

Rechtsmacht hangt ook uit de loop van een geweer

Maarten den Heijer*

Niet langer kan volgehouden worden dat ten tijde van oorlog uitsluitend de bijzondere regels gelden van het oorlogsrecht. Mensenrechten verliezen in een gewapend conflict hun werking niet, zo blijkt uit recente rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Wat betekent dat voor de normering van het optreden van ‘onze jongens’ (en meisjes) in bijvoorbeeld Mali, Irak en de wateren rond Somalië?

* Mr.dr. M. den Heijer is universitair docent Internationaal recht aan de Universiteit van Amsterdam.

- 1 EHRM 7 juli 2011 (Grote Kamer), nr. 55721/07 (*Al-Skeini/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 16 september 2014 (Grote Kamer), nr. 29750/09 (*Hassan/Verenigd Koninkrijk*).
- 2 EHRM 20 november 2014 (Grote Kamer), nr. 47708/08 (*Jaloud/Nederland*).
- 3 EHRM 12 december 2001 (Grote Kamer), nr. 52207/99 (*Banković e.a./België en 16 andere verdragspartijen*). Voor kritiek zie o.m. R.A. Lawson, ‘Life after *Bankovic*. On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights’, in: F. Coomans & M.T. Kamminga (red.), *The Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (Maastricht Series in Human Rights), Cambridge/Mortsel: Intersentia 2004, p. 83-123; A. Orakelashvili, ‘Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights’, *European Journal of International Law* 2003, afl. 3, p. 529-568.

1 Inleiding

De vraag in welke omstandigheden het EVRM kan worden toegepast buiten het grondgebied van een verdragsstaat, bijvoorbeeld ten aanzien van oorlogshandelingen, is recentelijk opnieuw aan de orde gekomen. In de arresten *Al-Skeini* (2011) en *Hassan* (2014), beide gewezen tegen het Verenigd Koninkrijk, oordeelde de Grote Kamer van het EHRM dat het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) van toepassing was op de Britse behandelingen van gedetineerden in Irak.¹ En in *Jaloud t. Nederland* (2014) concludeerde de Grote Kamer dat Nederland artikel 2 EVRM (het recht op leven) had geschonden, door geen effectief onderzoek te hebben verricht naar de omstandigheden waarin een Iraakees door een vermoedelijk Nederlandse militair bij een checkpoint in Zuid-Irak was neergeschoten.²

De vraag in welke omstandigheden het EVRM kan worden toegepast buiten het grondgebied van een verdragsstaat is recentelijk opnieuw aan de orde gekomen

Hassan en *Jaloud* bevestigen de correctie die het EHRM in *Al-Skeini* aanbracht op de enge en veelvuldig bekritiseerde uitleg die in 2001 in *Banković* werd gegeven aan de extraterritoriale werking van het EVRM.³ Toen had de Grote Kamer geoordeeld dat luchtbombardementen ten tijde van de Kosovo-oorlog niet konden worden getoetst aan het EVRM.

Een belangrijke openstaande vraag is of ook meer moderne methoden van oorlogsvoering, zoals de inzet van onbemande vliegtuigen of commando-acties, zonder dat sprake is van een situatie van militaire bezetting, worden beheerst door het EVRM

Maar de jurisprudentie over extraterritoriale werking lijkt nog niet voltooid. Een belangrijke openstaande vraag is of ook meer moderne methoden van oorlogsvoering, zoals de inzet van onbemande vliegtuigen of commando-acties, zonder dat sprake is van een situatie van militaire bezetting, worden beheerst door

het EVRM. Bovendien blijft kritiek mogelijk op de benadering van het Hof. In het rituele oplepelen van algemene beginselen blijft het vasthouden aan een aanvechtbare presumptie tegen extraterritoriale werking.

2 De rechtspraak in context

Alvorens meer uitgebreid in te gaan op de twee recente uitspraken in *Hassan* en *Jaloud*, kan het verhelderen om de contouren van het debat omtrent extraterritoriale werking van mensenrechten, en het EVRM in het bijzonder, kort te schetsen. Die contouren bestaan enerzijds uit een aantal theoretische en praktische bezwaren die zijn opgeworpen tegen het aannemen van extraterritoriale werking van het EVRM. Anderzijds roept de extraterritoriale toepassing van het EVRM enkele interpretatieve vragen op, waaronder de betekenis van het rechtsmachtbegrip en de verhouding met het internationaal humanitair recht en het staatsaansprakelijkheidsrecht. De verhouding met internationaal humanitair recht wordt apart besproken in paragraaf 4 van dit artikel, omdat het arrest *Hassan* daar in het bijzonder over gaat.

