbestrijding door (Nederlandse eenheden van) ISAF?

Na een korte afbakening van de begrippen COIN, doelbestrijding en HOR (§ 6.2), zullen we de deelvraag aan de hand van drie centrale thema's beantwoorden: (1) het beginsel van onderscheid; (2) het proportionaliteitsbeginsel en (3) de verplichting tot het nemen van voorzorgsmaatregelen. Deze thema's vormen de kern van het gedeelte van het HOR dat ziet op het uitvoeren van 'aanvallen' (en dus doelbestrijdingsoperaties). De centrale thema's worden respectievelijk behandeld in de paragrafen 6.4, 6.5 en 6.6. Ieder thema is verdeeld in een algemene analyse, waarna het thema gekoppeld wordt aan COIN. Een thema wordt afgesloten met een interim-conclusie. Paragraaf 6.7 bevat de subconclusie.

6.2. Afbakening: COIN, doelbestrijding ('targeting') en HOR

Zoals hierboven is opgemerkt achten wij het noodzakelijk om de reikwijdte en focus van deze bijdrage nader uiteen te zetten. Daarmee beogen wij de algehele context te verduidelij-

⁴⁵² Bij militaire overwegingen moet worden gedacht aan de beschikbaarheid en inzetmogelijkheden van de in het operatiegebied aanwezige middelen zoals het aantal inzetbare F-16's, de nauwkeurigheid van wapensystemen, en de capaciteit om inlichtingen te genereren, analyseren en te gebruiken, maar bijvoorbeeld ook aan de veiligheid van eigen troepen of de risico's van besluiten genomen op tactisch niveau kunnen hebben voor de algehele politiek-strategische campagne van de NAVO. Bij politieke overwegingen kan men denken aan de risico's die doelbestrijdingsoperaties kunnen meebrengen voor de burgerbevolking en de negatieve impact die dat kan hebben voor het verkrijgen en behoud van hun steun aan de Afghaanse regering en de aanwezigheid van de internationale troepenmacht in Afghanistan.

ken waarbinnen de behandeling van de drie doelbestrijdingsthema's moet worden gezien. Deze paragraaf behandelt achtereenvolgens de volgende onderwerpen: COIN, doelbestrijding (*targeting*) en HOR.

6.2.1. COIN

Counterinsurgency of COIN richt zich tegen een *insurgency*. Voordat we COIN kunnen duiden, is het nodig om uit te leggen wat zijn tegenhanger – *insurgency* – omvat. Een *insurgency* kenmerkt zich door de strijd tussen, enerzijds, irreguliere optredende opstandelingen die in (lokale, nationale of transnationale) netwerken georganiseerd zijn en, anderzijds, de strijdkrachten van een *de facto* overheid. Bij het ontbreken van deze laatste strijden de *insurgents* tegen de bevolking. Het doel is om, vanwege uiteenlopende motieven, bepaalde politico-strategische veranderingen teweeg te brengen. Deze zijn gericht op het bemachtigen, neutraliseren of bevechten van de bestaande politieke controle over een regio. Daarbij wordt, al dan niet op grote schaal, gebruik gemaakt van subversieve handelingen, propaganda en (militaire) geweldsmiddelen, zoals guerrillatechnieken en terreur.⁴⁵³ Omdat de opstandeling in vele opzichten in een zwakkere positie verkeert, is zijn doelstelling “not to defeat the armed forces, but to subvert or destroy the government’s legitimacy, its ability and moral right to govern.”⁴⁵⁴ Als belangrijkste aangrijpingspunt voor de opstandelingen dient dan ook veelal de fysieke en cognitieve steun of tolerantie,⁴⁵⁵ al dan niet afgedwongen, van de bevolking. Onder dekking van dit ‘schild’ kunnen de opstandelingen zelf het (gevechts)tempo bepalen en daarmee momentum behouden, waardoor het initiatief aan eigen zijde blijft.⁴⁵⁶ Hoewel *insurgencies* allesbehalve nieuw zijn,⁴⁵⁷ is de weerslag van dit type conflict op de internationale verhoudingen tussen Staten nog nooit zo groot geweest. *Insurgencies* (als species van het irreguliere conflict) vormen zonder twijfel de meerderheid van de conflicten van vandaag.⁴⁵⁸ Dit moet worden gezien in het licht van het einde van de *Pax Atomica*. De veertig jaar durende machtsbalans tussen Oost en West is overgenomen door een multicentrische wereld, die mogelijkheden voor de meest uiteenlopende bevolkingsgroepen biedt om hun stem te laten horen en hun ambities te vervullen. Sommige monden uit in kortstondige *low-intensity*-conflicten, andere in langdurige en hevige gewapende conflicten. Tegen deze achtergrond moeten de conflicten in voormalig Joegoslavië, Burundi, Sierra Leone, maar ook de situaties in Soedan, Democratische Republiek Congo en Sri Lanka worden gezien. Typisch voor deze hedendaagse *insurgencies* is dat zij tevens worden gekenmerkt door hun transnationale karakter, het gebruik van de moderne media en de beschikbaarheid over moderne wapentechnologieën. Ook de huidige strijd in (met name zuid-)Afghanistan van de opstandelingen tegen de Afghaanse regering en ISAF kan worden beschouwd als een *insurgency* en is tevens een exponent van het hedendaagse conflict.

⁴⁵³ Afgeleid van de definities omschreven in Koninklijke Landmacht (2003), p. 431, § 2111; US Army (2006), p. 101, § 3-76; U.S. Government (2009), p. 6 en U.K. Ministry of Defence (2007), A-2-1.

⁴⁵⁴ Zie Prisk (1991), p. 69.

⁴⁵⁵ Fysieke steun in de vorm van onderdak, voedsel, kleding en rekruten; cognitief in de vorm van inlichtingen en het delen van dezelfde ideologie.

⁴⁵⁶ Zie Koninklijke Landmacht (2003), p. 449, § 2219. Zie ook US Army (2006), p. 101, § 3-76; U.S. Government (2009), p. 6 en U.K. Ministry of Defence (2007), A-2-1.

⁴⁵⁷ Zie bijvoorbeeld Beckett (1988) voor een historisch overzicht van ‘insurgencies’ (en ‘counterinsurgencies’).

⁴⁵⁸ Zie <www.pcr.uu.se/database/index.php> voor een wereldoverzicht van alle conflicten.

Insurgencies kunnen echter moeilijk met elkaar vergeleken worden; ze hebben allen een eigen dynamiek en verdienen een op de situatie toegespitste bestrijding. Dit geldt ook voor de situatie in Afghanistan.

De wijze van bestrijding van *insurgencies* wordt *counterinsurgency* (COIN) genoemd. Ook de door de Afghaanse regering, internationale gemeenschap en ISAF gekozen benadering om de Taliban te kunnen bestrijden vertoont zeer sterk de kenmerken van een COIN.⁴⁵⁹ COIN is in de regel zeer complex en deze bijdrage biedt geen ruimte om uitvoerig op de vele aspecten van COIN in te gaan.⁴⁶⁰ Volstaan wordt met de bespreking van een aantal voor deze bijdrage relevante kenmerken.

In de krijgsgeschiedenis zijn talrijke voorbeelden te vinden van succesvolle en minder succesvolle COIN's, zoals die in Algerije, Maleisië, Indonesië en Vietnam. De daarbij gekozen benaderingen zijn een rijke bron gebleken voor de heersende opvatting over COIN. In de huidige opvatting is COIN een benadering waarbij primair niet de fysieke vernietiging van de tegenstander (voor ISAF: de opstandelingen, vooral Taliban) met militaire middelen centraal staat, maar het verkrijgen van de steun van de (voor ISAF: Afghaanse) bevolking. De activiteiten van de *counterinsurgent*, zijn dan ook met name gericht op het winnen van de *hearts and minds* van de bevolking en het scheiden van de bevolking en de opstandelingen. Dit vormt de centrale focus van de *counterinsurgent*: "COIN is fought among the populace. Counterinsurgents take upon themselves responsibility for the people's well-being in all its manifestations."⁴⁶¹

Met de focus op de bevolking kan de te prefereren benadering niet alleen een militaire benadering zijn.⁴⁶² Vandaar ook dat gezocht wordt naar een oplossing waarbij naast militaire middelen ook politieke, politiek-economische en diplomatieke instrumenten worden gebruikt.⁴⁶³ De overkoepelende term die hiervoor veel gebruikt wordt is de *Comprehensive Approach*.⁴⁶⁴

Daarbij worden doelstellingen op politiek-strategisch niveau vastgesteld die moeten leiden tot een stabiele en veilige omgeving waarin een op democratische wijze gekozen regering met monopolie op het gebruik van geweld en in overeenstemming met de beginselen van de rechtsstaat over de bevolking kan regeren. Zo is de strategische doelstelling van de NAVO

⁴⁵⁹ Voor diegenen die ISAF vooral zien als een vredesoperatie is dit verwarrend. Het één staat echter los van het ander. De grondslag voor de aanwezigheid van ISAF is het VN-Veiligheidsraad mandaat. Daarin ligt de opdracht voor ISAF, als vredesoperatie, besloten: het ondersteunen van de Afghaanse regering bij het creëren van veiligheid en stabiliteit. De benadering die ISAF kiest (COIN) om die opdracht te vervullen wordt grotendeels gedictieerd door de situatie ter plaatse. Zie ook *Kamerstukken II 2007-2008*, 27 925, nr. 287, p. 140.

⁴⁶⁰ Voor een militair-doctrinaire uiteenzetting zie o.m. Koninklijke Landmacht (2003); US Army (2006). Voor een zeer uitgebreide bibliografie over *counterinsurgency*, zie <smallwarsjournal.com/reference/counterinsurgency.php>.

⁴⁶¹ Zie US Army (2006), p. 55, § 2-6.

⁴⁶² Zie Lansink (2008), over de visie van NAVO-diplomaat Daan Everts, voormalig hoofd van de politieke en diplomatieke NAVO-missie in Afghanistan.

⁴⁶³ Zie US Army (2006), 54, § 2-2: "The integration of civilian and military efforts is crucial to successful COIN operations."; en 53, § 2-1: "Military efforts are necessary and important to counterinsurgency (COIN) efforts, but they are only effective when integrated into a comprehensive strategy employing all instruments of national power."

⁴⁶⁴ Anno 2008 wordt gesproken over de 'tweede generatie' *comprehensive approach*. Zie Rietdijk (2008). Zie ook NATO's *Comprehensive Approach to Operations*, toespraak S-G NAVO, 23 april 2007, Noordwijk, zie <www.nato.int/docu/speech/2007/s070423a.html>. Over de ontstaansgeschiedenis van de *Comprehensive Approach* in Afghanistan, zie Barno (2007).

voor Afghanistan “to help the people and the elected Government of Afghanistan build an enduring stable, secure, prosperous and democratic state, respectful of human rights and free from the threat of terrorism.”⁴⁶⁵

Om deze doelstellingen te behalen spelen drie fundamentele, en voor deze bijdrage relevante uitgangspunten van COIN een hoofdrol:⁴⁶⁶ veiligheid, legitimiteit en (minimaal) geweldgebruik. We bezien deze uitgangspunten kort.

Het belangrijkste uitgangspunt is veiligheid: “[t]he cornerstone of any COIN effort is establishing security for the civilian populace.”⁴⁶⁷ Uit onderzoek, uitgevoerd in Musa Qala, komt dit aspect duidelijk naar voren:

We don’t want reconstruction of the roads. The only thing we want is security. When the Taliban start fighting with the government, the only thing that happens is that innocent people are killed. [The Taliban] may lose ten people, but dozens and dozens of civilians die.⁴⁶⁸

Wie die veiligheid biedt is soms niet eens relevant.⁴⁶⁹ Voor zover dit ISAF betreft geldt dat het bieden van veiligheid een hoofdtaak betreft.⁴⁷⁰

Het tweede uitgangspunt betreft legitimiteit. Dit begrip bestaat zoals we al zagen uit twee componenten. De juridische legitimiteit houdt in dat ieder overheidsoptreden, dus ook dat van de krijgsmacht, dient te geschieden met inachtneming van de regels van nationaal en internationaal recht. Onder laatstgenoemde vallen het HOR en mensenrechten.⁴⁷¹ De sociale legitimiteit ziet op het draagvlak voor het militaire optreden onder de bevolking in het conflictgebied alsmede het draagvlak in eigen land.⁴⁷² Beide componenten zijn cruciaal in COIN: “[t]he objective may be the first principle of all operations, but legitimacy ranks second.”⁴⁷³ Onachtzaamheid of verwaarlozing van dit uitgangspunt heeft verstrekken gevolgen voor de wijze waarop zowel de lokale bevolking als de wereld naar militaire operaties kijkt. De ervaring leert dat eenmaal aangerichte schade langdurig herstel vereist.⁴⁷⁴

⁴⁶⁵ Zie NATO (2008), § 1.

⁴⁶⁶ Andere algemene en specifieke uitgangspunten zijn: concentratie van middelen en activiteiten, doelgerichtheid, economisch gebruik van middelen, eenheid van inspanning, eenvoud, flexibiliteit, geloofwaardigheid en initiatief; beweeglijkheid, offensief handelen en verrassing; vasthoudendheid. Zie Koninklijke Landmacht (2003), § 2428-2446. Zie ook US Army (2006), I-112-147, pp. 36-47.

⁴⁶⁷ Zie US Army (2006), p. 42, § I-131.

⁴⁶⁸ Zie Institute for War and Peace (2008),

<www.iwpr.net/index.php?apc_state=hen&s=o&o=1=EN&p=arr&s=f&o=342021>.

⁴⁶⁹ Zie Donnelly & Schmitt (2008), <www.smallwarsjournal.com>, verwijzend naar een uitspraak van een Afghaan die verklaarde dat het leven onder gezag van de Taliban misschien niet beter was, maar er was in ieder geval veiligheid en duidelijkheid. Zie ook Kilcullen (2009), 47: “[t]he Taliban may be cruel – everyone acknowledges this – but they are seen as fair.”

⁴⁷⁰ Deze hoofdtaak is oorspronkelijk neergelegd in S/Res/1386 (2001), 20 december 2001. Zie supra § 2.5.

⁴⁷¹ Zie Koninklijke Landmacht (2003), pp. 540-1, § 2436-7.

⁴⁷² Koninklijke Landmacht (2003), 541, § 2438.

⁴⁷³ Zie Hammond (2008), p. 71.

⁴⁷⁴ De nieuwe Amerikaanse COIN-handleiding, de FM 3-24, zegt hierover, US Army (2006), p. 24, § 1-132: “Illegitimate actions are those involving the use of power without authority – whether committed by government officials, security forces, or counterinsurgents. Such actions include unjustified or excessive use of force, unlawful detention, torture, and punishment without trial. Efforts to build a legitimate government through illegitimate actions are self-defeating, even against insurgents who conceal themselves amid noncombatants and flout the law. Any human rights abuses or legal violations committed by [COIN] forces quickly become known throughout the local populace and eventually around the world. Illegitimate actions undermine both long- and short term COIN efforts.” Een recent voorbeeld van zichtbare frictie tussen de Afghaanse bevolking en de buitenlandse troepenmacht (ISAF en OEF) vormden de grootschalige demonstraties door Afghaanse burgers naar aanleiding van een Amerikaanse lucht-

Het derde uitgangspunt is een minimum gebruik van geweld. Het COIN-adagium is: “[s]ometimes, the more force is used, the less effective it is”.⁴⁷⁵

Deze uitgangspunten kennen niet alleen een zeer sterke onderlinge verbondenheid maar zijn tevens direct gerelateerd aan de beginselen van de democratische rechtsstaat die aan het optreden van een regering ten grondslag liggen. Een veelgebruikte (Engelse) term hiervoor is *Rule of Law*. Algemeen wordt verondersteld dat met deze beginselen de steun van de bevolking te verkrijgen is. Zonder legitimiteit van handelen en bij buitensporig geweldgebruik bestaat er geen of onvoldoende gevoel van veiligheid en zal die steun niet verkregen worden.⁴⁷⁶

Dit punt ligt extra gevoelig als de regering grotendeels afhankelijk is van een internationale troepenmacht, in het bijzonder als de deelnemende staten deze beginselen zelf hoog in het vaandel hebben staan.⁴⁷⁷ Cruciaal in de situatie van Afghanistan is dat ISAF te gast is; de regering van Afghanistan is leidend. De samenwerking van de Afghaanse regering met ISAF geschiedt grotendeels op basis van wederzijds vertrouwen. Als deze buitenlandse ‘gasten’ zich niet gedragen, zal de bevolking dit de regering kwalijk nemen. De boodschap dat “[i]n helping the Afghan people build security today, we are defending basic values we all share, including freedom, democracy and human rights as well as respect for the views and beliefs of others”,⁴⁷⁸ moet dus bijzonder serieus worden genomen. Zo niet, dan betekent dit afbreuk aan de legitimiteit. Zoals Whetham stelt:

[t]here is clearly a fine line that needs to be walked between maintaining military effectiveness and demonstrating to the world that one is not acting with impunity. Regrettably, there are frequent reports of civilian deaths caused by coalition soldiers, sometimes allegedly with poor discipline and low morale, and with little or no accountability being demonstrated. These are exactly the kinds of events that slowly sap legitimacy and therefore add strength to the insurgency.⁴⁷⁹

Een aantal factoren heeft invloed op de succesvolle toepassing van de drie bovengenoemde uitgangspunten. Enerzijds zijn dit aspecten die binnen de internationale troepenmacht liggen besloten (interne factoren). Ten eerste: in de hedendaagse conflictsituaties is de belangrijkste taak van een internationale troepenmacht doorgaans het creëren van veiligheid en stabiliteit. Een afgeleide taak is de bescherming van de burgerbevolking. Echter, veel deelnemende landen zijn vanwege het politieke afbreukrisico erg gericht op het voorkomen van slachtoffers onder de eigen troepen.⁴⁸⁰ Het gevolg is dat landen terughoudend zijn in het sturen van grondtroepen of de in het missiegebied aanwezige grondtroepen binnen de veilige muren

aanval op 24 januari 2009 waarbij 16 burgers zouden zijn omgekomen. Zie <www.foxnews.com/story/0,2933,482707,00.html>.

⁴⁷⁵ US Army (2006), p. 48, § 1-15. Zie ook Whetham (2007).

⁴⁷⁶ US Army (2006), p. 39, §§ 1-119-120: “The presence of the rule of law is a major factor in assuring voluntary acceptance of a government’s authority and therefore its legitimacy. A government’s respect for preexisting and impersonal legal rules can provide the key to gaining it widespread, enduring societal support. Such government respect for rules – ideally ones recorded in a constitution and in laws adopted through a credible, democratic process – is the essence of the rule of law. As such, it is a powerful potential tool for counterinsurgents. [...] A COIN effort cannot achieve lasting success without the HN government achieving legitimacy.”

⁴⁷⁷ Voor de NAVO-lidstaten geldt dat zij garant staan voor “faith in the purposes and principles of the Charter of the United Nations”, zie de preambule van The North Atlantic Treaty, Washington D.C., 4 april 1949.

⁴⁷⁸ NATO (2008), § 2.

⁴⁷⁹ Whetham (2007), p. 725.

⁴⁸⁰ Shaw gebruikt de term ‘risk-transfer wars’. Zie Shaw (2005), p. 71.

van hun kampementen houden, met als gevolg dat er terug wordt gegrepen op vuurkracht en technologie. Dit vergroot de afstand met de burgerbevolking.⁴⁸¹

In de tweede plaats speelt onze Westerse militaire cultuur ons parten. Deze zou vaak in de weg staan aan het effectief uitvoeren van een COIN.⁴⁸² De Westerse militaire cultuur is, zo is de kritiek, te veel gericht op het verslaan van de strijdkrachten van een andere staat. Dit vertaalt zich dan ook in het gebruik van conventioneel geweld in COIN-omstandigheden. Dit laatste zou in COIN, zoals gezegd, geen hoofdrol moeten spelen.⁴⁸³ Van militairen worden andere dan de traditionele ‘gevechts’-taken verwacht, zoals hulpverlening en bestuursondersteuning.⁴⁸⁴ Dit vereist vaak een (langdurige) militaire cultuurverandering en dat roept weerstand binnen diezelfde krijgsmacht op.⁴⁸⁵ Een conventionele *mindset* heeft echter ook gevolgen voor de *Comprehensive Approach*. Dit hangt mede samen met een derde factor.

De derde factor betreft de kritiek dat de NAVO zich te veel laten verleiden tot een focus op het, op kinetische wijze, aangrijpen van de opstandelingen op tactisch niveau, met alle mogelijke gevolgen op strategisch niveau van dien.⁴⁸⁶ Sinds de NAVO de leiding heeft over ISAF, en deze zich over heel Afghanistan uitstrekt, slaagt de NAVO er kennelijk niet in om, in samenspraak met de overige, civiele hoofdrolspelers binnen de internationale gemeenschap, samenhang tussen de militaire en de andere componenten van de *Comprehensive Approach* te creëren, met als gevolg de neiging om de vijand met kinetische middelen aan te vallen in plaats van de focus op de bevolking te behouden.⁴⁸⁷ Daarnaast wordt gesteld dat het aangrijpingspunt op het operationele niveau, bij de leiding van de opstandelingen ligt. Dit is een niveau dat aanzienlijk minder ‘tastbaar’ is en bij voorkeur met andere dan louter militaire middelen moet worden aangeprepen.⁴⁸⁸

Naast interne factoren zijn er ook een aantal van buiten komende elementen (externe factoren). Een zeer belangrijke is de bevolkingssamenstelling. Zo wordt de complexiteit van het conflict in het zuiden van Afghanistan mede bepaald door “Pashtun gedomineerde stammen, tribale cultuur en diep religieuze bevolking”.⁴⁸⁹ Deze bevolkingsgroepen zijn voornamelijk naar binnen gericht, en laten zich zeer moeilijk regeren. Daar komt bij dat de meeste stamleiders gevlucht zijn en de bevolking zich vooral concentreert op overleven. Ze zijn dus eenvoudig beïnvloedbaar, over te nemen of te bedreigen.⁴⁹⁰ Buitensporig geweldgebruik van ISAF met als gevolg burgerslachtoffers zal ieder zorgvuldig opgebouwde vertrouwen dan ook snel doen wegnemen.⁴⁹¹

⁴⁸¹ Dit is ook één van de kritiekpunten van HRW. Zie Human Rights Watch (2008), p. 12.

⁴⁸² Zie hierover Kitzen (2008).

⁴⁸³ Deze traditionele ‘gevechts-attitude’ heeft vooral het Amerikaanse optreden in Irak in de kaart gespeeld.

⁴⁸⁴ Zie hierover Kitzen (2008), p. 133.

⁴⁸⁵ Over de gevolgen van verschillen in militaire cultuur in relatie tot *counterinsurgency* zie Nagl (2005).

⁴⁸⁶ “In winning that tactical battle quickly on the ground with bombs, US and NATO forces risk losing the strategic battle for the support of the population, essential in counter-insurgency operations.” Human Rights Watch (2008), p. 33. Zie bijvoorbeeld ook David Kilcullen in: <www.newyorker.com/online/blogs/georgepacker/2008/11/kilcullen-on-af.html> en Scott & Agoglia (2008), p. 2.

⁴⁸⁷ Zie hierover Barno (2007), p. 43 en Lindley-French (2007).

⁴⁸⁸ Zie hierover Rietdijk (2008). Over de interne dynamiek van de Taliban, zie Rahimi (2008).

⁴⁸⁹ Zie Rietdijk (2008), p. 473.

⁴⁹⁰ Rietdijk (2008), p. 476.

⁴⁹¹ Human Rights Watch (2008), p. 6: “The fact that civilians die or are injured in an airstrike does not necessarily mean the airstrike violated the laws of war, as long as the precautions required by the laws of war were taken and applied in good faith. Beyond the human tragedy, high civilian casualties – regardless of whether they were the result of lawful or unlawful conduct – should always be cause for concern by a military force, as the damage to an armed forces’ reputation and good-will among the population can be

Een tweede externe factor is asymmetrie. Strijdgroepen zoeken naar mogelijkheden om hun eigen kracht te vergroten (positieve asymmetrie) en de zwakheden van de tegenstander uit te buiten (negatieve asymmetrie).⁴⁹² De asymmetrie van vandaag kent vele kenmerken.⁴⁹³ Vanuit de juridische context speelt vooral technologische asymmetrie een belangrijke rol.⁴⁹⁴ Als gevolg van de technologische verschillen tussen moderne krijgsmachten en strijdgroepen is het vaak de laatste partij die een zwakkere positie inneemt. Dit leidt ertoe dat de zwakkere partij in het conflict op zoek naar mogelijkheden om enerzijds te overleven en om anderzijds dicht bij de (sterkere) opponent te komen. Het HOR biedt die mogelijkheid tot op zekere hoogte.⁴⁹⁵ Het is in die optiek echter ook zeer effectief om misbruik te maken van de groep die in het HOR primair bescherming geniet: de burgerbevolking. Een zeer kenmerkend voorbeeld is het feit dat opstandelingen zich doorgaans niet door kleding of andere kenmerken onderscheiden van de burgerbevolking. In sommige gevallen wordt daar juist extra gebruik van gemaakt, bijvoorbeeld als Taliban-strijders zich verschuilen onder een *burqua* op weg naar of terugtrekkend van een vuurgevecht. Verder wordt het HOR systematisch geschonden door dorpen als uitvalsbases te gebruiken, te schuilen bij burgers, hun huizen als logistieke steunpunten te gebruiken of hen zelfs onder dwang te laten meevechten. Ook deinst men niet terug voor het gebruik van menselijke schilden;⁴⁹⁶ misbruik van beschermde symbolen; geveinsde overgave of zelfmoordcommando's.

Dergelijke tactieken plaatsen ISAF in een positie waardoor het verleidelijk wordt de grenzen van het oorlogsrecht op te zoeken.⁴⁹⁷ Immers, het wordt ISAF erg moeilijk gemaakt om onderscheid te kunnen maken tussen de opstandelingen en Afghaanse burgers en dus ook om een inschatting te kunnen maken van de mogelijke burgerslachtoffers.

Bovengenoemde elementen dwingen ISAF een wankel koord te bewandelen waarbij evenwicht gezocht moet worden tussen geweldsaanwending en de gevolgen voor de burgerbevolking.

ISAF dient, als militaire component van de *Comprehensive Approach*, voortdurend oog te houden voor de gevolgen van haar activiteiten voor de centrale doelgroep van de COIN: de Afghaanse burgers. Dit speelt met name een rol bij rechtmatigheid en effecten van aanvallen op de Taliban: doelbestrijding (*targeting*) dus.

considerable. This is particularly true in a country such as Afghanistan where loyalties are often malleable." Zie ook Rahimi (2008).

⁴⁹² Zie Schmitt (2007a), p. 460. Voor een definitie van asymmetrie zie Metz & Johnson II (2001). Asymmetrie wordt door Metz en Johnson gedefinieerd als: "[a]cting, organizing, and thinking differently than opponents in order to maximize one's own advantages, exploit an opponent's weaknesses, attain the initiative, or gain greater freedom of action. It can be political-strategic, military-strategic, or a combination of these. It can entail different methods, technologies, values, organizations, time perspectives, or some combination of these. It can be short-term or long-term. It can be deliberate or by default. It can be discrete or pursued in conjunction with symmetric approaches. It can have both psychological and physical dimensions."

⁴⁹³ Zie Schmitt (2007b) voor een juridische analyse van de verscheidenheid aan asymmetrische aspecten van het hedendaagse conflict en de relatie met HOR.

⁴⁹⁴ Schmitt (2007b), p. 16.

⁴⁹⁵ Het staat een strijdende partij vrij om gebruik te maken van alle middelen die geen schending van het HOR betekenen, zoals het gebruik van camouflage, misleidingen, manoeuvre, encryptie, enzovoorts.

⁴⁹⁶ Zie <www.nato.int/isaf/docu/pressreleases/2008/10-october/pr081022-553.html>: "Insurgents use children as human shields".

⁴⁹⁷ Zie Skerker (2004), p. 28: "This tactic involves a conventionally weaker side's attempt to neutralize the technological and/or numerical advantage of its enemy by shaping the conditions of combat so that the enemy cannot act without violating the rules of *jus in bello*."

6.2.2. Doelbestrijding ('targeting')

Nu de aandacht gericht is op COIN, is het noodzaak een tweede afbakening aan te geven. Zoals gezegd dient het gebruik van geweld in een COIN eerder uitzondering dan regel te zijn. Eventueel geweldgebruik dient verder te berusten op een rechtmatige grondslag. De meeste zorg (met name bij de Afghaanse regering) met betrekking tot het gebruik van geweld door ISAF,⁴⁹⁸ concentreert zich rond drie thema's: huiszoekingen, detentie en luchtaanvallen.⁴⁹⁹ Zonder het belang van eerstgenoemde thema's te kort te willen doen, beperkt deze bijdrage zich tot de laatste. Waar met name in het begin van de aanwezigheid van een internationale troepenmacht het onderwerp detentie een absolute hoofdrol speelde, zijn door de intensivering van het conflict in Afghanistan de schijnwerpers de laatste tijd vooral gericht op luchtaanvallen tegen opstandelingen. Daarbij zijn burgerslachtoffers gevallen. Hierop is veel kritiek: de luchtaanvallen zouden disproportioneel in aantal en uitvoering zijn.⁵⁰⁰

Het plannen en uitvoeren van luchtaanvallen ziet, zowel vanuit militair als juridisch perspectief, op doelbestrijding. Met doelbestrijding wordt in relatie tot COIN zowel kinetische als non-kinetische doelbestrijding verstaan.⁵⁰¹ Deze bijdrage beperkt zich louter tot de eerste categorie: doelbestrijding met behulp van dodelijk geweld (kinetische/rode *targeting*).

Relevant in dit verband is de enorme technologische ontwikkeling op het gebied van precisie. Hieronder wordt verstaan:

the ability of joint forces to locate, surveil, discern, and track objectives or targets; select, organize, and use the correct systems; generate desired effects; assess results; and reengage with

⁴⁹⁸ De focus ligt bij ISAF, maar de zorg strekt zich ook uit over operaties onder de paraplu van Operatie Enduring Freedom. Zie ook (16 januari 2009), *Strengere regels voor ISAF*; ISAF (2008). In de Tactical Directive benadrukt Commandant ISAF dat "[t]he support of the Afghan people for the GIROA and their collective support for ISAF are critical to defeating the insurgency we are fighting. We have the public support at the national level. We cannot take it for granted and must strive to deepen and broaden it. [...] Our actions both on and off the battlefield are important to our success. We must maintain our professionalism at all times, and always keep in mind the consequences of our actions. Respect for the Afghan people, their culture, their religion, and their customs is essential."

⁴⁹⁹ Zie Human Rights Watch (2008), p. 3.

⁵⁰⁰ Human Rights Watch (2008), 3: "Each civilian death for which US or NATO forces are perceived to be responsible increases hostility to the US and NATO forces, and may increase support for anti-government forces. [...] So long as the fighting in Afghanistan continues, reducing the loss of civilian life during airstrikes should remain a priority for US and NATO forces." De angst is dat "[w]ithout improvements in planning, intelligence, targeting, and identifying civilian populations, the massive use of airpower in Afghanistan will continue to lead to unacceptably high civilian casualties."

⁵⁰¹ Zie hierover US Army (2006), FM 3-24, waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen 'dodelijke' en 'niet-dodelijke' doelbestrijding: "5-102. The focus for targeting is on people, both insurgents and non-combatants. There are several different approaches to targeting in COIN. For example, all of the following are potential targets that can link objectives with effects: Insurgents (leaders, combatants, political cadre, auxiliaries, and the mass base). Insurgent internal support structure (bases of operations, finance base, lines of communications, and population). Insurgent external support systems (sanctuaries, media, and lines of communications). Legitimate government and functions (essential services, promotion of governance, development of security forces, and institutions). 5-103. Effective targeting identifies the targeting options, both lethal and nonlethal, to achieve effects that support the commander's objectives. Lethal targets are best addressed with operations to capture or kill; nonlethal targets are best engaged with CMO, IO, negotiation, political programs, economic programs, social programs and other non-combat methods. Nonlethal targets are usually more important than lethal targets in COIN; they are never less important."

decisive speed and overwhelming operational tempo as required, throughout the full range of military operations.⁵⁰²

Een onderdeel daarvan is een begrip dat vaak verward wordt met ‘precisie’: ‘accuraatheid’, dat ziet op het vermogen van een wapen het doel te raken waarop het gericht is.⁵⁰³ ‘Precisie’ is breder dan louter wapens. Het ziet ook op C4ISR: ‘command, control, communications, computers, intelligence, surveillance, and reconnaissance’. Daarbij kan worden gedacht aan de aandacht voor het vermogen om snel en betrouwbaar vijandelijke elementen te lokaliseren en te identificeren; C2-middelen om snel veranderende operationele omstandigheden te kunnen monitoren; en de capaciteit om een betrouwbare analyse te kunnen maken van de aangerichte schade, om zodoende te kunnen bepalen of nieuwe aanval noodzakelijk is. Tevens richt de ontwikkeling zich op middelen die de reactietijd van de vijand vertragen en vijandelijke informatie- en inlichtingenstromen kunnen vertragen of zelfs blokkeren.⁵⁰⁴ Ten slotte is er bij de ontwikkeling van wapen- en munitie-systemen in toenemende mate aandacht voor precisie en accuratesse, ongeacht de omstandigheden waar ze worden ingezet. Zo beschikken de VS over de ‘Small Diameter Bomb’ en de ‘Focused Lethality Munition’; munitie die met het oog op het minimaliseren van bijkomende schade bij aanvallen in verstedelijkt gebied speciaal is ontwikkeld voor de specifieke omstandigheden van COIN.⁵⁰⁵ Of, en de mate waarin, krijgsmachten over dergelijke technologieën beschikken verschilt van land tot land. In het kader van deze bijdrage roept het relevante vragen op, namelijk welke plaats precisietechnologie inneemt binnen het HOR enerzijds en welke rol COIN daarbij speelt anderzijds? Deze vragen zullen bij de verplichting tot het nemen van voorzorgsmaatregelen (§ 6.6.6) aan bod komen.

6.2.3. HOR

Resolutie 1833 roept ISAF nadrukkelijk op tot naleving van de mensenrechten en het HOR. In dit hoofdstuk ligt de nadruk op het laatstgenoemde regime. Daarbij gaan we uit van de conclusie die we hiervoor (§ 5.4) trokken: het oorlogsrecht is van toepassing omdat er anno 2009 sprake is van een niet-internationaal gewapend conflict (NIGC) tussen de regering van Afghanistan en ISAF enerzijds en diverse groepen opstandelingen – OMF – anderzijds. In een NIGC bleken (§ 5.6) naast de algemene beginselen van het HOR in het bijzonder het verdragsregime van gemeenschappelijk artikel 3 (GA 3) en het internationaal gewoonterecht, formeel-juridisch gezien, van toepassing. GA 3, richt zich vooral op het beschermen van non-combattanten en bevat nauwelijks concrete regels voor doelbestrijding.⁵⁰⁶ Het internationaal gewoonterecht bevat echter meer aanknopingspunten, met name in de algemene beginselen van het HOR. Deze beginselen vormen een rode draad door het gehele HOR en zijn met name in Aanvullend Protocol I (AP I)⁵⁰⁷ vrij concreet gecodificeerd. Hoewel AP I het optreden tijdens vijandelikheden in een internationaal gewapend conflict (IGC) betreft, geldt dat “[m]uch of [AP I] may be regarded as declaratory of customary

⁵⁰² Zie Staff (2000), beschikbaar op: <<https://www.dtic.mil/futurejointwarfare/>>.

