



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### International human rights law and the law of armed conflict in the context of counterinsurgency: With a particular focus on targeting and operational detention

Pouw, E.H.

**Publication date**  
2013

[Link to publication](#)

#### **Citation for published version (APA):**

Pouw, E. H. (2013). *International human rights law and the law of armed conflict in the context of counterinsurgency: With a particular focus on targeting and operational detention*.

#### **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.

## *Samenvatting*

Het internationale recht van de rechten van de mens (International Human Rights Law: IHRL) en het recht der gewapende conflicten (Law of Armed Conflict: LOAC) in the context van counterinsurgency – *met bijzondere aandacht voor ‘doelbestrijding’ en ‘operationele detentie’*

In het afgelopen decennium hebben weinig onderwerpen meer aandacht getrokken onder internationaal juristen dan het samenspel tussen IHRL en LOAC. Tegelijkertijd hebben de vele – vaak multinationale en extraterritoriale – militaire operaties in reactie op de ‘nieuwe dreigingen’ van niet-statelijke actoren tegen de nationale en internationale veiligheid tot een debat geleid onder militaire- en veiligheidsexperts over de vraag hoe opstanden (*insurgencies*) het beste kunnen worden bestreden (*counterinsurgency*).

Deze studie verbindt deze debatten en richt zich specifiek op twee traditionele, maar veelbesproken vormen van militaire macht, te weten doelbestrijding (*targeting*) en operationele detentie (*operational detention*). Doelbestrijding impliceert de doelbewuste levensontneming van opstandelingen die als doel worden aangewezen om vooraf door de commandant vastgestelde effecten te bereiken. Operationele detentie refereert naar de vrijheidsbeneming van personen, ofwel voor strafrechtelijke doeleinden (strafrechtelijke detentie of *criminal detention*), of voor veiligheidsdoeleinden (veiligheidsdetentie of *security detention*).

Counterinsurgency-doctrine erkent dat doelbestrijding en operationele detentie onmisbare instrumenten zijn om een opstand te beëindigen. Tegelijkertijd worden ze beschouwd als strategische risico's, die weloverwogen en met zorg voor fundamentele beginselen van counterinsurgency moeten worden toegepast. Om hedendaagse ‘oorlogen onder de bevolking’, zoals die in Irak en Afghanistan, te beëindigen zijn staten betrokken bij counterinsurgency (hierna: de counterinsurgent) tot het inzicht gekomen dat het hun strategische belangen dient als ze verzekeren dat het gedrag van hun troepen binnen de grenzen van het toepasselijke recht blijft. Het zijn tegelijkertijd juist doelbestrijding en operationele detentie die controversiële vraagstukken oproepen binnen IHRL en LOAC, evenals over hun samenspel. Vraagstukken die bovendien gecompliceerd worden door de specifieke karakteristieken van hedendaagse opstanden.

Deze studie levert een bijdrage aan de theorievorming over het samenspel tussen IHRL en LOAC, en biedt inzicht in de operationele gevolgen van dit samenspel in de verschillende contexten waarin doelbestrijding en operationele detentie in counterinsurgency kan voor komen. Om die reden dient de studie niet alleen een academisch, maar ook een militair-operationeel doel. De studie onderzoekt de volgende centrale onderzoeksvragen:

- (1) in het licht van hedendaagse counterinsurgency doctrine, hoe interacteren IHRL en LOAC in de context van doelbestrijding en operationele detentie in counterinsurgency operaties?
- (2) wat zijn de gevolgen van deze wisselwerking op de rechtmatigheid – en dus operationele ruimte – van doelbestrijding en operationele detentie in counterinsurgency operaties?

De methodologie die aan het onderzoek over deze vragen ten grondslag ligt is drieledig. Ten eerste: naast de traditionele bronnen van internationaal recht zoals uiteengezet in artikel 38 van het statuut van het Internationaal Gerechtshof neemt het onderzoek tevens niet-juridische bronnen in beschouwing, zoals militaire doctrine, beleid en praktijk op het gebied van counterinsurgency, doelbestrijding en operationele detentie.

In de tweede plaats past het onderzoek een situatiespecifieke benadering toe door het samenspel tussen IHRL en LOAC te onderzoeken in vier situaties waarin counterinsurgency kan plaatsvinden: NATCOIN (counterinsurgency binnen het grondgebied van een staat), OCCUPCOIN (counterinsurgency uitgevoerd door een bezettingsmacht), SUPPCOIN (counterinsurgency ter ondersteuning van een andere staat), en TRANSCOIN (transnationale counterinsurgency). Het doel van deze benadering is vast te stellen of en, zo ja, hoe de verschillende dimensies van deze situaties het samenspel tussen IHRL en LOAC – en daarmee de rechtmatige bewegingsvrijheid in *doelbestrijding* en *operationele detentie* – beïnvloeden.

In de derde plaats past het onderzoek een paradigma-benadering toe (*paradigmatic approach*). Doelbestrijding en operationele detentie zijn extreme maatregelen die niet willekeurig gebruikt kunnen worden, maar beperkt zijn tot toepassing in een specifieke context om een specifiek doel te dienen. Deze studie beziet de paradigma's rechtshandhaving (*law enforcement*) en vijandelijkheden (*hostilities*). Het concept van rechtshandhaving omvat alle territoriale en extraterritoriale maatregelen genomen door een staat of een andere collectieve entiteit om de openbare veiligheid, recht en orde te handhaven of te herstellen of om anderszins autoriteit of macht uit te oefenen over individuen, objecten, of grondgebied. Het concept van vijandelijkheden omvat alle activiteiten die specifiek ontworpen zijn om een partij in een gewapend conflict te ondersteunen tegen een andere partij, ofwel door rechtstreeks dood, verwonding of verwoesting toe te brengen, dan wel door de militaire operaties of militaire capaciteit van anderen rechtstreeks negatief te beïnvloeden. Doelbestrijding van opstandelingen is of een rechtshandhavingsmaatregel, of een maatregel van vijandelijkheden. Operationele detentie kan worden beschouwd als een rechtshandhavingsmaatregel. In wezen is het mogelijk aangaande operationele detentie twee categorieën binnen het concept van rechtshandhaving te onderscheiden, te weten criminele detentie en veiligheidsdetentie. Voor zover IHRL en LOAC valide en toepasselijke normen voor de regulering van doelbestrijding en operationele detentie bieden vormt het totaal van deze normen verscheidene normatieve paradigma's. Het samenspel tussen IHRL en LOAC binnen deze normatieve paradigma's wordt onderzocht, evenals het samenspel tussen de normatieve paradigma's onderling.

Het onderzoek bestaat uit vier delen (delen A-D).

#### Deel A: context en conceptueel raamwerk voor analyse

Dit deel beoogt de verschillende aspecten te identificeren die de achtergrond vormen waar tegen de hoofdvragen van dit onderzoek wordt beantwoord.