Het waarschijnlijk meest fundamentele bezwaar dat wel is geuit tegen extraterritoriale werking, is dat het accepteren daarvan neerkomt op mensenrechtelijk imperialisme

2.1 Mensenrechtelijk imperialisme

Het waarschijnlijk meest fundamentele bezwaar dat wel is geuit tegen extraterritoriale werking, is dat het accepteren daarvan neerkomt op mensenrechtelijk imperialisme: de rechten in het EVRM worden dan opgelegd aan volkeren en individuen die niet bij de totstandkoming en vorming ervan betrokken zijn (geweest). Het EVRM en de uitleg die het EHRM geeft, zijn voor een belangrijk deel gebaseerd op Europese tradities en opvattingen. Die kunnen niet vanzelfsprekend naar andere staten worden geëxporteerd.⁴ Het EHRM oarmde dit bezwaar in *Banković* door te overwegen dat het EVRM werkt in een in wezen regionale context en met name in de rechtsruimte (*espace juridique*) van de verdragspartijen.⁵ Ook in de uitleveringsrechtspraak van het EHRM wordt als vaste overweging opgenomen dat niet van verdragspartijen wordt verlangd dat zij de EVRM-standaarden

opleggen aan niet-verdragspartijen.⁶ Maar in latere rechtspraak werd dit bezwaar genuanceerd. In *Al-Skeini* overwoog het Hof dat uit de eerdere jurisprudentie niet volgt dat het EVRM nimmer buiten het grondgebied van de verdragspartijen toepassing kan hebben en dat situaties voorkomen moeten worden waarin een mensenrechtelijk vacuüm ontstaat.⁷ In zijn algemeenheid kan verder worden gesteld dat extraterritoriale werking doorgaans niet het opleggen van normen aan een andere staat behelst, maar het normeren van het gedrag van een verdragspartij. En daarvoor kan evenzeer een fundamentele logica worden opgevoerd, zoals het EHRM deed in *Issa t. Turkije*: ‘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’.⁸ In een ietwat andere context hanteren ook de Nederlandse Spoorwegen dit beginsel: ‘geen voeten op de bank, dat doe je thuis toch ook niet?’.

2.2 Alternatieven voor rechtsbescherming

Ook is wel gewaarschuwd tegen het voorschotelen van mensenrechten als medicijn tegen alle kwaden. Er zijn vaak juridische alternatieven voor het EVRM beschikbaar om de fundamentele belangen van individuen te beschermen indien zij worden geraakt door extraterritoriaal optreden.⁹ Naast het internationale humanitaire recht moeten genoemd worden het internationaal strafrecht, het nationale recht van de extraterritoriaal optredende staat en het interne recht van de territoriale staat.

Bijzondere aandacht in dit verband verdient de algemene regel dat staten in den vreemde gebonden zijn aan het daar geldende recht. Voor onder meer bezettende machten en diplomatiek en consulaire personeel is dit bij verdrag bepaald (zie kader). Maar deze regel

Staten in den vreemde gebonden aan het daar geldende recht

Artikel 43 van het Reglement behorende bij het Verdrag nopens de wetten en gebruiken van de oorlog te land, *Trb.* 1910, 73, bepaalt dat de bezettende macht ‘alle maatregelen dient te nemen, die in zijn vermogen staan, ten einde voor zooveel mogelijk de openbare orde en het openbaar leven te herstellen en te verzekeren en zulks, behoudens volstrekte verhindering, met eerbiediging van de in het land geldende wetten.’ Ook de verdragen inzake diplomatiek en consulaire verkeer leggen neer dat diplomatiek en consulaire personeel ‘de wetten en regelingen van de ontvangende staat [dienen] te eerbiedigen’ in resp. art. 41 van het Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer, *Trb.* 1962, 101 en art. 55 van het Verdrag van Wenen inzake consulaire betrekkingen, *Trb.* 1965, 40.

4 Aldus bv. Lord Rodger in House of Lords 13 juni 2007, *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26, par. 78.

5 *Banković*, par. 80.

6 EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88 (*Soering / Verenigd Koninkrijk*), par. 86.

7 *Al-Skeini*, par. 142.

8 EHRM 16 november 2004, nr. 31821/96 (*Issa / Turkije*), par. 71. Deze overweging was ontleend aan o.m. VN-Mensenrechtencomité 29 juli 1981, nr. 52/1979 (*Lopez Burgos / Uruguay*), par. 12.3 en VN-Mensenrechtencomité 29 juli 1981, nr. 56/1979 (*Celiberti de Casariego / Uruguay*), par. 10.3.

9 Zie uitgebreid S. Besson, ‘The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to’, *Leiden Journal of International Law* 2012, afl. 4, p. 884.

Foto: Marten Hoogstraat (www.whiteframe.nl) | © Ars Aequi

10 HR 6 september 2013, ECLI: NL:HR:2013:BZ9225, *RvdW* 2013/1037, *JB* 2013/197, r.o. 3.16 (*Staat/Nuhanović*). Het Gerechtshof had als volgt overwogen: 'Het optreden van Dutchbat in Bosnië-Herzegovina is, behoudens de werking van eventuele immuniteiten, die zich in dit geval ten aanzien van de Staat niet voordoen, niet onttrokken aan de werking van het nationale recht van dat land en kan in beginsel aanleiding geven tot (onder meer) aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad naar Bosnisch recht.' Gerechtshof 's-Gravenhage 5 juli 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR0133, r.o. 5.5.