⁵⁰³ Zie Schmitt (2005), p. 446.

⁵⁰⁴ Concreet kunnen hier genoemd worden *imagery intelligence* (IMINT); *human intelligence* (HUMINT); *signals intelligence* (SIGINT); *measurement and signature intelligence* (MASINT); *open-source intelligence* (OSINT); *technical intelligence* (TECHINT) en *counterintelligence* (CI).

⁵⁰⁵ Zie Dunlap Jr. (2008), beschikbaar via <smallwarsjournal.com/mag/2008/02/collateral-damage-and-counteri.php>.

⁵⁰⁶ Zie Cassese (2005), p. 430; Ducheine (2008), p. 478.

⁵⁰⁷ Aanvullend Protocol I behorend bij de Verdragen van Geneve (1949).

international law, or at least as non-controversial.”⁵⁰⁸ Omdat dit gewoonterecht zich ook uitstrekt over het NIGC (§ 5.6.4),⁵⁰⁹ zijn deze regels tevens van toepassing op het conflict in Afghanistan. Daarom zullen in de hiernavolgende analyse vooral de gewoonterechtelijke bepalingen van AP I een centrale rol vervullen.

Zoals we hiervoor in Hoofdstuk 4 en Hoofdstuk 5 vaststelden, hanteren NAVO-lidstaten de beginselen en regels van het HOR bij wijze van beleid, voor zover er al geen sprake is van een gewapend conflict. Ook in relatie tot de ROE en de daaraan verbonden tactieken en procedures speelt het HOR een belangrijke rol.

Met deze afbakening kan nu de stap worden gezet naar de bespreking van de drie thema's die centraal staan in het HOR ten aanzien van doelbestrijding: onderscheid, proportionaliteit en voorzorgsmaatregelen. De thema's zullen eerst worden ingeleid (§ 6.3), waarna ze afzonderlijk bezien worden (§§ 6.4 – 6.6). Ieder thema kent allereerst een theoretische juridische analyse. Deze analyse wordt vervolgens gekoppeld aan COIN, met als primaire focus ISAF.

6.3. Inleiding tot de drie thema's

In deze bijdrage staan drie oorlogsrechtelijke thema's gerelateerd aan doelbestrijdingsoperaties centraal. Het begrip 'doelbestrijding' komt echter in het HOR als zodanig niet voor. De doelbestrijdingsoperaties van ISAF laten zich in oorlogsrechtelijke zin wel vertalen in het begrip 'aanval'. Een aanval is gedefinieerd als “daden van geweld gericht tegen de tegenstander, hetzij offensieve, hetzij defensieve”.⁵¹⁰ Met betrekking tot de reikwijdte van (on)rechtmatige geachte aanvallen hanteert het HOR twee verboden.

In de eerste plaats betreft dit het verbod op het uitvoeren van een rechtstreekse aanval op burgers en burgerobjecten, neergelegd in artikel 51(2) AP I.

Noch de burgerbevolking als zodanig, noch de afzonderlijke burgers mogen het doelwit van een aanval vormen. Daden van geweld of bedreiging met geweld, waarvan het belangrijkste oogmerk is de burgerbevolking angst aan te jagen, zijn verboden.

Artikel 52(1) AP I voegt daaraan toe:

Burgerobjecten mogen niet het doelwit van een aanval worden [...].

Overtreding van deze bepalingen is strafbaar gesteld als oorlogsmisdrijf in het Statuut van Rome.⁵¹¹ Van belang zijn een tweetal elementen: (1) de voorwaarde dat de *mens rea* (het oogmerk) gericht was op een rechtstreekse aanval op de bevolking; (2) de aanval richt zich op de bevolking “als zodanig”. Beide elementen maken een tegenstelling duidelijk met situaties waarbij beide elementen ontbreken. Dit is enerzijds de situatie waarbij burgerslachtoffers per ongeluk vallen (als gevolg van een menselijke fout of te wijten aan een mechanisch defect); anderzijds de situatie waarbij burgerslachtoffers, na afweging, ingecalculeerd worden, maar rechtmatig kunnen worden geacht: de zogenaamde bijkomende schade (*collateral damage*). Op deze laatste categorie wordt uitgebreid ingegaan in paragraaf 6.5.

Van het verbod op rechtstreekse aanvallen kan niet worden afgeweken, “irrespective of utilitarian considerations”. Anders gezegd: bombardementen van steden om de wil van de

⁵⁰⁸ Zie Dinstein (2004), 11.

⁵⁰⁹ Zie (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 127. Zie ook Schmitt (2009), p. 308, in het bijzonder voetnoot 7.

⁵¹⁰ Zie artikel 49(1) AP I.

⁵¹¹ Zie artikelen 8(2)(b)(i) en (ii) van het Statuut van Rome. Nederland heeft dit misdrijf, in navolging van de verplichting daartoe na ratificatie van het Statuut van Rome, tevens strafbaar gesteld in de Wet internationale misdrijven (Wim), artikel 5(2)(c)(1°) en (2°).

burgerbevolking te breken zijn en blijven verboden, hoe effectief ze ook gedacht mogen worden te zijn.⁵¹² Het gaat niet om de uitwerking, maar om de aan de aanval ten grondslag liggende intentie.⁵¹³

In de tweede plaats zijn ook niet-onderscheidende aanvallen verboden. Artikel 51(4) AP I definieert niet-onderscheidende aanvallen als:

- a. aanvallen die niet op een bepaald militair doel zijn gericht;
- b. aanvallen waarbij gebruik wordt gemaakt van strijdmiddelen of – methoden die niet op een bepaald militair doel kunnen worden gericht; of
- c. aanvallen waarbij gebruik wordt gemaakt van strijdmiddelen of – methoden waarvan de gevolgen niet kunnen worden beperkt zoals dit Protocol vereist; en die derhalve in alle genoemde gevallen naar hun aard, militaire doelen en burgers of burgerobjecten zonder onderscheid kunnen treffen.

Artikel 51(5) AP I onderscheidt twee typen niet-onderscheidende aanvallen. In de eerste plaats zijn dit:

aanvallen door middel van een bombardement, met welke middelen en methoden dan ook, waarbij een aantal duidelijk gescheiden en als zodanig te onderscheiden militaire doelen, gelegen in een stad, dorp of andere streek waarin zich ene vergelijkbare concentratie burgers of burgerobjecten bevindt, worden aangemerkt als één enkel militair doel.

Een voorbeeld is het Irakese gebruik van *Scud*-raketten gericht op steden in Israël in de Golfoorlog van 1991.

Ten tweede zijn dit:

aanvallen die, naar kan worden verwacht bijkomend verlies van mensenlevens onder de burgerbevolking, verwonding van burgers, schade aan burgerobjecten of een combinatie daarvan ten gevolge zullen hebben, in een mate die buitensporig zou zijn in verhouding tot het verwachte tastbare en rechtstreekse militaire voordeel.

Ook bij niet-onderscheidende aanvallen geldt dat de intentie de doorslag geeft; niet de daadwerkelijke uitkomst ervan. Er is echter een verschil met een rechtstreekse aanval op burgers. Bij een directe aanval is het oogmerk (de *mens rea*) van de aanvaller gericht op het schaden van burgers; bij niet-onderscheidende aanvallen is “the attacker [...] not actually trying to harm the civilian population”. Schade aan burgers is, in zijn visie simpelweg “of no concern to the attacker”.⁵¹⁴ De aanvaller handelt met “reckless disregard” voor de gevolgen voor burgers.⁵¹⁵

Uit het bovenstaande vloeit voort dat commandanten een inspanningsverplichting hebben zeker te stellen dat een (op handen zijnde) aanval zich niet rechtstreeks richt tegen de burgerbevolking of onderscheidend is. Beide verboden fungeren daarmee als startpunt voor de drie centrale thema’s die de commandant in zijn afwegingen tot aanval dient te betrekken: onderscheid, proportionaliteit en voorzorgsmaatregelen. Het zijn deze thema’s die in de eerste plaats in de relevante internationale verdragen, met name in AP I, naar voren komen. Daarnaast spelen zij in de juridische doctrine en jurisprudentie van internationale rechters –

⁵¹² De geschiedenis toont aan dat dergelijke bombardementen juist contraproductief werken. Zie Parks (2007), p. 114, voetnoot 174. Voor een controversiële benadering, zie Dunlap Jr. (2000), waarin wordt betoogd dat dergelijke operaties in beginsel verboden zijn, behalve bij gemeenschappen met een op doorgeslagen “moral compass”. In die gevallen mogen burgers, noch objecten die als “indispensable to the survival of the noncombatant” moeten worden beschouwd worden aangevallen, maar “almost everything else would be fair game”.

⁵¹³ Zie Dinstein (2004), p. 117.

⁵¹⁴ Zie Hanke (1993), p. 26.

⁵¹⁵ Zie ICTY (2003), *Galic*; Dinstein (2004), p. 117.

met name de uitspraken van het Joegoslavië-tribunaal hebben een belangrijke bijdrage geleverd – een centrale rol.

De thema's spelen tevens een cruciale rol als hoofdvragen of stappen bij iedere praktische *targeting* beslissing die commandanten nemen:

- betreft het aan te vallen doel een legitiem doel?
- welke (neven)schade wordt verwacht, en is deze niet disproportioneel?
- welke voorzorgsmaatregelen worden verlangd?

6.4. Thema 1: Onderscheid

In het eerste thema – onderscheid – gaan we, na een korte introductie (§ 6.4.1), eerst in op het onderscheid naar personen in een NIGC (§ 6.4.2). Daarbij speelt het begrip 'rechtstreekse deelname aan vijandelijkheden' een hoofdrol. Vervolgens komt het onderscheid naar objecten aan bod (§ 6.4.3). Voordat thema 1 wordt afgesloten met een interim-conclusie (§ 6.4.5) zullen we het oorlogsrechtelijke begrip 'onderscheid' projecteren op COIN (§ 6.4.4).

6.4.1. Introductie

Tijdens een gewapend conflict verschijnen op velerlei wijze burgers ten tonele, bijvoorbeeld omdat ze zich ophouden in de buurt van de strijdende partijen of omdat burgers besluiten deel te nemen aan de strijd. Daarom zijn burgers een voortdurende zorg van commandanten. Ook vinden militaire operaties vaak plaats in de nabijheid van of met gebruikmaking van burgerobjecten. Om te voorkomen dat het lot van burgers en burgerobjecten louter wordt overgelaten aan de morele humanitaire verantwoording die commandanten al dan niet bereid zijn te nemen, is in het HOR de bescherming van burgers en burgerobjecten juridisch gewaarborgd middels het recht op "algemene bescherming tegen uit militaire operaties voortvloeiende gevaren".⁵¹⁶ Deze bescherming is op vele plaatsen in het HOR nader geregeld. Zo ziet het Vierde Verdrag van Geneve volledig toe op de positie van de burger (in een IGC). Maar ook AP I en AP II bevatten veel regels met betrekking tot de bescherming van de burger. Een specifieke regel is reeds in paragraaf 6.3 aan de orde gekomen, waar we hebben gezien dat rechtstreekse en niet-onderscheidende aanvallen op burgers en burgerobjecten verboden zijn.

De nadruk op de bescherming van burgers en burgerobjecten is een rechtstreekse voortvloeisel uit het beginsel van onderscheid. Het beginsel van onderscheid staat aan het fundament van het oorlogsrecht.⁵¹⁷ Het is daarmee sterk geworteld in het internationaal gewoonterecht.⁵¹⁸ In de *Tadic case* heeft het ICTY het beginsel van onderscheid tevens van

⁵¹⁶ Artikel 51(1) AP I.

⁵¹⁷ Zie bijvoorbeeld de Vattel (1758): "At the present day, war is carried on by the regular army; the people, the peasantry, the towns folk, have no part in it, and as a rule have nothing to fear from the sword of the enemy. Provided the inhabitants submit to him who is master of the county, and pay the contributions demanded, and refrain from acts of hostility, they live as safely as if they were on friendly terms with the enemy; [...] the peasants go freely into the enemy camp to sell their provision and they are protected as far as possible from the calamities of war. Such treatment is highly commendable and well worthy of nations which boast of their civilization, it is even of advantage to the enemy. A general who protects unarmed inhabitants, who keeps his soldiers under strict discipline, and who protects the country is enabled to support his army without trouble and is spared many evils and dangers."

⁵¹⁸ Zie Schmitt, Garraway & Dinstein (2006), p. 8. Zie ook Henckaerts & Doswald-Beck (2005)3, Rule 1.

toepassing geoordeeld in een NIGC.⁵¹⁹ Rogers vat het beginsel van onderscheid als volgt samen:

Since military operations are to be conducted against the enemy's armed forces, there must be a clear distinction between the armed forces and civilians, or between combatants and non-combatants, and between things that might legitimately be attacked and things protected from attack.⁵²⁰

Aanvallen mogen derhalve louter rechtstreeks gericht zijn op of tegen militaire doelwitten, hetzij personen, hetzij objecten.⁵²¹ Beide categorieën (militaire personen en objecten) dienen echter te voldoen aan zekere kwalificaties alvorens ze als rechtmatig doelwit kunnen worden aangemerkt. Om de bescherming van de burger te optimaliseren, vereist het beginsel van onderscheid dan ook dat de kwalificatie van personen en objecten als rechtmatig doelwit altijd deel uit dient te maken van de overwegingen die commandanten verplicht zijn te maken in iedere fase van de planning, goedkeuring en uitvoering van een aanval.⁵²²

In de onderstaande subparagrafen lichten we het beginsel van onderscheid nader toe. We beginnen met het onderscheid naar persoon.

6.4.2. Onderscheid naar persoon in een NIGC

Hievoor (§ 5.6.1) hebben we het conflict in Afghanistan als een NIGC gekarakteriseerd. Uiteraard – of, zoals weldra zal blijken, bij uitstek – speelt het beginsel van onderscheid bij dit type conflict een vooraanstaande, zo niet bepalende, rol. Dit wordt niet alleen veroorzaakt doordat met betrekking tot personen de feitelijke omstandigheden onderscheid vaak lastig of zelfs onmogelijk maken, maar mede omdat *de jure* het regime van het NIGC op een aantal aspecten fundamenteel afwijkt van het ‘klassieke’ regime van het IGC.

Het IGC kent het ‘klassieke’ status-onderscheid tussen combattanten en niet-combattanten (waaronder burgers).⁵²³ Een combattant heeft het recht om deel te nemen aan de vijandelijkheden. Hij mag daarbij combattanten van de tegenstander doden.⁵²⁴ Alle personen aan wie de status van combattant niet kan worden toegekend, hebben de status van niet-combattanten. Het doden van niet-combattanten, waaronder burgers, is expliciet verboden.⁵²⁵

⁵¹⁹ Zie (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 127. Tevens kan verwezen worden naar Resolutie 2444 van de Algemene Vergadering van de VN van 1968 (“Respect for Human Rights in Armed Conflicts”) waarin “the necessity of applying basic principles in all armed conflicts” erkend werd. Zie UNGA Res. 2444 (XXIII), Respect for Human Rights in Armed Conflicts, 19 December 1968.

⁵²⁰ Zie Rogers (2004), p. 8, gebaseerd op artikel 48 AP I.

⁵²¹ Zie o.m. de preambule van de Verklaring van Sint Petersburg: “[...] the only legitimate object which States should endeavour to accomplish during war is to weaken *the military forces of the enemy*.” [accent: EP&PD] Zie Roberts & Guelff (2000), p. 53.

⁵²² De juridische waarborg komt, helaas, niet overeen met de praktijk. Het toekennen van deze positie aan niet-statelijke strijder die deelnemen aan een NIGC zou er toe moeten leiden dat staten de internationaal-rechtelijke verplichting aangaan om toe te staan dat deze strijders regeringstroepen rechtmatig mogen doden en dat zij als krijgsgevangene, en niet als veroordeelde pleger van een strafbaar feit, buiten de strijd gelaten moeten worden. Dit was (en is) voor de meeste staten niet acceptabel.

⁵²³ De overige niet-combattanten zijn combattanten *hors de combat*, geneeskundig personeel en geestelijk verzorgers. Zie artikel 43(2) AP I.

⁵²⁴ Bij gevangenneming heeft hij recht op de status en daarbij behorende behandeling van krijgsgevangene (conform het Derde Verdrag van Geneve).

⁵²⁵ De overige niet-combattanten zijn, geneeskundig personeel en geestelijk verzorgers. Zie artikel 43(2) AP I.

Het NIGC kent de status van ‘combattant’ niet. GA 3 (noch AP II) bevatten het begrip. Staten hebben tot dusverre geweigerd om privé-personen die in een NIGC het geweldsmopolie van de staat met vijandelijke daden ondermijnen de verdragsrechtelijke status van combattant, met de daaraan verbonden privileges, toe te kennen.

Zoals gezegd: het is in de praktijk zeer moeilijk om in een NIGC onderscheid te maken tussen rechtmatige en niet-rechtmatige doelwitten, ook in het conflict in Afghanistan. Het oorlogsrecht biedt daarbij tevens weinig tot geen aanknopingspunten om vast te kunnen stellen of een persoon een beschermde status geniet of niet. GA 3 geeft slechts aan dat een persoon bescherming tegen vijandelijkheden geniet, zolang hij niet rechtstreeks deelneemt aan de vijandelijkheden.⁵²⁶ In andere woorden: wanneer vindt de *de facto* verschuiving plaats van niet-deelname naar deelname, met als gevolg dat *de jure* een persoon als rechtmatig doelwit mag worden beschouwd? Het antwoord is afhankelijk van de betekenis van het begrip rechtstreekse deelname aan vijandelijkheden (RDAV). Dit is een niet gedefinieerd begrip. De recente *Interpretive Guidance* van ICRC bevat de meest uitgebreide uitleg van het begrip. Het ICRC stelt dat:

[f]or the purposes of the principle of distinction in [non-international armed conflict], all persons who are not members of State armed forces or organized armed groups of a party to the conflict are civilians and, therefore, entitled to protection against direct attack unless and for such time as they take a direct part in hostilities.

Het beginsel van onderscheid in een NIGC lijkt zich dan ook te concentreren op situaties van verlies van bescherming als gevolg van de rechtstreekse deelname van een persoon aan de vijandelijkheden. Hiervan is sprake als kan worden vastgesteld dat een persoon:

- lid is van de strijdkrachten van een staat of een georganiseerde gewapende groep (situatie A); of
- een burger is die rechtstreeks deelneemt aan de vijandelijkheden (situatie B).⁵²⁷

Alleen personen die in één van beide categorieën kunnen worden geplaatst mogen rechtmatig worden aangevallen. Personen voor wie dat niet geldt, genieten bescherming als burger. De leden van de strijdkrachten van een staat of een georganiseerde gewapende groep nemen rechtstreeks deel aan de vijandelijkheden. Dit volgt uit de interpretatie van GA 3 (en artikel 4 van AP II).⁵²⁸ Beide verbieden elke “aanslag op het leven en lichamelijke geweldpleging, in het bijzonder het doden op welke wijze ook, [...]” tegen “personen, die niet rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelnemen, [...]”⁵²⁹ Uiteraard omvat dit mede burgers, maar ook andere individuen die niet langer rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden, zoals “personeel van de strijdkrachten dat de wapens heeft nedergelegd, en zij die buiten gevecht zijn gesteld door ziekte, verwonding, gevangenschap of enige andere oorzaak.” Een redenering *a contrario* leidt tot de conclusie dat een aanval rechtmatig is die gericht is tegen leden van de strijdkrachten zolang zij rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden. Het “personeel van de strijdkrachten” refereert naar de strijdkrachten van alle partijen bij het conflict, met inbegrip van de strijdkrachten van een staat en niet-statelijke gewapende groepen, of georganiseerde

⁵²⁶ Zie GA 3.

⁵²⁷ ICRC (2009), p. 33.

⁵²⁸ Noch GA 3, noch AP II biedt een definitie of uitleg van de begrippen burger, strijdkrachten of georganiseerde gewapende groepen. De Interpretative Guidance heeft hun betekenis geïnterpreteerd “in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to them in their context and in the light of the object and purpose of IHL.” Zie ICRC (2009), pp. 27-30.

⁵²⁹ Artikel 4 AP II verbiedt “violence to the life, health and physical or mental well-being of persons, in particular murder as well as cruel treatment such as torture, mutilation or any form of corporal punishment” tegen “[a]ll persons who do not take a direct part in hostilities or who have ceased to take part in hostilities, whether or not their liberty has been restricted.”

gewapend groepen.⁵³⁰ Dus, “both State and non-State parties to the conflict have armed forces distinct from the civilian population.”⁵³¹

Dit betekent dat een aanval tegen burgers rechtmatig is vanaf het moment en voor de duur van hun deelname aan de vijandelijkheden. De toepassing van dit resultaat noopt tot de beantwoording van de volgende twee vragen. Wanneer is iemand een lid van een georganiseerde gewapende groep (A)? En wanneer neemt een burger rechtstreeks deel aan de vijandelijkheden (B)? Beide vragen zullen in de volgende subparagrafen worden beantwoord.

6.4.2.1. Situatie A: Lidmaatschap van een georganiseerde gewapende groep

Individuele personen die kunnen worden beschouwd als ‘lid’ van georganiseerde gewapende groeperingen verliezen hun status van burger vanaf het moment dat zij hun ‘lidmaatschap’ aangaan tot het moment dat zij ‘lid af’ zijn. Met andere woorden, er vindt een verschuiving in status plaats voor de duur van hun lidmaatschap.⁵³² Binnen een NIGC kunnen twee typen georganiseerde gewapende groeperingen worden onderkend: (1) dissidente strijdkrachten⁵³³ en (2) andere georganiseerde gewapende groeperingen.⁵³⁴ In deze bijdrage beperken we ons tot het laatste type. Het mag duidelijk zijn dat ‘leden’ van deze georganiseerde gewapende groepen minder duidelijk als zodanig te herkennen zijn, maar dat deze kwalificatie wel van groot praktisch en juridisch gevolg is. De centrale kwestie is: hoe kan het lidmaatschap van een georganiseerde gewapende groepering worden vastgesteld?

Problematisch met georganiseerde gewapende groeperingen is dat zij zich in talloze culturele, politieke en militaire verscheidenheden en contexten kunnen manifesteren. Individuele personen kunnen daarom op allerlei manieren worden verbonden of geassocieerd met een gewapende groepering, zonder daadwerkelijk lid te zijn.⁵³⁵ Daarnaast kunnen personen als lid worden gezien, maar dit impliceert nog geen lidmaatschap in de zin van het oorlogsrecht.⁵³⁶

Volgens de *Interpretive Guidance* verwijst het concept van de georganiseerde gewapende groepering naar niet-statelijke strijdkrachten in een louter functionele rol:

[f]or the practical purposes of the principle of distinction, therefore, membership cannot depend on abstract affiliation, family ties, or other criteria prone to error, arbitrariness or abuse. Instead, membership must depend on whether the continuous function assumed by an individual corresponds to that collectively exercised by the group as a whole, namely the conduct of hostilities on behalf of a non-State party to the conflict. Consequently, under [the law of

⁵³⁰ Zie GA 3 samen met artikel 1(1) AP II. Het laatste artikel verwijst naar de strijdkrachten van de staat, dissidente strijdkrachten en andere georganiseerde gewapende groepen. Zie ook ICRC (2009), p. 30.

⁵³¹ ICRC (2009), p. 28. In aanvulling hierop stelt artikel 13 AP II dat elke aanval tegen burgers verboden is, “behalve wanneer en voor zolang zij rechtstreeks deelnemen aan vijandelijkheden.

⁵³² ICRC (2009), pp. 71-72.

⁵³³ Dissidente strijdkrachten “essentially constitute part of a State’s armed forces that have turned against the government.” Zie ICRC (2009), p. 32.

⁵³⁴ Andere georganiseerde gewapende groepen “recruit their members primarily from the civilian population but develop a sufficient degree of military organization to conduct hostilities on behalf of a party to the conflict, albeit not always with the same means, intensity and level of sophistication as State armed forces.” Zie ICRC (2009), p. 32.

⁵³⁵ ICRC (2009), 33. De Interpretative Guidance benadrukt dat “[m]embership in these irregularly constituted groups has no basis in domestic law. It is rarely formalized through an act of integration other than taking up a certain function for the group; and it is not consistently expressed through uniforms, fixed distinctive signs, or identification cards.” Zie ICRC (2009), pp. 32-33.

⁵³⁶ ICRC (2009), p. 33: “In one case, affiliation may turn on individual choice, in another on involuntary recruitment, and in yet another on more traditional notions of clan or family. In practice, the informal and clandestine structures of most organized armed groups and the elastic nature of membership render it particularly difficult to distinguish between a non-State party to the conflict and its armed forces.”

armed conflict], the decisive criterion for individual membership in an organized armed group is whether a person assumes *a continuous function for the group involving his or her direct participation in hostilities*.⁵³⁷

Het ICRC hanteert hierboven een ‘beperkte’ lidmaatschapsbenadering. Met andere woorden, wil een individu worden aangemerkt als een lid van de ‘gevechts’-vleugel van een georganiseerde gewapende groep, dan verlangt de beperkte lidmaatschapsbenadering dat zij op voortdurende wijze rechtstreeks deelnemen aan vijandelijkheden door het accepteren van een “continuous combat function” (CCF).⁵³⁸

Het bovenstaande zou wellicht kunnen suggereren dat de vaststelling van het lidmaatschap via het kunstmatige CCF-criterium de rechtstreekse deelname aan vijandelijkheden, en dus verlies van bescherming, genereert. Dat is echter niet het geval. Het is namelijk de aanmerking van vijandelijke daden als daden van RDAV – op voortdurende basis uitgevoerd – die CCF genereert. De vaststelling van CCF, op zijn beurt, genereert lidmaatschap van een georganiseerde gewapende groep en derhalve het voortdurende verlies van bescherming én biedt daarmee een ingang voor een rechtmatige aanval. RDAV is dus een *conditio sine qua non* voor CCF. Anders gezegd: de ‘functiebeschrijving’ voor een CCF moet de uitvoering van vijandelijke daden die als daden van RDAV kunnen worden gezien, bevatten. In paragraaf 6.4.2.3 zullen we de bouwstenen van RDAV nader beschouwen.

Welke functies binnen een georganiseerde gewapende groepering kunnen als CCF worden beschouwd en welke niet? Uit de *Interpretive Guidance* volgt dat individuen die op permanente basis operaties en vijandelijkheden plannen, aansturen of coördineren als leden met een CCF kunnen worden beschouwd.⁵³⁹ Bepaalde activiteiten moeten als onvoldoende voor lidmaatschap worden beschouwd. Dit betreft met name individuen met begeleidende of ondersteunende taken, zoals het werven van rekruten, training, propaganda activiteiten en het financieren van de groepering, maar ook

individuals whose function is limited to the purchasing, smuggling, manufacturing and maintaining of weapons and other equipment outside specific military operations or to the collection of intelligence other than of a tactical nature.⁵⁴⁰

Hoewel RDAV nog steeds onderwerp is van hevig debat, lijkt er wel overeenstemming te zijn dat deze niet-gevechtsfuncties géén CCF inhouden, omdat ze geen vijandelijke daden (die als RDAV erkend worden) zijn. Deze opvatting wordt ook gesteund door hen die een meer extreme, wijde zienswijze van RDAV steunen.⁵⁴¹ Dit zal hierna tevens blijken uit de beschouwing van de constitutieve elementen van RDAV (§ 6.4.2.3).

Het bovenstaande toont dat een norm die in *algemene* zin het lidmaatschap van een groepering vaststelt, onvoldoende is. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de door ISAF gebruikte norm

⁵³⁷ Zie ICRC (2009), p. 33. [Accent: EP&PD].

⁵³⁸ Volgens Doswald-Beck (2006), p. 891, is het begrip CCF “suggested by the ICRC [...] after several participants in earlier meetings pointed out the danger of allowing an attack on “armed groups” without further specification. Persons, involved in the activities of armed groups, whether voluntarily or under pressure, vary and most of them do not use force. Further, it is not uncommon for governments to label an ethnic group as a whole as a “rebel group”, when only some of its members are using force.”.

⁵³⁹ ICRC (2009), p. 34.

⁵⁴⁰ ICRC (2009), p. 35.

⁵⁴¹ Dinstein (2008), p. 190: “a whole range of activities can be identified as concrete examples of direct participation in hostilities. As the Supreme Court of Israel expounded, these include not only using firearms or gathering intelligence, but also acting as a guide to combatants, and, most pointedly, masterminding such activities through recruitment or planning (in contradistinction to, e.g., merely *donating money contributions* or selling supplies to combatants: the latter activities do not come within the ambit of direct participation in hostilities).” [Accent: EP&PD].

dat er een “clearly established link with the insurgency” moet bestaan om personen die betrokken zijn bij de Afghaanse drugsindustrie te kunnen aanvallen. Deze norm suggereert dat het bestaan van een dergelijke band voldoende is voor het vaststellen van het rechtmatige militaire doel. Zoals we vaststellen is een aanvullende stap nodig, namelijk om in goede trouw en op basis van een redelijke interpretatie in de gegeven omstandigheden⁵⁴² te bepalen dat zo’n *link* met de *insurgency* een CCF inhoudt.⁵⁴³

Zolang deze aanvullende stap niet is genomen of zolang niet is vastgesteld dat er sprake is van een CCF, dient de betrokken individu als burger te worden beschouwd. Echter, als er wel sprake is van CCF, mag de persoon op ieder moment worden aangevallen, zelfs op die momenten dat hij zijn CCF niet uitvoert.⁵⁴⁴ Een aanval moet uitblijven als hij *hors de combat* is,⁵⁴⁵ of als hij zich actief distantieert van zijn CCF (door het lidmaatschap ‘op te zeggen’ of een niet-gevechtsfunctie aan te nemen).

6.4.2.2. Situatie B: Burgers die rechtstreeks deelnemen aan vijandelijkheden

De tweede categorie van verlies van burgerbescherming betreft de situatie waarin burgers, op *ad hoc* basis – spontaan, sporadisch en ongeorganiseerd – rechtstreeks deelnemen aan vijandelijkheden. Het betreft hier personen die geen lid zijn van de strijdkrachten van een staat, of een CCF vervullen bij een partij in het conflict.⁵⁴⁶ Zij verliezen hun status als burger niet, maar hun bescherming tegen directe aanvallen wordt opgeschort vanaf het moment dat en zolang zij rechtstreeks deelnemen aan vijandelijkheden. Voor de duur van die RDAV worden zij een rechtmatig doelwit.⁵⁴⁷ Het is met nadruk dit element – de ‘draaideurbescherming’ – dat onderdeel blijft van discussie. De *Interpretive Guidance* neemt nadrukkelijk de positie in dat deze “revolving door of civilian protection is an integral part, not a mal-

⁵⁴² ICRC (2009), p. 73. De vaststelling van het aannemen of afstand doen van een CCF is afhankelijk van de politieke, culturele of militaire context. In geval van twijfel dient burgerbescherming te worden aangenomen.

⁵⁴³ ICRC (2009), p. 73. Gezien de aard van de normale werkzaamheden in de drugsindustrie (verwerken, transport, opslaan, verkoop, distributie, etc. van opium) kan een CCF niet worden aangenomen. Individueel die deze taken uitvoeren kunnen weliswaar lid zijn, maar zij voeren geen gevechtsfuncties uit.

⁵⁴⁴ Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), § 4789: “Those who belong to armed forces or armed groups may be attacked at any time.” Dit moet wel worden gezien als een zuiver HOR-standpunt. Gezien vanuit het paradigma van de mensenrechten lijkt er steeds meer steun te zijn voor een inperking van dit privilege, onder omstandigheden. Zie Sassòli & Olson (2008), p. 613. Zie ook ICRC (2009), p. 73, voetnoot 199, verwijzend naar ICRC & TMC Asser Institute (2006), p. 56 e.v.

⁵⁴⁵ Conform CA3. Zie ook Art. 41 AP I.

⁵⁴⁶ ICRC (2009), p. 16. Onderscheid wordt gemaakt tussen het begrip ‘civilian’ in IAC en NIAC. Met betrekking tot het laatste: “[f]or the purposes of the principle of distinction in non-international armed conflict, all persons who are not members of State armed forces or organized armed groups of a party to the conflict are civilians and, therefore, entitled to protection against direct attack unless and for such time as they take a direct part in hostilities.”

⁵⁴⁷ Artikel 13(3) AP II. Zie (1997), *Abella et al. v. Argentina (La Tablada)*, Case No. 11.137, *LACommHR* (18 November 1997), §§ 178 en 189: “Specifically, when civilians, such as those who attacked the Tablada base, assume the role of combatants by directly taking part in fighting, whether singly or as a member of a group, they thereby become legitimate military targets. As such, they are subject to direct individualized attack to the same extent as combatants. Thus, by virtue of their hostile acts, the Tablada attackers lost the benefits of [...] precautions in attack and against the effects of indiscriminate or disproportionate attacks pertaining to peaceable civilians. [...] [P]ersons who participated in the attack on the military base were legitimate military targets only for such time as they actively participated in the fighting. Those who surrendered, were captured or wounded and ceased their hostile acts, fell effectively within the power of Argentine state agents, who could no longer lawfully attack or subject them to other acts of violence.”

function, of [the law of armed conflict].”⁵⁴⁸ Vele commentatoren, vooral zij die vanuit een militair perspectief naar het HOR kijken, zullen benadrukken dat de ‘draaideur-bescherming’ juist wel een gebrek is van het HOR. De verwachting is dan ook dat mogelijke kritiek op de *Interpretive Guidance* zich mede op dit aspect zal richten.⁵⁴⁹

6.4.2.3. De constitutieve elementen van RDAV

In de twee bovenstaande paragrafen hebben we de twee categorieën besproken op basis waarvan personen in een NIGC mogen worden aangevallen. In beiden speelde de vraag wanneer een handeling als een daad van RDAV kan worden gezien. In deze paragraaf gaan we hierop in.

Volgens de *Interpretive Guidance* moet een daad van RDAV worden gezien als een gebeurtenis die wordt gegenereerd door individueel handelen die betrokkenheid bij specifieke vijandelijke daden inhoudt. Of een specifieke vijandelijke handeling wordt uitgevoerd door burgers of leden van de strijdkrachten (inclusief leden van georganiseerde gewapende groeperingen) is niet relevant.⁵⁵⁰ Ook andere kenmerken zoals status of affiliatie spelen geen rol. De *Interpretive Guidance* zegt hierover het volgende:

[w]hether individuals directly participate in hostilities on a spontaneous, sporadic, or unorganized basis or as part of a continuous function assumed for an organized armed force or group belonging to a party to the conflict may be decisive for their status as civilians, but has no influence on the scope of conduct that constitutes direct participation in hostilities. This illustrates that the notion of direct participation in hostilities does not refer to a person’s status, function, or affiliation, but to his or her engagement in specific hostile acts.⁵⁵¹

Met andere woorden: RDAV neemt een neutrale positie aan ten opzichte van de mogelijke karakteristieke elementen zoals status, affiliatie of functie die aan een persoon kunnen worden verbonden. Het enige dat echter doorslaggevend is voor het aannemen van RDAV, voor wie dan ook, is of een individu een specifieke vijandige handeling verricht.

Anders dan deze benadering lijkt het bijvoorbeeld voor ISAF voldoende om de status, band of functie als een opstandeling als grondslag voor het aannemen van RDAV aan te nemen bij *targeting* van van narcotica-individueen.⁵⁵² Dit is echter een misverstand. Als leidend beginsel geldt louter de deelname aan specifieke vijandige handeling door een narcotica-individueel; niet het enkele feit dat hij met één voet in de Afghaanse drugsindustrie staat en met de andere voet in de opstand, dan wel dat hij een opstandeling wordt genoemd of als lid van de Taliban wordt gezien.