Gezien de focus op insurgency en counterinsurgency is een eerste deelvraag wat deze begrippen betekenen en welke rol zij mogelijk kunnen spelen bij de vaststelling van het samenspel tussen IHRL en LOAC in de doelbestrijding en operationele detentie van opstandelingen (de militair-strategische context).<sup>2125</sup>

Het onderzoek laat zien dat counterinsurgency-eenheden worden geconfronteerd met een mozaïek van dreigingen door niet-statelijke actoren met verscheidene doelen, die variëren in tijd, plaats en aard. Opstandelingen opereren op onconventionele wijze, zijn moeilijk als

---

<sup>2125</sup> Hoofdstuk I.

zodanig te identificeren en handelen over het algemeen zonder ontzag voor het recht. De karakteristieken van dergelijke complexe ‘mosaic warfare’ hebben mogelijk juridische implicaties voor het samenspel tussen IHRL and LOAC. Bijvoorbeeld, de niet-statelijke aard van opstandelingen, hun organisatiegraad, hun (vaak) grensoverschrijdende activiteiten, evenals de intensiteit en duur van het geweldgebruik spelen een belangrijke, zo niet cruciale rol in de juridische kwalificatie van het conflict.

Counterinsurgency betreft de politiek-militaire strategie om een uitgebreide benadering van politieke, militaire, paramilitaire, economische, psychologische, civiele en rechtshandhavingsmiddelen die een regering en haar partners ter beschikking staan te ontwikkelen om de opstand gelijktijdig te beperken en te verslaan alsmede de oorzaken ervan aan te pakken. Counterinsurgency streeft naar een terugkeer van de *status quo* van bestuur onder de *rule of law*. Om deze gewenste eindsituatie te bereiken benadrukt counterinsurgency-doctrine de noodzaak van het bieden van veiligheid aan de bevolking én legitimiteit van het handelen van de overheid. Alleen dan kan de noodzakelijke wig tussen de opstandelingen en de bevolking gedreven worden. Om de uitdagingen van insurgency het hoofd te bieden is counterinsurgency-beleid en -strategie meestal onorthodox. Omdat een counterinsurgency-campagne bevolkingsgerichte oorlogvoering betreft (en geen vijandgerichte oorlogvoering) ervaren soldaten die getraind zijn in reguliere oorlogvoering counterinsurgency vaak als contra-intuïtief. Bevolkingsgerichte oorlogvoering uit zich onder andere in het beginsel dat geweldgebruik terughoudend, gecontroleerd en op maat dient te zijn. De aard van counterinsurgency-beleid roept vragen op over de mogelijke effecten ervan op de interpretatie van normen van IHRL en LOAC, bij doelbestrijding en operationele detentie, en het samenspel daartussen.

Een tweede deelvraag betreft de vraag tegen welke juridische achtergrond het samenspel tussen IHRL en LOAC onderzocht kan worden.<sup>2126</sup> Dit betreft, in de eerste plaats, de algemene conceptuele onderbouwing van IHRL en LOAC.<sup>2127</sup> Dit deel van de studie laat zien dat beide regimes behoorlijk van elkaar verschillen wat betreft hun onderwerp en doel, de juridische relaties die ze beogen te reguleren, de aard van rechten en plichten, evenals hun toepassingsbereik, ondanks het feit dat beide humanitaire doeleinden dienen.

In de tweede plaats onderzoekt dit deel drie thema's die een plaats innemen in het juridische debat over het samenspel tussen IHRL and LOAC. Deze thema's weerspiegelen voortdurende pogingen om de uitkomst van het samenspel te manipuleren door gebruik te maken van de veronderstelde zwakheden en lacunes in IHRL en LOAC.

Een eerste thema betreft de separatistische, integrale en complementaire benaderingen over de relatie tussen IHRL en LOAC in gewapend conflict.<sup>2128</sup> Hoewel zij allen een zekere kijk hebben op de relatie zoals die zou moeten zijn, en niet zozeer zoals hij daadwerkelijk is, informeren ze ons over de verscheidene argumenten in het debat over de vraag of IHRL en LOAC gelijktijdig van toepassing kunnen zijn en, zo ja, hoe ze zich dan ten opzichte van elkaar verhouden. Ze helpen ook om bepaalde gezichtspunten in doctrine, jurisprudentie of statenpraktijk als separaat, integraal of complementair te herkennen.

---

<sup>2126</sup> Hoofdstuk II.

<sup>2127</sup> Hoofdstuk II, paragraaf 1.

<sup>2128</sup> Hoofdstuk II, paragraaf 2.1. In het kort houdt de separatistische benadering in dat IHRL en LOAC elkaar uitsluiten; de integrale benadering ziet IHRL en LOAC als grotendeels geïntegreerd; en de complementaire benadering ziet IHRL en LOAC als twee aanvullende regimes.

Een tweede thema dat het debat over het samenspel tussen IHRL en LOAC voedt betreft de zogenaamde ‘humanisering’ (*‘humanization’*) van het gewapend conflict.<sup>2129</sup> Dit betreft het proces van de juridische uitbreiding van beschermende normen voor slachtoffers in/van een gewapend conflict. Deze uitbreiding vindt plaats door de interpretatie en modificatie van bestaande – en ontwikkeling van nieuwe – normen van LOAC door staten of andere actoren die in de omgeving van LOAC opereren. Terwijl ‘humanisering’ traditioneel een door staten geleid proces is, laat het onderzoek zien dat een verschuiving plaatsvindt in de richting van meer innovatieve manieren om te humaniseren. Deze verschuiving wordt geleid door niet-statelijke actoren zoals NGO’s, juristen en internationale tribunalen. Zij proberen IHRL-elementen binnen LOAC te introduceren. Hoewel de studie erkent dat het proces van ‘innovatieve humanisering’ niet kan worden genegeerd, heeft dit tegelijkertijd het potentieel om de traditionele balans tussen militaire noodzaak en humaniteit welke ten grondslag ligt aan alle normen van LOAC te verstoren.

Een derde thema dat het samenspel tussen IHRL en LOAC beïnvloedt betreft het debat dat ontstond na ‘9/11’ over het vermogen van het huidige juridische raamwerk om de zogenaamde ‘nieuwe oorlogen’ (*‘new wars’*), te weten oorlogen tegen niet-statelijke actoren die wereldwijd opereren, te voeren. De studie laat zien dat de karakteristieken van deze oorlogen bij zowel aanhangers van de militaire noodzaak als humaniteit gebieden van ontevredenheid over de kwaliteit van het huidige recht heeft blootgelegd die de discussie over het samenspel tussen IHRL en LOAC beïnvloeden.<sup>2130</sup>

Tegen deze achtergrond moet het onderzoek naar het potentieel voor, en de waardering van het samenspel tussen IHRL en LOAC in delen B en C worden gezien. De resultaten van dit onderzoek worden hieronder samengevat.