kan worden geëxtrapoleerd naar andere situaties van extraterritoriaal optreden, nu zij volgt uit het beginsel van territoriale soevereiniteit: de staat bepaalt welk recht binnen de eigen grenzen geldt en een ieder dient dat recht te respecteren. Het was om deze reden dat de Hoge Raad in de zaken *Nuhanović* en *Mustafić* 'ten overvloede' kon vaststellen dat het wegsturen van de tolk en elektricien van de compound in Potočari in strijd was het EVRM: het onrechtmatige optreden was reeds gegeven door schending van het nationale recht van Bosnië-Herzegovina, waaraan Dutchbat zich diende te houden.¹⁰

Er zijn vaak juridische alternatieven voor het EVRM beschikbaar om de fundamentele belangen van individuen te beschermen indien zij worden geraakt door extraterritoriaal optreden

Aansluitend op deze gedachte is ook wel voorgesteld om de toepasselijkheid van multilaterale verdragen op extraterritoriaal optreden afhankelijk te maken van

de verdragsverplichtingen die de territoriale staat is aangegaan: de bezettende macht zou uitsluitend die verdragen dienen te respecteren die door de territoriale staat zijn geratificeerd.¹¹ Deze zienswijze neemt eventuele bezwaren van mensenrechtelijk imperialisme weg. Daartegenover staat dat de kwalitatieve normering van extraterritoriaal optreden dan afhankelijk wordt gemaakt van de stand van het recht in een bepaald land. Dat is minder gelukkig in staten met een discriminatoir of anderszins ondermaats rechtssysteem. Hoe dan ook is duidelijk dat deze gedachte geen steun vindt in de rechtspraak van het EHRM: de eerder toepasselijke mensenrechtelijke standaard is niet relevant voor het onder het EVRM te bieden beschermingsniveau.

2.3 Bereidheid tot internationaal optreden
Soms wordt wel gesteld dat mensenrechtelijke normering van extraterritoriaal optreden een rem zal zetten op de bereidheid van verdragspartijen om internationaal op te treden.¹² Ook in *Jaloud* werd dat argument gebracht door het Verenigd Koninkrijk als interveniërende partij: een veroordeling van Nederland zou een 'reëel risico' opleveren dat verdragspartijen niet meer bereid zijn deel te nemen aan VN-vredesmissies.¹³ Het is een weinig inhoudelijk argument, en het Hof bespaarde zich de moeite om het te adresseren.¹⁴ Bovendien lijkt het effect zich in de praktijk ook niet te manifesteren. Zo speelde de binding aan mensenrechten en mogelijke begrenzings die daaruit volgen geen rol in de Nederlandse besluitvorming over deelname aan de VN-missie in Mali en de internationale strijd tegen ISIS.¹⁵ Dat zou ook zeer hebben bevreed, nu het helpen voorkomen en beëindigen van ernstige schendingen van fundamentele mensenrechten een belangrijke grond voor de Nederlandse militaire bijdrage aan beide missies is.

Soms wordt wel gesteld dat mensenrechtelijke normering van extraterritoriaal optreden een rem zal zetten op de bereidheid van verdragspartijen om internationaal op te treden

2.4 Beperkte mogelijkheden om mensenrechten te verzekeren

Meer steekhoudend is de zorg dat verdragspartijen doorgaans niet in staat (en vaak ook niet bevoegd) zullen zijn om op vreemd grondgebied alle rechten en vrijheden uit het

EVRM te garanderen. Dit is problematisch in het licht van artikel 1 EVRM, dat immers eist van verdragspartijen dat zij (al) de daarin neergelegde vrijheden garanderen aan ieder die onder haar rechtsmacht ressorteert.

Een te ruime opvatting van het begrip rechtsmacht stelt verdragspartijen voor onmogelijke verplichtingen

Het EHRM greep in *Banković* terug op een tekstuele lezing van artikel 1 EVRM door een 'cause-and-effect'-opvatting van het begrip rechtsmacht te verwerpen: de rechten en vrijheden in het verdrag kunnen niet verdeeld en toegesneden ('divided and tailored') worden naar gelang de omstandigheden van het optreden.¹⁶ En daaruit volgt dat een te ruime opvatting van het begrip rechtsmacht verdragspartijen voor onmogelijke verplichtingen stelt. *Al-Skeini* was met name van belang omdat het Hof op dit punt zijn standpunt herzag. Het overwoog dat indien een staat controle en autoriteit – en daarmee rechtsmacht – uitoefent over een persoon, de staat gedwongen is de rechten uit het EVRM te garanderen 'die relevant zijn voor de situatie van het individu'. En dus, zo voegde het Hof toe, kunnen die rechten wel degelijk worden verdeeld en toegesneden.¹⁷

De weifelende lijn van het EHRM over het aanvaarden van rechtsmacht in extraterritoriale situaties is wel verklaard uit een ongelukkige koppeling die het maakt met de gangbare betekenis van het begrip rechtsmacht in het internationale recht

2.5 De gewone betekenis van het begrip 'rechtsmacht'

De weifelende lijn van het EHRM over het aanvaarden van rechtsmacht in extraterritoriale situaties is wel verklaard uit een ongelukkige koppeling die het maakt met de gangbare betekenis van het begrip rechtsmacht in het internationale recht.¹⁸ In het internationale rechtsverkeer ziet dat begrip op de bevoegdheid van een staat, in zijn relaties met andere staten, om op te treden. Een staat dient

11 T. Meron, 'Applicability of Multilateral Conventions to Occupied Territories', *American Journal of International Law* 1978, afl. 3, p. 550.