Om een vijandige handeling als specifiek in de zin van RDAV aan te merken moeten drie cumulatieve condities worden vervuld: (1) het overschrijden van een schadedrempel; (2) het vervullen van een element van direct causaal verband tussen de schade en de handeling en

⁵⁴⁸ ICRC (2009), p. 70.

⁵⁴⁹ Zie o.a. door W. Hays Parks. Een ander kritiekpunt zal zich vermoedelijk richten op hoofdstuk IX van de *Interpretative Guidance*, waarin het ICRC stelt dat het gebruik van geweld tegen personen die RDAV niet is toegestaan zolang het mogelijk is deze personen gevangen te nemen of te arresteren. In de debatten tijdens de Expert Meetings was er tegenstand tegen deze restrictie van voorstanders van de opvatting dat geweldgebruik tegen combattanten altijd mogelijk zou zijn onder het HOR. Immers, het HOR verbiedt geweldgebruik tegen legitieme militaire doelen niet expliciet. In hun visie zouden personen die RDAV gelijkgesteld moeten worden met reguliere combattanten.

⁵⁵⁰ ICRC (2009), p. 44.

⁵⁵¹ ICRC (2009), p. 44.

⁵⁵² Zie infra voetnoot 606.

(3) een direct verband met de vijandelijkheden. Met het oog op ‘lidmaatschaps’ RDAV (via CCF) wordt aangenomen dat deze criteria (indien vervuld) op permanente basis bestaan;⁵⁵³ in het geval van ‘*ad hoc*’ RDAV moeten de drie criteria in ieder specifieke geval worden vastgesteld.⁵⁵⁴

6.4.2.3.1. Voorwaarde 1: Schade-drempel

Volgens de *Interpretive Guidance* moet de schade die volgt uit een RDAV-handeling een zekere drempel bereiken. Deze drempel wordt bereikt als een specifieke handeling de militaire operaties of de militaire capaciteit van een partij bij een gewapend conflict waarschijnlijk – in het licht van de omstandigheden – nadelig zal beïnvloeden, of – als alternatief – de dood, verwonding of vernietiging van personen of objecten die bescherming genieten tegen directe aanvallen tot gevolg heeft.⁵⁵⁵

Het betreft hier schade als gevolg van een specifieke handeling die redelijkerwijs – potentieel – een negatieve invloed heeft of kan hebben op de militaire operaties of militaire capaciteit van een partij bij het conflict, ongeacht de omvang van de schade; de daadwerkelijke materialisatie van de schade is geen vereiste. Evenmin is het een vereiste dat de schade een zekere kwantitatieve drempel bereikt: “any consequence adversely affecting the military operations or military capacity of a party to the conflict” is voldoende.⁵⁵⁶ Dit betreft, naast dood, verwonding of vernietiging van personen en objecten, ook sabotage en andere gewapende en ongewapende activiteiten, zoals de ontwrichting of beperking van ontplooiingen, logistiek of verbindingen, het ontzeggen van het gebruik van middelen, objecten of terrein, de gevangenneming van personen of het communiceren van doelinformatie bij een naderende aanval.

Ook daden van geweld gericht tegen personen of objecten die oorlogsrechtelijk beschermd zijn tegen rechtstreekse aanvallen kunnen RDAV opleveren, zelfs wanneer de schade de militaire operaties of capaciteit van een partij bij het conflict niet daadwerkelijk schaadt.

In ieder geval geldt: als er geen (potentiële) schade is, kan er nooit sprake zijn van RDAV.

6.4.2.3.2. Voorwaarde 2: Rechtstreeks causaal verband

De verscheidene bronnen in verdragen die betrekking hebben op RDAV eisen allen dat de RDAV ‘rechtstreeks’ moet zijn. Deze eis verwijst naar een het bestaan van een rechtstreekse causale band tussen, enerzijds, de specifieke vijandelijke handeling in kwestie of de concrete, gecoördineerde militaire operatie waar de handeling deel van uitmaakt en, anderzijds, de schade die verwacht wordt te ontstaan. De nadruk op “specifiek” en “concrete” is hier gemaakt om duidelijk te maken dat RDAV “is restricted to specific acts that are so closely related to the hostilities conducted between parties to an armed conflict that they constitute an integral part of those hostilities.”⁵⁵⁷ Het is deze ‘nabijheid’ met de vijandelijkheden die de vereiste schade in een enkele stap realiseert: rechtstreeks verband.⁵⁵⁸

Tegelijkertijd houdt de eis van ‘rechtstreekse’ deelname in dat deelname aan vijandelijkheden die als ‘indirect’ kan worden gekwalificeerd geen RDAV kan zijn en dientengevolge niet tot

⁵⁵³ De volledige duur van CCF kan als een enkelvoudige specifieke vijandige handeling worden gezien. Zie hierna § 6.4.2.4. Zie ICRC (2009), p. 72.

⁵⁵⁴ ICRC (2009), pp. 70-73.

⁵⁵⁵ ICRC (2009), p. 47.

⁵⁵⁶ ICRC (2009), p. 47.

⁵⁵⁷ ICRC (2009), p. 58.

⁵⁵⁸ ICRC (2009), p. 53.

verlies van bescherming kan leiden. Deelname is ‘indirect’ wanneer een individu betrokken is bij handelingen die onderdeel zijn van (1) de algemene oorlogsinspanning of (2) kan worden gekarakteriseerd als oorlogsondersteunende activiteit.

In tegenstelling tot de handelingen tijdens vijandelijkheden, zijn handelingen ter ondersteuning van de algemene oorlogsinspanning of andere oorlogsondersteunende activiteiten er louter op gericht om het vermogen om RDAV-schade te veroorzaken te handhaven of op te bouwen.⁵⁵⁹ Hoewel er wel een causaal verband ontstaat tussen de handeling en de schade is dit verband louter indirect. Het accepteren van een indirect verband als norm om RDAV aan te nemen gaat volgens de *Interpretive Guidance* te ver: “[this] would bring the entire war effort within the concept of [direct participation in hostilities] and, thus, would deprive large parts of the civilian population of their protection against attack.”⁵⁶⁰

Hieruit volgt dat, tenzij een individu daadwerkelijk een specifieke vijandige handeling verricht, hij *niet* kan worden aangevallen als hij handelingen verricht die slechts als *indirect* zijn te kwalificeren. Dit is een punt dat veel weerstand oplevert en het zou hier kunnen zijn dat Staten het niet-bindende karakter van de *Interpretive Guidance* als argument zullen gebruiken om een meer liberale opvatting van RDAV aan te hangen. Dat laat onverlet dat ook ruime interpretaties van RDAV een begrenzing kennen:

[t]here is no doubt that the construct of direct participation in hostilities is not open ended, and it [...] is far narrower than that of making a contribution to the war effort.⁵⁶¹

Anders geformuleerd, RDAV “remains a legal concept of limited elasticity that must be interpreted in a theoretically sound and coherent manner reflecting the fundamental principles of IHL.”⁵⁶²

6.4.2.3.3. Voorwaarde 3: Direct verband met de vijandelijkheden

Zoals we hebben gezien dient een handeling, wil het kunnen worden aangemerkt als een handeling van RDAV, naar waarschijnlijkheid schade aan te richten. Daarnaast moet de handeling “also be specifically designed to do so in support of a party to an armed conflict and to the detriment of another [...]”⁵⁶³ Dit is de derde voorwaarde: het bestaan van een direct verband tussen de handeling en de vijandelijkheden in de zin dat de handeling gericht moet zijn op het ondersteunen van de ene partij terwijl deze afbreuk doet aan de tegenpartij. De schade moet volgen uit een handeling van *gewapend* geweld, in de zin van middelen en methoden die worden gebruikt ten tijde van vijandelijkheden. Zoals duidelijk is geworden uit de tweede voorwaarde, kan een direct verband met de vijandelijkheden niet worden vastgesteld als er sprake is van handelingen van indirecte deelneming.

Een voorbeeld: wanneer vluchtelingen door hun aanwezigheid op een weg de opmarsroute naar een gebied onbedoeld kunnen blokkeren en zodoende nadeel genereren voor één van de partijen bij het conflict, is dit nadeel niet beoogd. Dat is anders als burgers diezelfde opmarsroute zouden blokkeren zodat strijders ondertussen een stad kunnen ontvluchten met het oogmerk om de strijd elders weer te kunnen hervatten. Het nadeel voor de opponent is dan wel beoogd.

⁵⁵⁹ ICRC (2009), p. 52.

⁵⁶⁰ ICRC (2009), p. 52. De *Interpretative Guidance* biedt vele voorbeelden van indirect causaal verband, inclusief de verstrekking aan de vijand van leveringen en diensten, waaronder geld en financiële diensten, die dus niet tot RDAV leiden.

⁵⁶¹ Dinstein (2008), p. 190, verwijzende naar Kalshoven & Zegveld (2001), pp. 99-100.

⁵⁶² ICRC (2009), p. 42.

⁵⁶³ ICRC (2009), p. 58. Dit volgt uit artikel 22 van het Landoorlogsreglement (“injuring the enemy”) en Article 49(1) AP I (“against the adversary”).

Anders gezegd: in tegenstelling tot de vaststelling tijdens een internationaal gewapend conflict van de combattantenstatus, die hoofdzakelijk geschiedt op basis van uiterlijke of organisatie kenmerken, lijkt RADV een zekere *functionele* kwalificatie voor te staan.⁵⁶⁴

Ook voor de vaststelling van een direct verband geldt dat dit een objectief criterium is dat in de context van de situatie aan de hand van de beschikbare gegevens op dat moment (*ex ante*) moet worden vastgesteld.

Wellicht ten overvloede zij opgemerkt dat een individu *in persoon* rechtstreeks een bijdrage moet leveren. Van eenieder moet dus de RDAV worden vastgesteld. Bij twijfel genieten personen bescherming als waren zij burger.⁵⁶⁵

6.4.2.4. Begin en einde van RDAV

Het is van belang op te merken dat de drie voorwaarden vooral een rol spelen bij de vaststelling van RDAV bij de ‘*ad hoc*’ RDAV (situatie B), en in mindere mate bij ‘lidmaatschaps’ RDAV (situatie A) op basis van CCF. Dit houdt verband met de vraag wanneer RDAV begint en eindigt.

De zin “unless and for such time as they take a direct part in hostilities” was ontworpen om de bescherming alleen op te schorten voor specifieke vijandige handelingen die spontaan, sporadisch en ongeorganiseerd zijn. In de praktijk kan dit een snelle verwisseling van bescherming en verlies van bescherming betekenen. Als een dergelijke regel ook zou gelden voor leden georganiseerde gewapende strijdgroepen zou dit alleen maar bijdragen aan de toch al asymmetrische karakters van het conflict. Een dergelijke ‘draaideur-constructie’ zou voor leden van georganiseerde gewapende strijdgroepen kunnen worden misbruikt om bescherming te genieten als hen dat uitkomt, terwijl de leden van strijdkrachten op ieder moment aangevallen mogen worden. “This imbalance would encourage organized armed groups to operate as farmers by day and fighters by night.”⁵⁶⁶ De *Interpretative Guidance* waarschuwt voor een lange-termijn risico:

In the long run, the confidence of the disadvantaged party in the capability of IHL to regulate the conduct of hostilities satisfactory would be undermined, with serious consequences ranging from excessively liberal interpretations of IHL to outright disrespect for the protections it affords.⁵⁶⁷

In het geval van ‘lidmaatschaps’ RDAV (situatie A) kan worden gesteld dat de drie voorwaarden worden vervuld voor de duur van de vervulling van de permanente gevechtsfunctie (CCF). In zekere zin kan de hele duur van de vervulling als een voortdurende specifieke vijandelijke daad worden gezien. Deze interpretatie voorkomt dat de leden van een georganiseerde gewapende groep ook van de ‘draaideur-constructie’ gebruik kunnen maken. Die ‘draaideur-constructie’ zou hen een operationeel voordeel bieden ten opzichte van statelijke strijdkrachten, die namelijk voortdurend kan worden aangevallen. Het accepteren van ‘lidmaatschaps’ RDAV vermijdt dat staten het oorlogsrecht op te ruime wijze gaan hanteren of de beschermingsraad van burgers verlagen.⁵⁶⁸

Pas als een individu op actieve wijze afstand neemt van de groepering, of een functie inneemt die niet langer een gevechtsfunctie is, is er niet langer sprake van RDAV.⁵⁶⁹

⁵⁶⁴ Zie Watkin (2005); Watkin (2007), p. 280.

⁵⁶⁵ Naar analogie van artikel 50(1) AP I.

⁵⁶⁶ Zie ICRC (2009), p. 72.

⁵⁶⁷ Zie ICRC (2009), p. 72.

⁵⁶⁸ Zie ICRC (2009), p. 72.

⁵⁶⁹ Zie ICRC (2009), p. 72. Zie ook Sassòli & Olson (2008), p. 607.

Het mag duidelijk zijn dat dit een mogelijkheid biedt om de individuen met een gevechtsfunctie (CCF) met een zorgvuldig voorbereide operatie (*pre-planned*), aan te vallen. We komen daar in paragraaf 6.4.4.2 op terug.

In het tweede geval – ‘*ad hoc*’ RDAV (situatie B) – kan immers de opschorting van de bescherming als burger alleen worden vastgesteld “wanneer en voor zolang” er sprake is van een specifieke vijandelijke daad die als RDAV kan worden gekenmerkt. Daarvoor is het noodzakelijk dat in ieder specifiek geval van deelname aan alle voorwaarden voldaan is. De ratio hierachter is dat buiten de tijdsperiode van de RDAV de burger (wederom) bescherming geniet. In dat geval kan alleen geweld worden gebruikt in overeenstemming met de daarop van toepassing zijnde regels van rechtshandhaving of zelfverdediging.⁵⁷⁰ Dit wordt de eerdergenoemde ‘draaideur-constructie’ (*revolving door*) genoemd die, zoals gezegd tot veel discussie leidt. Op deze manier zou immers de nachtelijke strijder overdag (als hij zijn werk als boer op het land doet) weer gewoon bescherming genieten, terwijl hij ’s nachts tijdens RDAV kan worden aangevallen.

Daarnaast omvat RDAV, zoals hierboven is besproken, meer dan gevechtshandelingen zelf. Ook de concrete voorbereiding, de ontplooiing naar en terugkeer van de locatie waar de handelingen zijn uitgevoerd kunnen tot RDAV worden gerekend. Concrete voorbereidingen worden verricht met het doel de gevechtshandelingen daadwerkelijk uit te kunnen voeren. Dit kan bijvoorbeeld het ophalen van geprefabriceerde bommen zijn, die vervolgens (door anderen) geplaatst worden, of het verzamelen van informatie (denk aan zogenaamde *spotters*).⁵⁷¹

Handelingen die *geen* voorbereidende handelingen zijn en dus *niet* als RDAV zijn aan te merken zijn bijvoorbeeld de aanschaf en smokkel van springstoffen, wapens of munitie; het generieke transport of de opslag van springstoffen en dergelijke; de algemene rekrutering voor de ‘strijd’; de algemene training van personeel en de financiële, logistieke of politieke steun aan strijdkrachten en gewapende groepen. Het mag duidelijk zijn dat bepalen van het omslagpunt even lastig als cruciaal is.

Indien de handeling die als RDAV kan worden aangemerkt, geografische voorafgaande verplaatsing – ontplooiing – vereist, is dit een van de concrete voorbereidingen op de RDAV. Dit geldt ook voor de terugkeer, die integraal onderdeel van een militaire operatie uitmaakt. De ontplooiing begint op het moment dat een individu een fysieke verplaatsing onderneemt met het oog op de uitvoering van een geplande concrete operatie of actie. De terugkeer na de uitvoering van een specifieke operatie of actie eindigt op het moment dat dit individu fysiek afstand neemt van de betreffende actie of operatie, bijvoorbeeld door het neerleggen van, opbergen of verbergen van de wapens of wapensystemen die hij heeft gebruikt, en activiteiten hervat die objectief gezien niet langer deel uitmaken van de operatie of actie.⁵⁷²

Indien voor de RDAV geen geografische verplaatsing nodig is, bijvoorbeeld bij een aanval op een computer netwerk, is de duur van de RDAV beperkt tot de duur van de uitvoering van die aanval.

⁵⁷⁰ Zie ICRC (2009), p. 71.

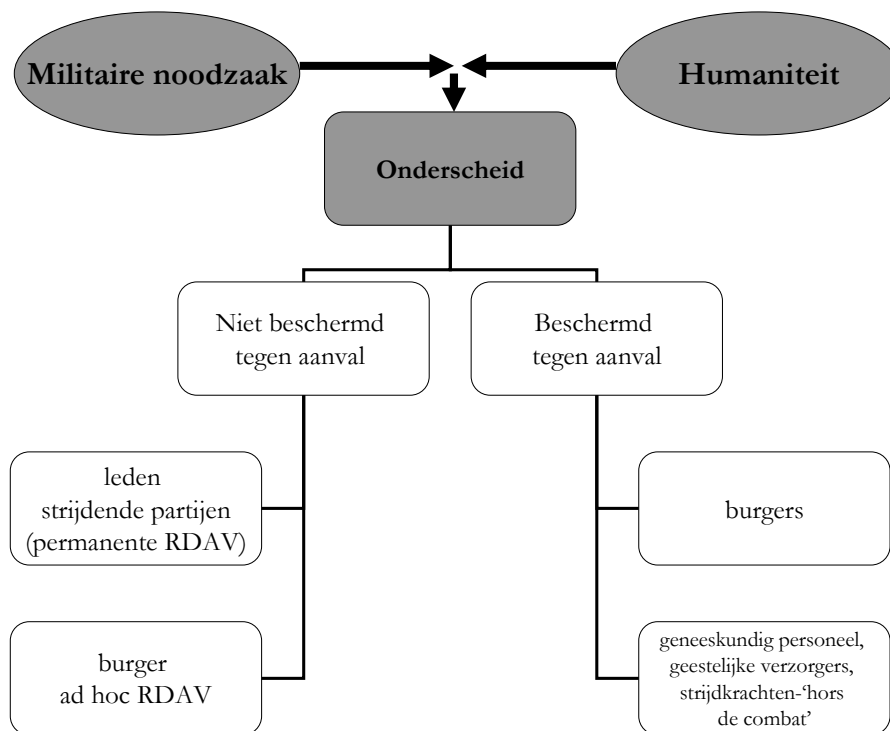
⁵⁷¹ De Expert Meetings Direct Participation in Hostilities (DPIH) leveren wat dit betreft duidelijke voorbeelden van voorbereidende handelingen op die als RDAV moeten worden aangemerkt, mits zij met het oog op een specifieke operatie of actie worden uitgevoerd. Voorbeelden zijn het uitrusten/equiperen van de uitvoerenden; het instrueren en transporteren van de uitvoerenden; verzamelen van (‘gevechts’-)informatie (*intelligence*); transporteren en positioneren van uitrusting; ontplooiing en terugverplaatsing.

⁵⁷² Zie ICRC (2009), p. 67.

6.4.2.5. Subconclusie personen

In dit deel van de bijdrage hebben we onderzocht welke ‘personele’ statuscategorieën het HOR tijdens een NIGC erkent. Het begrip combattant ontbreekt in het NIGC. Het HOR kent voor het niet-internationale conflict de volgende categorieën: enerzijds burgers en anderzijds, de leden van de strijdkrachten van de staat alsmede de persoon die lid is van een georganiseerde gewapende groepering. Wat betreft de burger geldt daarbij een voorbehoud: de burger geniet de bescherming tegen vijandelijkheden zolang hij niet rechtstreeks deelneemt aan vijandelijkheden.

Met betrekking tot georganiseerde gewapende groeperingen: dit kunnen dissidente groeperingen zijn of overige groeperingen. In het laatste geval betreft het burgers die besloten hebben zich aan te sluiten bij een groepering die partij is bij het gewapende conflict. Voor zover hij een gevechtsfunctie – CCF – vervult binnen die groepering, is hij niet langer een burger: hij neemt immers, zolang hij de gevechtsfunctie vervult, voortdurend rechtstreeks deel aan vijandelijkheden.



Figuur 7: Onderscheid naar personen

Dit betekent dat irreguliere strijders van de OMF of Taliban hetzij lid zijn van een georganiseerde gewapende groepering op basis van hun voortdurende gevechtsfunctie (CCF, Situatie A), dan wel als burger, op *ad hoc* basis rechtstreeks deelnemen aan vijandelijkheden (Situatie B).

Terwijl dergelijke deelname *de facto* in veel hedendaagse gewapende conflicten, vaak zelfs uitsluitend, voorkomt, bestaat over de betekenis van het concept ‘rechtstreekse deelname aan vijandelijkheden’ *de jure* geen universele consensus. In deze publicatie hebben we nadrukkelijk aansluiting gezocht bij de recent gepubliceerde *Interpretive Guidance* van het ICRC en zijn drie voorwaarden besproken die bepalend zijn voor de vraag of een persoon (op *ad hoc* basis) rechtstreeks deelneemt aan vijandelijkheden: (1) minimale drempel van te verwachten schade; (2) direct causaal verband tussen de rechtstreekse deelname en de te ver-

wachten schade en (3) direct verband met de vijandelijkheden. Deze drie voorwaarden spelen zowel een rol bij de vaststelling van RDAV in geval van *ad hoc* deelname door burgers, als bij de vaststelling van de CCF bij leden van een georganiseerde gewapende groepering met een voortdurende gevechtsfunctie. In dat laatste geval liggen de drie voorwaarden besloten in de CCF.

De belangrijkste conclusies zijn dat – ten eerste – situationele omstandigheden bepalend zijn voor de vraag of van RDAV sprake is. Ten tweede blijft het begrip RDAV, ondanks de *Interpretive Guidance* van het ICRC, voor velerlei interpretatie vatbaar. Dit geeft de commandant vooralsnog, zij het tot op zekere hoogte, ruimte zelf te bepalen of een handeling RDAV inhoudt. Ten derde impliceert een en ander dat inlichtingen omtrent de handelingen en activiteiten van personen cruciaal zijn: zij vormen immers de basis waarop RDAV moet worden vastgesteld. Die vaststelling geschiedt *ex ante*, terwijl de beoordeling van deze vaststelling naderhand (*ex post*) geschiedt.

Naast onderscheid in personen dient tevens een onderscheid te worden gemaakt in de objecten die mogen worden aangevallen. Op welke gronden dit onderscheid gemaakt dient te worden komt nu in paragraaf 6.4.3 aan de orde.

6.4.3. Onderscheid naar object

Waar in paragraaf 6.4.2 het onderscheid naar subjecten centraal stond, ligt in deze paragraaf de nadruk op het onderscheid tussen objecten. Het betreft hier het onderscheid tussen objecten die de status van militair doel hebben—en daarom een legitiem doelwit voor aanvallen vormen – en objecten die bescherming genieten omdat ze een burgerobject zijn. De laatste categorie mag niet worden aangevallen.⁵⁷³ Om te bepalen of een object een militair doel vormt, dienen twee cumulatieve eisen te zijn vervuld. Deze paragraaf bevat een uiteenzetting van het begrip militair doel en zullen we beide eisen bespreken.

6.4.3.1. Een militair doel

De huidige definitie van militair doel is in 1977 gecodificeerd in artikel 52(2) AP I:

Aanvallen dienen strikt tot militaire doelen te worden beperkt. Voor zover het objecten betreft, zijn militaire doelen uitsluitend die objecten die naar hun aard, ligging, bestemming of gebruik een daadwerkelijke bijdrage tot de krijgsv verrichtingen leveren en waarvan de gehele of gedeeltelijke vernietiging, verovering of onbruikbaarmaking onder de omstandigheden van dat moment een duidelijk militair voordeel oplevert.⁵⁷⁴

De gebruikte terminologie is een reflectie van de in 1977, na een reeks eerdere pogingen,⁵⁷⁵ bereikte consensus onder Staten.⁵⁷⁶ Deze definitie – zo wordt algemeen verondersteld –

⁵⁷³ Zie artikel 48 AP I. Juridisch kan dan ook niet worden gesproken van *burgerdoelen*.

⁵⁷⁴ Deze definitie komt ook voor in de Protocollen II en III bij het Conventionele Wapensverdrag uit 1980 en Protocol II bij het Haags Cultureel goederenverdrag.

⁵⁷⁵ De eerste, overigens gestrande, pogingen om het begrip “militair doel” te definiëren werden ondernomen in 1923 met het opstellen van de *Hague Rules concerning the Control of Wireless Telegraphy in Time of War and Air Warfare* (zie Roberts & Guelff (2000), p. 139). Als gevolg van een gebrek aan overeenstemming ontbreekt een *definitie* ook in de Verdragen van Geneve (de artikelen 19 GCI en 18 GCIV bevatten wel de *term* “militair doel”. Voor een historisch overzicht van de ontwikkeling van het begrip “militair doel” zie Boivin (2006), pp. 7-15; Parks (1990), pp. 30-36; Dinstein (2004), pp. 82-83; Rogers (2004), pp. 58-64.

maakt onderdeel uit van het internationaal gewoonterecht voor zowel internationale als niet-internationale gewapende conflicten.⁵⁷⁷ Dit betekent allereerst dat ook Staten die geen partij zijn bij AP I tijdens een IGC gebonden zijn door deze definitie, tenzij zij (tegen onderdelen) bezwaar hebben gemaakt.⁵⁷⁸ Ten tweede geldt deze definitie ook tijdens een NIGC als gewoonterecht. Hoewel de verdragstekst wordt toejuicht,⁵⁷⁹ is er ook kritiek op de algemene en abstracte formulering,⁵⁸⁰ met als gevolg verschil in interpretatie en mogelijk misbruik.⁵⁸¹ Aan de andere kant: het biedt ook flexibiliteit en vermogen tot aanpassing aan de exponenten van het hedendaagse conflict.⁵⁸²

Een object is dus pas een militair doel indien voldaan is aan twee cumulatieve voorwaarden. Het moet gaan om objecten: (1) die naar hun aard, ligging, bestemming of gebruik een daadwerkelijke bijdrage tot de krijgsvruchtelingen leveren en (2) waarvan de gehele of gedeeltelijke vernietiging, verovering of onbruikbaarmaking onder de omstandigheden van dat moment een duidelijk militair voordeel oplevert. We werken de twee eisen hierna uit.

6.4.3.2. Voorwaarde 1: Daadwerkelijk bijdrage tot de krijgsvruchtelingen

Drie elementen spelen bij de beoordeling van deze eerste voorwaarde een rol: (1) er moet sprake zijn van een *daadwerkelijke bijdrage* tot de krijgsvruchtelingen; (2) de bijdrage dient *krijgsvruchtelingen* en (3) de bijdrage vloeit voort uit de *aard, ligging, bestemming of gebruik* van het betreffende object.

Het eerste element – “daadwerkelijk” – heeft betrekking op “a concrete and perceptible military advantage rather than a hypothetical and speculative one”.⁵⁸³ Een bijdrage aan specifieke gevechtsoperaties is niet noodzakelijk; “bijdrage” ziet op “military action in general”.⁵⁸⁴

Daarmee is ook de reikwijdte van het tweede element – “krijgsvruchtelingen” – vastgesteld: het aan te vallen object dient verbonden te zijn met de *militaire* activiteiten van de tegenstander, niet de politieke.⁵⁸⁵ Of van militaire activiteiten sprake is, dient te worden vastgesteld in het licht van de omstandigheden op dat moment: een moskee is geen militair doel, maar wel als het wordt gebruikt als munitieopslagplaats. Zo blijkt: er is “no fixed borderline between civilian objects and military objectives.”⁵⁸⁶

⁵⁷⁶ Tussen 1974-1977 vond de Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts plaats welke heeft geleid tot de aanvaarding van AP I en AP II.

⁵⁷⁷ Zie (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*; Meron (1989), pp. 64-65; Sassòli (2005), p. 187. Ook: Henckaerts & Doswald-Beck (2005), pp. 29-32, Rule 8.

⁵⁷⁸ Op dit moment (23 januari 2009) zijn 168 staten partij bij AP I. In totaal zijn er 194 onafhankelijke, erkende staten. Zie *IHL Treaty Database*, beschikbaar via <www.icrc.org/ihl>. De Verenigde Staten, Iran en Israël behoren tot de Staten die geen partij zijn.

⁵⁷⁹ Zie Cassese (2001), p. 339: de tekst van artikel 52(2) AP I is “so sweeping that it can cover practically anything.”

⁵⁸⁰ Zie Dinstein (2004), p. 83. Dinstein hekelt met name het ontbreken van een niet-limitatieve lijst van specifieke militaire doelen, zelfs al was het maar ter illustratie.

⁵⁸¹ Zie Rosenblad (1979), p. 71.

⁵⁸² Zie Bring (2002), p. 42.

⁵⁸³ Zie Solf (1982), p. 326.

⁵⁸⁴ Zie Dinstein (2004), p. 87. Zie ook Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), § 2003.

⁵⁸⁵ De Verenigde Staten zien dit anders. Zij prefereren de term “war-fighting or war-sustaining capability”. Met name de laatste term betekent een aanzienlijke verruiming van het begrip militair doel. De Amerikaanse positie is dat “[e]conomic targets of the enemy that indirectly but effectively support and sustain the enemy’s war-fighting capability may also be attacked”. Zie American Law Institute (1987); American Law Institute (2004), § 102(2).

⁵⁸⁶ Zie Randelzhofer (1992), p. 604.

Ten slotte (of ten derde): de bijdrage aan de krijgsverrichtingen van de vijand dient uit de (a) aard, (b) ligging, (c) bestemming of (d) gebruik van het object te worden vastgesteld.⁵⁸⁷

De “aard” verwijst naar het intrinsieke karakter van het object. Daartoe behoren in ieder geval alle objecten die tot de krijgsmacht behoren: wapens, uitrusting, transportmiddelen, communicatiemiddelen, opslagplaatsen, hoofdkwartieren, etc.⁵⁸⁸

De “ligging” betreft de mogelijkheid dat een burgerobject een militair doel wordt omdat het in een gebied ligt dat als militair doel is aangemerkt.⁵⁸⁹

De “bestemming” ziet op het voorgenomen toekomstige gebruik van een object door de tegenstander.⁵⁹⁰ Dit impliceert dat de bestemming van een object af te leiden dient te zijn uit de intentie of *mens rea* van de tegenstander. Vaak blijven de intenties onduidelijk. Dat een object een bestemming heeft in de zin van artikel 52(2) AP I moet worden vastgesteld aan de hand van een redelijke overtuiging in het licht van de omstandigheden, bijvoorbeeld verkregen via inlichtingen. Louter vermoedens of aannames vormen onvoldoende grond: “[p]urpose is predicated on intentions known to guide the adversary, and not on those figured out hypothetically in contingency plans based on a ‘worst case scenario’.”⁵⁹¹

Het “gebruik” verwijst naar de huidige toepassing van het object. Dit element speelt vooral een rol bij objecten die “gewoonlijk” burgerdoeleinden dienen, maar die voor militaire doeleinden worden gebruikt. Te denken valt aan schoolgebouwen, woonhuizen en kerken—in het geval van Afghanistan *qala's*, moskeeën, winkels—die worden gebruikt als hoofdkwartier, schuil- of opslagplaats. Zij worden in dat geval een militair object, tenzij er twijfel bestaat. In dat laatste geval dient te worden verondersteld dat het object *niet* voor militaire doeleinden wordt gebruikt. Artikel 52(3) AP I bepaalt:

In geval van twijfel of een object dat gewoonlijk dienst doet voor civiele doeleinden, zoals plaatsen van godsdienstige verering, een huis of anderszins soort woning of een school, wordt gebruikt om een daadwerkelijke bijdrage te leveren aan de krijgsverrichtingen, dient ervan te worden uitgegaan dat het niet voor het laatst genoemd deel wordt gebruikt.

De kans bestaat dat een tegenstander van de status van dergelijk objecten misbruik kan maken door ermee te ‘spelen’. Dit maakt een aanval bijzonder moeilijk, zeker nu de verplichting aan aanvallende zijde blijft voortbestaan om, voor zover dit praktisch uitvoerbaar is, alles te doen om vast te stellen of een object voor militaire doeleinden wordt gebruikt. Daarbij nemen technologische ontwikkelingen op het gebied van precisiemunitie en -doelbestrijding overigens een belangrijke plaats in. Dit aspect zal in paragraaf 6.6 verder aan de orde komen.

Voor zover het bovenstaande de suggestie wekt dat bij de aanvallende partij absolute zekerheid moet bestaan over de status van het object, kan dit genuanceerd worden. In plaats van zekerheid moet het gaan om een “reasonable belief”. In de *Galic case* is dit nog eens bevestigd:

⁵⁸⁷ Zie voor een uitgebreide bespreking van ieder begrip: Dinstein (2004), pp. 87-94.

⁵⁸⁸ Zie Dinstein voor een niet-limitatieve lijst, Dinstein (2004), p. 88. Uiteraard kunnen combattanten ook tot militair object gerekend worden.

⁵⁸⁹ Zie Dinstein (2004), p. 92. Ook: Rogers (2004), p. 39 en ICTY (2000a), *Blaskic (Trial)*, § 551.

⁵⁹⁰ Zie Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), § 2020.

⁵⁹¹ Zie Dinstein (2004), p. 90. Dinstein verwijst naar het voorbeeld van het Geallieerde bombardement op Monte Casino in 1944. De abdij werd aangemerkt als militair doel op basis van ambivalente inlichtingenrapporten en de aanname dat een dergelijke locatie door geen enkel leger als observatiepost onbenut zou worden gelaten. Dit bleek achteraf onterecht.

an object shall not be attacked when it is not reasonable to believe, in the circumstances of the person contemplating the attack, including the information available to the latter, that the object is being used to make an effective contribution to military action.⁵⁹²

Het HOR lijkt rekening te houden met ‘vergissingen’ die commandanten maken wanneer ze in de omstandigheden van dat moment op basis van eerlijkheid en goede trouw een “reasonable belief” gevormd hebben. Ook dit houdt verband met de ‘fog of war’, waardoor militaire operaties gedicteerd worden door twijfelachtige situaties en frictie. De aanvaller dient er echter alles aan te doen om, in het licht van de omstandigheden op dat moment, de status van een object te verifiëren.

6.4.3.3. Voorwaarde 2: Duidelijk militair voordeel

Nadat is vastgesteld dat een object een daadwerkelijke bijdrage levert tot de krijgsverrichtingen van de tegenpartij dient te worden voldaan aan een tweede voorwaarde: de vernietiging, verovering of onbruikbaarmaking van het object dient een duidelijk militair voordeel op te leveren.

De voorwaarde dat het militair voordeel “duidelijk” moet zijn ziet op voordeel dat “concrete and perceptible” is, niet “hypothetical and speculative”.⁵⁹³ Met andere woorden: het object herbergt een onmiskenbare capaciteit om militair voordeel op te leveren. De bewijslast ligt bij de aanvallende commandant. Het militaire voordeel dat van de aanval wordt verwacht dient daarom altijd helder ‘onderbouwd’ of ‘beargumenteerd’ te zijn. Hoewel controversieel, wordt betoogd dat het militaire voordeel louter ziet op “isolated or specific parts of the attack”, echter: “the dominant view is that the assessment of the military advantage can be made in light of ‘an attack as a whole.’”⁵⁹⁴ Een andere benadering zou te restrictief zijn,⁵⁹⁵ “[and] would ignore the problems resulting from modern strategies of warfare, which are invariably based on an integrated series of separate actions forming one ultimate compound operation.”⁵⁹⁶

Een vraag die in dit kader relevant is, maar in deze bijdrage verder onbeantwoord zal blijven, is of militaire operaties die voortvloeien uit een militair voordeel met een strategisch oogmerk voldoen aan de twee eisen.⁵⁹⁷ Als voorbeeld kan dienen de strategie om de *financiële* ondersteuning van de OMF- of Taliban-organisatie met kinetische middelen aan te grijpen door specifiek aan de OMF of Taliban gelieerde ‘drugslords’ en hun drugslaboratoria uit te schakelen en te vernietigen.⁵⁹⁸

⁵⁹² ICTY (2003), *Galic*, § 51.