Nu in dit onderzoek het samenspel tussen IHRL en LOAC centraal staat is een derde deelvraag hoe internationaal recht in algemene zin relaties tussen normen reguleert. Dit deel laat zien dat, als een algemene regel, norm relaties alleen ontstaan als (twee of meer) normen valide zijn (ze reguleren een bepaald onderwerp) en toepasselijk (ze hebben bindende kracht). Bij wisselwerking tussen normen is harmonisatie het ultieme streven. Hiertoe dient van deze normen het vermogen te worden vastgesteld om elkaar aan te vullen en zodoende elkaar maximaal effect te geven (het instrument van complementariteit). Het belangrijkste instrument om vervolgens de complementariteit van deze normen vast te stellen is interpretatie. De conclusie kan zijn dat normen in pure harmonie met elkaar zijn, dan wel in een mogelijk of daadwerkelijk conflict met elkaar zijn. Bij een mogelijk conflict kunnen technieken van conflictvermijding worden gebruikt. In het geval van een daadwerkelijk conflict kan de toevlucht worden genomen tot conflictoplossende technieken.

In het licht van het bovenstaande is de vervolgvraag hoe het samenspel tussen IHRL en LOAC is gereguleerd. Dit is de laatste onderzoeksvraag van deel A. Het onderzoek laat zien dat het mogelijk is om op basis van de analyse over normrelaties in internationaal recht een conceptueel raamwerk voor analyse te ontwerpen dat de noodzakelijke parameters biedt om het samenspel tussen IHRL en LOAC met betrekking tot doelbestrijding en operationele detentie in counterinsurgency te onderzoeken.<sup>2131</sup> Een eerste stap in het conceptuele raamwerk voor analyse is daarom om vast te stellen of IHRL en LOAC dergelijke normen met

---

<sup>2129</sup> Hoofdstuk II, paragraaf 2.2.

<sup>2130</sup> Hoofdstuk II, paragraaf 2.3.

<sup>2131</sup> Hoofdstuk III.

betrekking tot doelbestrijding en operationele detentie bieden (*interplay potential*). Een tweede stap houdt in dat ieder geval van wisselwerking kritisch dient te worden beschouwd (*interplay appreciation*). Dit vereist onderzoek van de inhoud van de toepasselijke normen. Vervolgens dient te worden vastgesteld of de desbetreffende normen in harmonie of conflict met elkaar zijn. Het onderzoek neemt als uitgangspunt dat de maxime van de *lex specialis derogat legi generalis* het belangrijkste interpretatie-instrument is voor de vaststelling, ontwijking en oplossing van (mogelijk) conflicterende normen van IHRL en LOAC.. Het maxime houdt in dat bij wisselwerking tussen IHRL en LOAC een specifieke en een algemene norm kunnen worden geharmoniseerd via interpretatie van de algemene norm door middel van de specifieke norm (*lex specialis complementa legi generali*), of dat de specifieke norm en de algemene norm onverenigbaar zijn (*lex specialis derogat legi generali*). In beide gevallen heeft de norm die specifiek is ontworpen voor een bepaalde situatie, als regel, voorrang boven de algemene norm. Daarmee wordt de toepassing van de algemene norm echter niet beëindigd; de specifieke vervangt de algemene norm ook niet. De algemene norm kan nog steeds als ‘achtervang’ dienen, bijvoorbeeld in het geval de specifieke norm onvoldoende precies is geformuleerd.

Om vast te stellen of een bepaalde norm specifiek is dan een andere kan rekenschap worden gegeven van een reeks factoren, zoals de intentie van staten tijdens het ontwerpen of toetreden tot de desbetreffende norm, de zoektocht naar relevantie en effectiviteit in hun toepassing in bepaalde situaties, de juridische duidelijkheid van normen of hun zekerheid en betrouwbaarheid, de aard van desbetreffende normen, de mate van effectieve controle die door de staat wordt uitgeoefende, en statenpraktijk.

## Deel B: Het potentieel van wisselwerking

Deel B past de eerste stap toe van het conceptueel raamwerk voor analyse. Het onderzoekt het potentieel van IHRL en LOAC om tot wisselwerking te komen, door te bezien of het valide en toepasselijke normen biedt die doelbestrijding en operationele detentie in specifieke situaties van counterinsurgency reguleren. Uit deze analyse volgt dat het recht op leven en de mensenrechten die betrekking hebben op vrijheidsbeneming de normen van IHRL zijn die op deze concepten betrekking hebben.<sup>2132</sup> Deze rechten behoren tot de meest fundamentele in de mensenrechtencatalogus.

Aangezien het verwonden, doden en gevangennemen van strijders tot de traditionele methoden van oorlogvoeren horen is het niet verrassend dat LOAC een gedetailleerde en uitgebreide set van normen biedt. Echter, hier zou de traditionele scheiding tussen internationaal gewapende conflicten (*international armed conflict* of *IAC*) en niet-internationaal gewapende conflicten (*non-international armed conflict* of *NIAC*) en de navolgende verscheidenheid in beschikbaarheid, dichtheid evenals precisie van normen in het recht van IAC en NIAC het samenspel tussen IHRL en LOAC kunnen beïnvloeden.

Valide normen van LOAC die betrekking hebben op doelbestrijding kunnen worden gevonden in het deelregime van het recht van vijandelijkheden. Een gedetailleerde normenset kan worden gevonden in het verdragsrecht over IAC, welke de status van gewoonterecht hebben. Het recht over NIAC bevat dergelijke normen niet.<sup>2133</sup> Dit betekent niet dat er een lacune in de regulering van vijandelijkheden in NIACs bestaat. Sommigen beargumenteren dat IHRL dit gat vult. De strikte eisen over geweldgebruik in relatie tot het recht op leven verhouden echter zich op oncomfortabele wijze met het concept vijandelijkheden. Dit con-

---

<sup>2132</sup> Hoofdstuk IV, paragraaf 1.

<sup>2133</sup> Hoofdstuk V, paragraaf 1.1.

cept verlangt meer ‘bewegingsvrijheid’. De studie neemt als uitgangspunt dat het gewoonterecht over vijandelijkheden de lacune vult, hoewel sommige aspecten binnen het recht van de vijandelijkheden nadere duidelijkheid of zekerheid vragen.

Voor *operationele detentie* bevat alleen het recht van IAC een gedetailleerde set van verdragsrechtelijke en gewoonterechtelijke normen die strafrechtelijke detentie en veiligheidsdetentie reguleren. Het recht van NIAC is sterk onderontwikkeld, met name met betrekking tot de juridische basis, de procedurele waarborgen voor veiligheidsdetentie, en overdracht. Het is duidelijk dat dit gevolgen heeft voor het potentieel om tot wisselwerking met IHRL te komen.

Naast normvaliditeit is het potentieel voor wisselwerking tussen normen afhankelijk van de mate van toepasselijkheid van normen. Het onderzoek gebruikt de situationele benadering om deze toepasselijkheid vast te stellen met betrekking tot doelbestrijding en operationele detentie in counterinsurgency. Uit de analyse van de onderzochte situaties van counterinsurgency blijkt dat het potentieel voor normwisselwerking relatief hoog is. Tegelijkertijd blijkt dat gelijktijdige toepassing van normen van IHRL en LOAC niet automatisch kan worden aangenomen.