12 Dit door de Staat gebrachte argument in de cassatieprocedure over de dood van drie mannen na de val van Srebrenica werd door de Hoge Raad verworpen: HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225 (*Staat / Nuhanović*) en ECLI:NL:HR:2013:BZ9228 (*Staat / Mustafić c.s.*), r.o. 3.18.3.

13 *Jaloud*, par. 126.

14 Rechter Motoc benoemde het argument in par. 7 van zijn *Concurring Opinion* 'insubstantial from a legal perspective'.

15 *Kamerstukken II* 2013/14, 29521, 213; *Kamerstukken II* 2014/15, 27925, 506; *Kamerstukken II* 2014/15, 17925, 508.

16 *Banković*, par. 75.

17 *Al-Skeini*, par. 137.

18 Zie o.m. Orakhelashvili 2003, p. 540.

zich in de regel te onthouden van inmenging in andere staten en is daarom niet vanzelfsprekend bevoegd om handelingen te verrichten op vreemd grondgebied. In *Banković* overwoog het Hof dat artikel 1 EVRM die ‘gewone en in de kern territoriale betekenis’ van het begrip rechtsmacht reflecteert en dat daarom slechts bij uitzondering de uitoefening van rechtsmacht buiten het grondgebied kan worden aangenomen.¹⁹ Zo werd een presumptie tegen extraterritoriale werking van het EVRM in het leven geroepen, die we ook in recente jurisprudentie nog terug zien komen.²⁰

Op deze redenering valt af te dingen dat voor het EHRM doorgaans niet de vraag aan de orde is of een staat wel bevoegd was om bepaalde handelingen in een andere staat te verrichten. Zo kan best volgehouden worden dat er geen titel bestond in het volkenrecht voor de internationale invasie van Irak in 2003. Maar het zou curieus zijn om de binding van de Britse krijgsmacht in Irak aan de normen van het EVRM – zoals aan de orde in *Al-Skeini* en *Hassan* – van het bestaan van een dergelijke titel afhankelijk te maken. De uiterste consequentie van die benadering zou zijn dat een bonus wordt gezet op internationaal onrechtmatig optreden: indien een staat zonder volkenrechtelijk mandaat intervenueert in een andere staat, treedt het buiten zijn rechtsmacht, en behoeft het EVRM niet te worden nageleefd.

Het EHRM heeft in een aantal uitspraken wel erkend dat het begrip rechtsmacht in artikel 1 EVRM óók kan zien op de feitelijke uitoefening van staatsmacht

Nu heeft het EHRM in een aantal uitspraken wel erkend dat het begrip rechtsmacht in artikel 1 EVRM óók kan zien op de feitelijke uitoefening van staatsmacht. Zo maakte het Hof in *Hirsi*, waarin de Italiaanse onderschepping van een groep bootmigranten op volle zee aan de orde was, een onderscheid tussen de uitoefening van rechtsmacht *de jure* en *de facto*.²¹ Ook de uitoefening van *de facto* controle kan voldoende zijn om rechtsmacht aan te nemen.²² In de literatuur is wel gesteld dat het begrip rechtsmacht in artikel 1 EVRM niet zozeer slaat op de internationale bevoegdheid van een staat om op te treden maar op de feitelijke vraag of de staat naar nationaal recht gezag heeft uitgeoefend.²³

2.6 Verhouding met het staatsaansprakelijkheidsrecht

Een volgende complicatie in de rechtspraak over extraterritoriale werking betreft de verhouding tussen rechtsmacht in de zin van artikel 1 EVRM en het staatsaansprakelijkheidsrecht. In de context van vredesoperaties is een terugkerende vraag of het troepenleverende land of een andere entiteit zoals de VN, aansprakelijk moet worden gehouden voor mogelijk internationaal onrechtmatig optreden. De toerekeningsregels van het staatsaansprakelijkheidsrecht bepalen aan welke staat zeker optreden moet worden geattributioneerd. Deze maken onderdeel uit van het internationaal gewoonterecht en zijn neergelegd in de niet bindende Artikelen inzake Staatsaansprakelijkheid.²⁴ Voor de toerekening van handelingen van vredestroepen aan een bepaalde entiteit wordt doorgaans beslissend geacht welke partij ‘effectieve controle’ over het optreden had.²⁵ Dat leidt soms tot verwarring, omdat in de rechtspraak over extraterritoriale rechtsmacht eveneens het criterium van ‘effectieve controle’ wordt gehanteerd. *Jaloud* is een voorbeeld van een arrest waarin het Hof beide leerstukken niet goed van elkaar scheidt.²⁶ Dat is wel van belang: voor het vaststellen van staatsaansprakelijkheid is bepalend welke partij effectieve controle over het gewraakte handelen had; en voor het aannemen van rechtsmacht welke partij gezag uitoefende over het betrokken individu. Die vragen vallen niet noodzakelijkerwijs samen.