⁵⁹³ Zie Solf (1982), p. 326, § 2.4.6.; Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), § 2028.

⁵⁹⁴ Zie Dinstein (2004), p. 86, verwijzend naar Oeter (1995), § 457(4). Een groot aantal Staten heeft bij de ratificatie van AP I dit standpunt neergelegd in een aanvullende verklaring. Tot deze Staten behoren Nederland, Italië, Canada, Nieuw-Zeeland, Spanje, Australië, België, Frankrijk en Duitsland. Zie <<https://www.icrc.org/ihl/nsf/WebPAYS?OpenView>>. Hoewel deze staten het begrip niet nader hebben gedefinieerd, stelt Dinstein dat “an attack as a whole” niet moet worden verward met de oorlog in het algemeen.

⁵⁹⁵ Zie Boivin (2006), p. 22.

⁵⁹⁶ Zie Oeter (2008), p. 186.

⁵⁹⁷ Sommige Staten, zoals de Verenigde Staten, maar ook Israël, hanteren met betrekking tot het begrip militair voordeel in algemene zin een liberale interpretatie.

⁵⁹⁸ Op verzoek van de Afghaanse regering heeft de NAVO zich tijdens de bijeenkomst van defensie ministers in Boedapest in oktober 2008 bereid verklaard “to support its Afghan partners in taking action against drug laboratories and traffickers providing material support to the insurgents within the existing operational plan.” Zie NATO (2009), p. 29.

6.4.3.4. Subconclusie onderscheid naar object

Het beginsel van onderscheid in relatie tot objecten kent twee statuscategorieën: burgerobjecten en militaire doelen. Alleen de laatstgenoemde categorie mag, mits voldaan aan twee eisen, worden aangevallen. Het moet gaan om objecten: (1) die naar hun aard, ligging, bestemming of gebruik een daadwerkelijke bijdrage tot de krijgsv verrichtingen leveren en (2) waarvan de gehele of gedeeltelijke vernietiging, verovering of onbruikbaarmaking onder de omstandigheden van dat moment een duidelijk militair voordeel oplevert. Voor beide eisen geldt dat de bijdrage aan krijgsv verrichtingen, respectievelijk het militair voordeel, “concrete and perceptible” is, niet “hypothetical and speculative”. Het *ex ante* oordeel hierover is aan de commandant. Het gaat erom dat hij, in het licht van de omstandigheden, in alle redelijkheid tot zijn oordeel is kunnen komen dat het een militair doel betreft. Het HOR houdt dus rekening met de realiteit en de praktijk in gevechtssituaties.

6.4.4. Onderscheid en COIN

In deze subparagraaf staat de vraag centraal hoe het beginsel van onderscheid zich manifesteert in een COIN. Dat dit een reële kwestie is, demonstreert onderstaand citaat dat zich richt op ISAF:

De regering betreurt het ten zeerste als er slachtoffers vallen onder de burgerbevolking. De Nederlandse regering en de [NAVO] nemen alle mogelijke maatregelen om burgerslachtoffers zoveel mogelijk te voorkomen. Bij de inzet van luchtsteun of artillerie worden in alle gevallen vooraf doelen geïdentificeerd en wordt met voldoende zekerheid vastgesteld dat het een militair doel betreft, zoals het oorlogsrecht vereist. Steeds vaker worden bijvoorbeeld onbemande vliegtuigjes ingezet om een goed beeld te krijgen van de situatie op de grond en te bevestigen dat het geen burgerobjecten betreft.⁵⁹⁹

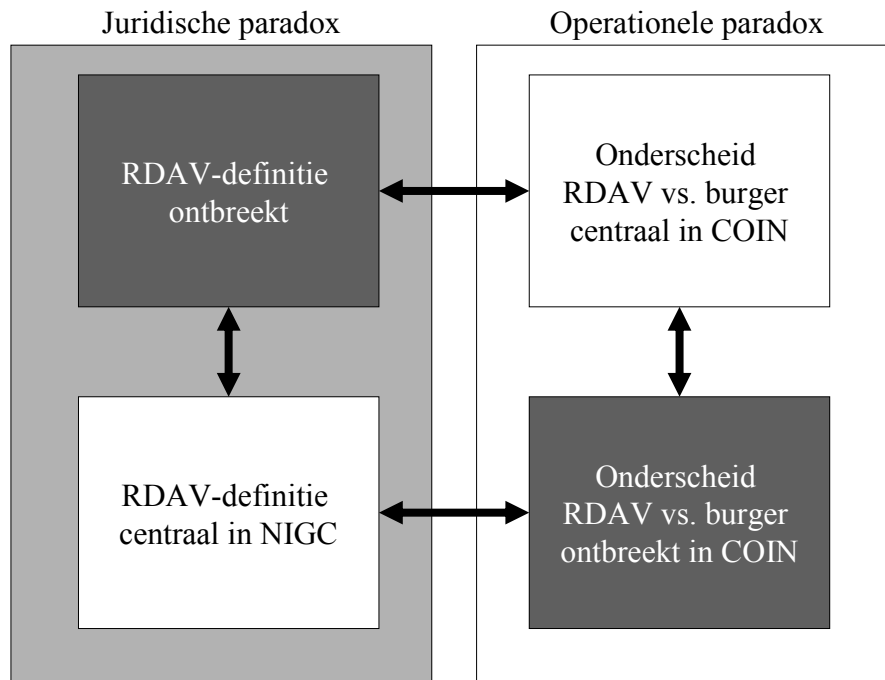
De relatie onderscheid en COIN kenmerkt zich, zo betogen we, door een dubbele paradox. Deze paradox maakt het een *counterinsurgent* als ISAF bijzonder lastig om het beginsel van onderscheid zowel *de jure* als *de facto* te handhaven. Dit manifesteert zich in twee opzichten: (1) de beoordeling van de status van personen; (2) het gebruik van objecten door de opstandelingen. Deze onderwerpen komen in deze paragraaf aan de orde.

6.4.4.1. De ‘onderscheid in COIN’-paradox

Hiervoor is kort gerefereerd aan een dubbele paradox in relatie tot de concepten van RDAV en COIN. De twee paradoxen versterken elkaar (zie Figuur 8).

Ten eerste betreft dit een paradox *de jure*. Deze juridische paradox betreft het ontbreken van formele duidelijkheid over de inhoud van het concept van RDAV enerzijds en het gegeven dat anderzijds juist in een NIGC de ‘rechtstreekse deelnemer’ het enige personele militaire doel vormt. Anders gezegd: voor het aanvallen van strijders in een NIGC wordt de verplichting *de jure* onderscheid te maken tussen de in een operatiegebied aanwezige personen altijd bepaald door een weliswaar in het HOR neergelegd, maar inhoudelijk niet uitgekristalliseerd – en dus voor velerlei interpretatie vatbaar – concept.

⁵⁹⁹ *Kamerstukken II 2007-08*, 27 925, nr. 319, p. 2.



Figuur 8: Onderscheid in COIN (dubbele paradox)

Ten tweede betreft dit een paradox *de facto* of operationele paradox. Deze kenmerkt zich door het feit dat in een *insurgency* strijdgroepen zich om velerlei redenen doorgaans niet of nauwelijks onderscheiden van de burgerbevolking.⁶⁰⁰ Dit maakt het voor de *counterinsurgent* bijzonder moeilijk te differentiëren tussen strijders en burgers. Echter, waar het voor de *insurgent* van belang is het onderscheid tussen burgerbevolking en strijders zo veel mogelijk te verwaarlozen, zo is het onderscheid voor de *counterinsurgent* een doorslaggevende factor voor het winnen van de *hearts and minds* van de bevolking. Onachtzaamheid met betrekking tot het beginsel van onderscheid doet immers afbreuk aan de voor een succesvolle COIN benodigde legitimiteit.

De ‘onderscheid in COIN’-paradox laat zien dat het beginsel van onderscheid in COIN zowel een juridische als een operationele component kent, die beiden onder druk worden gezet door zowel vanuit de eigen als door elkaars paradox voortkomende tegenstellingen. Uit de ‘onderscheid in COIN’-paradox mag de conclusie worden getrokken dat het juridische kader dat het beginsel van onderscheid in het HOR omringt, bij COIN bijzonder op de proef wordt gesteld. Als *counterinsurgent* wordt ISAF dagelijks met deze problematiek geconfronteerd. Dit manifesteert zich in twee opzichten: (1) de beoordeling van de status van personen; (2) het gebruik van objecten door de opstandelingen.

⁶⁰⁰ Een eerste reden is dat irreguliere strijders simpelweg geen financiële mogelijkheden hebben om uniformen aan te schaffen. Een andere reden is dat strijdgroepen, als zwakkere partij in het conflict, op zoek gaan naar mogelijkheden om hun tegenstander het zo moeilijk mogelijk te maken (asymmetrie). Dat daarbij het HOR geschonden wordt is, vanuit hun optiek bezien, absoluut irrelevant; het gaat om het effect. De burgerbevolking vormt daarvoor een prachtige bron. Strijders kunnen tussen de bevolking schuilen omdat ze als medeburger niet opvallen. Ze kunnen zo naar believen het moment kiezen waarop ze naar de wapens grijpen of deze weer neerleggen. Ze maken daarbij niet alleen gebruik van de (afgedwongen) steun van de bevolking, maar tevens van hun infrastructuur. Strijders kunnen ook bewust gebruik maken van menselijke schilden, in de wetenschap dat het HOR het de tegenstander verbiedt dan het vuur te openen.

6.4.4.2. Statusbeoordeling personen

Zoals gememoreerd typeert het hedendaagse strijdgroepen dat de leden zich niet of nauwelijks onderscheiden van de burgerbevolking. Of ISAF personen identificeert als opstandelingen is dan ook niet of nauwelijks vast te stellen aan de hand van uiterlijke kenmerken. De opstandelingen – OMF – dragen, zoals bekend, geen uniform. Hoewel Taliban veelal een zwarte tulband dragen, wil dit niet zeggen dat iedere persoon met een zwarte tulband een Talib is. Daarnaast: niet ieder Talib draagt een zwarte tulband. Maar laten we aannemen dat vastgesteld wordt dat het wel om een opstandeling gaat, vormt deze persoon dan tevens een rechtmatig doelwit voor ISAF? Kan dit ook de wapenleverancier zijn, of de vrachtwagenchauffeur die de wapens het land in smokkelt, of de *drugslord* die met de opbrengsten van de opiumhandel de opstandelingen financiert? In een land waar een conflict heerst hebben burgers vaak een wapen om zichzelf te beschermen. Bovendien: in een land als Afghanistan is het dragen van een wapen een cultureel kenmerk. Vormt dan een ieder die een wapen draagt een legitiem doelwit?

ISAF wordt, zoals vastgesteld, geconfronteerd met hetzij personen die rechtstreeks deelnemen aan vijandelijkheden óf met Afghaanse burgers die dat niet doen. Vanuit juridisch oogpunt is de vraag dus niet zozeer of ISAF te maken heeft met opstandelingen, maar met personen die al dan niet rechtstreeks deelnemen aan vijandelijkheden. Het HOR vereist louter dié vaststelling, niet tot welke (strijd)groep het doelwit behoort. Dat het in de praktijk wel degelijk meestal om opstandelingen gaat komt omdat van deze strijders doorgaans het meest kan worden vastgesteld dat zij rechtstreeks deelnemen.

Het HOR is de *counterinsurgent* tot op zekere hoogte van dienst en laat tevens zien uit te gaan van een realistische kijk op het NIGC: het bevestigt dat van de *counterinsurgent* niet kan worden verwacht dat hij van ieder potentieel doelwit een bepaald lidmaatschap bij een specifieke strijdgroep aan kan tonen. De drempel is – nogmaals – ‘louter’ de kwalificatie van een persoon als rechtstreekse deelnemer aan vijandelijkheden.⁶⁰¹

Desalniettemin: op basis van de doelstellingen van COIN gaat de belangstelling van ISAF vooral uit naar die individuen die op de een of ander manier verbonden zijn met de opstandelingen, de OMF. Vanuit een operationeel gezichtspunt is de vraag die dan voorligt: in hoeverre bieden de instrumenten die we in paragraaf 6.4.2 hebben geïdentificeerd voldoende aanknopingspunten voor ISAF om opstandelingen als rechtstreekse deelnemer aan vijandelijkheden te kwalificeren?

Voor de beantwoording van deze vraag zijn twee factoren van belang: een categorale factor en een situationele factor.

De categorale factor ziet op de twee categorieën ‘rechtstreekse deelnemers’ die in paragraaf 6.4.2 zijn vastgesteld: (Situatie A) leden van gewapende strijdkrachten in de zin van GA 3, die op permanente basis rechtstreeks deelnemen aan vijandelijkheden doordat zij een voortdurende gevechtsfunctie vervullen (CCF) en (Situatie B) burgers die anderszins, op *ad hoc* basis, rechtstreeks deelnemen aan vijandelijkheden, en die alleen mogen worden aangevallen wanneer en zolang zij dat doen.

Tot welke categorie behoren strijders van de opstandelingen? Deze vraag is relevant, omdat de eerste categorie aanzienlijk minder ruimte voor interpretatie laat dan de tweede. In die zin wordt het, in de hiervoor getrokken conclusie getrokken, ‘voordeel’ min of meer weggeno-

⁶⁰¹ Mocht de vaststelling tot lidmaatschap bij een strijdgroep wél vereist zijn, dan is dat louter op militair-politieke gronden. Het HOR biedt hier dus meer reikwijdte dan in de praktijk misschien gewenst is. Een dergelijke beperking vloeit voort uit o.m. de ROE.

men door de ambigue betekenis van “wanneer en zolang”, “rechtstreeks” en “vijandelijkheden”.

Op basis van deze categorisering lijkt de opstandelingen een mix van beide categorieën te zijn. COIN-expert David Kilcullen schat bijvoorbeeld dat:

[...] on the basis of field reporting and open-source data, and calculating total strength province by province, that as of mid-2008, between 32,000 and 40,000 insurgents were operating inside Afghanistan at any one time. This includes 8000-10,000 full-time fighters or “core” Taliban, or about 25 percent of the total, typically in order of 200 to 450 full-time Taliban per province (though this varies across the country). The remaining 22,000 to 32,000 fighters are local, part-time guerrillas who [...] operate on a temporary, *ad hoc* basis. In addition, several thousand individuals operation in loose networks as part of the clandestine village underground [...].⁶⁰²

Gesteld kan dus worden dat er een ‘harde kern’ is van strijders.⁶⁰³ Niet van iedere strijder zal dit even duidelijk zijn, maar dat kan wel gezegd worden van bijvoorbeeld hun commandanten evenals van hun vaste schare volgers. Personen buiten deze harde kern vallen al snel in de tweede categorie (Situatie B, de ‘*ad hoc*’ RDAV).

De situationele factor ziet toe op de omstandigheden waarin ISAF met opstandelingen in contact is. Er kunnen twee deelsituaties worden onderscheiden: gevechtscontact en situaties waarin geen gevechtscontact plaatsvindt.

Bij gevechtscontact⁶⁰⁴ wordt in ieder geval door de opstandelingen-strijders die betrokken zijn bij de bediening van (een) wapen(system) rechtstreeks deelgenomen aan vijandelijkheden.⁶⁰⁵ Voor zover strijders niet al tot de eerste categorie (situatie A) – permanente RDAV of CCF – kunnen worden gerekend, wordt de minimum drempel in een dergelijke situatie bepaald door de tweede categorie (‘*ad hoc*’ RDAV, situatie B)). Aan de vervulling van de drie voorwaarden – de shadedrempel, causaal verband en direct verband met de vijandelijkheden – wordt al snel voldaan. Meer concreet: er is sprake van handelingen die naar verwachting in kwalitatieve of kwantitatieve zin schade veroorzaken; er is sprake van een rechtstreeks causaal verband tussen de handelingen en de te verwachten schade; en er is sprake van een direct verband met de vijandelijkheden (oftewel: de handelingen hebben het oogmerk om ISAF te benadelen). Een bron van zorg blijft natuurlijk de aanwezigheid van burgers in de nabijheid van een vuurgevecht. ISAF-troepen dienen in een dergelijke situatie (visueel) vast te stellen wie wel en niet bij de strijd betrokken zijn. Het hangt van de omstandigheden af of dat onderscheid wel gemaakt kan worden. In hoeverre daarbij burger-slachtoffers worden geaccepteerd, is een zaak van proportionaliteit (zie hierna § 5) en van niet-juridische, militair strategische overwegingen, die we later zullen bespreken (zie § 6.5.5, § 6.6.7 en § 6.7).

In de tweede deelsituatie, situaties zonder gevechtscontact, is er sprake is van potentiële schade zonder dat er gevechtscontact bestaat. Het gaat hierbij om handelingen die een vijandelijke bedoeling (zouden kunnen) hebben of activiteit inhouden. Daarbij ligt de vaststel-

⁶⁰² Zie Kilcullen (2009), pp. 48-9.

⁶⁰³ Zie ook Jones (2008a). Er zijn overigens meerdere groepen Taliban of OMF, zie § 5.3.3). idem: Collins, beschikbaar via <smallwarsjournal.com/mag/docs-temp/123-collins.pdf>.

⁶⁰⁴ In de praktijk wordt de term *troops in contact* (TIC) gebruikt.

⁶⁰⁵ Zie “ISAF engages insurgents in Nad e Ali district, Helmand province”, ISAF press release, beschikbaar op <www.nato.int/isaf/docu/pressreleases/2008/10-october/pr081025-558.html>; “ISAF troops target insurgents in Wardak province”, ISAF press release, beschikbaar op <www.nato.int/isaf/docu/pressreleases/2008/10-october/pr081020-547.html>; “ISAF soldiers respond to rocket attack”, ISAF press release, beschikbaar op <www.nato.int/isaf/docu/pressreleases/2008/10-october/pr081018-544.html>;

ling van ‘rechtstreekse deelname’ minder voor de hand dan bij gevechtscontact. Als de individuen die de handelingen verrichten tot de categorie van strijders met een CCF kunnen worden gerekend (Situatie A), staat het ISAF zonder meer vrij om deze – binnen de grenzen van het oorlogsrecht – aan te vallen. Dit is anders bij strijders die op rechtstreeks deelnemen op *ad hoc* basis (Situatie B): dan dient de vraag beantwoord te worden of de bij de handelingen betrokken personen voldoen aan de drie voorwaarden.

Vele scenario’s zijn denkbaar. Zo kan gedacht worden aan de rol van de ‘spotter’, maar ook munitieleverancier, de chauffeur die wapens met zijn *jingle-truck* over de poreuze grens met Pakistan door de woestijn van Kandahar naar Uruzgan smokkelt. Voldoen zij aan de drie voorwaarden? Wat te denken van een tiental schijnbaar onbewapende personen die zich in marstempo door de woestijn van Uruzgan in de richting van een door de opstandelingen bezette *qala* verplaatsen? Of personen die zich tijdens een vuurgevecht op het dak van een *qala* posteren? Ten slotte: neemt de *drugslord* die met de opbrengst van de heroïneverkoop de opstandelingen financieel ondersteunt daarmee rechtstreeks deel aan vijandelijkheden? En de mensen die in de drugsfaciliteiten tewerk zijn gesteld?⁶⁰⁶

Voorafgaand aan gevechtcontact kan gedacht worden aan *pre-planned* geweldsactiviteiten tegen bepaalde individuen die sleutelposities bekleden binnen de opstandelingen. In deze situatie ligt de nadruk voornamelijk logischerwijs bij de eerste categorie (permanente strijders). Wil ISAF een dergelijk doelwit rechtmatig kunnen uitschakelen, dan moet er in de eerste plaats sprake zijn van een rechtmatig doelwit. Daarvan is in dit geval sprake als kan worden vastgesteld dat het doelwit tot de ‘harde kern’ behoort, de eerste categorie RDAV.⁶⁰⁷ Over de vraag welke inspanningen het HOR van ISAF verlangt om de rechtmatigheid van een doelwit zeker te stellen, gaan we later in (§ 6.6).

6.4.4.3. Opstandelingen en het gebruik van objecten

Opstandelingen vallen voor verschillende doeleinden terug op burgerobjecten. Ze maken bijvoorbeeld veelvuldig gebruik van zogenoemde *qala*’s om wapens en munitie op te slaan of te verbergen, als werkplaatsen voor IED’s, als rust- en herstelplaats, maar ook als aanvalsbasis.⁶⁰⁸ In de regel is vernietiging van deze objecten rechtmatig. Door het ‘gebruik’

⁶⁰⁶ Deze laatste vragen zijn recentelijk bijzonder relevant geworden nu ISAF op verzoek van de Afghaanse regering gaat bezien in hoeverre haar bestaande rol in de strijd tegen drugs kan worden uitgebreid naar actieve deelname aan operaties. Zie “NATO steps up counter-narcotics efforts in Afghanistan,” <www.nato.int/docu/update/2008/10-october/e1010b.html>. Zie ook “Statement by General John Craddock, Supreme Allied Commander Europe, on ISAF Counter Narcotics Mandate Expansion”, beschikbaar op <www.nato.int/shape/opinions/2008/s081010a.htm>. Deze operaties kunnen tevens de vernietiging van drugsfaciliteiten en het uitschakelen van sleutelfiguren binnen de Afghaanse opiumhandel inhouden. Hoewel hierover formeel en publiekelijk nog geen eenduidig standpunt is ingenomen lijken deze operaties zich te gaan richten op de opiumhandel die ten dienste staat van de opstandelingen, en niet gericht op de kleine opiumboer die van de opbrengsten in zijn eigen levensonderhoud voorziet. Zie SFGate, “NATO OKs troops' anti-drug role in Afghanistan”, <www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?file=/c/a/2008/10/11/MN8K13EV1T.DTL>: “only drug producers deemed to be supporting the insurgency will be targeted”. Binnen de context van een gewapend conflict roept dit belangrijke vragen op over de rechtmatigheid van dergelijke doelen.

⁶⁰⁷ Zie “ISAF soldiers respond to rocket attack”, ISAF press release, beschikbaar op <www.nato.int/isaf/docu/pressreleases/2008/10-october/pr081018-544.html>; “ISAF conducts operation in southern Helmand, insurgents killed”, ISAF press release, beschikbaar op <www.nato.int/isaf/docu/pressreleases/2008/10-october/pr081015-534.html>

⁶⁰⁸ Zie hierover ook Bishop (2008), over de gevechten tussen Britse en Deense ISAF-troepen en de Taliban bij Musa Qala in 2006.

ervan voor militaire doeleinden leveren die objecten namelijk een bijdrage aan de krijgsvorrichtingen van de opstandelingen. Daarmee is voldaan aan de eerste voorwaarde van artikel 52(2) AP I. Ook de tweede voorwaarde is over het algemeen geen obstakel: de gehele of gedeeltelijke vernietiging, verovering of onbruikbaarmaking levert, onder de omstandigheden van dat moment, een duidelijk militair voordeel op voor ISAF.

Voordat echter tot de vervulling van beide voorwaarden kan worden geconcludeerd, kunnen in de context van COIN echter drie aspecten een rol spelen.

Ten eerste: voor zover de status van het object niet op andere wijze (op basis van aard, ligging of bestemming) afgeleid kan worden, moet allereerst bepaald worden of het object gebruikt wordt door personen die rechtstreeks deelnemen aan vijandelijkheden (RDAV). Alleen dan immers levert het object ook een bijdrage aan de krijgsvorrichtingen van de vijandelijke strijders. Zo ontstaat een koppeling tussen ‘rechtstreekse deelname aan vijandelijkheden’ en de vaststelling van de status van een object als militair doel; een koppeling die in een IGC (vooral in de klassiek interstatelijke conflicten) doorgaans niet bestaat. Dergelijke conflicten worden immers in beginsel bevochten door de strijdkrachten van een staat en dan is de aanwezigheid van (als zodanig herkenbare) combattanten al voldoende.

In de tweede plaats: in hoeverre speelt de centrale positie van de bevolking in COIN een rol bij de vaststelling van het militaire voordeel? Er kan namelijk gesteld worden dat het absoluut minimaliseren van schade aan de burgerbevolking niet louter op humanitaire gronden dient te geschieden, maar tevens een strategische bijdrage levert aan het welslagen van de COIN. Zowel het uitschakelen van een door strijdgroepen gebruikt burgerobject als de veiligstelling ervan kan gezien worden als militair voordeel. Voor welke men kiest, hangt erg af van de omstandigheden, maar de voorkeur zal – niet zozeer op basis van juridische overwegingen, maar vanwege een strategische keuze – uit kunnen gaan naar het laatste.

Ten derde: artikel 52(3) AP I stelt dat bij twijfel over de status een object als burgerobject dient te worden beschouwd. We hebben vastgesteld dat dit geen absoluut criterium is, maar dat ‘twijfel’ wordt ingevuld op basis van ‘reasonable belief’. Dit criterium wordt op zijn beurt weer ingevuld door de uitkomsten van de inspanningen die de aanvaller heeft ondernomen om de status van het object vast te stellen. Het staat tegelijkertijd een juridische marge toe voor, in alle eerlijkheid en in goede trouw begane, ‘vergissingen’ die kunnen ontstaan in de ‘fog of war’. In het klassieke conflict is deze, met de realiteit rekening houdende, ruimte – militair gezien – welkom. Of dat in COIN ook zo is, is maar de vraag. Een ‘vergissing’ in een COIN is eigenlijk niet te permitteren. Ook dit is meer een strategisch, dan een juridisch imperatief.⁶⁰⁹ Hoewel dit wellicht tegen het militaire gevoel ingaat, geldt in COIN: liever tien keer een tegenstander bij twijfel laten lopen (niet aanvallen), dan één keer bij twijfel de verkeerde – een burger dus – aanvallen.

6.4.5. Interim-conclusie Thema 1

Het beginsel van onderscheid vormt één van de fundamenteën van het HOR. We hebben gezien dat dit beginsel zowel het onderscheid naar personen als objecten aangaat. Voor beide categorieën gelden aparte regimes, met een eigen interpretatiedynamiek. Daarbij moet een commandant aan de hand van het specifieke juridische kader de feitelijke omstandigheden toetsen om tot een oordeel te kunnen komen omtrent de vaststelling van een object of

⁶⁰⁹ “I am not happy with civilian casualties coming down; I want an end to civilian casualties... As much as one may argue it’s difficult, I don’t accept that argument... It seriously undermines our efforts to have an effective campaign against terrorism (President Hamid Karzai, April 26, 2008.)” Geciteerd in Human Rights Watch (2008), p. 2

persoon als rechtmatig doel. De ontwerpers van het HOR hebben zich gerealiseerd dat de commandant een zekere vrijheid dient te hebben, binnen de grenzen van de ‘goede trouw’. Het HOR staat bewust een zekere interpretatievrijheid toe. Anderzijds bestaat een zekere interpretatievrijheid omdat terminologie inhoudelijk onvoldoende is uitgekristalliseerd in internationaalrechtelijke regels (met name het begrip RDAV).

Gerelateerd aan COIN, moet geconcludeerd worden dat het beginsel van onderscheid onder grote druk staat. Dit speelt vooral bij het onderscheid naar personen. Door een combinatie van de feitelijke omstandigheden die onderscheid uiterst lastig en complex maken én juridische onduidelijkheid over de interpretatie van het begrip RDAV, ontstaat een dubbele paradox. Dit zet het beginsel van onderscheid zowel vanuit de optiek van het recht als COIN onder druk. Sommigen vragen zich af of we dan maar afstand moeten nemen van het beginsel van onderscheid, vooral als de tegenstander het oorlogsrecht voortdurend of kennelijk bewust schendt.⁶¹⁰ Door daaraan toe te geven begeeft een commandant zich echter op een hellend vlak. De ironie is namelijk dat – meer dan ooit – de behoefte aan onderscheid juist vanuit militaire optiek een cruciale rol speelt bij de bestrijding van dergelijke tegenstanders. In zekere zin is het maken van onderscheid daarmee, als waarborg van de strategische belangen, onderdeel geworden van de militaire noodzaak.⁶¹¹ Erosie van het beginsel van onderscheid betekent dan ook tevens de onvermijdelijke afbrokkeling van het beginsel dat beide uitersten juist poogt te verenigen: het beginsel van proportionaliteit.

6.5. Thema 2: Proportionaliteit

Na het eerste thema, onderscheid, volgt nu het tweede: proportionaliteit. Deze paragraaf is als volgt opgebouwd: in paragraaf 6.5.2. gaan we in op de belangenafweging die een commandant dient te maken; in paragraaf 6.5.3. lichten we toe welke overwegingen een rol spelen bij die belangenafweging, oftewel, wat bepaalt de uitkomst van de belangenafweging? In paragraaf 6.5.4. bezien we hoe het beginsel van proportionaliteit zich manifesteert in relatie tot COIN. We sluiten af met een conclusie (§ 6.5.5).

6.5.1. Introductie

Nadat een commandant zich ervan verzekerd heeft dat het aan te vallen object een militair doel is, dient hij zich ervan te verzekeren dat bij de aanval te verwachten nevenschade in de vorm van burgerslachtoffers en schade aan burgerobjecten niet disproportioneel is ten opzichte van het beoogde militaire voordeel. Het beginsel van proportionaliteit moet dan ook worden gezien als een “restriction on attacks that is additional to the principle limiting them to combatants and military objectives.”⁶¹² In paragraaf 6.3 zagen we dat een disproportionele aanval als *species* van de niet-onderscheidende aanval een verboden aanval is.

De regel van proportionaliteit manifesteert zich wanneer aanvallen op rechtmatige militaire doelen óók burgerslachtoffers en schade aan civiele objecten (kunnen) veroorzaken. In een dergelijk geval geldt dat “even a legitimate target may not be attacked if the collateral civilian

⁶¹⁰ Zie Oeter (2007), p. 55.

⁶¹¹ Militaire noodzaak beperkt zich tot de inzet van middelen noodzakelijk om de tegenstander te verzwakken. Het begrip moet niet worden verward met het 19e eeuwse Duitse *Kriegsraison*, dat ziet op de inzet van alle middelen nodig om te winnen.

⁶¹² Zie Schmitt (2005), p. 457.

casualties would be disproportionate to the specific military gain from the attack.”⁶¹³ Daarmee is het, in de woorden van Rogers, “an attempt to balance the conflicting military and humanitarian interests.”⁶¹⁴ De kwalificatie “attempt” zal niet zonder reden zijn opgenomen. Zoals zal blijken is de toepassing ervan, hoe zorgvuldig ook, geen garantie dat de “humanitarian interests” ongeschonden blijven. Het is zonder twijfel één van de moeilijkst toepasbare beginselen van het HOR.

6.5.2. Belangenafweging

Naast onderscheid wordt het proportionaliteitsbeginsel tot de oorsprong – en daarmee tot de kern – van het oorlogsrecht gerekend. Hoewel het op verschillende plaatsen binnen het geschreven oorlogsrecht is terug te vinden,⁶¹⁵ heeft het principe – in de betekenis van een balans tussen militaire en humanitaire belangen – de status van gewoonterecht.⁶¹⁶ Over de vraag wat die balans precies inhoudt bestaat minder eenduidigheid.

De belangrijkste codificatie van de regel is sinds 1977 te vinden in de combinatie van de artikelen 51(5)(b), 57(2)(a)(iii) en (b) en 85(3)(b) van AP I. Het eerstgenoemde artikel bepaalt:

-5. De volgende soorten aanvallen dienen onder andere als niet-onderscheidend te worden beschouwd: [...] b. aanvallen die, naar kan worden verwacht bijkomend verlies van menselijke levens onder de burgerbevolking, verwonding van burgers, schade aan burgerobjecten of een combinatie daarvan ten gevolge hebben, in een mate die buitensporig zou zijn in verhouding tot het verwachte tastbare en rechtstreekse militaire voordeel.⁶¹⁷

Anders gezegd: de regel van proportionaliteit bepaalt dat de (potentiële) civiele schade (objecten en personen) (a) bijkomende schade (de zogenoemde *collateral damage*)⁶¹⁸ moet zijn en

⁶¹³ Uitspraak van Judge Rosalyn Higgins van het International Gerechtshof in haar Dissenting Opinion (overigens op andere gronden) in (1996a), *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, p. 587.

⁶¹⁴ Zie Rogers (2004), p. 17.

⁶¹⁵ Zonder dat expliciet de term ‘proportionaliteit’ wordt gebruikt, kan de regel worden afgeleid uit bijvoorbeeld de artikelen 15 en 22 van de Lieber Code, maar ook in artikel 24 van de Hague Air Warfare Rules uit 1923.

⁶¹⁶ Zie de uitspraak van Judge Rosalyn Higgins van het International Gerechtshof in haar Dissenting Opinion (overigens op andere gronden) in (1996b), *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, ICJ (Advisory Opinion of 8 July 1996)*. Zie ook Henckaerts & Doswald-Beck (2005), p. 297 (Rule 14). In de Kupreskic-zaak is door het ICTY benadrukt dat het beginsel is gecodificeerd in de artikelen 57 en 58 AP I. Naar het oordeel van het ICTY zijn deze regels “part of customary international law, not only because they specify and flesh out general pre-existing norms, but also because they do not appear to be contested by any State, including those which have not ratified the Protocol.” Zie ICTY (2000b) *Kupreskic (Trial)*, § 524.

De kwalificatie van gewoonterecht is van belang, omdat staten die geen partij zijn (zoals de Verenigde Staten en Israël) bij AP I alsnog door haar inhoud, zij het zoals begrepen in het gewoonterecht, gehouden zijn. Over de inhoud van de regel in het gewoonterecht bestaat verschil van mening.

⁶¹⁷ De nadruk zal in dit gedeelte liggen op artikel 51(5)(b) AP I. Artikel 57(2)(a) AP I ziet op te nemen voorzorgsmaatregelen en (b) bepaalt dat aanvallen die op grond van artikel 51(5)(b) AP I als disproportioneel moeten worden beschouwd moeten worden afgebroken of opgeschort. Hetzelfde geldt overigens indien blijkt dat de aanval zich richt tegen een object dat niet militair is of speciale bescherming geniet (zoals ziekenhuizen en cultureel beschermde objecten). Artikel 85(3)(b) AP I is een vrijwel woordelijke herhaling van artikel 51(5)(b) AP I en verklaart overtreding ervan tot een ernstige inbreuk op AP I.

⁶¹⁸ De term “bijkomende schade” wordt gebruikt om “incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof”, zoals genoemd in artikel 51(5)(b) AP I, samen te vatten.