Bij de toepasselijkheid van IHRL-normen op het gebied van doelbestrijding en operationele detentie<sup>2134</sup> is de deelvraag of opstandelingen die tijdens de daadwerkelijke uitvoering van doelbestrijding en operationele detentie worden getroffen onder de rechtsmacht van de counterinsurgent vielen. Twee controversiële kwesties spelen daarbij op. Dit betreft, ten eerste, de toepasselijkheid van IHRL-verplichtingen in tijd van gewapend conflict. Sommige (inclusief Israël en de Verenigde Staten) nemen een separatistisch standpunt in en stellen dat IHRL nooit van toepassing is tijdens een gewapend conflict. Het is tegenwoordig algemeen aanvaard dat IHRL van toepassing blijft tijdens gewapend conflict. Dit onderzoek ondersteunt deze positie. Een tweede controversieel onderwerp betreft de extraterritoriale toepasselijkheid van IHRL. Het gaat om de vraag of een staat aan haar IHRL-verplichtingen gebonden is omdat het rechtsmacht uitoefent over personen buiten het eigen grondgebied. Uit de analyse van doctrine en de jurisprudentie blijkt dat dergelijke rechtsmacht kan ontstaan (1) als een staat effectieve controle uitoefent over grondgebied (*‘effective control over an area’* of ECA), of (2) als het autoriteit en controle uitoefent over personen (*‘state agent authority’* of SAA). Hieruit volgt dat kan worden gesteld dat rechtsmacht altijd ontstaat in gevallen van operationele detentie. Immers, dan is er sprake van fysieke controle over een persoon. Op basis van de jurisprudentie van het Mensenrechtencomité van de VN (*‘United Nations Human Rights Committee’* of UNHRC) en de Inter-Amerikaanse Commissie alsmede het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens (*‘Inter-American Commission of Human Rights’* en IACiHR/*‘Inter-American Court of Human Rights’* en IACtHR) zou dit ook het geval zijn bij doelbestrijding. Volgens deze instanties ontstaat (extraterritoriale) rechtsmacht onder de ICCPR en ACHR voor alle soorten overheidsgedrag, ongeacht de locatie waar ze plaatsvinden. Bepalend is of de mensenrechten van de personen die het betreft, geraakt worden door het overheidsgedrag. Deze zogeheten ‘functionele’ benadering is niet overgenomen door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (*‘European Court of Human Rights’* of ECtHR). Voor zover geen sprake is van ECA (waarvan sprake is in NATCOIN of OCCUPCOIN) ontstaat jurisdictie alleen op basis van SAA. Op basis van haar jurisprudentie tot dusverre zou het Europees hof SAA-rechtsmacht alleen accepteren in situaties van doelbestrijding waarbij de counterinsurgent openbare macht (*public po-*

---

<sup>2134</sup> Hoofdstuk IV, paragraaf 2.

*wers*) uitoefent of controle uitoefent over de situatie. Hiervan lijkt echter alleen sprake te kunnen zijn in situaties van rechtshandhaving. Tot op heden blijft onduidelijk of het Europees Hof het Europees verdrag voor de rechten van de mens ('European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms' of ECHR) van toepassing acht bij extraterritoriale doelbestrijding van personen tijdens vijandelijkheden. Voorgesteld wordt dat het Europees Hof een functionele benadering zoals de UNHRC en de IACtHR/IACiHR die voorstaan. De voorwaarde daarbij is dat zij vervolgens vermeende schendingen van het recht op leven in situaties van vijandelijkheden door de lens van LOAC onderzoekt. Tot op heden heeft het Europees hof nagelaten dit expliciet te doen. Met betrekking tot LOAC is de hoofdvraag of het het recht van IAC of NIAC van toepassing is op de doelbestrijdings- of detentie-relatie tussen de counterinsurgent en opstandelingen.<sup>2135</sup> Het onderzoek neemt als uitgangspunt dat een gewapend conflict tussen een staat en niet-statelijke actoren als een NIAC gekwalificeerd moet worden, en dat vervolgens het recht van NIAC van toepassing is. De bepalende factor betreft de status van de partijen bij het conflict (staat versus niet-statelijke actor) en niet de capaciteit van de onderliggende normatieve kaders om veiligheid of humanitaire belangen zo goed mogelijk te beschermen. De situaties NATCOIN en SUPPCOIN kunnen als NIAC worden gekwalificeerd. De conflictkwalificatie van OCCUPCOIN en TRANSCOIN blijft echter onderwerp van discussie. Op basis van meerderheidsstandpunt kan worden aangenomen dat doelbestrijding en operationele detenties in OCCUPCOIN en TRANSCOIN beheerst worden door het recht van NIAC. Het hoofdargument hiervoor is dat elk conflict tussen de counterinsurgent en opstandelingen in deze situaties als een op zichzelf staand gewapend conflict, los van een reeds bestaand IAC, gezien moet worden. Met andere woorden, het recht van NIAC reguleert de relatie tussen de staat en opstandelingen, onder voorwaarde dat de drempel van een NIAC overschreden is.

Voor de doeleinden van dit onderzoek wordt het bestaan van een gewapend conflict aangenomen in het geval een staat een opstand bestrijdt. Hierbij is wel opgemerkt dat een louter politieke kwalificatie van een opstand van niet-statelijke actoren tegen de staat en haar instellingen als insurgency niet automatisch inhoudt dat er sprake is van een gewapend conflict. Benadrukt wordt dat de vaststelling van een conflict als gewapend conflict het gevolg is van een feitenonderzoek op een *case-by-case* basis. Over het algemeen is een dergelijke vaststelling niet zo problematisch voor een IAC, maar in het geval van conflicten tussen een staat en niet-statelijke actoren is dit minder snel duidelijk omdat een NIAC de uitwisseling van voldoende langdurig en intens gewapend geweld tussen een staat en een niet-statelijke gewapende groep met een voldoende mate van organisatie vereist. Het is vooral de laatste eis die problematisch is. Een voldoende mate van organisatie kan afwezig zijn, of is moeilijk vast te stellen. Daarenboven zal sporadisch geweldgebruik ook geen gewapend conflict tot stand brengen. Als er geen sprake is van een NIAC is LOAC niet van toepassing en is de counterinsurgent gehouden om de niet-statelijke actoren binnen de grenzen van IHRL te bestrijden. In de praktijk kunnen staten geconfronteerd worden met onduidelijke situaties waarbij conflicten 'zweven' in het grijze gebied tussen vrede en gewapend conflict wat een vervaging van de grenzen tussen IHRL en LOAC tot gevolg kan hebben. Vooral in deze situaties worden conceptuele verschillen tussen IHRL en LOAC door verschillende belangenhebbenden tegen elkaar uitgespeeld om veiligheids- of humanitaire belangen veilig te stellen.

## Deel C: Kritische beschouwing van de wisselwerking

---

<sup>2135</sup> Hoofdstuk V, paragraaf 2.



Deel C betreft de kritische beschouwing van het samenspel. De onderzoeksvraag die dient te worden beantwoord is: in het licht van hedendaagse counterinsurgency doctrine, hoe verhouden de relevante normatieve raamwerken van IHRL en LOAC betreffende doelbestrijding en operationele detentie zich tot elkaar, en wat betekent dit voor de toegestane omvang van overheidsgedrag in de operationele praktijk?

