



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Rechtsregimes tijdens militaire operaties

Ducheine, P.A.L.

Published in:
Ars Aequi

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Ducheine, P. A. L. (2009). Rechtsregimes tijdens militaire operaties. *Ars Aequi*, 58(7/8), 490-497.

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: <http://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.

Rechtsregimes tijdens militaire operaties

P.A.L. Ducheine*

1 Inleiding

Een populair (gratis) dagblad berichtte op 24 november 2008 dat Nederlandse militairen in Afghanistan bang zouden zijn om te schieten.¹ De ratio daarvoor zou liggen in onduidelijkheid over de rechtspositie van militairen bij functioneel geweldgebruik en angst voor vervolging. Zowel de stelling als de ratio zijn mijns inziens onjuist.

Functioneel militair geweldgebruik, met name tijdens uitzendingen, is voor velen een relatief onbekend én complex terrein

Op de eerste plaats blijkt dat Nederlandse militairen in Afghanistan gemiddeld dagelijks functioneel geweld gebruiken ('schieten'). In april 2008 memoreerde de toenmalige Commandant der Strijdkrachten 648 gevallen van geweldgebruik door Nederlandse militairen sinds de zomer van 2006.² Ten tweede is de positie van militairen na functioneel geweldgebruik overigens volstrekt duidelijk: de Koninklijke Marechaussee en het Openbaar Ministerie (OM) gaan er primair van uit dat militairen rechtmatig geweld gebruiken, tenzij er aanwijzingen voor het tegendeel bestaan.³ Militairen moeten ieder geweldgebruik ter beoordeling aan de Marechaussee rapporteren. Het OM heeft tot nu toe in geen enkel geval aanleiding gezien vervolging in te stellen naar Nederlands geweldgebruik in Afghanistan.⁴ Militairen weten dit; dit biedt zekerheid én geeft richting aan de *modus operandi* van uitgezonden eenheden. Overigens is minimaal gebruik van geweld juist het

uitgangspunt van iedere *counter-insurgency* strategie, zoals ook de International Security Assistance Force (ISAF) die hanteert.⁵ Een andere benadering werkt averechts en genereert aversie van de burgerbevolking tegen de ISAF.⁶

De verwarring die kennelijk post heeft gehad, valt wellicht te verklaren door het feit dat functioneel militair geweldgebruik, met name tijdens uitzendingen, voor velen een relatief onbekend én complex terrein is. Ten eerste zijn de omstandigheden waaronder militair geweldgebruik tijdens militaire operaties in het buitenland wordt toegepast, naar hedendaagse Nederlandse maatschappelijke begrippen ongekend. Er is sprake van onzekerheid, onveiligheid, crisis en stress, vermoeidheid, complexiteit, interdependentie, multi-nationaliteit en vooral ook gevaar. Als gevolg van frictie wijkt de uitvoering per definitie af van de planning. Ten tweede is militair recht een niche binnen de Nederlandse rechtswetenschap. Naast de ruim honderd militair juristen van de krijgsmacht, is slechts een handjevol juristen in dit vakgebied gespecialiseerd. Ten derde is geweldgebruik in uitzendsituaties in meerdere opzichten complex gereguleerd. Militair functioneel geweld is echter belangrijk genoeg om niet lichtvaardig te worden becommentarieerd. In deze bijdrage wil ik op summere wijze de vraag beantwoorden aan de hand van welke rechtsregimes functioneel militair geweldgebruik in uitzendsituaties beoordeeld moet worden. 'Rechtsregime' wordt in deze bijdrage gebruikt in de betekenis van (rechts)regels die de uitvoering van operaties beheersen, inclusief geweldsinstructies. Samen met de rechtsgrondslagen – rechtsbases – voor een operatie, bieden zij het juridische kader van operaties.

* Kolonel dr. Paul Ducheine is militair jurist en verbonden aan de Nederlandse Defensie Academie (Faculteit Militaire Wetenschappen) en de Universiteit van Amsterdam (Amsterdam Centre of International Law). Dit artikel is een bewerking van een omvangrijker onderzoeksproject.

1 A. Karskens, *De Pers*, 24-11-2008.

2 Generaal D. Berlijn: 'We wisten niet dat we zó vaak moesten knokken', *NRC Handelsblad*, 12-4-2008.

3 Brief d.d. 20 november 2006 van het College van procureurs-generaal gericht aan de Hoofd-officier van Justitie te Arnhem, inhoudende de Handelswijze bij geweldsaanwending militairen, *Stert.* 2006, nr. 233, p. 11.

4 Dat geldt ook voor 'de slag bij Chora': Openbaar Ministerie, *OM: geweldsaanwendingen Chora rechtmatig*, 30-6-2008, www.om.nl/organisatie/@148343/om/geraadpleegd/30-6-2008.

5 International Security Assistance Force in Afghanistan.

6 *Kamerstukken II*, 2007-08, 27 925, nr. 272 bijlage; A. Karskens, 'Afghanen steunen ISAF niet meer', *NRC Handelsblad*, 7-12-2007, p. 7.