(b) in redelijke verhouding moet staan tot het te verwachten militaire voordeel dat de militaire operatie voorstaat.⁶¹⁹ De betekenis van proportionaliteit in het oorlogsrecht laat zich verklaren door het feit dat het HOR mede ontworpen is met het oog op de realiteit van het gevechtsveld.⁶²⁰ Dit betekent derhalve – en dit element is cruciaal voor een goed begrip – dat het oorlogsrecht militaire commandanten een zekere ruimte biedt dat burgers omkomen bij de aanval op een legitiem militair doel.⁶²¹ Die schade hoort bij de realiteit van oorlog:⁶²² “There is no way to avert altogether harmful consequences to civilians flowing from attacks against military objectives.”⁶²³ De omvang van die ‘speelruimte’ wordt echter bepaald door “the relative importance of the various interests in light of the actual needs in the situation in question.”⁶²⁴ Anders gezegd: het al dan niet doorgaan van de aanval wordt bepaald door de belangenafweging tussen de mogelijke bijkomende civiele schade en het te bereiken militaire voordeel.⁶²⁵

6.5.3. Hoe wordt de belangenafweging bepaald?

Hierover zijn binnen de regels van het oorlogsrecht nauwelijks aanknopingspunten te vinden. Daarbij komt dat het beginsel van proportionaliteit niet eenduidig begrepen wordt.⁶²⁶ In de volgende paragrafen willen we aan de hand van een aantal kernelementen uit artikel 51(5)(b) AP I inzicht verschaffen in de overwegingen die de commandant en zijn staf moeten maken bij de proportionaliteitsvraag. Daarbij zullen tevens een aantal misverstanden aan de orde komen.

6.5.3.1. “Verwacht” bijkomend verlies en “verwacht militair voordeel”

De uitkomst van de test is de resultante van een belangenafweging die *voorafgaand* (*ex ante*) aan de daadwerkelijke aanval gemaakt wordt. Het is dus niet, zoals vaak ten onrechte verondersteld wordt, de uitkomst van een analyse van de daadwerkelijke bijkomende schade en het bereikte militaire voordeel *nadat* (*ex post*) de aanval heeft plaatsgevonden. Die laatste analyse kan weliswaar relevant zijn voor een verificatie van de eerste, maar is als zodanig

⁶¹⁹ Hiermee wijkt het beginsel van proportionaliteit fundamenteel af van de betekenis van de proportionaliteitsregel in het *ius ad bellum*, de mensenrechten (in het bijzonder het recht op leven) en het nationale strafrecht van veel staten.

⁶²⁰ Zie Ducheine (2008), p. 468.

⁶²¹ Deze ruimte wordt overigens wel verder beïnvloedt door de verplichting om voorzorgsmaatregelen te nemen. Zie artikel 57 AP I. Hierop gaan we later (§ 6) in.

⁶²² Wat niet wegneemt dat de commandant ook voorzorgsmaatregelen zal moeten treffen en in een aantal gevallen zal moeten besluiten een waarschuwing te geven. Zie hierna § 6.6.

⁶²³ Zie Dinstein (2004), p. 119.

⁶²⁴ Zie Cannizzaro (2006), p. 786.

⁶²⁵ Dinstein hierover: “[Law of International Armed Conflict] in its entirety is predicated on a subtle equilibrium between two diametrically opposed impulses: military necessity and humanitarian considerations. If military necessity were to prevail completely, no limitation of any kind would have been imposed on the freedom of action of belligerent States: à la guerre comme à la guerre. Conversely, if benevolent humanitarianism were the only beacon to guide the path of armed forces, war would have entailed no bloodshed, no destruction and no human suffering; in short, war would not have been war. In actuality, LOIAC takes a middle road, allowing belligerent States much leeway (in keeping with the demands of military necessity) and yet circumscribing their freedom of action (in the name of humanitarianism).” Dinstein (2004), p. 17.

⁶²⁶ Zie Schmitt (2006), p. 293 e.v. Parks betoogt daarentegen dat om die reden de proportionaliteitsregel geen regel van gewoonterecht kan zijn: de *opinio iuris* ontbreekt. Zie Parks (1990), p. 168 e.v.

voor de proportionaliteitsregel niet relevant.⁶²⁷ Dit blijkt uit de tekst van de artikelen 51(5)(b) en artikel 57(2)(a)(ii) AP I: aan de buitensporigheidstest is voldaan als de aanvaller “alle praktisch mogelijke voorzorgsmaatregelen” heeft genomen om te onderzoeken wat de te verwachten (“expected”) bijkomende schade zou kunnen zijn in relatie tot het eveneens te verwachten (“anticipated”) tastbare en rechtstreekse militaire voordeel.

De vraag die hieruit volgt, is of de analyse gevoed wordt door objectieve of subjectieve overwegingen. Uit de literatuur komen verschillende opvattingen naar voren. Uit de *San Remo Manual on the Law of Non-International Armed Conflict* bijvoorbeeld volgt een objectieve test, die inhoudt dat:

if the attacker knew or should have known that the civilian damage or injury caused would be excessive relative to the anticipated military advantage, the [proportionality] rule will have been violated.⁶²⁸

Dinstein daarentegen hanteert een subjectieve test:

[t]he whole assessment of what is ‘excessive’ in the circumstances entails a mental process of pondering dissimilar considerations – to wit, civilian losses and military advantage – and is not an exact science. There is no objective possibility of ‘quantifying the factors of the equation’, and the process ‘necessarily contains a large subjective element’. This ‘subjective evaluation’ of proportionality is viewed with a jaundiced eye by certain scholars, but there is no serious alternative. Undeniably, the attacker must act in good faith, and not ‘simply turn a blind eye on the facts of the situation; on the contrary, he is obliged to evaluate all available information’.⁶²⁹

Waar de objectieve test meer als een *de jure*-test gekarakteriseerd kan worden, is de subjectieve test meer een *de facto*-test.⁶³⁰ Het HOR verlangt dat commandanten op objectieve wijze hun analyse maken, met als leidraad de vraag of andere commandanten, in vergelijkbare omstandigheden en met dezelfde informatie, tot hetzelfde resultaat gekomen zouden zijn. Toch kan daarbij niet worden voorbijgegaan, zo lijkt Dinstein te betogen, aan de gevechtsomstandigheden van dat moment die onder andere van invloed zijn op de analytische capaciteiten van iedere commandant. Hierbij kan gedacht worden aan slaapdeprivatie, grote verliezen aan eigen zijde, gevechtstress, enzovoorts.

De conclusie lijkt hoe dan ook te moeten zijn dat een commandant gerechtigd is, in het licht van de omstandigheden van dat moment, zijn besluit te nemen op basis van alle hem op dat moment ter beschikking staande informatie. Het HOR kiest als uitgangspunt dat een commandant van dit recht geen misbruik zal maken (immers in “good faith”), ook niet als hij “should have known”. Ook hieruit blijkt dat het proportionaliteitsbeginsel – en het HOR in het algemeen – in zijn doelstelling om humanitaire belangen te waarborgen, rekenschap geeft van de militaire noodzaak en realiteit. Daarbij wordt bewust in aanmerking genomen dat in de *fog of war* de appreciatie van de verwachte bijkomende schade en militaire voordeel achteraf gezien een verkeerde was: “the results of an attack are often tangible and measurable, whereas expectations are not.”⁶³¹ Sterker nog: daarbij zal de dichtheid van de *fog of war* moeten worden verdisconteerd. Dat neemt niet weg dat die omstandigheden de aanvaller nog steeds verplichten om – voor zover praktisch mogelijk – alles in het werk te stellen om buitensporige bijkomende schade te beperken of te voorkomen. Zie hierover paragraaf 6.6 (voorzorgsmaatregelen). De afweging lijkt daarom uiteindelijk vooral subjectief te zijn.

⁶²⁷ Zie Schmitt (2006), p. 294.

⁶²⁸ Zie Schmitt, Garraway & Dinstein (2006), 23. Ook: Cannizzaro (2006), pp. 787-788.

⁶²⁹ Zie Dinstein (2004), p. 122.

⁶³⁰ Zie Schmitt (2005), p. 457.

⁶³¹ Zie Schmitt (2006), p. 294.

6.5.3.2. “Bijkomend verlies van mensenlevens onder de burgerbevolking [...]”

Artikel 51(5)(b) AP I heeft betrekking op “*bijkomend* verlies van mensenlevens onder de burgerbevolking, verwonding van burgers, schade aan burgerobjecten of een combinatie daarvan”. De nadruk ligt hier op “bijkomend”. De schade mag dus niet beoogd zijn.⁶³² Een aanval mag ook niet worden uitgevoerd met het doel een burger bewust als gevolg van bijkomende schade te treffen, omdat deze burger zich bijvoorbeeld (net) niet als RDAV kwalificeert.

Het is daarom een misvatting te stellen dat voorziene bijkomende schade *altijd* een schending van het oorlogsrecht is (omdat de voorzienbaarheid van burgerslachtoffers juist een – verboden – niet-onderscheidende aanval op die beschermde categorie zou betekenen). Een dergelijke stelling is onjuist. Zoals eerder betoogd, biedt het proportionaliteitsbeginsel juist enige ruimte voor bijkomende schade. Die ruimte ontbreekt pas op het moment dat voorzienbaar is dat de schade aan burgers buitensporig is in relatie tot het verwachte militair voordeel. Alleen in dat geval hebben aanhangers van deze gedachte gelijk: er is sprake van een oorlogsmisdrijf, de aanval is niet-onderscheidend.⁶³³

6.5.3.3. “Tastbaar en rechtstreeks militair voordeel”

Over de reikwijdte van het begrip “tastbaar en rechtstreeks militair voordeel” (“concrete and direct military advantage”) bestaan verschillende opvattingen. Dat het moet gaan om *militair* voordeel is, over het algemeen, niet aan discussie onderhevig.⁶³⁴ Het beoogde voordeel is immers van belang om een concrete gevechtssituatie te beïnvloeden. Het tolereren van bijkomende schade om economische of politieke doelstellingen te behalen is een vorm van misbruik van het proportionaliteitsprincipe indien daar niet óók een militair voordeel aan verbonden is.

Het hete hangijzer lijkt vooral de betekenis van “rechtstreeks” te betreffen. Uit de toelichting op de Aanvullende Protocollen valt af te leiden dat het begrip “tastbaar en rechtstreeks militair voordeel” eng geïnterpreteerd moet worden: “advantages which are hardly perceptible and those which would only appear in the long term should be disregarded”⁶³⁵ Een andere school, gesteund door landen als Nederland en het Verenigd Koninkrijk en waarvan Schmitt een pleitbezorger is, hanteert een ruimere opvatting: een juist begrip van “tastbaar en rechtstreeks militair voordeel” houdt in dat het verwachte voordeel van een aanval in zijn geheel meeweegt, niet van iedere individuele aanval die in het ‘grotere’ operatieplan is voorzien.⁶³⁶ Schmitt noemt als voorbeeld een luchtaanval in sector A die dient als misleiding om de vijand naar sector B te dirigeren, alwaar de hoofdaanval moet plaatsvinden.⁶³⁷ Ook het Internationaal Strafhof hanteert in haar statuut de term “overall” met betrekking tot het

⁶³² De afweging tussen humanitaire belangen en militair voordeel kan achterwege blijven als vooraf vaststaat dat met de aanval het ‘verlies van mensenlevens onder de burgerbevolking, verwonding van burgers, schade aan burgerobjecten of een combinatie daarvan’ met opzet beoogd wordt. Een dergelijke aanval gaat rechtstreeks in tegen artikel 48 AP I en is dus per definitie verboden.

⁶³³ Conform artikel 51(5)(b).

⁶³⁴ Zie Schmitt (2006), p. 295.

⁶³⁵ Zie Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), § 2209.

Zie het Nederlandse voorbehoud: “-5. With regard to Article 51, paragraph 5 and Article 57, paragraphs 2 and 3 of Protocol I: It is the understanding of the Government of the Kingdom of the Netherlands that military advantage refers to the advantage anticipated from the attack considered as a whole and not only from isolated or particular parts of the attack;” Te vinden op <www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/E6EF925C67966E90C1256402003FB532?OpenDocument>.

⁶³⁷ Zie Schmitt (2006), p. 295. Zie ook Dinstein (2004), p. 123 en Boivin (2006), p. 44.

militaire voordeel.⁶³⁸ Toch lijkt de doorslaggevende conclusie te moeten zijn dat “rechtstreeks” weliswaar toestaat dat naar het grotere operationele beeld gekeken wordt, maar dat het causaal verband moet bestaan tussen het tastbare voordeel en de specifieke, daarvan onderdeel uitmakende operaties.⁶³⁹

6.5.3.4. Test: Buitensporig

De balans wordt vaak gezien als een weegschaal waarbij een aanval rechtmatig wordt geacht zodra het ‘gewicht’ van het militair voordeel groter is dan het ‘gewicht’ van de nevenschade. Alsof een precies afgewogen ‘gram’ meer militair voordeel of minder bijkomende schade aan de weegschaal is toe te voegen of weg te nemen. Binnen het oorlogsrecht zijn echter geen nadere, in regels neergelegde aanwijzingen te vinden, bijvoorbeeld in de vorm van tabellen, die gekwantificeerd de verhoudingen tussen militair voordeel en bijkomende schade aangeven. Dit geeft al aan dat proportionaliteit geen test is die wordt bepaald door abstracte wetmatigheden, maar in het licht van ieder afzonderlijk concreet geval moet worden uitgevoerd.⁶⁴⁰

Zoals artikel 51(5)(b) AP I aangeeft, wordt de belangenafweging bepaald door een andere test: de bijkomende schade mag niet “buitensporig” (“excessive”) zijn in relatie tot het militaire voordeel.⁶⁴¹ Schmitt zegt hierover:

[f]ocussing on excessiveness avoids the legal fiction that collateral damage, incidental injury, and military advantage can be precisely measured. Ultimately, the issue is reasonableness in light of the circumstances prevailing at the time...and nothing more.⁶⁴²

Voor zover voorafgaande aan de aanval geoordeeld wordt (en dat is dus grotendeels een subjectief oordeel) dat van buitensporigheid géén sprake is, leidt de voorzienbaarheid van burgerslachtoffers *an sich* niet tot een oorlogsmisdrijf.

6.5.4. Proportionaliteit en COIN

In deze paragraaf bezien we welke overwegingen bepalend zijn voor de vaststelling van proportionaliteit binnen COIN. Allereerst wordt – separaat – gekeken naar de in COIN gehanteerde invulling van de begrippen ‘militair voordeel’ en ‘bijkomende schade’. Daarna komt aan de orde welke effecten beide elementen hebben op de proportionaliteitsafweging.

6.5.4.1. Militair voordeel in COIN

In paragraaf 5.3. hebben we uiteengezet dat de belangenafweging tussen bijkomende schade en militair voordeel wordt bepaald door de ‘buitensporigheids’-test. In de grootschalige, klassieke conflicten, zoals de beide wereldoorlogen, werd deze test in het algemeen ingevuld door het *aantal* burgerslachtoffers en de *hoeveelheid* schade aan burgerobjecten versus het

⁶³⁸ Zie art. 8(2)(b)(iv) Statuut van Rome.

⁶³⁹ Zie Boivin (2006), p. 44.

⁶⁴⁰ Zie Cannizzaro (2006), p. 786, waar hij benadrukt dat in dit opzicht het proportionaliteitsbeginsel fundamenteel afwijkt van de betekenis ervan in het *ius ad bellum*, waar het in het kader van de statelijke zelfverdediging gaat om een afweging tussen de gevolgen en de algehele strategische doelstelling van de militaire operatie in het algemeen.

⁶⁴¹ Ook artikel 8(2)(b)(iv) van het Statuut van Rome, waarin de proportionaliteitsregel is neergelegd, spreekt van “excessive”, maar daar is echter het bijvoeglijke voornaamwoord “clearly” aan toegevoegd. Daarmee wordt opvallend genoeg de drempel voor disproportionele aanvallen verhoogd. Immers, zolang niet “clear” is dat het te bereiken militaire voordeel “excessive” zou zijn, kan het kennelijk doorgang vinden.

⁶⁴² Zie Schmitt (2006), p. 293.

aantal vernietigde tegenstanders en militaire doelen. In zekere zin is dit een overwegend *kwantitatieve* benadering. Daarnaast was het in bepaalde situaties relevant welke personen (*wie*) binnen de kring van de vijand aangegrepen werd. In de afgelopen decennia zijn verschillende theorieën ontwikkeld die het beoogde effect van doelbestrijdingsoperaties als *Leitmotiv* hebben: de zogeheten *effect based approach to operations*.⁶⁴³ Hoewel hierover (nog steeds) veel discussie bestaat,⁶⁴⁴ kan wel gesteld worden dat deze theorieën een verschuiving naar de aandacht voor specifieke doelen, in het bijzonder het leiderschap, hebben geleid.⁶⁴⁵ Het gevolg is dat het, in algemene zin, bij recente militaire operaties steeds belangrijker is geworden om specifieke personen, met een zeker gewicht binnen het leiderschap van de vijand, aan te grijpen en zo nodig met kinetische middelen uit te schakelen. De redenering is dat met het neutraliseren van het leiderschap de coördinatie van de vijandelijke inspanningen weggenomen of verstoord wordt, hetgeen leidt tot een verminderd vijandelijk militaire vermogen en tot een verhoogde kans op een snellere beslechting van het conflict.⁶⁴⁶

De component ‘militair voordeel’ in de proportionaliteitsvaststelling lijkt hierbij dus vooral een *kwalitatieve* betekenis te hebben. Coalitie-optreden in recente, grootschalige conflicten zoals de Tweede Golfoorlog (*Desert Storm*), de Kosovo-crisis (*Allied Force*), de eerste fase van het coalitieoptreden in Afghanistan tegen de Taliban en Al-Qaeda (*Enduring Freedom*) en de Derde Golfoorlog (*Iraqi Freedom*) (denk aan de ‘decapitation’-campagne),⁶⁴⁷ tonen dit aan.

Ook in COIN eist de kwalitatieve invulling van het militair voordeel steeds meer een voor-
aanstaande rol op. Recente doctrines op het gebied van COIN lijken hier in ieder geval op
aan te sturen. Zo stelt de FM 3-24, de recente COIN-doctrine van de Amerikaanse land-
macht and het Korps mariniers, dat

in COIN operations, advantage is best calculated not in terms of how many insurgents are killed or detained [een kwantitatieve invulling, EP&PD], but rather which enemies are killed or detained [een kwalitatieve invulling, EP&PD]. If certain key insurgent leaders are essential to the insurgents’ ability to conduct operations, then military leaders need to consider their relative importance when determining how best to pursue them.⁶⁴⁸

Deze gedachte wordt ook in ISAF toegepast. Als het op een proportionaliteitsafweging aankomt, is de redenering vervolgens dat in een COIN omgeving

the number of civilian lives lost and property destroyed needs to be measured against how much harm the targeted insurgent could do if allowed to escape. If the target in question is

⁶⁴³ De bekendste theorie is de systeembenadering van kolonel (b.d.) John Warden III, USAF, die uitgaat van het vijf ringen model, waarbij de binnenste, en belangrijkste ring bestemd is voor personen die een sleutelrol vervullen in het leiderschap van de vijand. Zie Warden III (1995).

⁶⁴⁴ Met name in de VS, de bakermat van *Effect Based Operations* (EBO), woedt een hevige discussie. Het concept wordt door velen hevig bekritiseerd. Zo heeft de bevelhebber van het U.S. Joint Forces Command, generaal Mattis, op 14 augustus 2008 een memorandum uitgevaardigd waarmee hij *Effect Based Operations* niet langer als een relevante benadering ziet (en derhalve niet langer gebruikt mag worden). Zie Mattis (2008), beschikbaar via <smallwarsjournal.com/blog/2008/08/assessment-of-effects-based-op/>. Voor de discussie zelf, zie <smallwarsjournal.com>. Binnen de NAVO wordt EBO wel toegepast. Overigens bestaat er verschil in benadering tussen Amerikaanse en NAVO-EBO benadering.

⁶⁴⁵ Daarmee is overigens niet gezegd dat deze theorieën direct toegepast kunnen worden op het hedendaagse, irreguliere conflict. Zie hierover Rothman & Kitzen (2006).

⁶⁴⁶ Zie Rothman & Kitzen (2006), p. 213.

⁶⁴⁷ Dit betreft de campagne van de VS (en de coalitie) gericht tegen het leiderschap van Irak.

⁶⁴⁸ Zie US Army (2006), § 7-32.

relatively inconsequential, then proportionality requires combatants to forego severe action, or seek non-combative means of engagement.⁶⁴⁹

Naast de conventionele gevechtssituaties die uiteraard ook in COIN kunnen plaatsvinden, ligt de nadruk dus hoofdzakelijk op het relatieve belang van sleutelfiguren binnen het netwerk van de strijdgroep(en) – zoals militaire commandanten – gemeten naar de mate waarin ze in staat zijn (militaire) operaties uit te voeren of daar een bijdrage aan leveren.⁶⁵⁰ Anders gezegd: het militaire voordeel (lees: de mate van belangrijkheid) wordt vastgesteld op basis van de *positie* die sleutelfiguren binnen een organisatie innemen en de potentiële schade die zij op basis daarvan kunnen aanrichten.⁶⁵¹ Dit betekent echter wel dat de *counterinsurgent* in ieder geval drie elementen dient vast te stellen. Ten eerste, *of* er sprake is van RDAV door het beoogde doelwit (waarbij potentiële schade wordt vastgesteld). Ten tweede, de vaststelling van de *identiteit* van het beoogde doelwit (is dit daadwerkelijk het beoogde doelwit?) en ten slotte een *waardering* van de potentiële schade in termen van het beoogde militaire voordeel (wat is het militaire voordeel als de potentiële schade zich niet kan voltrekken?). De uitkomst van dit proces moet worden afgezet tegen de ‘bijkomende schade’ die een aanval op het doelwit zou kunnen veroorzaken. In de volgende subparagraaf zal worden aangetoond dat de *counterinsurgent* daarbij niet louter denkt in termen van doden of gewonden.

6.5.4.2. Bijkomende schade in COIN

Tegenover het militair voordeel staat de bijkomende schade. COIN benadert de zorg om de burgerbevolking en burgerobjecten op een wijze die verder gaat dan de oorlogsrechtelijke humaniteitsbeoordeling. Gaat het bij het HOR om de bescherming van hen die niet (langer) deelnemen aan vijandelijkheden, in COIN gaat het daarnaast ook om de zorg over de militair-strategische effecten die schade aan de burgerbevolking kunnen hebben voor de missie. Disproportioneel en niet-onderscheidend gebruik van geweld ondermijnen het optreden van de *counterinsurgent*. Dit blijkt niet alleen uit de doctrine, maar ook uit de praktijk: ook bij ISAF is het voorkomen van bijkomende schade een hoofdthema. In een recent uitgegeven *Tactical Directive* maakt Commandant ISAF dit glashelder.⁶⁵² COIN's zijn een vorm van “war amongst the people”.⁶⁵³ De hedendaagse communicatietechnologie zorgt ervoor dat incidenten met bijkomende schade snel en ‘breed’ bekend worden, niet alleen in Afghanistan, maar over de hele wereld. Dit heeft negatieve impact op het gevoel van veiligheid en daarmee de sociale legitimiteit voor het optreden van de *counterinsurgent*. Incidenten zullen door de tegenstander – *de insurgent* – voor propagandadoeleinden worden gebruikt om de perceptie van voor- en tegenstanders te beïnvloeden. De negatieve publiciteit van burgerslachtoffers leidt tot een verwijdering van zowel de lokale als de eigen bevolking ten opzichte van de *counterinsurgent*.

Dit dwingt de *counterinsurgent* deze negatieve aspecten naast proportionaliteitsafweging in zijn beslissingen te betrekken. Die negatieve effecten vormen een non-juridische factor in het

⁶⁴⁹ Ibid.

⁶⁵⁰ Hiermee is overigens niet gezegd dat religieuze of idealistische leiders tevens een rechtmatig doelwit vormen. Dit dient separaat te worden vastgesteld. Ze dienen hier als voorbeeld louter vanwege de waardering van hun rol bij militaire operaties en dus de bepaling van het mogelijke militaire voordeel dat hun neutralisatie kan opleveren.

⁶⁵¹ Zie Watkin (2007), p. 280; Watkin (2005), pp. 153-154.

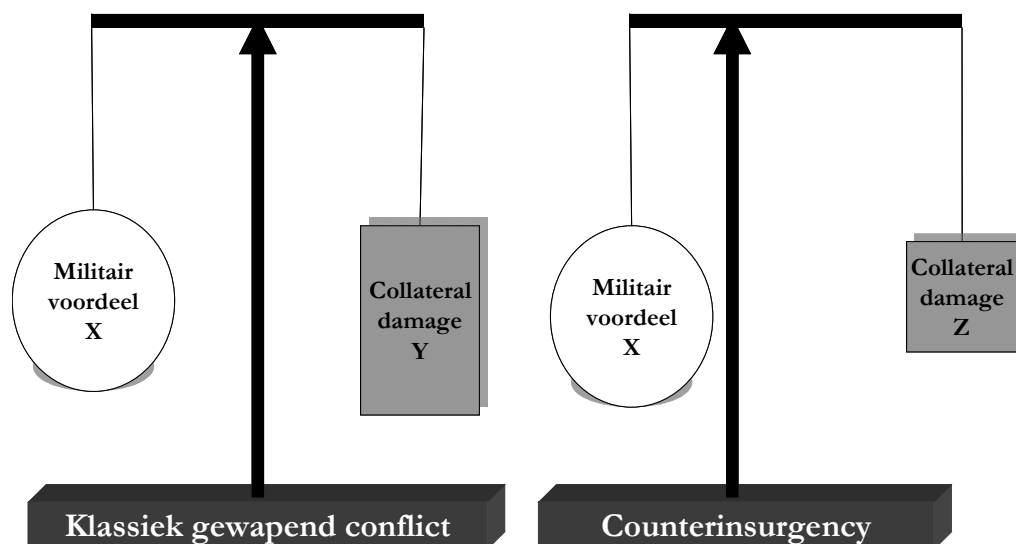
⁶⁵² Zie ISAF (2008), beschikbaar via <www.nato.int/isaf/docu/official_texts/Tactical%20Directive_090114.pdf> (benaderd 16-1-2009). Zie ook (16 januari 2009), *Strengere regels voor ISAF*.

⁶⁵³ Zie Smith (2007b).

normaliter oorlogsrechtelijke afwegingsproces en beïnvloeden daarmee de proportionaliteitsafweging van de *counterinsurgent*. Met andere woorden: het gewicht van de ‘bijkomende schade’ uit artikel 51(5)(b) AP I wordt beïnvloedt door negatieve strategische effecten. Een aanval zal hierdoor eerder disproportioneel worden geacht. In zeker opzicht zou gesteld kunnen worden dat bij COIN *meer* gewicht aan bijkomende schade wordt gegeven dan in een klassiek conflict.

6.5.4.3. Proportionaliteit in COIN

Het zal duidelijk zijn geworden dat de in COIN gehanteerde oorlogsrechtelijke proportionaliteitsafweging sterk beïnvloedt wordt door militair- en politiek-opportunistische overwegingen. Als tijdens een klassiek conflict een aanval op een bepaald militair doelwit (dat een militair voordeel X representeert) een acceptabele hoeveelheid bijkomende schade (met omvang Y) tot gevolg heeft, zal dat in COIN niet zo zijn. In COIN zal het gewicht van de bijkomende schade toe door de hefboomwerking van de politiek- en militair-strategische overwegingen toenemen. In COIN is daarom tegenover het zelfde militaire voordeel (omvang X) slechts een beperktere hoeveelheid bijkomende schade (met omvang Z) acceptabel. We hebben deze vergelijking in Figuur 9 geschematiseerd.



Figuur 9: Proportionaliteit in COIN

Er bestaat, vanuit COIN-optiek, dan ook geen ruimte voor twijfel. Deze twijfel ziet echter niet louter op twijfel over de status van burger of op RDAV. In dat geval dient op grond van artikel 50(1) AP I de persoon als burger beschouwd te worden en is een aanval per definitie verboden. De twijfel in COIN ziet echter tevens op de vaststelling van de identiteit van het doelwit. Bij twijfel hierover kan naar analogie van artikel 50(1) AP I geredeneerd worden: het enige dat rest is afzien van de aanval.

6.5.5. Interim-conclusie Thema 2

Hoewel een fundamenteel beginsel van het HOR, vormt de bepaling van (dis)proportionaliteit één van de moeilijkste afwegingen die een commandant moet maken. Hij dient op basis van redelijkheid en zo objectief mogelijk een oordeel te vormen over de

vraag of de te voorziene bijkomende schade buitensporig is ten opzichte van het militaire voordeel dat hij verwacht te behalen met de aanval. We hebben vastgesteld dat het HOR daarbij bijkomende schade die niet buitensporig wordt geoordeeld, toestaat. Anders gezegd: burgerslachtoffers en schade aan burgerobjecten zijn in dat geval rechtmatige nevenschade. Of de bijkomende schade daadwerkelijk (dis)proportioneel was, kan weliswaar vaak pas daadwerkelijk achteraf (*ex post*) worden vastgesteld. Het HOR gaat echter, geheel in lijn met de realiteit van het gevechtveld, uit van een afweging die vooraf (*ex ante*) gemaakt mag worden. Het HOR verlangt dat de commandant daarbij de hem ter beschikking staande inlichtingen en daarvan afgeleide inzichten betreft.

Een en ander moet echter wel passen binnen de strategische, operationele en tactische belangen. In COIN staan deze belangen sterk met elkaar in verbinding. Ook de lagere tactische commandant dient met strategisch inzicht te handelen. Dit uit zich tevens in de overwegingen die een rol spelen bij targeting-beslissingen en vooral ook bij proportionaliteitsafweging (van het militair voordeel ten opzichte van de bijkomende schade). We lieten zien dat, nu in COIN de positie van de burgerbevolking een centrale rol vervult, aan de zorg om de bijkomende schade veel meer gewicht wordt toegekend dan in een klassiek conflict het geval zou zijn. Dit betekent dat de acceptabele hoeveelheid nevenschade in COIN kleiner is, of – andersom – dat het relatieve belang van het aan te vallen doel ook groter moet zijn om de proportionaliteitsbalans naar het militair voordeel te kunnen laten doorslaan. Aangezien in COIN vooral de kwalitatieve waarde van de aan te vallen doelen van belang is, houdt dit voor de *counterinsurgent* in dat hij die waarde moet kunnen vaststellen. Ook dit is een strategisch imperatief.

We kunnen hieruit concluderen dat er, in zekere zin, twee typen proportionaliteitsafwegingen zijn die zich in één verenigen: een oorlogsrechtelijke, die als buitengrens dient, en een COIN-gerelateerde, die de juridisch toelaatbare buitensporigheid op strategische gronden nader beperkt. Hieruit kan tevens worden geconcludeerd dat qua proportionaliteit niet het (oorlogs)recht, maar het militair- en politiek-strategische eisenpakket als harde grens fungeert en op militair-doctrinaire gronden bepaalt wat proportioneel wordt geacht. De uitkomst van dit proces staat in wisselwerking met het volgende thema: voorzorgsmaatregelen.

6.6. Thema 3: Voorzorgsmaatregelen

Het laatste thema, na onderscheid en proportionaliteit, betreft de verplichting tot het nemen van voorzorgsmaatregelen. Na de introductie in paragraaf 6.6.1. gaan we in eerste instantie in op de vragen wie voorzorgsmaatregelen moet nemen (§ 6.6.2) en welke voorzorgsmaatregelen het betreft (§ 6.6.3). Daarna zal het sleutelbegrip ‘praktisch uitvoerbaar’ de revue passeren (§ 6.6.4). Vervolgens kijken we naar de test die in artikel 57 AP I ligt besloten: de plicht tot het minimaliseren van voorzienbare (bijkomende) schade (§ 6.6.5). Hierna bezien we de rol van voorzorgsmaatregelen in COIN (§ 6.6.6). We sluiten af met een interim-conclusie (§ 6.6.7).

6.6.1. Introductie

AP I bevat een algemene plicht om burgers en burgerobjecten te ontzien bij het uitvoeren van militaire operaties. Militaire operaties omvatten meer dan aanvallen, en hebben dus ook betrekking op manoeuvres, patrouilles en verplaatsingen.⁶⁵⁴ Artikel 57(1) AP I:

Bij het uitvoeren van de militaire operaties moet er voortdurend voor worden gewaakt, dat de burgerbevolking, de burgers en de burgerobjecten worden ontzien.⁶⁵⁵

Een daartoe in het HOR neergelegd instrument is het treffen van voorzorgsmaatregelen, dat als verplichting nader uitgewerkt is in artikel 57 AP I. Deze verplichting maakt ook deel uit van het oorlogsrechtelijke gewoonterecht.⁶⁵⁶ Het treffen van voorzorgsmaatregelen is een thema dat een voortdurende functie vervult in het doelbestrijdingsproces. Anders gezegd, het vervult een belangrijke rol bij het vaststellen van het militair doel, maar tevens bij de proportionaliteitstoets.⁶⁵⁷ Het moet dan ook niet worden gezien als een laatste toets in een reeks. Daarnaast is het een verplichting die ziet op de aanvallende partij bij zowel offensieve als defensieve doeleinden.⁶⁵⁸ De eerste vraag is: op wie rust deze verplichting?

6.6.2. Wie moeten voorzorgsmaatregelen nemen?

Artikel 57 AP I legt de verantwoordelijkheid tot het nemen van voorzorgsmaatregelen bij “zij die een aanval voorbereiden of tot een aanval besluiten”. Dit zijn in eerste instantie commandanten, planners en overige (staf)officieren die voor een specifieke operatie verantwoordelijk zijn.⁶⁵⁹ Ten tweede kunnen dit ook individuele militairen zijn.⁶⁶⁰ Gedacht kan worden aan de *Joint Tactical Air Controller* (JTAC) of de F-16 piloot. Hetzelfde geldt voor (een ploeg) *special forces* die, veelal zelfstandig opererend, bij aankomst bij het aanvalsdoel, geconfronteerd worden met plotseling aanwezige burgerbevolking.

Een aantal staten verzetten zich tegen de verschuiving van deze verantwoordelijkheid naar een laag niveau (lees: peloton en lager).⁶⁶¹ Deze opvatting wordt echter niet gedeeld door de meerderheid. In het hedendaagse conflict kan dat ook bijna niet anders. De asymmetrie en daaruit voortvloeiende complexiteit van militaire operaties, vereist dat commandanten op een laag tactisch niveau in toenemende mate worden belast met zelfstandige opdrachten die gerelateerd zijn aan strategische doelen.⁶⁶² Ook het besluit om op basis van de ROE zelfstandig geweld aan te wenden, ligt veelal op een laag niveau. Bij gevechtscontacten is het

⁶⁵⁴ Zie Rogers (2004), p. 96; Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), p. 680: dit is een aanvulling op artikel 48 (*basic rule of distinction*).

⁶⁵⁵ Zie artikel 57(1) AP I.

⁶⁵⁶ Zie (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 111-112, onder verwijzing naar Resolutie 2675 (XXV) (Basic Principles for the Protection of Civilian Populations in Armed Conflicts, 9 december 1970) van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties: “in the conduct of military operations, every effort should be made to spare civilian populations from the ravages of war and all necessary precautions should be taken to avoid injury, loss or damage to civilian populations.” Zie ook Ducheine (2008), p. 480.

⁶⁵⁷ Artikel 57 moet dan ook worden gezien als een aanvulling op de artikelen 48, 51, 52 en 54 AP I. Zie Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), § 2189.

⁶⁵⁸ Zie Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), § 2188. Artikel 57 AP I moet dan ook worden afgezet tegen artikel 58 AP I, dat ten aanzien van de effecten van een aanval verplichtingen neerlegt bij de autoriteiten van een partij bij het conflict die wordt aangevallen.

⁶⁵⁹ Zie Rogers (2004), p. 96.

⁶⁶⁰ Zie Oeter (1995), § 457.2.

⁶⁶¹ Een voorbeeld is Zwitserland, dat in een voorbehoud bij artikel 57(2) geen verplichtingen oplegt aan militairen beneden bataljonsniveau. Zie Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), p. 689, voetnoot 5.