Om deze vraag te beantwoorden is de materiële inhoud van de valide normen van IHRL en LOAC op het gebied van doelbestrijding en operationele detentie onderzocht. Dit biedt inzicht in het karakter van de betreffende normen en hun verenigbaarheid.<sup>2136</sup> Vervolgens wordt de paradigma-benadering toegepast.<sup>2137</sup>

### Doelbestrijding<sup>2138</sup>

Bij doelbestrijding laat het onderzoek zien dat IHRL en LOAC weliswaar elk een afzonderlijk raamwerk van eisen biedt waaraan de militaire commandant zich bij het plannen en uitvoeren van doelbestrijdingsoperaties tegen opstandelingen dient te houden. Vanwege hun onderscheidenlijke objecten en doelen, en dientengevolge de aard van de rechtsverhoudingen die zij elk trachten te reguleren verschillen de eisen binnen ieder regime fundamenteel (hoewel ze enige mate van overlapping vertonen) vooral in termen van bescherming van de opstandelingen (als de doelen), alsook ten aanzien van de bescherming van burgers.

IHRL biedt een raamwerk met strikte eisen. Deze houden in dat geweld alleen mag worden aangewend in reactie op een daadwerkelijke en onmiddellijke dreiging en als een laatste redmiddel; alleen die soort en mate van geweld mag worden aangewend die voldoende is om de dreiging weg te nemen en het moet zich verhouden tot het bereiken van een legitiem doel; voorzorgsmaatregelen dienen te worden genomen om te verzekeren dat het verlies van leven of verwonding van individuen, inclusief degene die de dreiging uit, kan worden voorkomen of in ieder geval kan worden beperkt; en er moet een feitenonderzoek worden uitgevoerd. In termen van onderwerp en doel streven deze eisen er naar te voorkomen dat dreiging zich voltrekt en dat het leven van het doelwit, ongeacht de aard van de dreiging, alsmede dat van onschuldige omstanders beschermd wordt.

Dit kader biedt over het algemeen voldoende ruimte voor het gebruik van geweld voor rechtshandhavingsdoeleinden in vredesomstandigheden waarbij de staat controle over grondgebied uitoefent. Men kan zich echter afvragen of dit kader voldoende flexibel is om in tijden van gewapend conflict met vijandelijkheden om te gaan in gebieden waar dergelijke controle wordt bevochten of (gedeeltelijk) afwezig is.

Bovendien is het twijfelachtig of deze eisen verenigbaar zijn met het concept van doelbestrijding. Wanneer strikt nageleefd is de doelbestrijding van opstandelingen alleen mogelijk in zeer uitzonderlijke omstandigheden. Het is staten niet toegestaan om personen louter op basis van het (militaire of politieke) label van 'insurgent' aan te grijpen. Dit mag alleen op basis van een concrete en onmiddellijke dreiging op het moment uit te voeren voordat toevlucht wordt genomen tot doelbestrijding.

Ook staat IHRL het een counterinsurgent niet toe om wetten of beleid uit te vaardigen dat regeringstroepen een *'license to kill'* verstrekt om daarmee een dreiging tegen de politieke stabiliteit of de veiligheid van de staat weg te nemen; om daarmee de organisatiestructuur van de opstandelingen te destabiliseren of te ondermijnen; of om een mogelijke, maar

---

<sup>2136</sup> Wat betreft doelbestrijding, zie Hoofdstuk VI (IHRL) en Hoofdstuk VII (LOAC). Wat betreft operationele detentie, zie Hoofdstuk IX (IHRL) en Hoofdstuk X (LOAC).

<sup>2137</sup> In Hoofdstuk VIII (betreffende doelbestrijding) and Hoofdstuk XI (betreffende operationele detentie).

<sup>2138</sup> Deel C.1.

onduidelijke dreiging van opstandelingen weg te nemen louter op basis van eerdere dreigingen. Bovendien verbiedt IHRL de staat opstandelingen te ‘*targeten*’ voor doeleinden die normaliter zouden passen in het concept van militaire noodzaak zoals bedoeld in het normatieve paradigma van vijandelijkheden. Daarenboven heeft de counterinsurgent de verplichting om de hiervoor bedoelde voorzorgsmaatregelen te treffen. Dit dwingt het om zorgvuldig die methoden en middelen te selecteren die de dood niet onvermijdelijk maken of die niet resulteren in het gebruik van disproportioneel geweld. Dit betekent dat het doden van opstandelingen met bijvoorbeeld aanvalshelikopters, bewapende onbemande vliegtuigen (*‘drones’*) of luchtaanvallen een zware dreiging vereisen om niet als een willekeurige levensontneming bestempeld te worden. Dit betekent niet dat een dergelijke dreiging zich niet kan voltrekken – terreuraanvallen zijn het voornaamste voorbeeld – maar dit zijn duidelijk uitzonderlijke situaties. Al met al kan worden geconcludeerd dat dit strikte kader de interpretatie en toepassing van de fundamentele beginselen van de militaire operaties ernstig beïnvloedt.

In tegenstelling to IHRL biedt LOAC een raamwerk met eisen die specifiek ontwikkeld zijn voor vijandelijkheden. Het verplicht de counterinsurgent om onderscheid te maken tussen rechtmatige doelwitten en beschermde personen. De *doelbestrijding* dient plaats te vinden met middelen en methoden die toegestaan zijn onder het recht van vijandelijkheden. In het geval dat onschuldige burgers en burgerobjecten zich vermengen met opstandelingen staat LOAC – onder strikte, maar redelijke voorwaarden – ‘collateral damage’ tot op zekere hoogte toe. Daarbij moeten, in zoverre dit uitvoerbaar is, voorzorgsmaatregelen worden getroffen om de verwonding of dood van burgers, of de verwoesting van burger eigendom, te voorkomen of te minimaliseren. Hoewel dit raamwerk vijandelijkheden reguleert met verboden en beperkingen kan het worden gezien als een raamwerk dat geweldgebruik toestaat *tenzij* dit specifiek verboden is op grond van humanitaire gronden. Om het rechtmatige doel van oorlogvoering – het verslaan van de vijand – te bereiken, laat het recht van vijandelijkheden zien dat het zich bewust is van de militaire noodzaak om een opstandeling buiten gevecht (*‘hors de combat’*) te stellen – inclusief zijn doding – op het moment dat hij gekwalificeerd kan worden als rechtmatig doelwit. Zijn doelbestrijding mag op iedere plaats en op ieder moment plaatsvinden onder voorwaarde dat dit niet verboden is onder LOAC.

Het bovenstaande betekent niet dat de inhoud van het recht van vijandelijkheden onproblematisch is en daarmee – als gevolg daarvan – de doelbestrijding van opstandelingen niet beïnvloedt. Sommige onderwerpen, zoals de kwalificatie van een persoon als rechtmatig doelwit, blijven onderwerp van discussie. Ook blijkt uit de analyse van het recht van vijandelijkheden dat er bij voortduring pogingen worden ondernomen om de balans binnen de normen tussen militaire noodzaak en humaniteit te herijken. De meest controversiële poging daartoe betreft de idee dat het concept van militaire noodzaak een beperkende zijde kent die het doden van rechtmatige doelwitten verbiedt zolang andere, minder schadelijke alternatieven beschikbaar en uitvoerbaar zijn. Dit onderzoek deelt deze opvatting niet.