In de context van vredesoperaties is een terugkerende vraag of het troepenleverende land of een andere entiteit zoals de VN, aansprakelijk moet worden gehouden voor mogelijk internationaal onrechtmatig optreden

3 Op zoek naar een model

In *Al-Skeini* zette de Grote Kamer van het EHRM de beginselen omtrent extraterritoriale werking opnieuw uiteen. Het Hof herhaalde dat handelingen van de staat buiten het grondgebied slechts in uitzonderlijke gevallen kunnen worden aangemerkt als een uitoefening van jurisdictie in de zin van artikel 1 EVRM. Vervolgens groepeerde het

¹⁹ *Banković*, par. 61.

²⁰ *Al-Skeini*, par. 132; *Hassan*, par. 74; *Jaloud*, par. 139.

²¹ EHRM 23 februari 2012 (Grote Kamer), nr. 27765/09 (*Hirsi Jamaa e.a. / Italië*), par. 76-82.

²² *Hirsi Jamaa e.a. / Italië*, par. 81. Zie ook EHRM 29 maart 2010 (Grote Kamer), nr. 3394/03 (*Medvedyev / Frankrijk*), par. 76.

²³ Besson 2012, p. 868-870. Zie ook Orakhelashvili 2003, p. 540-542.

²⁴ Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, A/Res/56/83, Annex.

²⁵ EHRM 7 juli 2011 (Grote Kamer), nr. 27021/08 (*Al-Jedda / Verenigd Koninkrijk*), par. 84; *Nuhanović*, par. 3.11.2.

²⁶ Zie de hiernavolgende bespreking in paragraaf 3 van dit artikel.

Hof de relevante ‘uitzonderingssituaties’ in twee categorieën: de (incidentele) uitoefening van ‘controle en autoriteit’ over een individu en de ‘effectieve controle’ over vreemd grondgebied als gevolg van militaire interventie of bezetting. Het Hof merkte daarbij op dat een voornaam verschil in rechtsgevolg is dat in de eerste situatie de EVRM-verplichtingen wel kunnen worden ‘opgeknipt’ en in de tweede situatie niet: effectieve controle over grondgebied brengt mee dat de verdragspartij gehouden is alle rechten uit het verdrag te verzekeren.

Al-Skeini liet enkele vragen onbeantwoord. Met name bleef onhelder of nu elke incidentele uitoefening van staatsmacht buiten het grondgebied getroffen individuen binnen de jurisdictie van de staat brengt

Toch liet *Al-Skeini* enkele vragen onbeantwoord. Met name bleef onhelder of nu elke incidentele uitoefening van staatsmacht buiten het grondgebied getroffen individuen binnen de jurisdictie van de staat brengt. Het Hof presenteerde een opsomming van eerdere jurisprudentie waarin het zulks had erkend, maar legde niet uit waarom die situaties wel – en *a contrario* andere niet – een relevante uitzondering waren op het beginsel dat normaal gesproken geen extraterritoriale rechtsmacht wordt aangewend. Ook in de toepassing van de beginselen op de feiten leek het Hof op twee redeneringen te hinken. Het Hof overwoog dat het Verenigd Koninkrijk middels zijn krijgsmacht autoriteit en controle over de slachtoffers uitoefende, maar achtte het eveneens relevant dat het in Zuid-Irak in algemene zin publiek gezag uitoefende.²⁷ Dat liet ruimte voor een interpretatie dat de schietincidenten op zichzelf onvoldoende aanknopingspunten om ‘jurisdictie’ vast te stellen – gelijk de beslissing in *Banković*.

De uitspraak in *Hassan* voegt hier niet al te veel aan toe. Het Hof overweegt dat het niet nodig is om vast te stellen dat het Verenigd Koninkrijk in de relevante periode effectieve controle uitoefende in Zuid-Irak, omdat het hoe dan ook duidelijk is dat, door hem in een militaire faciliteit te interneren, de Britse troepen volledige fysieke controle over Hassan hadden.²⁸ Dat is voldoende om ‘rechtsmacht’

aan te nemen. Deze redenering strookt met eerdere rechtspraak, zoals *Al-Jedda*, waarin eveneens detentie door Britse troepen in Irak aan de orde was.²⁹

Het arrest *Jaloud* is voor het jurisdictievraagstuk belangwekkender, nu Nederland in Zuid-Irak maar zeer beperkte taken uitoefende. Azhar Sabah Jaloud werd in april 2004 als inzittende in een auto bij een controlepost in Irak door mogelijk een Nederlandse militair neergeschoten. Nederland voerde in Straatsburg aan dat niet Nederland, maar de VS, het Verenigd Koninkrijk en Irak publieke taken uitoefenden; Nederland was slechts ter plekke om de veiligheid te bewaken. Bovendien had Nederland nimmer fysieke controle over Jaloud uitgeoefend. Het enkele lossen van een schot, zelfs indien dodelijk, was volgens Nederland onvoldoende om het slachtoffer binnen de Nederlandse rechtsmacht te brengen.