⁶⁶² Zie hierover bijvoorbeeld Krulak (1999).

vaak de tactische commandant die zelfstandig een analyse moet kunnen maken van de omstandigheden te velde. Dat hij tevens verantwoordelijk kan worden gehouden voor het al dan niet nemen van voorzorgsmaatregelen bij de aanwending van geweld, is vrijwel onontkoombaar. Dit aspect benadrukt overigens wel de noodzaak (los van de plicht daartoe) tot gedegen opleiding en training in het HOR.⁶⁶³

6.6.3. Tot welke voorzorgsmaatregelen verplicht artikel 57 AP I?

De verplichting tot het nemen van voorzorgsmaatregelen houdt verband met het beginsel van humaniteit: het beschermen van ‘onschuldigen’ tegen de gevolgen van de oorlog. In algemene zin blijkt dit ook uit artikel 57(1) AP I: “[b]ij het uitvoeren van de militaire operaties moet er voortdurend voor worden gewaakt, dat de burgerbevolking, de burgers en de burgerobjecten worden ontzien.”⁶⁶⁴

Tot welke voorzorgsmaatregelen verplicht artikel 57 AP I? In de eerste plaats is dit de verplichting om, *voor zover praktisch uitvoerbaar*, zeker te stellen dat het aanvalsdoel daadwerkelijk een militair doel betreft dat ook aangevallen mag worden. Zoals hiervoor besproken: een aanval op een burgerobject is verboden. Dit geldt, in beginsel, ook voor objecten met beschermde status, ziekenhuizen en cultuurgoederen.⁶⁶⁵ Tenzij de commandant persoonlijk de status van het object heeft vastgesteld, gaat deze inspanningsverplichting niet zover dat men *absoluut* zeker moet zijn dat het een militair doel is: “mistakes based on faulty intelligence can be made.”⁶⁶⁶

Dit betekent dat de commandant of zijn staf, naast de mogelijke persoonlijke kennis van het aan te vallen object, afhankelijk is van andere informatie, bijvoorbeeld van inlichtingen of van rapportages van ondercommandanten te velde. Zelfs bij geringe twijfel is men gehouden om nadere informatie te verkrijgen, bijvoorbeeld door aanvullende verkenningen te laten uitvoeren. Niet alleen is dit een juridische verplichting, maar het dient ook een militair belang:

no responsible military commander would wish to attack objectives which were of no military interest. In this respect humanitarian interests and military interests coincide.⁶⁶⁷

In de tweede plaats moet, eveneens voor zover praktisch uitvoerbaar, een keuze worden gemaakt uit middelen en methoden die bijkomende schade kunnen voorkomen en in elk geval tot het uiterste kunnen beperken (artikel 57(2)(a)(ii) AP I). Deze verplichting wordt in paragraaf 6.6.5 nader toegelicht.

Ten derde: een aanval dient te worden afgelast als te voorzien is dat de bijkomende schade disproportioneel is (artikel 57(2)(a)(iii) AP I). Deze verplichting is, net als artikel 51(5)(b) AP I een uitwerking van het proportionaliteitsbeginsel. Waar laatstgenoemd artikel een kwalificatie hanteert (een disproportionele aanval is niet-onderscheidend en dus verboden) geeft artikel 57(2)(a)(iii) AP I in een eenduidige opdracht aan de commandant wat hem in dat geval te doen staat: de aanval afgelasten.

⁶⁶³ Zie Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), § 2197.

⁶⁶⁴ De toelichting bij artikel 57 definieert ‘militaire operaties’ als “any movements, manoeuvres and other activities whatsoever carried out by the armed forces with a view to combat.” Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), § 2191 (accent EP/PD).

⁶⁶⁵ Zie artikel 57(2)(a)(i) AP I.

⁶⁶⁶ Zie Rogers (2004), pp. 96-97, verwijzend naar Obradovic, die uitgaat van absolute zekerstelling (Obradovic (1979)).

⁶⁶⁷ Zie Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), § 2195.

Ten vierde: een aanval moet worden afgelast of opgeschort als blijkt dat het aanvalsdoel geen militair doel is of bijzondere bescherming geniet (artikel 57(2)(b)) AP I) of als het disproportioneel lijkt te zijn.⁶⁶⁸ Waar artikel 57(2)(a)(iii) AP I alleen spreekt over afgelasting van de aanval, heeft artikel 57(2)(b) AP I het ook over opschorting.

Ten vijfde: als voorzien is dat burgers getroffen kunnen worden, dienen deze op effectieve wijze gewaarschuwd te worden, ‘tenzij de omstandigheden dat niet toelaten’ (artikel 57(2)©) AP I). De omstandigheden waarop hier gedoeld wordt, beslaan met name de vraag of een waarschuwing geen afbreuk doet aan het verrassingselement (van de aanval). Toch is niet gekozen voor de opname van een clause die hier direct op aansluit (zoals: ‘behalve in het geval van een aanval’). De vigerende clause lijkt ruimer te zijn en geeft de commandant een bepaalde discretionaire ruimte.⁶⁶⁹ Het biedt de commandant ook de mogelijkheid om vanwege andere operationele overwegingen (zoals tijdsdruk) van een waarschuwing af te zien. In dat verband kan gedacht worden aan *ticking time bomb*-scenario’s zoals een zelfmoordcommando.

Ten slotte, indien er een keuze is uit meerdere militaire doelen, dient dat militaire doel uitgeschakeld te worden dat de minste bijkomende schade veroorzaakt, als daarmee het militaire voordeel ook behaald kan worden (artikel 57(3)) AP I.⁶⁷⁰

6.6.4. Sleutelbegrip: “Praktisch uitvoerbaar”

Een sleutelbegrip in artikel 57 AP I is het begrip ‘praktische uitvoerbaarheid’. De aanvallende partij is verplicht alle praktisch uitvoerbare voorzorgsmaatregelen te nemen om vast te stellen dat het aan te vallen doel een militair doel betreft.⁶⁷¹ Artikel 57(2)(a)(ii) AP I verplicht de aanvallende partij alle praktische uitvoerbare voorzorgen te nemen bij de keuze van de middelen en methoden voor de aanval om bijkomende schade aan burgers en burgerobjecten te voorkomen of te beperken.

In artikel 3(10) van het gewijzigde protocol II bij het Verdrag inzake Conventionele Wapens is ‘praktisch uitvoerbaar’ gedefinieerd als:

[...] those precautions which are practicable or practically possible taking into account all circumstances ruling at the time, including humanitarian and military considerations.⁶⁷²

De vraag is nu: wanneer is een voorzorgsmaatregel wel of niet praktisch uitvoerbaar? Rogers zegt hierover het volgende:

[t]he feasibility test is a fine balance because the commander will not wish to take precautions to such an extent as to reduce his chances of military success. On the other hand, military considerations cannot be overriding so as to render the protection for civilian useless.⁶⁷³

Een objectieve maatstaf is zeer lastig vast te stellen, laat staan te hanteren. Vele factoren kunnen immers op het besluit van invloed zijn: de locatie van de militaire objecten, weersomstandigheden, de aanwezigheid van burgers, de samenstelling van het omliggende gebied, de precisie van de beschikbare wapensystemen, de fysieke en psychische conditie van de militairen, enzovoorts.

⁶⁶⁸ Deze verplichting is gedeeltelijk overlappend met de derde verplichting, neergelegd in artikel 57(2)(a)(iii) AP I: een aanval moet worden afgelast bij te verwachten disproportionele bijkomende schade.

⁶⁶⁹ Zie Rogers (2004), p. 100.

⁶⁷⁰ Zie respectievelijk art. 57(2)(a)(i), (ii) en (iii), artikel 57(2)(b), art. 57(2)(c) en art. 57(3) AP I.

⁶⁷¹ Zie art. 57(2)(a)(i) AP I.

⁶⁷² Zie protocol II bij het Verdrag inzake Conventionele Wapens.

⁶⁷³ Zie Rogers (2004), p. 98.

Degene die verantwoordelijk is voor het nemen van voorzorgsmaatregelen is ook degene die, in het licht van alle informatie die hen op dat moment ter beschikking staat, bepaalt of de voorzorgsmaatregelen praktisch uitvoerbaar zijn.⁶⁷⁴ Dit lijkt op het eerste gezicht een subjectieve afweging waarbij het HOR te goeder trouw afgaat op de afwegingen van ‘reasonable commanders’.⁶⁷⁵ Toch wordt een bepaalde objectieve beoordeling verlangd.⁶⁷⁶ De toelichting bij artikel 57(2)(a)(1) AP I zegt hierover bijvoorbeeld het volgende:

[t]he interpretation will be a matter of common sense and good faith. What is required of the person launching an offensive is to take the necessary identification measures in good time in order to spare the population as far as possible. It is not clear how the success of military operations could be jeopardized by this.⁶⁷⁷

Afgaande op Schmitt kent de verplichting echter zijn grenzen:

In the end, feasibility means that those who plan, approve, or execute an attack must take those measures that a reasonable warfighter in same or similar circumstances would take to limit harm to civilians – *nothing more*.⁶⁷⁸

Het gaat er kennelijk om wat – gezien de omstandigheden – een (andere) commandant (in vergelijkbare omstandigheden) ook zou besluiten. Betekent dit nu dat de commandant of een piloot ook een zekere zelfstandige discretionaire bevoegdheid toekomt om te besluiten van welke informatiebronnen hij gebruik maakt om vast te stellen of de aanval kan doorgaan?⁶⁷⁹ Gedacht kan worden aan situaties waarin een commandant besluit om van andere dan de meest geavanceerde inlichtingensystemen die tot zijn beschikking staan gebruik te maken of waarbij er onvoldoende tijd is om reeds beschikbare informatie verder te analyseren. We denken dat een bepaalde discretionaire bevoegdheid wel bestaat, maar dat de reikwijdte ervan wordt bepaald door een aan het proportionaliteitsbeginsel gerelateerde verplichting: het minimaliseren van voorzienbare bijkomende schade.

6.6.5. Verplichting: Keuze in methoden en middelen

In paragraaf 6.5 stelden we dat het oorlogsrecht militaire commandanten een zekere ruimte biedt om (de kans) te aanvaarden dat burgers omkomen of gewond raken bij de aanval op een legitiem militair doel. Van belang is hierbij op te merken dat de verplichting tot vaststelling dat bijkomende schade (dis)proportioneel is in relatie tot het te verwachten militaire voordeel slechts een eerste beschermingslaag is. De verplichting tot het nemen van voorzorgsmaatregelen bij het maken van een keuze uit de toe te passen beschikbare methoden en middelen voegt een tweede beschermingslaag toe, neergelegd in artikel 57(2)(a)(ii) AP I. Deze bepaling houdt in dat:

⁶⁷⁴ Dit is ook de visie van Nederland. Nederland heeft bij (o.m.) artikel 52(2) AP I het volgende voorbehoud opgenomen: “It is the understanding of the Government of the Kingdom of the Netherlands that military commanders and others responsible for planning, deciding upon or executing attacks necessarily have to reach decisions on the basis of their assessment of the information from all sources which is available to them at the relevant time” Zie voor de volledige tekst van het voorbehoud van Nederland bij AP I: <www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/E6EF925C67966E90C1256402003FB532?OpenDocument>.

⁶⁷⁵ Zie Oeter (1995), § 457.4

⁶⁷⁶ Zie Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), § 2208.

⁶⁷⁷ Zie Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), § 2198. Zie ook Bothe (2001), p. 45.

⁶⁷⁸ Zie Schmitt (2006), p. 303.

⁶⁷⁹ Dit was het standpunt van de ICTY Review Committee in het Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, zie ICTY (2000).

zij die een aanval voorbereiden of tot een aanval besluiten [...] alle praktisch uitvoerbare voorzorgen [dienen] te nemen bij de keuze van de middelen en methoden voor de aanval, ten einde bijkomend verlies van mensenlevens onder de burgerbevolking, verwonding van burgers en schade aan burgerobjecten *te voorkomen en deze in elk geval tot het uiterste te beperken*.

Deze bepaling lijkt een dubbele doelstelling te bevatten.⁶⁸⁰ De eerste doelstelling is een uiterste, en geprefereerd, streven: het absoluut voorkomen van bijkomende schade. In de wetenschap dat dit niet altijd mogelijk is, is een tweede doelstelling ingebouwd: ongeacht of bijkomende schade te voorkomen is, moet bijkomende schade zoveel mogelijk beperkt worden.

Hoe moet deze bepaling nu worden gebruikt in relatie tot de proportionaliteitsafweging? Artikel 57(2)(a)(ii) AP I laat meerdere interpretaties toe. Zo kan beargumenteerd worden dat de bepaling een zelfstandig instrument is, toe te passen *nadat* een commandant *in abstracto* de proportionaliteitsafweging heeft gemaakt. Deze benadering werkt echter kunstmatig. De commandant kan immers alleen tot dit oordeel komen als hij, als onderdeel van het zogenaamde *weaponering*,⁶⁸¹ zich een beeld heeft gevormd met welke methoden en middelen hij de aanval rechtmatig kan uitvoeren.

De te prefereren benadering lijkt te zijn om in eerste instantie te bezien welke methoden en middelen de mogelijke bijkomende schade bij voorbaat zoveel mogelijk kunnen beperken.⁶⁸² Factoren die bij de keuze voor methoden en middelen een rol kunnen spelen zijn: het belang van het object; de tijdsdruk; de beschikbaarheid en juistheid van de inlichtingen over het object; de karakteristieken van het object zelf; beschikbaarheid van wapensystemen en munitie; het effect, bereik en de doelgerichtheid van de munitie en wapensystemen; de omstandigheden waaronder de aanval plaatsvindt (tijd van de dag, terrein, weersomstandigheden); de aanwezigheid van burgers of beschermde objecten; en de risico's voor eigen troepen. In het licht van de omstandigheden van het moment, met de hem ter beschikking staande informatie kan de commandant in tweede instantie bezien of de bijkomende schade die dan nog te verwachten is buiten proporties is in verhouding tot het te verwachten militaire voordeel. Daarmee is meteen de ingang naar de derde interpretatiemogelijkheid van artikel 57(2)(b)(ii) AP I gegeven, namelijk dat proportioneel geachte bijkomende schade verder beperkt wordt door, voor zover mogelijk, verdere *fine tuning* van de te prefereren methoden en middelen.

6.6.6. Voorzorgsmaatregelen en COIN

In respectievelijk paragraaf 6.4.4 en paragraaf 6.5.4 hebben we gezien dat toepassing van de beginselen van onderscheid en proportionaliteit in een COIN wordt beïnvloed door militair- en politiek-strategische overwegingen.

Ook in het laatste thema – voorzorgsmaatregelen – komt deze invloed naar voren. Drie deelonderwerpen zullen aan de orde komen: de discretionaire bevoegdheid in COIN (§ 6.6.6.1); procedures, methoden en processen (§ 6.6.6.2); en de rol van nieuwe technologieën (§ 6.6.6.3).

⁶⁸⁰ De toelichting op artikel 57 AP I gaat hier niet op in.

⁶⁸¹ 'Weaponering' is het deel van het *targeting*-proces waarbij het meest effectieve wapentype en wijze van inzet van dat wapentype worden gekozen voor de uitschakeling van het desbetreffende doel. Zie Kruit (2009), p. 142.

⁶⁸² Zie Oeter (2008), pp. 210-211.

6.6.6.1. Discretionaire bevoegdheid in COIN

De complexiteit van het hedendaagse gewapende conflict heeft tot gevolg dat het nemen van voorzorgsmaatregelen een verantwoordelijkheid is die ook op het niveau van de lagere commandant (pelotonscommandant, ploegcommandant) of zelfs individuele militairen (piloot of JTAC) ligt. Ook hebben we gezien dat de verplichtingen van het HOR inzake doelherkenning of de keuze tussen methoden en middelen die bijkomende schade moeten voorkomen of beperken, een ‘realiteitscheck’ bevatten: de verplichtingen gelden alleen voor zover dit praktisch uitvoerbaar is. Hetzelfde geldt voor de verplichting tot waarschuwen ‘tenzij de omstandigheden dat niet toelaten’. Voorgaande biedt, zoals geconcludeerd, de verantwoordelijke militair een zekere discretionaire bevoegdheid voor het nemen van voorzorgsmaatregelen. Het is aan deze militair overgelaten om te bepalen of een en ander praktisch uitvoerbaar is, of – gezien de omstandigheden – nog mogelijk is.

Een *counterinsurgent*, zoals ISAF, ziet zich voor een dilemma geplaatst. Enerzijds verlangt COIN dat commandanten moeten accepteren dat ondercommandanten op lagere tactisch niveaus belast worden met een zekere verantwoordelijkheid voor strategische belangen (de ‘Strategic Corporal’). Anderzijds vereist COIN vertrouwen in een correct gebruik van de ruimte die het HOR biedt. Misbruik of een onbedoelde verkeerde appreciatie van die ruimte, met als gevolg burgerslachtoffers, kan, zoals eerder uiteengezet, velerlei strategische gevolgen hebben. Omdat COIN nu eenmaal geen alternatief biedt voor de ‘vrije’ rol van ondercommandanten in het veld, ligt de nadruk mede daarom op het van hogerhand nader invullen van de discretionaire bevoegdheid voor het nemen van voorzorgsmaatregelen.⁶⁸³

In feite wordt er in COIN naar gestreefd zoveel mogelijk uit te sluiten dat doelherkenning of een keuze uit methoden en middelen niet praktisch uitvoerbaar is of dat de omstandigheden een waarschuwing niet toelaten. Dit gebeurt op twee manieren: (1) door het ontwikkelen van procedures, methoden en processen en, ter ondersteuning daarvan; (2) door het ontwikkelen van nieuwe technologieën die faciliteren bij de doelbepaling, proportionaliteitsafweging en vaststelling van methoden en middelen in zowel de plannings- als uitvoeringsfase.

6.6.6.2. Procedures, methoden en processen

De doelstelling van het ontwikkelen van procedures, methoden en processen is om een geïntegreerd doelbestrijdingsproces te laten plaatsvinden. Daarbij kan worden gedacht aan het instellen van een *Joint Targeting Coordination Board*, het uitvaardigen van richtlijnen in *Standard Operating Procedures*, *Standard Operating Instructions* en *Rules of Engagement*, het opstellen van doelenlijsten, procedures voor het analyseren van inlichtingengegevens, het vaststellen van een *Weapons Release Matrix*, enzovoorts. Een voorbeeld in het kader van ISAF vormt de *Tactical Directive* van de commandant van ISAF, die o.m. verlangt dat commandanten toezien op “proportionality, restraint, and utmost discrimination in the use of firepower - making greatest possible use of precision systems.”⁶⁸⁴

⁶⁸³ Een andere reden houdt verband met de mogelijkheid om in de OODA-loop (‘Observe, Orient, Decide, Act’) van de tegenstander te komen. OODA is de door John Boyd ontwikkelde theorie waarbij een strijdende partij door constante *situational awareness* sneller kan handelen dan de tegenstander. Hierdoor wordt aan eigen zijde initiatief verkregen, terwijl de tegenstander wordt in het reactief gedwongen. Voor een uitgebreide analyse, zie Osinga (2006). Dit aspect zal in deze bijdrage verder buiten beschouwing worden gelaten.

⁶⁸⁴ Zie NATO (2009), p. 10.

6.6.6.3. Nieuwe technologieën

Het optreden van (westerse) krijgsmachten kenmerkt zich door de ontwikkeling en toepassing van nieuwe technologieën die het mogelijk maken een aanval met (nog) meer precisie uit te voeren. Er bestaat een interessante dynamiek tussen precisietechnologie, HOR en COIN. Deze dynamiek komt vooral tot uiting bij het nemen van voorzorgsmaatregelen.

Het lijkt geen twijfel dat het gebruik van precisietechnologie allerlei voordelen heeft. Zo biedt het meer mogelijkheden voor *Effect Based Operations* gericht tegen sleutelfiguren binnen een vijandelijk netwerk. Dergelijke operaties vergen minder aanvallen en verkleinen dus het risico op bijkomende schade.

De beschikbaarheid van precisietechnologie impliceert tevens dat een staat het zich eigenlijk minder kan permitteren om 'bijkomende schade' te veroorzaken. "When a missile can be seen to navigate a city street on CNN, it is hard to accept footage of civilian casualties as merely the unavoidable consequence of a lawful attack."⁶⁸⁵ Een staat zal het steeds moeilijker krijgen om aantijgingen over niet-onderscheidende aanvallen te weerleggen. Een raket die een burgerdoel treft of disproportioneel veel burgerslachtoffers maakt, moet dan immers met onachtzaamheid (*recklessness*) op het doel geleid zijn, zo zou beweerd kunnen worden.

Dit leidt tot twee vragen. Ten eerste: houden de inspanningsverplichtingen tot het nemen van voorzorgsmaatregelen (en indirect natuurlijk ook de verplichting tot het maken van onderscheid en het hanteren van proportionaliteit) in dat er een gewoonterechtelijke verplichting bestaat voor staten om precisietechnologie te ontwikkelen en/of aan te schaffen? Ten tweede: betekent de beschikking over precisietechnologie tevens dat er een gewoonterechtelijke verplichting bestaat om van deze wapens gebruik te maken? Door aan de beschikbaarheid van moderne technologieën een juridische verplichting tot gebruik te verbinden, zou een stap te ver zijn, zoals Dinstein stelt

such claims would introduce an inadmissible discriminatory bias either in favour of, or against, more developed belligerent States equipped with expensive ordnance at the cutting edge of modern technology.⁶⁸⁶

Sommigen stellen dat precisietechnologie in ieder geval gebruikt moet worden als het om een geplande aanval gaat. In dat geval zou gelden dat "the weapon with most accurate delivery parameters should be employed to attack a military objective with civilian objects in its vicinity".⁶⁸⁷ Anderen ontkennen het bestaan van een gewoonterechtelijke plicht om te allen tijde gebruik van precisiewapens te maken,⁶⁸⁸ zelfs niet bij bombardementen in verstedelijkt gebied.⁶⁸⁹ Zoals Dinstein betoogt, "the availability of precision-guided munitions by no means forecloses alternative precautionary options."⁶⁹⁰ Echter,

it must also be borne in mind that, should the attacker actually employ precision-guided munitions, while more options in targeting are bound to open up, the attack would be susceptible to much closer scrutiny by any impartial observer.⁶⁹¹

⁶⁸⁵ Zie Schmitt (2005), p. 446.

⁶⁸⁶ Zie Dinstein (2004), p. 126, verwijzend naar Murphy (2001).

⁶⁸⁷ Zie Oeter (1995), p. 210.

⁶⁸⁸ Zie Schmitt (2006), p. 306.

⁶⁸⁹ Zie Belt (2000), p. 115.

⁶⁹⁰ Zie Dinstein (2004), p. 127.

⁶⁹¹ Zie Dinstein (2004), p. 127. Van NGO's als Human Rights Watch en Amnesty International verschijnen regelmatig rapporten over de wijze van optreden van strijdende partijen in conflictgebieden. Helaas wordt daarbij een te eenzijdige benadering gekozen. De vaststelling (en veroordeling) van bijkomende schade wordt vaak breed uitgelicht; de andere kant van de medaille blijft echter vaak onbelicht. Deze betreft de vraag of, en in welke mate de aanvallende partij aan zijn verplichtingen om voorzorgsmaatregelen

Bovenstaande betekent dat partijen hooguit een morele plicht hebben om precisiewapens te gebruiken, geen juridische.

Van partijen wordt alleen verlangd dat zij “common sense and good faith” gebruiken. Voor zover partijen bij een conflict van mening zijn dat er een morele plicht bestaat, wordt het gebruik van moderne technologieën voornamelijk afgedwongen door militair- en politiek strategische overwegingen. Zonder in herhaling te willen vallen, dwingt het spectrum waarbinnen hedendaagse militaire operaties worden uitgevoerd de aanvaller tot het gebruik van moderne methoden en middelen.

Ook hier kan de conclusie derhalve zijn dat niet het recht, maar andere factoren nauwere marges van militair handelen afdwingen. Als voorbeeld dient het besluit van ISAF om minder vaak gebruik te maken van het luchtmiddel en om nauwkeurigere en kleinere bommen te hanteren, dit alles om bijkomende schade te beperken.⁶⁹² Hier is vanuit HOR standpunt geen bezwaar tegen te maken; vanuit militair standpunt echter betekent het dat ISAF, wanneer het luchtwapen niet wordt ingezet, de aanval geen doorgang vindt of alternatieven worden ingezet die wellicht meer risico meebrengen voor eigen troepen, bijvoorbeeld bij de inzet van grondtroepen.

6.6.7. Interim-conclusie Thema 3

Het HOR kent de algemene verplichting om burgers en burgerobjecten te ontzien bij het uitvoeren van militair operaties. Voor zover deze operaties het *aanvallen* van doelen betreft (doelbestrijding of ‘targeting’) bevat artikel 57 AP I een aantal voorzorgsmaatregelen die door de aanvallende partij dienen te worden getroffen. Deze verplichting betreft commandanten, sleutelfunctionarissen binnen een staf, maar ook individuele militairen, zoals piloten of commandanten van een kleinere eenheid (peloton, groep, voertuig of een commando-ploeg).

Het HOR staat toe dat het nemen van voorzorgsmaatregelen ‘alleen’ verplicht is als dat ‘praktisch uitvoerbaar is’ (doelherkenning, keuze uit methoden of middelen) of ‘zolang de omstandigheden dit toelaten’ (waarschuwing). Dit resulteert in een zekere discretionaire bevoegdheid voor commandanten om, in redelijkheid, op basis van de omstandigheden op het moment te bezien of aan de verplichting voldaan kan worden, maar zonder dat dit de bescherming van burgers of burgerobjecten ondermijnt.

Artikel 57(a)(ii)(b) AP I ziet op de keuze uit methoden en middelen. Deze bepaling lijkt een dubbele doelstelling te bevatten, waarbij het absoluut voorkomen van bijkomende schade de voorkeur heeft, maar waarbij, voor zover dit niet mogelijk is, in ieder geval gestreefd moet worden naar het zoveel mogelijk beperken van bijkomende schade. Voorafgaande aan een aanval dient eerst bezien te worden welke methoden en middelen de mogelijke bijkomende schade bij voorbaat zoveel mogelijk kunnen beperken.⁶⁹³ Verscheidene factoren zoals tijd, middelen, informatie, risico’s etc. kunnen op die analyse van invloed zijn. De commandant kan vervolgens in tweede instantie bezien of de resterende te verwachten bijkomende schade buiten proporties is in verhouding tot het te beoogde militaire voordeel.

te nemen voldaan heeft. Het rapport *Troops in Contact* van Human Rights Watch, bijvoorbeeld, gaat nauwelijks in op de proportionaliteitsoverwegingen en voorzorgsmaatregelen die de coalitie-troepen zouden hebben genomen voorafgaande aan het besluit tot de aanval, maar komt ook niet met alternatieven. Zie Human Rights Watch (2008).

⁶⁹² Zie <www.ft.com/cms/s/0/44aaa8be-3e01-11dc-8f6a-0000779fd2ac.html?nclick_check=1>.

⁶⁹³ Zie Oeter (2008), pp. 210-211.

Net als bij de beginselen van onderscheid en proportionaliteit spelen ook bij voorzorgsmaatregelen strategische overwegingen een rol. Het HOR biedt de verantwoordelijke militairen een zekere vrijheid zelfstandig te beslissen of voorzorgsmaatregelen al dan niet praktisch uitvoerbaar zijn.

Hoewel COIN enerzijds verlangt dat commandanten moeten accepteren dat ondercommandanten op tactisch niveau belast worden met een zekere verantwoordelijkheid voor strategische belangen (de ‘Strategic Corporal’), vereist het anderzijds vertrouwen in een juist gebruik van de ruimte die het HOR biedt. Om misbruik of een onbedoelde verkeerde appreciatie van die ruimte, en daarmee negatieve strategische gevolgen, te voorkomen, wordt de discretionaire bevoegdheid enerzijds nader ingevuld door middel van het ontwikkelen, uitvaardigen en handhaven van procedures, methoden en processen neergelegd in een grote verscheidenheid aan documenten die bij het plannen, goedkeuren en uitvoeren van doelbestrijdingsoperaties op de daarbij betrokken militairen van toepassing zijn. Anderzijds valt men terug op nieuwe technologieën die het mogelijk maken de doelbepaling, proportionaliteitsafweging en vaststelling van methoden en middelen in zowel de plannings- als uitvoeringsfase met meer nauwkeurigheid en dus zekerheid te laten plaatsvinden. Ondanks de verplichting met een keuze uit methoden en middelen de bijkomende schade te voorkomen of te beperken, bestaat onduidelijkheid of deze verplichting zich uitstrekt tot het gebruik van precisietechnologieën indien een partij daar de beschikking over heeft. Hoewel het oorlogsrecht de commandant een discretionaire bevoegdheid biedt en ook op het thema van voorzorgsmaatregelen veel ruimte laat, beperken strategische overwegingen (militair en politiek) het geweldspectrum waarbinnen hedendaagse militaire operaties worden uitgevoerd, onder andere via nieuwe technologieën en/of voorzorgsmaatregelen.

Met deze interim-conclusie sluiten we de analyse van de drie thema’s af. We besluiten met de subconclusies van dit hoofdstuk.

6.7. Subconclusies ‘targeting’ in doelbestrijding

[...] *targeting is much more limited by policy restrictions than traditional legal analysis.*⁶⁹⁴

In dit hoofdstuk beogen wij de oorlogsrechtelijke aspecten van *targeting* tijdens een hedendaagse COIN-operatie (ISAF) voor niet-juristen – en vooral commandanten – inzichtelijk te maken. De vraag die daarbij centraal stond was: welke positie nemen – in de context van *counterinsurgency* – de beginselen en regels van het HOR in bij doelbestrijding door (Nederlandse eenheden van) ISAF?

De aanleiding voor het onderzoek naar deze vraag is de toenemende zorg van de Afghaanse regering en de internationale gemeenschap om de vele slachtoffers onder de burgerbevolking die vallen mede als gevolg van de militaire operaties door ISAF in, met name, Zuid-Afghanistan. De roep om naleving van het HOR (en de rechten van de mens) neemt toe, evenals de druk op ISAF om maatregelen te nemen die burgerslachtoffers verder beperken. In de huidige doctrinaire visie over COIN neemt de zorg om de positie van burgers een dominante positie in en wordt van doorslaggevend belang geacht voor de bestrijding van een *insurgency*. Dit is tevens in Afghanistan het geval.⁶⁹⁵

Uit het van toepassing zijnde oorlogsrechtelijke regime, de doctrine en de jurisprudentie komen drie aan doelbestrijding gerelateerde thema’s naar voren: onderscheid, proportionali-

⁶⁹⁴ Zie Naval War College (2008).

⁶⁹⁵ Zie Soldaat & et. al (2009), pp. 253-254.

teit en voorzorgsmaatregelen. Een juridische analyse van deze thema's laat zien dat ieder thema afzonderlijk wordt beheerst door zorgvuldig geformuleerde bepalingen, maar dat niet altijd eenduidige helderheid bestaat over de precieze betekenis van de daarin gebruikte begrippen. Het begrip RDAV is een sprekend voorbeeld. Desalniettemin bevatten de doctrine en de jurisprudentie voldoende aanknopingspunten die een zorgvuldige juridische afweging mogelijk maken. Het HOR biedt niet alleen de uiterste juridische buitengrenzen waarbinnen doelbestrijdingsoperaties mogen worden uitgevoerd. Daarbinnen biedt het HOR bovendien de betrokken militairen aanzienlijke ruimte om zelfstandig, op basis van redelijkheid en gebaseerd op de omstandigheden van dat moment, te besluiten of een aanval rechtmatig is. Het HOR laat zien dat het ontwikkeld is met een oog voor de realiteit op het gevechtveld. Dat uit zich bijvoorbeeld in het feit dat een zeker hoeveelheid bijkomende schade bij aanvallen op militaire doelen op zich niet verboden is, en uit het feit dat de besluiten tot aanvallen beoordeeld moeten worden op basis van de feiten en omstandigheden van dat moment (*ex ante*) en niet met de kennis van nu (*ex post*).

Als we dit juridische (oorlogsrechtelijke) kader relateren aan de operaties die ISAF als *counterinsurgent* uitvoert, valt op dat aan COIN gerelateerde niet-juridische strategische overwegingen deze juridische buitengrens of ruimte nader beperken. Deze militair- en politiek-strategische imperatieven worden voornamelijk gevoed door de zorg om de positie van de burgerbevolking. De feitelijke omstandigheden bemoeilijken het onderscheid tussen de burgerbevolking en opstandelingen, en vereisen dat extra inspanningen worden geleverd om de rechtmatigheid van potentiële doelwitten zeker te stellen. Hoewel richtinggevend, kunnen de voorwaarden voor het vaststellen van RDAV (bij personen) en het militair doel (bij objecten) als leidraad fungeren.

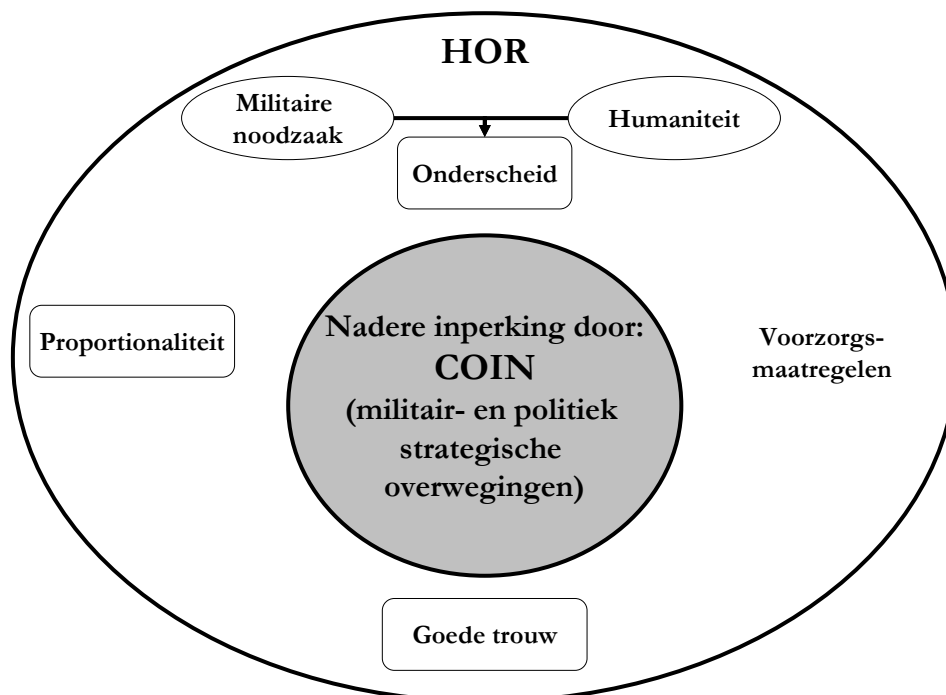
Ook de vaststelling van proportionaliteit wordt in COIN nadrukkelijk beïnvloed door de zorg om burgerslachtoffers. Waar in klassieke conflicten een bepaald aantal burgerslachtoffers niet buitensporig zou zijn geoordeeld, zal dit in een COIN wel zo zijn. Het extra 'gewicht' dat aan nevenschade wordt toegekend, verlangt dat het militair voordeel evenredig veel dient toe te nemen om minstens een balans te kunnen bereiken. Of andersom: tijdens COIN is een bepaald militair voordeel (omvang X) slechts een beperktere hoeveelheid bijkomende schade (met omvang Z) acceptabel. Zo niet, dan is de aanval – eerder dan in klassieke conflicten – disproportioneel. Nu in COIN met name de kwalitatieve waarde van de aan te vallen doelen van belang is, houdt dit voor de *counterinsurgent* in dat hij die waarde aan de hand van de positie van het doelwit binnen de organisatie moet kunnen vaststellen. Daarvoor moet wel de identiteit van een dergelijk *high value target* worden vastgesteld. Ook dit is een strategisch imperatief die extra inspanning vereist.