Terwijl het gedetailleerde regels biedt voor het gebruik van geweld in vijandelijkheden biedt LOAC slechts zeer rudimentaire regels op het gebied van geweldgebruik als een maatregel van rechtshandhaving. Zij verbieden willekeurige levensontneming, maar vormen verder geen richtinggevend kader zoals dat van IHRL.

In het licht van het bovenstaande kan worden overgegaan tot een appreciatie van het samenspel van IHRL en LOAC binnen de normatieve paradigma’s van rechtshandhaving en vijandelijkheden. Hieruit wordt duidelijk dat beide op een harmonieuze wijze met elkaar in verband staan, maar dat LOAC de *lex specialis* is.<sup>2139</sup>

---

<sup>2139</sup> Hoofdstuk VIII, paragrafen 1 and 2.

Wat betreft het normatieve paradigma van rechtshandhaving wordt duidelijk dat IHRL, als *lex generalis*, complementair is, nu LOAC geen gedetailleerde normen op het gebied van geweldgebruik in rechtshandhaving bevat. Met betrekking tot het normatieve paradigma van vijandelijkheden dient de IHRL-vraag of een levensontneming als willekeurig kan worden gekwalificeerd beantwoord te worden door de specifieke omstandigheden die vijandelijkheden met zich meebrengen in aanmerking te nemen en of de levensbenaming zich kan verdragen met het recht dat daar specifiek voor ontwikkeld is – het recht van vijandelijkheden. Hier vervult het maxime van de *lex specialis* de rol van interpretatietechniek.

Deze logica van het resultaat van het samenspel van IHRL en LOAC *binnen* de normatieve paradigma wordt ook weerspiegeld in het samenspel *tussen* de normatieve paradigma.<sup>2140</sup>

Hoewel sommigen beweren dat de status van de opstandeling als rechtmatig doelwit onder het recht van vijandelijkheden voldoende is om het normatieve paradigma van vijandelijkheden in werking te stellen (de formele benadering), blijkt uit dit onderzoek dat de uitkomst van de wisselwerking tussen beide paradigma's contextspecifiek is (de functionele benadering). Deze benadering houdt rekening met de positie van het doelwit binnen de normatieve paradigma. In tegenstelling tot reguliere combattanten in een IAC betekent de niet-statelijke aard van opstandelingen dat zij een duale status innemen in het internationale recht. In zoverre zij kwalificeren als rechtmatige doelwitten overlapt het concept van vijandelijkheden met dat van rechtshandhaving, nu de opstandelingen ookeen dreiging vormen voor de openbare veiligheid, recht en orde: zij plegen immers strafbare feiten. Deze overlapping van concepten vertaalt zich in een dubbele relatie: opstandelingen bevinden zich niet alleen in een horizontale relatie met de counterinsurgent, maar ook in een verticale relatie. In de eerstgenoemde hebben counterinsurgents een autoriteit om aan te vallen; onder laatstgenoemde bestaat er een plicht om het recht op leven en een eerlijk proces van een ieder binnen de rechtsmacht van de staat. Deze relaties kunnen moeilijk worden gescheiden.

Een functionele benadering van het samenspel tussen de normatieve paradigma's houdt in dat het normatieve paradigma van rechtshandhaving van toepassing is als de counterinsurgent controle uitoefent over het grondgebied waar het geweldgebruik dat resulteert in de levensontneming plaatsvindt (territoriale controle) *alsmede* over de omstandigheden omtrent de operatie (situationele controle). Het normatieve paradigma van vijandelijkheden vindt geen toepassing, maar wordt 'in reserve' geplaatst en blijft 'slapend' zo lang het normatieve paradigma van rechtshandhaving de activiteiten van de strijdkrachten op adequate wijze kan reguleren, ook al kan de dreiging die de opstandelingen vormen als daden van vijandelijkheid worden gekwalificeerd. Niet eerder dan het moment waarop er geen sprake (meer) is van controle uitgeoefend in een mate dat het de counterinsurgent toestaat om de openbare veiligheid, recht, en orde te handhaven of te herstellen met rechthandavingsmaatregelen worden de logische limieten van het normatieve paradigma van rechtshandhaving bereikt. Vanaf dat moment wordt het normatieve paradigma van vijandelijkheden 'actief'.

Wanneer de functionele benadering op de verschillende situaties waarin counterinsurgency plaatsvindt wordt toegepast, kan worden geconcludeerd dat het normatieve paradigma van rechtshandhaving eerder de norm dan de uitzondering is in doelbestrijdingsoperaties in NATCOIN en OCCUPCOIN. Zoals geconcludeerd impliceert dit dat de doelbestrijding van opstandelingen alleen mag plaatsvinden in zeer buitengewone omstandigheden. De functionele benadering demonstreert ook dat de counterinsurgency-state het normatieve paradigma van vijandelijkheden mag gebruiken in alle gevallen waarin territoriale en/of situationele controle afwezig is. Dit normatieve paradigma maakt het mogelijk om gevechts-

---

<sup>2140</sup> Hoofdstuk VIII, paragraaf 3.

operaties uit te voeren in overeenstemming met de basisbeginselen van oorlogvoering, zoals eenvoud, flexibiliteit, initiatief, offensief handelen en beweeglijkheid. LOAC is daarmee een zeer krachtig regime. Het volle gebruik ervan in counterinsurgency-operaties kan echter fundamentele beginselen van counterinsurgency te ondermijnen. Hedendaagse counterinsurgency-doctrine laat zien dat voorzichtigheid en terughoudendheid bij geweldgebruik noodzakelijk zijn, zodat counterinsurgents op basis van strategische beleidsoverwegingen wordt opgedragen om alleen de minimale hoeveelheid geweld te gebruiken die strikt vereist is door de situationele omstandigheden. Het normatief paradigma van vijandelijkheden speelt daarbij een ondergeschikte rol. Men zou kunnen stellen dat deze beleidsbeperkingen resulteren in gedrag dat lijkt op dat volgende uit de functionele benadering. Met ander woorden, daar waar counterinsurgents meer controle uitoefenen weegt de terughoudendheid in geweldgebruik zwaarder. Een belangrijk verschil tussen de functionele benadering en de counterinsurgency benadering is dat de laatstgenoemde beperkingen opleggen die niet worden opgelegd door het normatieve paradigma van vijandelijkheden in situaties waar controle afwezig is. Het standpunt dat in deze studie wordt ingenomen is dat het juridische kader van het recht van vijandelijkheden niet wordt aangetast door het counterinsurgency-paradigma. Deze beleidsbeperkingen zouden echter als normatief kunnen worden opgevat door hen die 'innovatieve humanisering' van gewapend conflict steunen. Als staten deze signalen negeren kan deze ontwikkeling resulteren in een aanpassing van de traditionele balans tussen militaire noodzaak en humaniteit en daarmee de fundering van doelbestrijding zoals begrepen binnen het concept van vijandelijkheden ondermijnen.