Het EHRM accepteert dat Jaloud binnen de Nederlandse rechtsmacht viel. Opmerkelijk aan de argumentatie van het Hof is dat het met name ingaat op de destijds vigerende bevelsstructuur

Het EHRM ziet dat anders en accepteert dat Jaloud binnen de Nederlandse rechtsmacht viel. Opmerkelijk aan de argumentatie van het Hof is dat het met name ingaat op de destijds vigerende bevelsstructuur. Het Hof overweegt dat het niet relevant is dat het checkpoint beheerd werd door Iraakse manschappen. Wel bepalend is dat Nederland en niet het Verenigd Koninkrijk het bevel voerde over het Nederlandse contingent. Daaruit volgt dat Nederland niet de eigen troepen aan een andere staat ter beschikking heeft gesteld en dat Nederland in Irak rechtsmacht uitoefende. Deze overwegingen zien in de kern echter niet, zoals ook twee *concurring* rechters opmerken, op de vraag of Jaloud binnen de Nederlandse rechtsmacht viel, maar op de vraag of het optreden van de Nederlandse militairen wel aan Nederland kan worden toegerekend.³⁰ Een vraag naar staatsaansprakelijkheid dus.

Ook valt wel wat aan te merken op de uiteindelijke overweging die het Hof ertoe brengt om aan te nemen dat Jaloud binnen de Nederlandse rechtsmacht viel. Het Hof

²⁷ *Al-Skeini*, par. 149, 150.

²⁸ *Hassan*, par. 75.

²⁹ *Al-Jedda*, par. 85.

³⁰ *Jaloud*, *Concurring Opinion* van rechters Spielmann en Raimondi.

redeneert dat het checkpoint een uitvloeisel was van een Veiligheidsraadresolutie en dat Nederland 'rechtsmacht' uitoefende conform het internationale mandaat. Om die reden moet het overlijden van Jaloud binnen de Nederlandse rechtsmacht gesitueerd worden. Het Hof grijpt zo terug op de legitimerende notie van rechtsmacht in het internationale recht. Dat is kwestieus, omdat het Hof ermee suggereert dat indien Nederland niet had gehandeld ter uitvoering van een volkenrechtelijk mandaat, de heer Jaloud ook niet binnen de Nederlandse rechtsmacht had kunnen vallen. Na deze vaststelling verdiept het Hof, anders dan in *Al-Skeini*, zich verder ook niet in de (publieke) taken die Nederland in Zuid-Irak verrichtte. We kunnen hier voorzichtig uit opmaken dat volgens het Hof schietincidenten die plaatsvinden ten tijde van militaire missies aan het EVRM kunnen worden getoetst. Dit volgt ook uit eerdere jurisprudentie waarin militaire schermutselingen die plaatsvonden buiten het grondgebied van een verdragspartij binnen de werking van het EVRM werden gebracht.³¹

We kunnen voorzichtig opmaken dat volgens het Hof schietincidenten die plaatsvinden ten tijde van militaire missies aan het EVRM kunnen worden getoetst

De arresten *Jaloud* en *Al-Skeini* bespreken niet de negatieve plicht van artikel 2 EVRM om personen niet willekeurig van het leven te beroven; maar de plicht om een effectief onderzoek in te stellen. De twee arresten maken daarom duidelijk dat ook positieve mensenrechtelijke verplichtingen extraterritoriaal kunnen werken. Evenals in *Al-Skeini*, concludeert het Hof in *Jaloud* tot schending van de procedurele poot van artikel 2 EVRM: belangrijk bewijsmateriaal was niet ter beschikking gesteld aan de Militaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem, niet werd voorkomen dat de betrokken Nederlandse militair voorafgaand aan zijn ondervraging kon samenspannen met andere getuigen, de uitgevoerde lijkschouwing was onder de maat, en belangrijk bewijs van kogelresten in het lichaam van het slachtoffer was op onverklaarde wijze in het ongereede geraakt.

Wel kwalificeert het Hof in *Jaloud* de onderzoeksplicht door te wijzen op de moeilijke omstandigheden in Irak en de belemmerin-

gen die zulks voor het effectief kunnen doen van onderzoek opleveren.³² Ook in eerdere rechtspraak bleek het EHRM bereid om de eisen van het EVRM bij te stellen aan de uitzonderlijke omstandigheden van extraterritoriaal optreden – zoals de praktische onmogelijkheid om een midden op de oceaan gearresteerde verdachte 'onverwijd' voor een onderzoeksrechter te geleiden.³³ Zeven rechters, waaronder de Nederlandse, zijn in *Jaloud* niettemin van opvatting dat het Hof te weinig rekening met de bijzondere situatie in Zuid-Irak houdt.³⁴ Hoewel zij het oordeel steunen dat artikel 2 EVRM geschonden is, vinden zij dat de Koninklijke Marechaussee moeilijk kan worden verweten dat Iraakse artsen een gebrekkige lijkschouwing hebben verricht. Evenzeer verwijten zij de meerderheid te gemakkelijk te concluderen dat de betrokken militair kort na het incident afgezonderd had kunnen worden van de getuigen.