De extra inspanningen die het vaststellen van de status van het doelwit (onderscheid) en het bepalen van de identiteit, positie en kwalitatieve waarde verlangen, staat in wisselwerking met het derde thema: voorzorgsmaatregelen. Het HOR verlangt dat voorzorgsmaatregelen worden genomen, zoals de vaststelling van het militair doel, de keuze uit methoden en middelen om bijkomende schade uit te sluiten of te minimaliseren, het opschorten of afgelasten van een aanval bij disproportionaliteit en het geven van waarschuwingen. Het staat de verantwoordelijke militairen – in goed vertrouwen – vrij in redelijkheid af te zien van het nemen van voorzorgsmaatregelen als dit niet praktisch uitvoerbaar is of als de omstandigheden dit niet toelaten. Vanuit COIN-perspectief tracht een *counterinsurgent* als ISAF via procedures en (nieuwe) precisietechnologieën (die verbeterde doelbepaling, proportionaliteitsafweging en vaststelling van methoden en middelen inhouden) te garanderen dat voorzorgsmaatregelen

len altijd genomen kunnen worden. Hiermee voorkomt hij dat voorzorgsmaatregelen op onjuiste en onzorgvuldige gronden achterwege blijven en burgerslachtoffers vallen. De conclusie van het voorgaande is dat – uit strategische overwegingen – tijdens COIN aan de juridische buitengrenzen die door het HOR (en mensenrechten) worden getrokken, extra (niet-juridische) imperatieven worden toegevoegd. Deze extra-juridische binnengrens beïnvloedt de vrijheid in planning, goedkeuring en uitvoering van doelbestrijdingsoperaties in hoge mate. Zoals onlangs bij een congres over de juridische aspecten van de oorlog in Afghanistan werd geconcludeerd:

the counterinsurgency effort in Afghanistan and the great adversity to creating civilian casualties means targeting is much more limited by policy restrictions than traditional legal analysis.⁶⁹⁶

Deze COIN realiteit hebben we in Figuur 10 schematisch weergegeven. In deze afbeelding hebben we tevens de positie van ‘de goede trouw’ weergegeven. In de voorgaande analyse blijkt dit principe meerdere malen van toepassing te zijn op de besluiten die commandanten en militairen nemen. Het principe komt duidelijk voor in de bepalingen aangaande proportionaliteit en voorzorgsmaatregelen. Dit is overigens niet verbazingwekkend, aangezien ‘chivalry’ of ‘de goede trouw’ zoals we in paragraaf 5.6.4 al weergaven, in een aantal oorlogsrechtelijke handboeken als één van de beginselen van het HOR wordt aangeduid.



Figuur 10: Begrenzing geweld en samenhang oorlogsrechtelijke beginselen in COIN

Nu terug naar de deelvraag van dit hoofdstuk: welke positie nemen – in de context van *counterinsurgency* – de beginselen en regels van het HOR in bij doelbestrijding door (Nederlandse eenheden van) ISAF? Zoals duidelijk mag zijn, biedt het HOR in de eerste plaats het raamwerk waaraan de *juridische* rechtmatigheid van doelbestrijdingsoperaties moet worden getoetst. De daarin besloten denkprocessen bieden daarnaast een zeer nuttig kader voor de *militair strategische* overwegingen van doelbestrijdingsoperaties. Enerzijds, omdat de uiterste grenzen van het raamwerk de juridische haalbaarheid (en rechtmatigheid) van dergelijke

⁶⁹⁶ Zie Naval War College (2008).

operaties bepaalt; anderzijds, omdat de ruimte tussen deze grenzen tevens de ruimte aan- geeft waarin beperkingen kunnen worden opgelegd. Waar in conventionele conflicten het HOR nog wel eens in de weg staat van een voorgenomen doelbestrijdingsoperatie, kan in het geval van COIN worden geconcludeerd dat de grenzen van het recht niet opgezocht worden.

De beperkingen waaraan doelbestrijdingsoperaties onderhevig zijn, kunnen dus het recht niet altijd verweten worden. De beperkingen zijn enerzijds juridische van aard (het HOR en mensenrechten), en anderzijds in aanvulling daarop niet-juridisch (politiek- en militair- stra- tegisch. Dit maakt de beperkingen overigens niet minder legitiem.

Hoofdstuk 7 Conclusies

Het juridische raamwerk dat operaties van ISAF omgeeft en bepaalt staat in deze publicatie centraal. We bekeken dit kader vanuit het oogpunt van juridische legitimiteit. Dit rechtsstatelijk én militaire grondbeginsel vereist dat militaire operaties een adequate rechtsbasis bezitten én binnen de vigerende rechtregimes worden uitgevoerd.

Ieder gebrek in de juridische legitimiteit leidt allereerst tot onrechtmatig gedrag van Nederland en/of Nederlandse militairen en leidinggevendenden. Bovendien tasten dergelijke gebreken de sociale legitimiteit – het draagvlak – van deze operaties aan én brengen ze imago-schade voor Nederland en zijn krijgsmacht teweeg.

Deze twee thema's – rechtbases en rechtsregimes – spelen bij iedere militaire operatie een rol. Vooral in een complexe *counterinsurgency* operatie zoals ISAF speelt het aspect van legitimiteit van militair optreden een strategische rol. Dit aspect komt pregnant in beeld wanneer er sprake is van doelbestrijding ('targeting').

Onze onderzoeksvraag luidt: wat is de rechtsbasis van ISAF en welke rechtsregimes zijn op (de Nederlandse eenheden van) ISAF van toepassing? In het verlengde hiervan ligt de vraag: welke positie nemen – in de context van COIN – de beginselen en regels van het HOR in bij doelbestrijding door (Nederlandse eenheden van) ISAF?

De rechtsbasis van ISAF wordt bepaald door het *ius ad bellum*. Het *ius ad bellum* is dat deel van het volkenrecht dat extraterritoriaal, transnationaal of interstatelijk geweldgebruik reguleert. Zonder adequate rechtsgrondslag zou de ISAF missie – inclusief de Nederlandse bijdrage daaraan – in strijd met de hoofdregel van het *ius ad bellum* zijn: het geweldverbod.

ISAF blijkt een dubbele rechtsbasis te hebben. Enerzijds berust zij op instemming van de (interim) regering van Afghanistan, zoals onder meer blijkt uit de MTA-ISAF. Daarnaast is de missie gebaseerd op een autorisatie van de VN-Veilighedsraad onder Hoofdstuk VII van het VN-Handvest. Op basis van een (reeks van) resolutie(s) van de Raad is het de troepenleverende landen van ISAF toegestaan – binnen de grenzen van het door de VN-Veilighedsraad vastgestelde mandaat – militair geweld in Afghanistan aan te wenden.

Op de ISAF-operaties kunnen – naast de strafwetgeving die we hier buiten beschouwing lieten – in beginsel drie andere rechtsregimes van toepassing zijn. Het gaat daarbij om (1) mensenrechten, (2) *Rules of Engagement* (ROE) in samenhang met het mandaat en de opgedragen taken, en (3) het humanitaire oorlogsrecht (HOR of *ius in bello*).

Tijdens missies als ISAF ligt – naast ROE en HOR – steeds meer nadruk op mensenrechten. Mensenrechten, we concentreerden ons op het EVRM, zijn als rechtsregime in een aantal gevallen van toepassing op extraterritoriale militaire operaties. Het EVRM is formeel van toepassing op een ieder "die ressorteert onder de rechtsmacht" van een Verdragspartij. Normaliter betreft dit territoriale jurisdictie. In toenemende mate is daarnaast extraterritoriale jurisdictie doorslaggevend. Deze extraterritoriale werking ligt vanwege de 'Saramati-doctrine' gecompliceerd in VN-gemandateerde missies zoals ISAF. We hebben de toepassing van de 'Saramati-doctrine' buiten beschouwing gelaten. Deze doctrine is van toepassing op extra-territoriale jurisdictie in de omstandigheden van de *Saramati case* in de context van Kosovo en KFOR. Daardoor konden handelingen van KFOR niet aan de troepenleverende

landen worden toegerekend. De Afghaanse omstandigheden lijken op een aantal significante punten af te wijken, waardoor het niet uit te sluiten valt dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in een later oordeel een ‘Afghaanse’ zaak anders beoordeelt.

Los van deze problematiek, lijkt het aannemelijk dat het EVRM in twee gevallen van toepassing is op de handelingen van Nederlandse ISAF-eenheden.

Ten eerste, zodra zij individuen aanhouden/arresteren of detineren is er sprake van extraterritoriale jurisdictie op grond van effectief gezag over personen (*State Agent Authority*). Deze jurisdictie ontstaat omdat via de handelingen van overheidsorganen personen (tijdelijk) binnen de jurisdictie van een Verdragspartij vallen, omdat die staat via haar organen een vorm van effectief gezag over deze personen uitoefent of uit kan oefenen. Het gaat daarbij om gevallen van aanhouding, detentie of ontvoering.

Ten tweede, binnen de Nederlandse ISAF-bases is er sprake van jurisdictie op grond van effectief gezag over een (geografisch beperkt) grondgebied (*Effective Control of an Area*). Dit zijn situaties waarin een staat effectieve controle over een gebied buiten het eigen territorium uitoefent, bijvoorbeeld bij een militaire bezetting, bij militaire operaties die op basis van een mandaat, van de VN-Veiligheidsraad of die met instemming of op verzoek van het gastland worden uitgevoerd. Binnen de ISAF-bases is er sprake van jurisdictie op grond van (geografisch beperkte) ECA.

Een complicerende factor treedt op wanneer er sprake is van gedeelde verantwoordelijkheid over detainees en/of ISAF bases.

Gerichte militaire operaties (‘direct action’) waarbij geen ECA aanwezig, kunnen in een aantal gevallen SAA met zich meebrengen. Dit is afhankelijk van de mate van effectieve controle over de situatie. De omstandigheden van het geval zijn daarbij van doorslaggevend belang. De beschikbaarheid van alternatieve acties waarbij er wel sprake is van ECA of territoriale jurisdictie lijkt ook relevant. Daarbuiten zullen sommige acties geen SAA (en jurisdictie) impliceren, waarbij andere acties in een ‘grijs’ (SAA-)gebied plaatsvinden. Daarbij moet gewaakt worden voor misbruik. Een Verdragspartij zou zich aan zijn verantwoordelijkheden kunnen onttrekken door te weinig macht te projecteren, terwijl het daartoe wel in staat is. Ook zou een Verdragspartij bewust buiten haar grondgebied kunnen opereren om jurisdictie te ontlopen.

Het rechtsregime zelf wordt in voorkomend geval ontleend aan het EVRM of het internationale gewoonterecht inzake mensenrechten. Daarbij is van belang dat rechtmatige oorlogshandelingen niet als een inbreuk op het recht op leven worden gezien. Wat rechtmatige oorlogshandelingen inhouden, moet aan de hand van het HOR worden bepaald.

Het recht op leven omvat ook een onderzoeksplicht, in het bijzonder wanneer gevangenen in detentie overlijden (als gevolg van overheids geweld).

De vraag is uiteraard hoe de Verdragspartijen tegen deze kwestie aankijken. Het lijkt alsof staten enerzijds terughoudend zijn om formele jurisdictie te aanvaarden, terwijl ze aan de andere kant op basis van beleidsmatige overwegingen materiële verplichtingen naar analogie *de facto* toepassen. De gelijkennis met het oorlogsrecht dringt zich hier op.

In het geval van ISAF blijken – net als bij nagenoeg alle militaire operaties – naast mensenrechten ook ROE van toepassing te zijn. Veelal gaat dit gebruik van ROE gepaard met het op beleidsmatige gronden toepassen (*de facto*) van de beginselen en regels van het oorlogsrecht.

Het oorlogsrecht is als rechtsregime formeel (*de jure*) van toepassing tijdens militaire operaties zodra (en zolang) er sprake is van een gewapend conflict. Het conflict tussen de Af-

ghaanse overheid en ISAF enerzijds en OMF anderzijds, lijkt op basis van de uitgevoerde analyse te voldoen aan de twee criteria om als gewapend conflict te kunnen gelden: (1) feitelijke vijandelijkheden van een zekere intensiteit, bestaande uit aan elkaar gerelateerd gewapende 'incidenten', die (2) uitgevoerd worden door tegenover elkaar staande georganiseerde gewapende groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen.

Het Afghaanse conflict betreft (sinds 19 juni 2002) een niet-internationaal gewapend conflict tussen de Afghaanse regering (en ISAF) enerzijds, en OMF anderzijds. ISAF is partij bij dit gewapende conflict. Op dit conflict is het HOR ter zake van niet-internationaal gewapende conflicten van toepassing. Dit bestaat uit twee delen: het Gemeenschappelijk Artikel 3 bij de Geneefse Conventies van 1949, aangevuld met het internationale gewoonterecht dat op niet-internationaal gewapende conflicten van toepassing is.

Het oorlogsrecht is ook om een andere reden uiterst relevant. Bij militaire operaties waarin er geen sprake is van een (tijdelijk en plaatselijk) gewapend conflict, worden de beginselen en regels van het oorlogsrecht door Nederland en de NAVO op beleidsmatige gronden *de facto* toegepast.

De toepasselijkheid en toepassing en van het oorlogsrecht kan niet voorkomen dat bij militaire operaties (van ISAF) burgerslachtoffers vallen. In de Afghaanse context neemt de zorg om burgerslachtoffers echter toe. Met die zorg wordt ook de roep om naleving van (striktere) naleving van het oorlogsrecht (en mensenrechten) toe. Daardoor ontstaat druk op ISAF om maatregelen te nemen die burgerslachtoffers verder beperken. In de huidige *counterinsurgency* doctrine zoals ook ISAF deze toepast, neemt de zorg voor de burgerbevolking een dominante positie in: zij van cruciaal belang voor de bestrijding van een *insurgency*. Doelbestrijding ('targeting') tijdens een *counterinsurgency* vraagt daarom om een (her)bezinning op de positie en betekenis van de beginselen en regels van het oorlogsrecht.

Uit het van toepassing zijnde oorlogsrechtelijke regime, de doctrine en de jurisprudentie komen drie aan doelbestrijding gerelateerde thema's naar voren: onderscheid, proportionaliteit en voorzorgsmaatregelen. Een juridische analyse van deze thema's leert enerzijds dat ieder thema afzonderlijk wordt beheerst door zorgvuldig geformuleerde bepalingen. Anderzijds blijkt dat er niet altijd eenduidige helderheid bestaat over de precieze betekenis van de daarin gebruikte begrippen. Het begrip 'rechtstreekse deelname aan vijandelijkheden' is een sprekend voorbeeld. Desondanks kennen doctrine en jurisprudentie voldoende aanknopingspunten voor een zorgvuldige juridische afweging. Uit onze analyse blijkt dat het HOR niet alleen de uiterste grenzen biedt van het *juridische* kader waarbinnen doelbestrijdingsoperaties mogen worden uitgevoerd. Binnen dat kader biedt het oorlogsrecht daarnaast militairen echter tevens aanzienlijke ruimte om zelfstandig, op basis van redelijkheid en te goeder trouw, beoordelingen te maken over de vraag of een aanval rechtmatig is. Het HOR demonstreert daarmee dat het oog heeft voor de realiteit op het gevechtveld.

De in dit juridisch raamwerk besloten denkprocessen bieden daarnaast een zeer nuttig kader voor de *politiek- en militair-strategische* overwegingen voor doelbestrijding in een *counterinsurgency*. Enerzijds, omdat de buitengrenzen van het raamwerk de juridische haalbaarheid van dergelijke operaties bepalen; anderzijds, omdat de ruimte daarbinnen tevens de ruimte aan geeft waarin beperkingen van politiek- of militair-strategische aard kunnen worden opgelegd.

We komen tot de conclusie dat het oorlogsrecht in een *counterinsurgency* een andere rol speelt in vergelijking met een klassiek conventioneel interstatelijk gewapend conflict. In conventionele conflicten werd de volle ruimte van (de buitengrenzen van) het oorlogsrecht benut en

fungeert de buitengrens van het oorlogsrecht regelmatig als ‘showstopper’ of blokkade. In een *counterinsurgency* worden diezelfde buitengrenzen van het oorlogsrecht zelden opgezocht. Beoogde operaties worden binnen de buitengrenzen van het HOR namelijk begrensd uit COIN overwegingen, zijnde politiek- en militair strategische overwegingen die weinig tot geen ruimte bieden voor collateral damage en waarbij de burgerbevolking centraal staat. De doelbestrijdingsbeperkingen in een *counterinsurgency* blijken dus niet juridisch maar politiek of militair strategisch van aard te zijn. Deze beperkingen worden overigens vaak ten onrechte als oorlogsrechtelijk of juridisch gekwalificeerd. We menen te hebben aangetoond dat dit ten onrechte is.

Lijst van afkortingen

ABP	Afghan Border Police
AHP	Afghan Highway Police
AIHRC	Afghanistan Independent Human Rights Commission
ANA	Afghan National Army
ANP	Afghan National Police
ANSF	Afghan National Security Forces
AP I	Aanvullend Protocol (I) bij de Verdragen van Genève (1949), betreffende de bescherming van slachtoffers van internationale gewapende conflicten
AP II	Aanvullend Protocol (II) bij de Verdragen van Genève (1949), betreffende de bescherming van slachtoffers van niet-internationale gewapende conflicten
ATF	Air Task Force (van ISAF)
BG	Battlegroup (van TFU)
CCF	Continuous Combat Function
COIN	Counterinsurgency
ECA	Effective Control of an Area
ECHR	European Court of Human Rights (Europees Hof voor de Rechten van de Mens)
ECommHR	European Commission of Human Rights (Europese Commissie voor de Rechten van de Mens)
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden
GA	General Assembly (of the UN)
GA 2	Gemeenschappelijk Artikel 2 van de Verdragen van Genève (G I-IV)
GA 3	Gemeenschappelijk Artikel 3 van de Verdragen van Genève (G I-IV)
GIRoA	Government of the Islamic Republic of Afghanistan
HOR	humanitair oorlogsrecht (syn. IHL, LOAC)
HRW	Human Rights Watch
IACHR	Inter-American Court of Human Rights
IACommHR	Inter-American Commission of Human Rights
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
ICJ	International Court of Justice (syn: IGH)
ICRC	International Committee of the Red Cross
IGC	internationaal gewapend conflict
ISAF	International Security Assistance Force (for Afghanistan)
KFOR	Kosovo Force
MOU	Memorandum of Understanding
MTA	Military Technical Agreement
NAVO	Noord Atlantische Verdrag Organisatie
NIGC	niet-internationaal gewapend conflict
OEF	Operation Enduring Freedom

OMF	Opposing Militant Forces
PE	Peace Enforcing
PK	Peacekeeping
PRT	provinciaal reconstructie team (van TFU)
RC-South	Regional Command South (van ISAF)
RDAV	rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden
ROE	Rules of Engagement
SAA	State Agent Authority
SC	Security Council (of the UN)
TCN	Troop Contributing Nation
TFU	Task Force Uruzgan, 1(NLD/AUS) TFU, 1 (Netherlands/Australian)
	Task Force Uruzgan
TIC	troops in contact
VN	Verenigde Naties
UK	United Kingdom (of Great Britain and Northern Ireland)
UN	United Nations
UNMIK	United Nations Mission in Kosovo
US	United States (of America)
VK	Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland
VN	Verenigde Naties
VR	VN-Veiligheidsraad
VS	Verenigde Staten van Amerika

Literatuuroverzicht

Advocatenkantoor Steijnen, Olof & Stelling

2007 *Beroep op voet van art 12 Sv. inzake weigering van het OM om over te gaan tot vervolging wegens strafrechtelijke verantwoordelijkheid (command responsibility en/ of aider and abettor liability) inzake schendingen van het humanitair oorlogsrecht en andere ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht door nederlandse troepen in Afghanistan*, <www.omslag.nl/artikel/hofa/>, (benaderd: 1-12-2009).

Altiparmak, K.

2004 Bankovic: an obstacle to the application of the European Convention on Human Rights in Iraq?, in: 9 *Journal of Conflict and Security Law* (2), p. 213-251.

American Law Institute

1987 *Third Restatement of the Law. Foreign Relations Law of the United States (Vol 2)*. St. Paul (Minn.): ALI Publishers.

2004 The Laws of Naval War Governing the Relations Between Belligerents: Manual Adopted by the Institute of International Law (Oxford Manual of Naval War), in: Schindler, D. & J. Toman (red.), *The Laws of Armed Conflict*. Leiden: Brill.

Amersfoort, H.

2005 *'Ik had mijn Roode-Kruis band afgedaan'. Oorlogsrecht en gedragingen van Nederlandse en Duitse militairen in gevecht, mei 1940*. Den Haag: Sdu Uitgevers.

Amnesty International

2007 *Afghanistan - Detainees transferred to torture: ISAF complicity?*, (November 2007) <www.amnesty.org/en/library/asset/ASA11/011/2007/en/c0abadf1-d36f-11dd-a329-2f46302a8cc6/asa110112007en.pdf> en <www.amnestyusa.org/document.php?id=ENGASA110112007&lang=e> (benaderd: 12-3-2009).

Barno, D.W.

2007 Fighting "The Other War" - Counterinsurgency Strategy in Afghanistan, 2003-2005, in: Volume 87, Issue 5, *Military Review* (September-October), p. 32-44.

Bartels, R.

2008 Gewapend conflict is geen eenduidig begrip, in: 4 *Internationaal Humanitair Recht in de kijker*, p. 69-82.

Bartels, R. & Boogaard, J. van den

2008 Definitie van gewapend conflict. Hoe 'binnenlands' is 'niet-internationaal?', in: *Nederlands Juristenblad* (38), p. 2414-2418.

Beckett, I.F.W.

1988 *The Roots of Counter-Insurgency: Armies and Guerilla Warfare 1900-1945*. London: Blandford Publishers.

Belt, S.W.

2000 Missiles over Kosovo: Emergence, Lex Lata, of a Customary Norm Requiring the Use of Precision Munitions in Urban Areas, in: 47 *Naval Law Review*, p. 115-175.

Bemmel, N. van

2009 *Task Force Uruzgan*, Amsterdam: Meulenhoff

Bijl, D.F. de

2006 *De toepassing van dodelijk geweld door 'Law Enforcement Officials': rechtvaardiging onder artikel 2 EVRM*. Master thesis, UvA.

2007 Recht op leven voor 'opposing forces?': rechtvaardiging van geweldstoepassing in vredesmissies onder artikel 2 EVRM, in: 100 *Militair Rechtelijke Tijdschrift* (4), p. 97-110.

2008a De toepassing van het EVRM in militaire missies: ineffectieve theorie of onpraktische illusie? (Annotatie bij Behrami & Saramati), in: 101 *Militair Rechtelijke Tijdschrift* (1), p. 47-63.

- 2008b Nogmaals recht op leven voor ‘opposing forces’ voor het EHRM: Isayeva bevestigd? (Annotatie bij EHRM 17-1-2008 Khatsiyeva a.o. v. Russia), in: 101 *Militair Rechtelijk Tijdschrift* (9), p. 273-285.
- Bishop, P.**
2008 *3 Para. Afghanistan, Summer 2006. This is War*. New York: HarperPerennial.
- Blokker, N.**
2000 Is the authorization authorized? Powers and practice of the UN Security Council to authorize the use of force by ‘coalitions of the able and willing’, in: 11 *European Journal of International Law* (3), p. 541-568.
- Boddens Hosang, J.F.R.**
2009 Aandachtspunten in de ISAF ROE vanuit het strategisch-juridische kader, in: 102 *Militair Rechtelijk Tijdschrift* (5), p. 219-226.
- Boivin, A.**
2006 The Legal Regime Applicable to Targeting Military Objectives in the Context of Contemporary Warfare, in: 2 *Research Paper Series, University Centre for International Humanitarian Law*, Geneva.
- Bothe, M.**
2001 Legal Restraints on Targeting: Protection of Civilian Population and the Changing Faces of Modern Conflicts, in: 31 *Israel Yearbook of Human Rights*, p. 35-49.
- Brownlie, I.**
2003 *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Bring, O.**
2002 International Humanitarian Law after Kosovo: Is lex lata Sufficient?, in: 71 *Nordic Journal of International Law*, p. 39-54.
- Bulterman, M.**
2007 Noot bij Behrami & Saramati, in: 111 *EHRC 2007*, p. 1096-1125.
- Cannizzaro, E.**
2006 Contextualizing Proportionality: Jus Ad Bellum and Ius in Bello in the Lebanese War, in: 88 *International Review of the Red Cross* (864), p. 779-792.
- Cassese, A.**
2001 *International Law*. New York: Oxford University Press.
2005 *International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Coenen, R.E.H.**
2009 De Taliban in Uruzgan. Het karakter van de vijand en een aantal heroverwegingen om hem effectiever te bestrijden, in: 178 *Militaire Spectator* (3), p. 168-175.
- Collins, J.J.**
To Further Afghan Reconciliation: Fight Harder, in: www.smallwarsjournal.com.
- Commissie van den Berg**
2007 *Rapport van de commissie van onderzoek naar de betrokkenheid van Nederlandse militairen bij mogelijke misstanden bij gesprekken met gedetineerden in Irak* (18-6-2007) www.mindef.nl.
- Coomans, F. & M.T. Kamminga (red.)**
2004 *Extraterritorial Application of Human Rights*. Oxford: Intersentia.
- Cryer, R.**
2002 The fine art of friendship: jus in bello in Afghanistan, in: 7 *Journal of Conflict and Security Law* (1), p. 37-83.
- CTIVD**
2007 *Toezichtsrapport inzake het onderzoek naar het optreden van MIVD-medewerkers in Irak bij het ondervragen van gedetineerden in Irak*, Commissie van Toezicht betreffende de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten, (18-6-2007) www.ctivd.nl.
- Danmark**
2007 *Non-Paper on legal framework and aspects of detention*, Copenhagen Conference on “The Handling of Detainees in International Military Operations”, 11 - 12 October 2007, Denmark, <www.ambottawa.um.dk/NR/rdonlyres/F5364962-DC30-4333-9EFC-1B612B43DC28/0/NonpaperCopenhagenConference.pdf> (benaderd: 13-3-2009).

Dennis, M.J.

2005 Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation (Agora: ICJ Advisory Opinion on Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory) in: 99 *American Journal of International Law* (1), p. 119-141.

DEU Bundesregierung

- 2009a *Rede des Bundesministers der Verteidigung, Dr. Karl-Theodor Freiherr zu Guttenberg, im Rahmen der Aussprache zur Regierungserklärung der Bundeskanzlerin vor dem Deutschen Bundestag am 10. November 2009 in Berlin (Bulletin 112-4)*,
<www.bundesregierung.de/nn_1514/Content/DE/Bulletin/2009/11/112-4-bmvg-bt.html>, (benaderd: 01-12-2009).
- 2009b *zu Guttenberg: Kriegsähnliche Zustände in Teilen Afghanistan*,
<www.bundesregierung.de/Content/DE/Interview/2009/11/2009-11-03-interview-guttenberg-bild,layoutVariant=Druckansicht.html>, (benaderd: 29-11-2009).
- 2010 *Regierungserklärung des Bundesministers des Auswärtigen, Dr. Guido Westerwelle, zum deutschen Afghanistan-Engagement nach der Londoner Konferenz vor dem Deutschen Bundestag am 10. Februar 2010 in Berlin (Bulletin 16-1)*,
<www.bundesregierung.de/nn_1514/Content/DE/Bulletin/2010/02/16-1-bmaa-bt.html>, (benaderd: 18-2-2010).

Diepenbrugge, J.A. van

2003 Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties, in: 96 *Militair Rechtelijke Tijdschrift* (9), p. 371-375.

Dinstein, Y.

- 2003 Ius ad Bellum aspects of the 'War on Terrorism', in: Heere, W.P. & International Society for Military Law and the Law of War (Netherlands National Group) (red.), *Terrorism and the military: international legal implications*, The Hague: T.M.C. Asser Press, p. 13-23.
- 2004 *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflicts*. Cambridge: Cambridge University Press.
- 2005 *War, Aggression and Self-Defence*. Cambridge: University Press.
- 2006 The ICRC Customary International Humanitarian Law Study, in: 36 *Israel Yearbook on Human Rights*, p. 1-15.
- 2008 Distinction and Loss of Civilian Protection in International Armed Conflicts, in: 38 *Israel Yearbook on Human Rights*, p. 1-16.

Dolman, M.M., P.A.L. Ducheine, T.D. Gill & G.F. Walgemoed

2005 Functioneel geweldgebruik in internationale operaties: een spiegel van rechtspraak en rechtspraktijk, in: 98 *Militair Rechtelijke Tijdschrift* (10), p. 369-420.

Donnelly, T. & G.J. Schmitt

2008 Musa Qala: Adapting to the Realities of Modern Counterinsurgency, in:
www.smallwarsjournal.com

Doswald-Beck, L.

2006 The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide All the Answers, in: 88 *International Review of the Red Cross* (864), p. 881-904.

Ducheine, P.A.L.

- 2008 *Krijgsmacht, Geweldgebruik & Terreurbestrijding: een onderzoek naar juridische aspecten van de rol van strijdkrachten bij de bestrijding van terrorisme*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers (diss. UvA).
- 2009a ISAF en oorlogsrecht: 'Door het juiste te doen, vreest gij niemand', in: 102 *Militair Rechtelijke Tijdschrift* (6), p. 277-300.
- 2009b Rechtsregimes tijdens militaire operaties, in: 58 *Ars Aequi* (jul/aug), p. 490-497.
- 2009, Jan 26 *Missie Uruzgan wordt bepaald door zowel Afghanistan als VN*, <www.uva.nl/nieuwsbriefuva-actueel-uruzgan>, (benaderd: 26-1-2009).
- 2010 'De status van aanwijzingen van buitenlandse commandanten bij de beoordeling van functioneel militair geweldgebruik', in: 103 *Militair Rechtelijke Tijdschrift* (3), p. 145-154

Ducheine, P., J. van der Meulen & R. Moelker

2010 'Legitimacy and Surveillance: Shifting Patterns of External Control', in: Soeters, J., P.C. van Fenema & R. Beeres (eds.), *Managing Military Organizations: Theory and Practice*, London: Routledge, pp. 29-41.

Ducheine, P.A.L. & G.F. Walgemoed

- 2004 Militairen na 'rake' zaken: de strafrechtelijke positie van militairen na functioneel geweldgebruik, in: 97 *Militair Rechtelijk Tijdschrift* (7), p. 309-324.
- 2005 De strafrechtelijke positie van militairen na functioneel geweldgebruik, in: 174 *Militaire Spectator* (2), p. 48-67.

Dunlap Jr., C.J.

- 2000 The End of Innocence: Rethinking Noncombatancy in the Post-Kosovo Era, in: 14 *Strategic Review* (Summer 2000), p. 9-17.
- 2008 Collateral Damage and Counterinsurgency Doctrine, in: www.smallwarsjournal.com.

Ebbelaar, F.A.

- 2009 Leiderschap onder extreme omstandigheden, in: 32 *Carré* (1), p. 21-26.

Gasser, H.-P.

- 1983 Internationalized non-international armed conflicts: Case studies of Afghanistan, Kampuchea, and Lebanon, in: *American University Law Review* (Fall), p. 145-160.
- 2002 Acts of terror, "terrorism" and international humanitarian law, in: 84 *International Review of the Red Cross* (847), p. 547-570.

GE Bundesministerium der Verteidigung

- 1992 *Humanitarian Law in Armed Conflicts - Manual (DSK VV207320067)(vertaling)*

Gill, T.D.

- 2002 De gedetineerden in Guantánamo en het internationale humanitaire recht, in: 95 *Militair Rechtelijk Tijdschrift* (3), p. 125-127.

Gill, T.D. & E. van Sliedregt

- 2005 Guantánamo Bay: a reflection on the legal status and rights of 'unlawful enemy combatants', in: 1 *Utrecht Law Review* (1), p. 28-54.

Gillard, E.-C.

- 2004 International Humanitarian Law and Extraterritorial State Conduct, in: Coomans, F. & M.T. Kamminga (red.), *Extraterritorial Application of Human Rights*, Oxford: Intersentia, p. 25-39.

Gomien, D., D. Harris & L. Zwaalk

- 1996 *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*. Strasbourg Council of Europe Publishing.

Gondek, M.

- 2005 Extraterritorial Application of The European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?, in: 52 *Netherlands International Law Review* (3), p. 349-387.

Hammond, J.W.

- 2008 Legitimacy and Military Operations, in: *Military Review* (July-August 2008), p. 61-72.

Hanke, H.M.

- 1993 The 1923 Hague Rules of Air Warfare, in: *International Review of the Red Cross* (292), p. 12-42.

Harris, D.J., M. O'Boyle & C. Warbrick

- 1995 *Law of the European Convention on Human Rights*. London: Butterworths.

Häussler, U.

- 2009 *'s ist Krieg?*,
<www.faz.net/s/RubD5CB2DA481C04D05AA471FA88471AEF0/Doc~ECAEA473ADB0B4319ACC3F8CF3E79EC3F~ATpl~Ecommon~Scontent.html>, (benaderd: 4-9-2009).

Parks, Hays W.

- 1990 Air War and the Law of War, in: 32 *Air Force Law Review*, p. 1-225.
- 2007 Asymmetries and the Identification of Legitimate Objectives, in: Heinegg, W.H.v. & V. Epping (red.), *International Humanitarian Law Facing New Challenges*, Berlin: Springer, p. 65-116.

Heinzte, H.-J.

- 2004 On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law, in: 86 *International Review of the Red Cross* (856), p. 789-814.

Henckaerts, J.-M. & L. Doswald-Beck

- 2005 *Customary International Humanitarian Law (Volume I: Rules)*. Cambridge: Cambridge University Press.

Henkin, L.

- 1971 The Reports of the Death of Article 2(4) Are Greatly Exaggerated, in: 65 *American Journal of International Law* (3), p. 544-548.

Heringa, A.W., J.G.C. Schokkenbroek & J. van den Velde (red.)

1998 *Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens: Rechtspraak & Commentaar*. Lelystad Koninklijke Vermande.

HRC

2004, March 29 *General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant at its 2187th meeting*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004).

Human Rights Watch

2007 *The Human Cost - The Consequences of Insurgent Attacks in Afghanistan*, (April 2007)
<www.hrw.org/reports/2007/afghanistan0407/afghanistan0407webwcover.pdf> (26-10-2008).

2008 *Troops in Contact - Airstrikes and Civilian Deaths in Afghanistan*, (September 2008)
<hrw.org/reports/2008/afghanistan0908/afghanistan0908web.pdf> (26-10-2008).

ICOS

2008 *Struggle for Kabul: The Taliban Advance*, The International Council on Security and Development (former Senlis Council), (December)
<www.icosgroup.net/documents/Struggle_for_Kabul_ICOS.pdf> (benaderd 22-1-2009).

ICRC

2003 *International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts (Report prepared by the ICRC, 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2 to 6 December 2003)*, ICRC, 03/IC/09 (december)
<[www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5XRDCC/\\$File/IHLcontemp_armedconflicts_FINAL_ANG.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5XRDCC/$File/IHLcontemp_armedconflicts_FINAL_ANG.pdf)> (20070119).