#### Operationele detentie<sup>2141</sup>

Met betrekking tot de vrijheidsbeneming van personen biedt IHRL een gedetailleerd raamwerk van strikte eisen die de juridische basis voor detentie bieden, alsmede de procedurele waarborgen die geboden dienen te worden, en normen over de behandeling en de overdracht van gevangenen.<sup>2142</sup> Hoewel dit raamwerk ook van toepassing is op andere vormen van vrijheidsbeneming, is het hoofdzakelijk ontworpen om de criminele hechtenis van personen te reguleren. De algemene premisse die aan dit raamwerk ten grondslag ligt is dat het kan worden toegepast in vredesomstandigheden, waarin een staat in staat is om een functionerend strafrechtssysteem op te richten en te handhaven, waarin de politie, openbare aanklagers, advocaten en rechters op adequate wijze kunnen opereren. Met andere woorden, het raamwerk reflecteert de veronderstelling dat de regering controle over grondgebied, objecten of personen uitoefent – zoals het concept van rechtshandhaving al aangeeft. Het concept van veiligheidsdetentie correspondeert moeizaam met dit raamwerk. Ten eerste ontbreekt er een expliciete juridische basis in IHRL. Hoewel dit niet betekent dat veiligheidsdetentie bij voorbaat verboden is, dient het te worden gezien als een buitengewone maatregel die alleen bij hoge uitzondering mag worden toegepast en (vermoedelijk) alleen als het voorafgegaan wordt door derogatie. Dit dwingt staten om veiligheidsdetentie zorgvuldig te overwegen en voortdurend te bewaken. Andere gebieden van frictie betreffen, onder andere, de waarborgen op een eerlijk proces en de eis om een gedetineerde de gelegenheid te geven om de rechtmatigheid van zijn detentie voor een onafhankelijk en onpartijdig hof aan te vechten (*habeas corpus*). Een belangrijke vraag is of deze IHRL-eisen zomaar kunnen worden toegepast op detenties in tijd van gewapend conflict, met name in gebieden van

---

<sup>2141</sup> Deel C.2.

<sup>2142</sup> Hoofdstuk IX.

voortdurende vijandelijkheden waar effectieve controle over grondgebied afwezig is of onder druk staat.

Voor de normatieve inhoud van de valide normen aangaande *operationele detentie* in LOAC speelt de scheiding tussen IAC en NIAC een doorslaggevende rol.<sup>2143</sup>

Over het algemeen hebben zowel het recht van IAC als NIAC de voortdurende toepassing en noodzaak van strafrechtelijke detentie voor ogen. Tegelijkertijd moet worden opgemerkt dat de normen van LOAC die strafrechtelijke detentie reguleren kunnen worden gevonden in het recht van IAC en dan vooral in het bezettingsrecht. Dit bevestigt dat, hoewel deze normen in gewapend conflict van toepassing zijn, ze alleen effectief kunnen worden nageleefd als er sprake is van een voldoende mate van effectieve controle over grondgebied dat de rechtspraak in staat stelt om in overeenstemming met de inhoud van die normen te functioneren. Hier laat LOAC zien dat het in staat is om te differentiëren tussen verschillende niveaus van controle die kunnen plaatsvinden in een gebied van gewapend conflict. Dit demonstreert dus de flexibiliteit om de rechtsstaat haar werk te laten doen en personen voor hun criminele gedrag te bestraffen.

Toch laat LOAC tevens zien dat het bereid is om met veiligheidsdreigingen tijdens gewapend conflict om te gaan door strijders en burgers op preventieve basis te detineren. Dit is het krachtigst en gedetailleerd geregeld in het recht van IAC. Het ruimste raamwerk is neergelegd in GC III, dat de internering van krijgsgevangenen toestaat voor de duur van het gewapend conflict, en zonder periodieke herzieningen. Opstandelingen zoals begrepen in dit onderzoek zullen echter niet als krijgsgevangene gekwalificeerd kunnen worden. Zij kunnen wel als persoon beschermd onder GC IV en AP I worden gekwalificeerd. Beiden staan de internering toe van personen.

Tegelijkertijd moet deze maatregel worden beschouwd als een uitzonderlijke maatregel. Om deze reden is het onderworpen aan een reeks substantieve en procedurele eisen. Deze eisen demonstreren een aanzienlijke, maar niet noodzakelijkerwijs complete, overlapping met IHRL-normen. In termen van toelaatbaarheid, evenals de duidelijkheid van de toepasselijke normen is het recht van IAC het meest voor de hand liggend. De toepasselijkheid van dit deel van het recht op operationele detenties in counterinsurgency operaties is echter erg beperkt nu de relatie tussen counterinsurgency-staten en opstandelingen in de verschillende situaties van counterinsurgency over het algemeen zullen worden beheerst door het recht van NIAC. Met het oog op de afwezigheid van valide normen op het gebied van veiligheidsdetentie in het recht van NIAC is het moeilijk de toelaatbaarheid ervan vast te stellen. Hoewel er overeenstemming lijkt te zijn dat veiligheidsdetentie in NIAC verboden is, bestaat er geen expliciete juridische grondslag voor in het recht van NIAC. Het meest zorgwekkend is echter de vraag welke procedurele waarborgen in het geval van veiligheidsdetentie moeten worden toegekend. Het verdragsrecht en de doctrine bieden verscheidene mogelijkheden. Gemeenschappelijk artikel 3 moedigt partijen bij het conflict aan overeen te komen het recht van IAC toe te passen. Daarnaast kunnen GC III en/of GC IV bij wijze van beleid worden toegepast. Dit bindt partijen echter niet en dus mist het de zekerheid die zo nodig is. Ten derde nodigen gemeenschappelijk artikel 3 en AP II IHRL uit om een aanvullende rol te spelen.

Een kritische beschouwing van het samenspel tussen IHRL en LOAC betreffende operationele detentie laat zien dat beide regimes met elkaar samensmelten of elkaar aanvullen – ondanks het verschil in beschikbaarheid, dichtheid en precisie van de normen op het gebied

---

<sup>2143</sup> Hoofdstuk X.

van strafrechtelijke -en veiligheidsdetentie in IHRL en LOAC (vooral het recht van NIAC).<sup>2144</sup> Uit het onderzoek blijkt dat indien LOAC normen ter beschikking heeft, LOAC de *lex specialis* is en als een interpretatiebron fungeert, of als een dwingende bron geldt bij (potentieel) conflict met normen van IHRL. Dit betekent dat de beschikbare normen moeten worden toegepast in het licht van de conceptuele grondslagen van LOAC. Deze conclusie is in de eerste plaats van toepassing op het samenspel tussen IHRL en LOAC in het normatieve paradigma van strafrechtelijke detentie, waar de normatieve inhoud van de valide normen vrijwel gelijkaardig is.<sup>2145</sup>

Het samenspel tussen IHRL en LOAC in het normatieve paradigma van *veiligheidsdetentie* reflecteert de beschikbaarheid, dichtheid en precisie van de normatieve kaders in het recht van IAC en NIAC.<sup>2146</sup> Zoals eerder opgemerkt, verschillend deze kaders fundamenteel. Nu veiligheidsdetentie in het recht van IAC gedetailleerd is gereguleerd, is het samenspel met IHRL relatief eenduidig: LOAC is de *lex specialis*. In de afwezigheid van specifieke norm voor veiligheidsdetentie in het recht van NIAC is het samenspel met IHRL minder eenduidig, in ieder geval met betrekking tot de juridische basis en de procedurele waarborgen. Hier zou IHRL het gat kunnen vullen. Deze afhankelijkheid van IHRL is echter niet zonder problemen. Staten kunnen van mening zijn dat IHRL niet van toepassing is in gewapend conflict of buiten het eigen grondgebied. Zelfs als het van toepassing is wordt de geschiktheid van IHRL voor de realiteit van het gewapend conflict betwijfeld. Daar kan aan worden toegevoegd dat IHRL de niet-statelijke actoren die partij zijn bij het gewapende conflict niet bindt, wat als problematisch wordt ervaren.