Jaloud en *Al-Skeini* maken duidelijk dat ook positieve mensenrechtelijke verplichtingen extraterritoriaal kunnen werken

4 Verhouding met internationaal humanitair recht

In situaties van militair ingrijpen of bezetting rijst de vraag naar de verhouding tussen mensenrechtenverdragen en internationaal humanitair recht. Gelijktijdige toepassing van beide regimes kan leiden tot conflict, zoals de zaak *Hassan*, en overigens ook *Al-Skeini*, laat zien. In de literatuur is wel betoogd dat mensenrechtelijke bepalingen zich over het algemeen slecht lenen voor toepassing in oorlogstijd en dat deze daarom moeten wijken voor de *lex specialis* van het oorlogsrecht.³⁵ Het Internationaal Gerechtshof heeft niettemin bepaald dat mensenrechtenverdragen hun werking niet verliezen in oorlogstijd, tenzij een derogatieclausule wordt ingeroepen.³⁶ Wel zou de uitleg van mensenrechtelijke bepalingen rekening moeten houden met de *lex specialis* van het oorlogsrecht: zo dient de vraag of sprake is van willekeurige beroving van het leven volgens het Internationaal Gerechtshof beantwoord te worden aan de hand van de daarvoor geldende bepalingen van het internationaal humanitair recht.³⁷

31 EHRM 28 juni 2007, nr. 60167/00 (*Pad/Turkije*); EHRM 24 juni 2008, nr. 36832/97 (*Solomou/Turkije*); EHRM 3 juni 2008, nr. 45653/99 (*Andreou/Turkije*).

32 *Jaloud*, par. 226.

33 EHRM 12 januari 1999, nr. 37388/97 (*Rigopoulos/Spa*); EHRM 29 maart 2010 (Grote Kamer), nr. 3394/03 (*Medvedev/Frankrijk*).

34 *Jaloud*, *Joint Concurring Opinion* van rechters Casadevall, Berro-Lefevre, Šikuta, Hirvelä, López Guerra, Sajó en Silvis.

35 M.J. Dennis, 'Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation', *American Journal of International Law* 2005, afl. 1, p. 141.

36 IGH 8 juli 1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, par. 24; IGH 9 juli 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, par. 105-106.

37 *Ibid.*

In situaties van militair ingrijpen of bezetting rijst de vraag naar de verhouding tussen mensenrechtenverdragen en internationaal humanitair recht

Het belang van *Hassan* zit in de opmerkingen die worden gemaakt over de verhouding tussen het EVRM en het internationale humanitaire recht. *Hassan* werd ongeveer tien dagen geïnterneerd door de Britse krijgsmacht in Camp Bucca in Irak, nadat hij was aangetroffen op het dak van zijn woning, gewapend met een kalasjnikov. Kort na zijn vrijlating werd hij in onduidelijke omstandigheden dood aangetroffen. De klacht bij het EHRM, die werd ingediend door zijn broer, was dat zijn detentie in strijd was met artikel 5, eerste lid, EVRM, waarin limitatief de toegestane gronden voor vrijheidsbeneming worden opgesomd. Internering om veiligheidsredenen – zonder strafvervolging in te stellen – valt onder geen van deze gronden. Het Verenigd Koninkrijk betoogde primair dat het internationale humanitaire recht en niet het EVRM de vrijheidsbeneming beheerst. De Vierde Geneefse Conventie staat de internering van burgers om veiligheidsredenen toe.³⁸ Subsidiair argumenteerde het Verenigd Koninkrijk dat indien artikel 5 EVRM wel van toepassing is, die bepaling moet worden uitgelegd in overeenstemming met de Geneefse Conventies. Daarvoor zou voorts niet vereist zijn dat een beroep wordt gedaan op de derogatieclausule van artikel 15 EVRM, waaronder in geval van noodtoestand kan worden afgeweken van de verdragsverplichtingen. Het Verenigd Koninkrijk had die bepaling tijdens de Irak-oorlog niet ingeroepen.

Het EHRM maakt het subsidiaire argument van het Verenigd Koninkrijk tot het zijne: i) het EVRM is van toepassing op de internering, ii) de internering van krijgsgevangenen of burgers die een veiligheidsrisico opleveren in oorlogstijd is toegestaan, ook indien een staat zich niet heeft beroepen op artikel 15 EVRM, iii) mits de waarborgen van het internationale humanitaire recht worden geëerbiedigd. Daaraan valt op dat het EHRM weliswaar aansluiting zoekt bij de adviezen van het Internationaal Gerechtshof, maar de eis laat vallen dat ook in oorlogssituaties een beroep moet worden gedaan op de derogatieclausule om de werking van het EVRM te

kwalificeren. Het Hof rechtvaardigt dit door erop te wijzen dat het geen gebruik is onder de verdragspartijen om in situaties van gewapend conflict artikel 15 EVRM in te roepen. De statenpraktijk zou aldus de betekenis van artikel 15 EVRM in samenhang met artikel 5 EVRM hebben gemodificeerd.