2008b *ICRC Opinion paper (March 2008) - How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law?*, <www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/armed-conflict-article-170308> (benaderd: 17-9-2008).

2009 *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*. Geneva: ICRC

ICRC & TMC Asser Institute

2006 *Draft: Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, Fourth Expert Meeting (Geneva, 27-28 November 2006),

IIHL

2006 *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict*, International Institute of Humanitarian Law (IIHL), printed in: 36 Israel Yearbook of Human Rights (2006)
<www.michaelschmitt.org/images/Manual%5B1%5D.Final.Brill..pdf> (benaderd: 12-12-2006).

Institute for War and Peace

2008 *Making Musa Qala Work - Afghan Recovery Report*, Institute for War and Peace Reporting, (17 January 2008)

International Law Association (ILA) - Committee on the Use of Force

2008 *Initial Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, <www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1022> (accessed: Oct 1, 2009).

Jazeera.net, Al

2009 *Taliban issues code of conduct*, <[eng-lish.aljazeera.net/news/asia/2009/07/20097278348124813.html](http://english.aljazeera.net/news/asia/2009/07/20097278348124813.html)>, (benaderd: 3-12-2009).

Jinks, D.

2003 *The temporal scope of application of international humanitarian law in contemporary conflicts*, Harvard University, (January 2003)

Jones, S.G.

2008a *Counterinsurgency in Afghanistan*, RAND Corporation, RAND Counterinsurgency Studies, Vol.4.

2008b *The Rise of Afghanistan's Insurgency*, in: 32 *International Security* (4), p. 7-40.

Kalshoven, F. & L. Zegveld

2001 *Constraints on the waging of war. An introduction to International Humanitarian Law*. Geneva: ICRC.

Karskens, A.

2007 *Afghanen steunen ISAF niet meer*, in: *NRC Handelsblad* (7-12-2007), p. 7.

- Kilcullen, D.**
2009 *The Accidental Guerrilla - Fighting Small Wars in the Midst of a Big One*. Oxford: Oxford University Press.
- Kitzen, M.W.M.**
2008 Westerse militaire cultuur en counter-insurgency, in: 177 *Militaire Spectator* (3), p. 123-134.
- Koninklijke Landmacht.**
2003 *Landmachtdoctrinepublicatie II: Gevechtsoperaties, gevechtsoperaties tegen een irregulier optredende tegenstander (LDP II Deel C)*. Zwolle: PlantijnCasparie.
2005 *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht*.
2010 *Land Doctrine Publicatie - Militaire Doctrine voor het Landoptreden (LDP-1)*.
- Kooijmans, P.H.**
1991 In the shadowland between civil war and civil strife: some reflections on the standard-setting process, in: Delissen, A.J.M. & G.J. Tanja (red.), *Humanitarian law of armed conflict challenges ahead (Essays in honour of Frits Kalsboven)*, Dordrecht: Nijhoff Publishers, p. 225-248.
- Kruit, P.J.J. van der**
2009 *Juridisch Handboek Commandant*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Krulak, C.C.**
1999 The Strategic Corporal: Leadership in the Three Block War, in: 28 *Marines Magazine* (1 (January)), p. 28-34.
- Lansink, H.**
2008 Opinie: Afghanistan is niet alleen militair oplosbaar, in: 31 *Carré* (3), p. 20-23.
- Lawson, R.**
2008 Mission Impossible. Het EVRM is niet van toepassing op VN-vredesmissies, in: 33 *NJCM-Bulletin* (1), p. 39-63.
- Lijnzaad, L.**
2004 How not to be an occupying power: some reflections on UN Security Council Resolution 1483 and the contemporary law of occupation, in: Lijnzaad, L., J.v. Sambeek, B. Tahzib-Lie, et al. (red.), *Making the voice of humanity heard. Essays on humanitarian assistance and international humanitarian law in honour of HRH Princess Margriet of the Netherlands*, Leiden: Martinus Nijhof, p. 291-305.
- Lorenz, D.**
2005 *Der territoriale Anwendungsbereich der Grund- und Menschenrechte. Zugleich ein Beitrag zum Individualschutz in bewaffneten Konflikten*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag.
- Loucaides, L.**
2006 Determining the extra-territorial effect of the European Convention: Facts, jurisprudence and the Bankovic case, in: *European Human Rights Law Review* (4), p. 391-407.
- McCoubrey, H. & N.D. White**
1996 *The Blue Helmets: Legal Regulation of United Nations Military Operations*. Aldershot: Dartmouth.
- Melzer, N.**
2008 *Targeted Killing in International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Meron, T.**
1989 *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Metz, S. & D.V. Johnson II**
2001 *Asymmetry and US Military Strategy: Definition, Background and Strategic Concepts* (Strategic Studies Institute of the US War Army College Report). *Militaire Spectator* (Redactie)
2005 De krijgsmacht: Geweldsinstrument, in: 174 *Militaire Spectator* (2), p. 46-47.
- Ministerie van Defensie**
2007 *Periodiek overzicht Uruzgan (7-6-2007)*, (benaderd: 7-6-2007).
2009a *Belangrijke stap vooruit in Chora*,
<www.defensie.nl/missies/nieuws/isaf/2009/02/26/46128145/Belangrijke_stap_vooruit_in_Chora>, (benaderd: 26-02-2009).
2009b *Grote militaire operatie in Uruzgan (Tura Ghar)*,
<www.defensie.nl/missies/nieuws/isaf/2009/01/16/46126397/grote_militaire_operatie_in_uruzgan_video> (benaderd: 22-1-2009).
2009c *Raketten op Kamp Holland*,
<www.defensie.nl/missies/nieuws/isaf/2009/01/27/46126841/Raketten_op_Kamp_Holland> (benaderd: 27-1-2009).

Ministerie van Defensie (Commandant der Strijdkrachten)

2008 *Professioneel optreden militairen Chora*,
<www.mindef.nl/actueel/nieuws/2008/06/20080630_geweld_chora_rechtmatig.aspx>
(benaderd: 30-6-2008).

Moir, L.

2002 *The Law of Internal Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press.

MOU Nederland-Afghanistan

2005, Nov 21 *Memorandum of Understanding between the Minister of Defence of the Islamic Republic of Afghanistan and the Minister of Defence of the Kingdom of the Netherlands, concerning the transfer of persons by Netherlands military forces in Afghanistan to Afghan authorities*,

Müller, J.

2009 *Op Missie - De Uruzgan-veteranen: het avontuur, de angst en de thuiskomst*, Rotterdam: NRC Boeken.

Murphy, J.F.

2001 Some Legal (and a Few Ethical) Dimensions of the Collateral Damage Resulting from NATO's Kosovo Campaign, in: 31 *Israel Yearbook of Human Rights*, p. 51-77.

Naert, F.

2006 *Detention in Peace Operations: The Legal Framework and Main Categories of Detainees*, in: Studiecentrum voor Militair Recht en Oorlogsrecht (red.), *Gevangengenomen personen*. Studiedag van 18 mei 2005. Proceedings, Brussel, 2006 (zie ook working paper Nr 94) <www.law.kuleuven.ac.be/iir/nl/instituut/Fred.html> (benaderd: 12-12-2006).

Nagl, J.A.

2005 *Learning to Eat Soup with a Knife: Counterinsurgency Lessons from Malaya and Vietnam*. Chicago: The University of Chicago Press.

NATO

- 2002, Jan 4 Military Technical Agreement (MTA) Between the International Security Assistance Force (ISAF) and the Interim Administration of Afghanistan ('Interim Administration'), 2002, Jan 4, in: 41 *ILM* (5), p. 1032.
- 2006, Aug 21 *Standard Operating Procedures 362 Detention of Non-ISAF Personnel*, SOP 362 3rd edition 2006-8-21. Bron: Roberts, Adam, (2006), Human rights obligations of external military forces, in: *The rule of law in peace operations*, Reueil XVII International Congress ISMLLW, p. 448, fn. 27.
- 2006, Nov 21 *International Security Assistance Force (ISAF). How did this operation evolve?*, <www.nato.int/issues/isaf/evolution.htm>, (benaderd: 15-1-2006).
- 2006, Oct 16 *Revised operational plan for NATO's expanded mission in Afghanistan*, <www.nato.int/issues/afghanistan_stage3/index.html>, (benaderd: 15-1-2006).
- 2007 *Operational Staff Handbook*. Stavanger: NATO.
- 2008 *Bucharest Summit Declaration Issued by the Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Bucharest on 3 April 2008*
- 2009 *Afghanistan Report*
- 2009, Jan 12 *ISAF Troops in Numbers*, <www.nato.int/isaf/docu/epub/pdf/isaf_placemat.pdf>, (benaderd: 21-4-2009).
- 2009, Jan 14 *ISAF takes additional measures to avoid civilian casualties*, <www.nato.int/docu/update/2009/01-january/e0114b.html>, (benaderd: 16-1-2009).

NATO Commander ISAF

2008, Dec 30 *Tactical Directive (HQ ISAF)*, <www.nato.int/isaf/docu/official_texts/Tactical%20Directive_090114.pdf>, (benaderd: 16-1-2009).

Nauta, D.R.D.

2008 De behandeling van gevangengenomen personen tijdens counter-insurgency missies, in: 101 *Militair Rechtelijke Tijdschrift* (6), p. 173-183.

Naval War College

2008 *The War in Afghanistan - A Legal Analysis 2008 Workshop*, zie <<http://www.usnwc.edu/Events/The-War-in-Afghanistan---A-Legal-Analysis-Workshop.aspx>>

Nollkaemper, P.A.

2005 *Kern van het internationaal publiekrecht*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

- Nolte, G.**
1999 *Eingreifen auf Einladung. Zur völkerrechtlichen Zulässigkeit des Einsatz fremder Truppen im internen Konflikt auf Einladung der Regierung.* Berlin: Springer.
- O'Boyle, M.**
2004 The European Convention on Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction: A Comment on Life after 'Bankovic' in: Coomans, F. & M.T. Kamminga (red.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford: Intersentia, p. 125-140.
- O'Connell, M.E.**
2009 Defining Armed Conflict, in: 13 *Journal of Conflict & Security Law* (3), p. 393-400.
- Obradovic, K.**
1979 La protection de la population civile dans les conflits armés internationaux, in: *Revue belge de droit international* (12), p. 116-142.
- Oeter, S.**
1995 Methods and Means of Combat, in: Fleck, D. (red.), *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford: Oxford University Press, p. 105-207.
2007 Comment: Is the Principle of Distinction Outdated?, in: Heinegg, W.H.v. & V. Epping (red.), *International Humanitarian Law Facing New Challenges*, Berlin: Springer, p. 53-62.
2008 Methods and Means of Combat, in: Fleck, D. (red.), *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford: Oxford University Press, p. 119-235.
- Openbaar Ministerie**
2008 *OM: geweldsaanwendungen Chora rechtmatig*, <www.om.nl/organisatie/@148343/om/>, (benaderd: 30-6-2008).
- Orakhelashvili**
2003 Restrictive interpretation of Human Rights treaties in the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights, in: 14 *European Journal of International Law* (3), p. 529-568.
- Osinga, F.**
2006 *Science, Strategy and War: the Strategic Theory of John Boyd.* New York: Routledge.
- Paust, J.J.**
2003 War and enemy status after 9/11: Attacks on the Laws of War, in: 28 *Yale Journal of International Law* (Summer 2003), p. 325-335.
- Pejic, J.**
2005a Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence, in: 87 *International Review of the Red Cross* (858), p. 375-391.
2005b Terrorist acts and groups: A role for international law, in: 75 *British Year Book of International Law* (2004), p. 71-100.
- Pictet, J.S. (red.)**
1958 *Commentary (Volume IV) on the Geneva Convention of 12 August 1949, relative to Protection of Civilian Persons in Time of War.* Geneva: ICRC.
- Prisk, C.E.**
1991 The Umbrella of Legitimacy, in: Manwaring, M. (red.), *Uncomfortable Wars: Toward a New Paradigm of Low Intensity Conflict.* Boulder, Colorado: Westview Press, p. 69-83.
- Quénivet, N.**
2005 The Applicability of International Humanitarian Law to Situations of a (Counter-)Terrorist Nature, in: Arnold, R. & P.-A. Hildbrand (red.), *International Humanitarian Law and the 21st Century's Conflicts. Changes and Challenges*, Lausanne: Editions interuniversitaire suisse (Edis), p. 25-61.
- Rahimi, R.**
2008 *Afghanistan: Exploring the Dynamics of Sociopolitical Strife and the Persistence of the Insurgency.*
- Randelzhofer, A.**
1992 Civilian Objects, in: Bernhardt, R. (red.), *Encyclopaedia of Public International Law.*
- Reidy, A.**
1998 The approach of the European Commission and Courts of Human Rights to international humanitarian law, in: 80 *International Review of the Red Cross* (324), p. 513-529.
- Reisman, W.M. & J. Silk**
1988 Which Law applies to the Afghan Conflict?, in: 82 *American Journal of International Law* (3), p. 459-486.

- Rietdijk, W.S.**
2008 De 'comprehensive approach' in Uruzgan - Schaken op vier borden tegelijk, in: 177 *Militaire Spectator* (9), p. 472-486.
- Riggs, R.M.**
1985 The Grenada Intervention: A Legal Analysis, in: 109 *Military Law Review* (Summer), p. 1-81.
- Roberts, A.**
2006 Human rights obligations of external military forces, in: International Society for Military Law and the Law of War (red.), *The rule of law in peace operations, Reueil XVII International Congress ISMILLW*, Bruxelles: ISMILLW, p. 429-450.
- Roberts, A. & R. Guelff (Eds.)**
2000 *Documents on the Laws of War*. Oxford: Oxford University Press.
- Rogers, A.P.V.**
2004 *Law on the Battlefield*. Manchester: Manchester University Press.
- Rona, G.**
2003 Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the 'War on Terror', in: 27 *Fletcher Forum of World Affairs* (2), p. 55-74.
- Roscini, M.**
2007 Threats of armed force and contemporary international law, in: 54 *Netherlands International Law Review* (2), p. 229-277.
- Rosenblad, E.**
1977 *International Humanitarian Law of Armed Conflict: Some Aspects of the Principle of Distinction and Related Problems*, Stockholm: Diss.
- Rothman, M.G.D. & M.W.M. Kitzen**
2006 Verder gaan waar Warden ophoudt - Nut en nadeel van systeembenadering voor militair optreden, in: 175 *Militaire Spectator* (5), p. 209-222.
- Sadurska, R.**
1989 Threats of Force, in: 82 *American Journal of International Law* (2), p. 239-268.
- Sandoz, Y., C. Swinarski & B. Zimmerman (red.)**
1987 *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva: Martinus Nijhof.
- Sands, P.**
2008 *Torture Team: Rumsfeld's Memo and the Betrayal of American Values*. New York [Etc.]: Palgrave MacMillan.
- Sassòli, M.**
2005 Targeting: Scope and Utility of the Concept of 'Military Objectives' for the Protection of Civilians in Contemporary Armed Conflicts, in: Wippman, D. & M. Evangelista (red.), *New Wars, New Laws?*, Ardsley: Transnational Publishers, p. 181-210.
- Sassòli, M. & L.M. Olson**
2008 The Relationship between International Humanitarian and Human Rights Law Where It Matters: Admissible Killing and Internment of Fighters in Non-International Armed Conflicts, in: 90 *International Review of the Red Cross* (871), p. 599-627.
- Schachter, O.**
1991 *International law in theory and practice*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.
- Schmitt, M.N.**
2005 Precision Attack and International Humanitarian Law, in: 87 *International Review of the Red Cross* (859), p. 445-466.
2006 Fault Lines in the Law of Attack, in: Breau, S.C. & J.-N. Agnieszka (red.), *Testing the Boundaries of International Humanitarian Law*, London: British Institute of International and Comparative Law, p. 277-307.
2007a 21st Century Conflict: Can the Law Survive?, in: 8 *Melbourne Journal of International Law*, p. 443-476.
2007b Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law, in: Heintschel von Heinegg, W. & V. Epping (red.), *International Humanitarian Law Facing New Challenges*, Berlin: Springer, p. 11-48.
2009 Targeting and International Humanitarian Law in Afghanistan, in: Schmitt, M.N. (red.), *The War in Afghanistan: A Legal Analysis*, International Law Studies, Volume 85, Newport, Rhode Island: Naval War College, 307-339.

- Schmitt, M.N., C.H.B. Garraway & Y. Dinstein**
2006 *The San Remo Manual on the Law of Non-International Armed Conflict, with Commentary*
- Schrijver, N.**
2006 The Future of the Charter of the United Nations, in: 10 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, p. 1-34.
- Scott, T. & J. Agoglia**
2008 Getting the Basics Right: A Discussion on Tactical Actions for Strategic Impact in Afghanistan in: www.smallwarsjournal.com, p. 1-11.
- Senlis Afghanistan**
2007 *Stumbling into chaos: Afghanistan on the brink* Senlis Council, (November) <www.senliscouncil.net/modules/publications> (benaderd: 22-11-2007).
- Shaw, M.N.**
2003 *International law*. Cambridge: University Press.
- Shaw, M.**
2005 *The New Western Way of War: Risk-Transfer War and its Crisis in Iraq*, Cambridge: Polity Press.
- Simma, B.**
1999 NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects, in: 10 *European Journal of International Law*, p. 1-22.
- Skerker, M.**
2004 Just War Criteria and the New Face of War: Human Shields, Manufactured Martyrs, and Little Boys with Stones, in: 3 *Journal of Military Ethics* (1), p. 27-39.
- Smith, R.**
2007 The Utility of Force: the Art of War in the Modern World. New York: Knopf.
- Soldaat, P. & A.T. Vermeij**
2007 Wederopbouw in Zuid-Afghanistan, in: 175 *Militaire Spectator* (2), p. 61-72.
- Soldaat, P.B.**
2009 Observaties over operaties in Afghanistan, in: 178 *Militaire Spectator* (4), p. verwacht-xx.
- Solf, W.A.**
1982 Article 52, in: Bothe, M., K.J. Partsch & W.A. Solf (red.), *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers Group, p. 318-327
- Stürchler, N.**
2007 *The Threat of Force in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- UK Ministry of Defence**
2004 *The manual of the Law of Armed Conflict*. Oxford: Oxford University Press.
- UN**
2006, Sep 11 *The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*, UN Doc. A/61/326, S/2006/727.
2008, Nov 10 *Report of the Secretary-General on children and armed conflict in Afghanistan*, UN Doc. S/2008/695.
2008, Sep 23 *The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*, UN Doc. A/63/372, S/2008/617.
- UN GA**
1968, Dec 19 *GA Resolution 2444: respect for human rights in armed conflicts*, UN Doc. A/Res/2444 (XXIII) (1968).
1970, Dec 9 *GA Resolution 2675: Basic principles for the protection of civilian populations in armed conflicts*, UN Doc. A/Res/2675 (XXV) (1970).
- UN SC**
1990, Nov 29 *SC Resolution 678*, UN Doc. S/RES/678 (1990).
1992, Dec 3 *SC Resolution 794*, UN Doc. S/RES/794 (1992).
2001, Dec 20 *SC Resolution 1386*, UN Doc. S/RES/1386 (2001).
2003, Oct 13 *SC Resolution 1510*, UN Doc. S/RES/1510 (2003).
2006, Feb 15 *SC Resolution 1659*, UN Doc. S/RES/1659 (2006).
2006, Sep 12 *SC Resolution 1707*, UN Doc. S/RES/1707 (2006).
2008, Sep 22 *SC Resolution 1833*, UN Doc S/RES/1833 (2008).
- US Army**
2006 FM 3-24/MCWP 3-33.5 *Counterinsurgency*.

US Department of Defense

2006 *Operational Law Handbook*. Charlottesville: Judge Advocate General's Legal Center and School.

US Department of State & US Department of Defense

2006 *US Government's initial reactions to ICRC's study on customary international humanitarian law. Letter from John B. Bellinger III, Legal Advisor Department of State and William J. Haynes II, General Counsel of the Department of Defense to Dr. J. Kellenberger, ICRC*, (3-11-2006)
<www.state.gov/s/1/rls/82630.htm> (benaderd: 12-12-2007).

Vande Lanotte, J. & Y. Haeck (red.)

2004 *Handboek EVRM. Deel 2-I Artikelsgewijs commentaar*. Antwerpen: Intersentia.

2005 *Handboek EVRM. Deel 1 Algemene beginselen* Antwerpen: Intersentia.

Vattel, E. de

1758 *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle*. Geneva: Slatkine Reprints.

Velde, P., ter

2008 *Kabul & Kamp Holland. Over stad en de oorlog*. Schoorl: Uitgeverij Conserve.

Vink, A.F.

2010 Grenzen aan geweldgebruik binnen de Rules of Engagement: de Tactical Directive in: 103 *Militair Rechtelijk Tijdschrift* (2), p. 86-91

Warbrick, C.

2002 Publication Review "The Law of Internal Armed Conflict, Lindsay Moir", in: *European Human Rights Law Review* (5), p. 707-709.

2004 The European Response to Terrorism in an Age of Human Rights, in: 15 *European Journal of International Law* (5), p. 989-1018.

Warden III, J.A.

1995 The Enemy as a System, in: 9 *Airpower Journal* (1), p. 41-55.

Watkin, K.

2005 Humans in the Cross-Hairs: Targeting, Assassination and Extra-Legal Killing in Contemporary Armed Conflict, in: Wippman, D. & M. Evangelista (red.), *New Wars, New Laws? Applying the Laws of War in 21st Century Conflicts*, Ardsley: Transnational Publishers, p. 137-179.

2007 21st Century and International Humanitarian Law: Status Quo or Change?, in: Schmitt, M. & J. Pejic (red.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines - Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, p. 265-291.

Whetham, D.

2007 Killing Within the Rules, in: 18 *Small Wars and Insurgencies* (4), p

White, N.

1997 *Keeping the peace: The United Nations and the maintenance of international peace and security*. Manchester: Manchester University Press.

Wilde, R.

2005 The 'Legal Space' or 'Espace Juridique' of the European Convention on Human Rights: is it relevant to extraterritorial state action, in: *European Human Rights Law Review* (2), p. 115-124.

Wippman, D.

1996 Military intervention, regional organizations, and host-state consent, in: 7 *Duke Journal of Comparative and International Law*, p. 209-239.

Zwanenburg, M.C.

2007 Pieces of the Puzzle: Peace operations, occupation and the use of force, in: 100 *Militair Rechtelijk Tijdschrift* (3), p. 65-72.

2008 De Lords, het EVRM en het Handvest: de zaak Al-Jedda, in: 101 *Militair Rechtelijk Tijdschrift* (5), p. 133-144.

2009 Isaak v. Turkije en Salomou v. Turkije, in: 102 *Militair Rechtelijk Tijdschrift* (1), p. 2-14.

Jurisprudentieoverzicht

ECHR

- 1988-11-29 *Brogan and others v. the United Kingdom*, 29-11-1988, A145-B
1989-07-07 *Soering v. the United Kingdom*, 7-7-1989, 11 EHRR 439.
1992-06-26 *Drożdż and Janousek v. France and Spain*, 26-6-1992, 12747/87, 14 EHRR 745.
1995-03-23 *Loizidou v. Turkey (Preliminary objections)*, 23-3-1995, 40/1993/435/514, 20 EHRR 99.
1995-09-05 *McCann and others v. the United Kingdom*, 5-9-1995, 18984/91, 17/1994/464/545, A324.
1998-07-28 *Ergi v. Turkey*, 28-7-1998, 66/1997/850/1057.
1998-10-28 *Osman v. the United Kingdom*, 28-10-1998.
2000-07-19 *Romero De Ibanez and Rojas v. the United Kingdom*, 58692/00, 11 Human Rights Case Digest (7-8), p. 435.
2001-01-11 *Xhavara et Autres c. l'Italie et l'Albanie*, 11-01-2001, 39473/98.
2001-05-04 *McKerr v. the United Kingdom*, 4-5-2001, 28883/95.
2001-12-12 *Banković and others v. Belgium and 16 other contracting states*, 12 december 2001, 52207/99.
2002-03-14 *Paul & Audrey Edwards v. the United Kingdom*, 14-3-2002, 46477/99, RJ&d 2002-III.
2003-03-23 *Öcalan v. Turkey*, 23 March 2003, 46221/99.
2004-04-06 *Özkan v. Turkey*, 6-4-2004, 21689/93.
2004-10-27 *Slimani v. France*, 57671/00.
2004-11-16 *Issa and others v. Turkey*, 16-11-2004, 31812/96.
2005-02-24a *Isayeva v. Russia*, 24-2-2005, 57950/00.
2005-02-24b *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, 24-2-2005, 57947/00, 57948/00, 57949/00.
2005-05-12 *Öcalan v. Turkey*, 12-5-2005, 46221/99.
2005-11-10 *Ramsabai and others v. The Netherlands*, 10-11-2005, 52391/99.
2006-03-14 *Saddam Hussein v. Albania and 20 other contracting states (admissibility)*, 14-3-2006, 23276/04.
2006-09-28 *Isaak v. Turkey (admissibility)*, 28-09-2006, 44587/98.
2007-05-15 *Ramsabai and others v. The Netherlands*, 15-5-2007, 52391/99.
2007-05-31 *Behrami and Behrami v. France & Saramati v. France, Germany and Norway*, 31-5-2007, 71412/01 resp. 78166/01.
2007-06-28 *Pad and others v. Turkey (admissibility)*, 28-06-2007, 60167/00.
2008-01-17 *Khatsiyeva and others v. Russia*, 17-01-2008, 5108/02.
2008-06-24 *Salomon and others v. Turkey*, 24-06-2008, 36832/97.
2008-07-10 *Medvedyev and others v. France*, 10-7-2008, 3394/03.
2009-06-30 *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, 30-06-2009, 61498/08.

ECommHR

- 1965-09-25 *X. v. Federal Republic of Germany*, 25-9-1965, 8 Yb of ECHR 158-169.
1975-05-26 *Cyprus v. Turkey*, 26-5-1975, 6780/74, 6950/75, 2 DR 125.
1975-05-28 *Ilse Hess v. the United Kingdom*, 28-5-1975, 6231/73, 18 Yb ECHR (1975) 174 2 DR 73 73.
1980-10-07 *Freda v. Italy*, 7-10-1980, 8916/80.
1989-01-18 *George Vearncombe and Others v. the United Kingdom and the Federal Republic of Germany*, 18-1-1989, 12816/87.
1989-10-12 *Stocké v. Germany (Report)*, 12-10-1989.
1992-10-14 *W.M. v. Denmark*, 14-10-1992, 17392/90.
1994-01-20 *Aylor-Davis v. France*, 20-1-1994, 22742/93, 76-B DR 164-173.
1996-06-24 *Illich Sanchez Ramirez v. France*, 24-6-1996, 28780/95, 86 DR 155.

Hoge Raad

- 2004 *Uitlevering PKK bestuurslid*, 5-5-2004, LJN: AF6988, 02853/02 U (parketnr.).

HRC

- 1981, Jul 29^a *Celiberti de Casariego v. Uruguay*, 56/1979, 68 ILR 41.
1981, Jul 29b *Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguay*, 29-7-1981, R.12/52 (6 June 1979), Un Doc A/36/40, p. 176, CCPR/C/OP/1 68 ILR 29.

IACommHR

- 1997, Nov 18 *Juan Carlos Abella v. Argentina*, 18-11-1997, 11.137, Report No. 55/97, OEA/Ser.L/V/II.98.
1999, Sep 29 *Coard and others v. the United States ('US military intervention in Grenada')*, 10.951, N° 109/99.

ICJ

- 1949 *The Corfu Channel Case (Merits)*, 9-4-1949, 1 ICJ Rep. p. 4.
1986 *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits*, 27-6-1986, 70 p. 14.
1996a *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8-7-1996, 95.
1996b *Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)[Preliminary objections]*, 11-7-1996, p. 91.
2004 *Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 9-7-2004, 131.

ICTR

- 1998 *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, 2-9-1998, ICTR-96-4-T.

ICTY

- 1995 *Prosecutor v. Dusko Tadic a/ k/ a "Dule" (Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction)*, 2-10-1995, IT-94-1-AR72, ILM 35 35.
1998 *Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*, 16-11-1998, IT-96-21-T.
1999 *Prosecutor v. Dusko Tadic (Judgement)*, 15-7-1999, IT-94-1-A.
2000 *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*.
2000a *The Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT-95-14-T, Trial Chamber Judgment (3 March 2000),
2000b *The Prosecutor v. Kupreskic et al*, Case No. IT-95-16-Y, Trial Chamber Judgment (14 January 2000),
2000 *Prosecutor v. Zoran Kupreskic e.a.*, 14-1-2000, IT-95-16-T.
2003 *Prosecutor v. Stanislav Galic* 5-12-2003, IT-98-29-T.
2005a *Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic Amir Kubura (Decision on Interlocutory Appeal)*, 2-10-1995, Case IT-01-47, ILM 35.
2005b *Prosecutor v. Limaj e.a.*, 30-11-2005, IT-03-66-T.
2006 *Prosecutor v. Stanislav Galic* 30-11-2006, IT-98-29-A.
2008a *Prosecutor v. Boskoski & Tarculovski*, 10-7-2008, IT-04-82-T.
2008b *Prosecutor v. Ramush Haradinai ea*, 3-4-2008, IT-04-84-T.

Rb Den Haag

- 1991 *Art. 96 Grondwet (oorlogsverklaring) 2^e Golfoorlog*, 11-1-1991, NJ 1993/340, KG 1991/51

Rb Rotterdam

- 2003 *Hulpverlening aan de vijand in tijd van oorlog of gewapend conflict*, 5 juni 2003, AF9546 (LJN); 10/000063-02 (parketnr.).

UK Court of Appeal

- 2005 *The Queen - on the Application of - Mazin Jumaa Gatteh Al Skeini and others v. the Secretary of State for Defence*, 21-12-2005, Case No: C1/2005/0461, C1/2005/0461B.
2009 *The Queen - on the application of (1) Faisal Attiyah Nasser Al-Saadoon (2) Kha Laf Hussain Mufdhi and the Secretary of State for Defence*, 21-1-2009, [2009] EWCA Civ 7.

UK High Court

- 2004 *The Queen - on the Application of - Mazin Jumaa Gatteh Al Skeini and others v. the Secretary of State for Defence*, 14-12-2004, CO/2242/2004.
2008 *The Queen - on the application of (1) Faisal Attiyah Nasser Al-Saadoon (2) Kha Laf Hussain Mufdhi and the Secretary of State for Defence*, 19-12-2008, [2008] EWHC 3098 (Admin).

UK House of Lords

- 2007a *Opinions of the Lords of Appeal, for judgement in the cause of Al-Jedda v. Secretary of State for Defence*, 11-12-2007, 2007 UKHL 58.
2007b *Opinions of the Lords of Appeal, for judgement in the cause of Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, 13-7-2007, 2007 UKHL 26.

US Military Tribunal (Nuremburg)

1948 *Wilhelm List and Others*, 19 February 1948, Case No. 215, Annual Digest 15 633.

US Supreme Court

2006 *Hamdan v. Rumsfeld*, 548

Biografie auteurs

Kolonel dr. Paul Ducheine en majoor mr. Eric Pouw zijn militair jurist en als Universitair Hoofddocent, respectievelijk onderzoeker werkzaam bij de sectie Militair Recht, Faculteit Militaire Wetenschappen, Nederlandse Defensie Academie (NLDA).

Colonel Paul Ducheine PhD, LL.M., MA (1965) is a Legal Advisor (Netherlands Army Legal Service). He was trained at the Royal Military Academy (1983-1988), and started his military career as an officer in the Engineer Corps (1988-1998). In 1998 he joined the Army Legal Service as a legal advisor. Ducheine served as Chief Legal Advisor in HQ MND (SW) SFOR (Bosnia-Herzegovina), 1 Netherlands Division '7 December', and as a legal advisor in HQ 1 (German/Netherlands) Corps.

Dr. Ducheine holds a degree in Public Administration Sciences (Amsterdam Free University, 1993) and Law (University of Utrecht, 1998). In 2008 he defended his PhD-thesis *Armed Forces, Use of Force and Counter-Terrorism. A study of the legal aspects of the role of the armed forces in combating terror* (org. Dutch) at the University of Amsterdam.

He is currently assigned as an Associate Professor Military Law to the Netherlands Defence Academy (NLDA). He is a Lecturer Constitutional Law & the Armed Forces, as well as a researcher at the University of Amsterdam (Amsterdam Centre for International Law, ACIL). He is a Visiting Lecturer International Humanitarian Law (University of Amsterdam), guest lecturer at the TMC Asser Institute and member of the Netherlands Research Forum on the Law of Armed Conflict and Peace Operations (LACPO).

Colonel Ducheine is a board member of the Military Law Association of the Netherlands, a member of the editorial board of the *Militaire Spectator* (the oldest scientific journal in the Netherlands), and member of the International Society for Military Law and the Law of War (ISMILLW).

Major Eric Pouw LL.M. (1974) is a Legal Advisor of the Netherlands Army Legal Service since 1999. He holds a degree in Law from the University of Utrecht (1998). He served as a Staff Legal Advisor for the Army Headquarters, 1 Division '7 December' and the *Korps Commandotroepen* (Royal Netherlands Army Special Forces Regiment). His was deployed to Bosnia-Herzegovina (HQ SFOR, Sarajevo, 2001), Afghanistan (Enduring Freedom, Office for Military Cooperation-Afghanistan, Kabul, 2003) and Afghanistan (Enduring Freedom, 1 Special Forces Task Group, Kandahar, 2005).

He is currently assigned as a researcher to the Netherlands Defence Academy (NLDA), where he is accomplishing his PhD (Amsterdam Centre for International Law/NLDA), which carries the working title: *The Interrelationship between Human Rights Law and International Humanitarian Law in Contemporary Counterinsurgency Operations*.

He is a Visiting Lecturer International Law of Military Operations (University of Amsterdam), and member of the Netherlands Research Forum on the Law of Armed Conflict and Peace Operations (LACPO). He is a member of the Military Law Association of the Netherlands, and a member of the International Society for Military Law and the Law of War.

Deze publicatie belicht een aantal militair-rechtelijke aspecten van de ISAF operatie in Afghanistan. Twee thema's staan daarbij centraal. Ten eerste de rechtsbasis van de missie. Ten tweede de van toepassing zijnde rechtsregimes. Deze rechtsregimes – mensenrechten Rules of Engagement en het humanitaire oorlogsrecht – bepalen de randvoorwaarden waarbinnen commandanten en militairen hun taak uitvoeren. De auteurs besteden specifiek aandacht aan het oorlogsrechtelijke regime dat op targetting (doelbestrijding) tijdens een counterinsurgency operatie als ISAF van toepassing is.

Paul Ducheine en Eric Pouw zijn militair jurist. Zij zijn als Universitair Hoofddocent, respectievelijk promotieonderzoeker werkzaam bij de sectie Militair Recht, Faculteit Militaire Wetenschappen, Nederlandse Defensie Academie (NLDA/FMW). Beiden zijn daarnaast als onderzoekers verbonden aan de Universiteit van Amsterdam (Amsterdam Center of International Law, ACIL). Eric Pouw nam deel aan de missies in Afghanistan.

Paul Ducheine volgde een opleiding als genist aan de Koninklijke Militaire Academie. Hij studeerde bestuurskunde en rechten. In 2008 promoveerde hij op zijn dissertatie 'Krijgsmacht, Geweldgebruik & Terreurbestrijding'.

Eric Pouw studeerde rechten en volgde daarna een opleiding tot militair jurist. Zijn proefschrift draagt de werktitel: 'The Interrelationship between Human Rights Law and International Humanitarian Law in Contemporary Counterinsurgency Operations'.