Er lijkt geen eenvoudige en bevredigende zuiver juridische oplossing beschikbaar en de beste optie op dit moment is om terug te vallen op beleid dat afgeleid is van GC III en GC IV. Dit sluit niet uit dat IHRL kan worden gebruikt zodat het, waar nodig, LOAC normen nader kan verduidelijken of aanvullen. Dit resulteert mogelijk in een kader waarmee staten zich comfortabel voelen en dat tegelijkertijd waarborgen biedt van een niveau dat correspondeert aan de specifieke situatie van gewapend conflict. De daadwerkelijke toepassing van dergelijk beleid kan de eerste stap vormen op weg naar nieuw recht – van gewoonterechtelijke aard of in de vorm van een nieuw verdrag. Hedendaagse counterinsurgency-doctrine, -beleid en -praktijk dat al veel van de normen van GC III, GC IV en IHRL bevat, kan dit proces mogelijk steunen

Een laatste onderwerp omvat het samenspel tussen het normatieve paradigma van strafrechtelijke detentie en veiligheidsdetentie.<sup>2147</sup> Er is geen positiefrechtelijke regel die sturing geeft. Het onderzoek bepleit (echter) dat het doel dat ieder paradigma nastreeft een bepalende factor is. Het normatieve paradigma van strafrechtelijke detentie bevat een kader om detentie te reguleren voor vermeend crimineel gedrag dat zich in het verleden voordeed, en waarvoor publieke verantwoording moet worden afgelegd. Omgekeerd bevat het normatieve paradigma van veiligheidsdetentie in gewapend conflict een kader om detentie te reguleren vanwege toekomstig gedrag, om veiligheidsdreigingen te voorkomen. Het onderzoek benadrukt ook dat het samenspel tussen de twee soorten paradigma's in de operationele praktijk beïnvloedt kan worden door beginselen van counterinsurgency neergelegd in beleid. Over het algemeen wordt in counterinsurgency een voorkeur gegeven aan strafrechtelijke detentie boven veiligheidsdetentie. Tegelijkertijd moet worden opgemerkt dat de afhankelijkheid van

---

<sup>2144</sup> Hoofdstuk XI.

<sup>2145</sup> Hoofdstuk XI, paragraaf 1.

<sup>2146</sup> Hoofdstuk XI, paragraaf 2.

<sup>2147</sup> Hoofdstuk XI, paragraaf 3.

criminele detentie grotendeels berust van de controle die wordt uitgeoefend over het grondgebied in een dusdanige mate dat het kan vertrouwen op een functionerend strafrechtstelsel. In omgevingen van voortdurende vijandelijkheden tussen de counterinsurgent en opstandelingen, en waar een strafrechtstelsel afwezig is, of onvoldoende functioneert, kan strafrechtelijke detentie geen optie zijn omdat het simpelweg niet mogelijk is om in redelijkheid niet mogelijk is om aan de daarbij behorende voorwaarden te voldoen. In die gevallen is veiligheidsdetentie het enige redelijke alternatief, onder voorwaarde dat het wordt uitgevoerd voor het doel waar het voor is bedoeld. Als de situatie zich geleidelijk transformeert van vijandelijkheden naar vredesomstandigheden kan strafrechtelijke detentie een praktisch uitvoerbare mogelijkheid worden, en om die reden een strategische voorwaarde. Dit laat onverlet dat de operationele belasting voor counterinsurgents groot is. Strafrechtelijke detentie is immers een taak die buiten de traditionele taken van de krijgsmacht valt. Tegenwoordig zijn dergelijke taken echter onvermijdelijk en moeten krijgsmachten (en militairen) hierop voorbereid zijn.

#### Deel D: Synthese en conclusies

Deel D verbindt de belangrijkste operationele en juridische thema's in dit onderzoek naar het samenspel tussen IHRL en LOAC in doelbestrijding en operationele detentie in counterinsurgency. Het benadrukt het belang van de regels en beginselen van internationaal recht om norm relaties vast te stellen en kritisch te beschouwen.<sup>2148</sup> Het beklemtoont het gevaar dat schuilt in pogingen om de *lex lata* om redenen van veiligheid of humaniteit te modificeren.<sup>2149</sup> Het belicht het belang van norm-validiteit en norm-toepasselijkheid voor het potentieel van samenspel.<sup>2150</sup> Het herbevestigt het belang van de overeenkomstige rol van de notie van controle in de concepten van rechtshandhaving en vijandelijkheden, alsmede in het onderwerp en doel van IHRL en LOAC.<sup>2151</sup> Daarenboven benadrukt het dat de specifieke karakteristieken van insurgency en counterinsurgency niet genegeerd kunnen worden in het interpretatieproces over het samenspel van normen van IHRL en LOAC.<sup>2152</sup>

Deel D trekt ook conclusies over de gevolgen van het samenspel tussen IHRL en LOAC voor de operationele ruimte voor de doelbestrijding en operationele detentie.<sup>2153</sup> Deel D eindigt met finale conclusies,<sup>2154</sup> door het belang van de paradigma benadering in militaire operaties te benadrukken en door een blik te werpen op de weg vooruit. Het roept staten – als de primaire 'wetgevers' van internationaal recht – op zich ervan te verzekeren dat ze in 'command en control' van nieuwe ontwikkelingen blijven. In command and control blijven is noodzakelijk zodat het traditionele evenwicht tussen dat wat enerzijds militair noodzakelijk is, en anderzijds noodzakelijk is vanuit humanitair perspectief, niet abrupt en op disproportionele wijze uit balans wordt gebracht door relevante partijen – staten, internationale organisaties, NGO's en internationale en nationale (quasi-)rechtsprekende organen – die hun eigen belangen naar voren proberen te schuiven.

---

<sup>2148</sup> Hoofdstuk XII, paragraaf 1.1.

<sup>2149</sup> Hoofdstuk XII, paragraaf 1.2.

<sup>2150</sup> Hoofdstuk XII, paragraafs 1.3 and 1.4.

<sup>2151</sup> Hoofdstuk XII, paragraaf 1.5.

<sup>2152</sup> Hoofdstuk XII, paragraaf 1.6.

<sup>2153</sup> Hoofdstuk XII, paragraaf 2.

<sup>2154</sup> Hoofdstuk XII, paragraaf 3.