Die redenering spreekt niet vanzelf, zoals ook blijkt uit de *dissent* van vier rechters. Zij nemen stelling tegen de meerderheidsopvatting dat ook zonder het inroepen van artikel 15 de eisen van artikel 5 kunnen worden ingeperkt en menen dat de derogatieclausule zo zijn nuttig effect verliest.³⁹ De dissenters stellen voorts dat het meerderheidsoordeel resulteert in een apert gebrekkige bescherming van krijgsgevangenen en gedetineerde burgers in oorlogstijd. De Geneefse Conventies bieden immers maar beperkte waarborgen en staan het toe dat – zo lang veiligheidsredenen het vorderen – internering onbeperkt kan worden aangehouden.⁴⁰ Zij wijzen erop dat zelfs Winston Churchill over de Britse behandeling van Duitse krijgsgevangenen had opgemerkt dat gevangenneming zonder vervolging in te stellen ‘in the highest degree odious’ was.

De betrekkelijk magere procedurele garanties van het oorlogsrecht worden door het Hof aangevuld met typisch EVRM-rechtelijke waarborgen

Toch is het niet zo dat de meerderheid simpelweg de eisen van artikel 5 EVRM verruimt voor die van de Geneefse Conventies. Het is juist dat het Hof accepteert dat in oorlogstijd ook andere gronden voor vrijheidsbeneming zijn toegestaan, indien de Geneefse Conventies erin voorzien. Maar de betrekkelijk magere procedurele garanties van het oorlogsrecht worden door het Hof aangevuld met typisch EVRM-rechtelijke waarborgen.⁴¹ Hoewel de Vierde Geneefse Conventie slechts voorschrijft dat de internering met geregelde tussenpozen, zo mogelijk iedere zes maanden, door een bevoegd orgaan aan herziening moet worden onderworpen, voegt het Hof toe dat dit orgaan onafhankelijk moet zijn, dat een eerste beoordeling direct na de vrijheidsbeneming moet plaatsvinden en dat herbeoordelingen met korte tussenpozen plaats moeten vinden. De sleutel is dat de vrijheidsbeneming niet ‘willekeurig’ mag zijn. Dat is een belangrijke aanvulling op de waarborgen van de Geneefse Conventies.

38 Art. 42 en 78 van het Verdrag van Genève betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd, *Trb.* 1951, 75.

39 *Hassan, Partly Dissenting Opinion* van rechters Spano, Nicolaou, Bianku en Kalaydjieva.

40 Art. 43 en 78 van het Verdrag van Genève betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd.

41 *Hassan*, par. 105.

5 Afsluitend

Het is geen sinecure om chocola te maken van de EHRM-rechtspraak over extraterritoriale werking. Duidelijk is dat het EHRM in toenemende mate bereid is om de uitoefening van rechtsmacht in vreemd grondgebied te accepteren.

Het is geen sinecure om chocola te maken van de EHRM-rechtspraak over extraterritoriale werking. Duidelijk is dat het EHRM in toenemende mate bereid is om de uitoefening van rechtsmacht in vreemd grondgebied te accepteren

Op basis van de huidige jurisprudentie mag aangenomen worden dat bijvoorbeeld schietincidenten en arrestaties waarbij Nederlandse militairen betrokken zijn in Mali en Irak, of onderscheppingen in het kader van de antipiraterijmissie bij Somalië,⁴² getoetst kunnen én moeten worden aan het EVRM. Twee voorname kanttekeningen daarbij zijn dat rekening gehouden moet worden met

conflicterende bepalingen van het internationale humanitaire recht en met praktische belemmeringen om het EVRM ten volle na te komen.

Het ligt beslist in de rede om deze zienswijze uit te strekken naar oorlogshandelingen waarbij een onmiskenbare fysieke connectie met het slachtoffer ontbreekt, zoals het geval is bij precisiebombardementen. Maar er is nog geen uitdrukkelijke bevestiging van een dergelijke herziening van het *Banković*-oordeel. Vóór die heroverweging pleit dat de presumpatie tegen extraterritoriale rechtsmacht altijd aanvechtbaar is geweest. Dat een krijgsmacht schoten lost in een vreemde staat is inderdaad uitzonderlijk, maar het is evenzeer uitzonderlijk dat – om iets te noemen – een schuldig verklaarde tot levenslang wordt veroordeeld. Het is mij nooit goed duidelijk geworden waarom in het eerste voorbeeld wel eerst moet worden onderzocht of het statelijk handelen aan het EVRM kan worden getoetst en in het tweede voorbeeld niet. Rechter Bonello verwoordde het ooit als volgt: ‘Jurisdiction flows not only from the exercise of democratic governance, not only from ruthless tyranny, not only from colonial usurpation. It also hangs from the mouth of a firearm.’⁴³ En aan de vleugel van een straaljager, zo durf ik daar aan toe te voegen.

⁴² Aldus ook een lagere Duitse rechter: Verwaltungsgericht Köln 11 juni 2011, 25 K 4280/09, beschikbaar op <http://openjur.de/u/451905.html>.

⁴³ *Al-Skeini, Concurring Opinion* van rechter Bonello, par. 28.