- 7 Art. 4 Wetboek van militair strafrecht (WMSr).
- 8 Hoewel het militair strafrecht onderdeel van het militaire recht uitmaakt, is dit stelsel op civiele leest geschoeid. Het internationale strafrecht is in brede kring bekend.
- 9 Het spreekt voor zich dat er tussen deze rechtsregimes onderling grote praktische en juridische verschillen bestaan.
- 10 Op de citaten na, wordt hierna kortheidshalve de term oorlogsrecht (sec) gebruikt. Alternatieve termen zijn: *ius in bello*, (internationaal) humanitair recht, *Law of Armed Conflict* (LOAC), *international humanitarian law* (IHL) en *Law(s) (and Customs) of War*.
- 11 Zie ook: ICTY, Trial Chamber, 16-11-1998, Prosecutor v. Delalić, Mucic, Delić and Landžo (*Celibici case*), IT-96-21-T, § 185: 'There does not have to be actual combat activities in a particular location for the norms of international humanitarian law to be applicable'.
- 12 De term oorlog als zodanig is in onbruik geraakt. Oorlogsrecht en oorlogsmisdrijven zijn gerelateerd aan situaties die als gewapend conflict gelden (zie hierna § 3 en verder).
- 13 Zie bijvoorbeeld ISAF: SC Resolution 1707, UN Doc. S/RES/1707 (2006) Ook wordt wel 'all necessary means' gebruikt, zie bijvoorbeeld SC Resolution 678, UN Doc. S/RES/678 (1990) (Desert Storm); SC Resolution 794, UN Doc. S/RES/794 (1992) (Restore Hope, Somalië).
- 14 N. Schrijver, 'The Future of the Charter of the United Nations', in: *Max Planck Yearbook of United Nations Law* vol. 10 2006, p. 1-34, 20.
- 15 Ministerie van Defensie, *Nederlandse Defensie Doctrine*, Zwolle: Pantijn/Casparie 2005, p. 34.
- 16 Zie M.M. Dolman, P.A.L. Ducheine, T.D. Gill & G.F. Walgemoed, 'Functioneel geweldgebruik in internationale operaties: een spiegel van rechtspraak en rechtspraktijk', *MRT* 2005, p. 369-420, 381 en J.A. van Diepenbrugge, 'Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties', *MRT* 2003, p. 371-375, 372.
- 17 P.A.L. Ducheine, *Krijgsmacht, geweldgebruik en terreurbestrijding. Een onderzoek naar juridische aspecten van de rol van strijdkrachten bij de bestrijding van terroristen*, Nijmegen: Wolf 2008, p. 531. Zie hierover ook Dolman e.a. 2005, p. 380-382.
- 18 Inclusief uitwerkingen of overige aanwijzingen betreffende geweldgebruik zoals deze verwerkt zijn in '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).

Tijdens extraterritoriale militaire operaties is de Nederlandse strafwet op Nederlandse militairen van toepassing.⁷ Deze omvat naast het commune strafrecht en het militair strafrecht (in voorkomend geval) ook de Wet internationale misdrijven. Dit strafrecht acht ik overigens bekend.⁸ Naast de strafwetgeving kunnen drie andere rechtsregimes van toepassing zijn: de Rules of Engagement (ROE), het oorlogsrecht, en de mensenrechten.⁹ Ik zal mij hier beperken tot de minder bekende eerste twee regimes. Het humanitair oorlogsrecht (HOR)¹⁰ vervult als rechtsregime een dubbele rol. Zodra en zolang er sprake is van een gewapend conflict,¹¹ is binnen het territorium (onder controle) van de strijdende partijen automatisch het oorlogsrecht formeel (de jure) van toepassing op de partijen bij het conflict (zie § 5).¹² Het oorlogsrecht geldt dan als formele maatstaf. Daarnaast worden op beleidsmatige gronden de regels van het oorlogsrecht ook buiten situaties van gewapend conflict als feitelijke maatstaf toegepast.

Tijdens extraterritoriale militaire operaties kunnen – naast de Nederlandse strafwet – drie andere rechtsregimes op Nederlandse militairen van toepassing zijn: de Rules of Engagement (ROE), het oorlogsrecht, en de mensenrechten

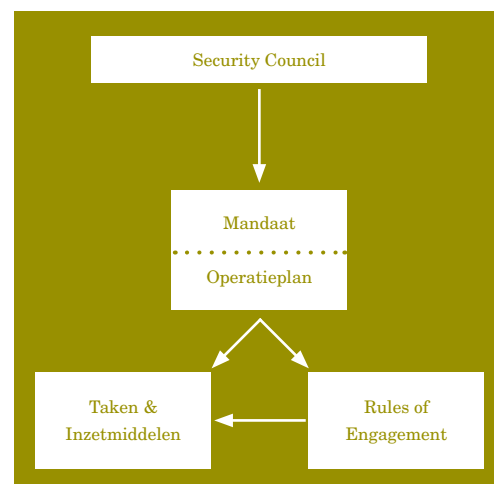
Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Allereerst neem ik de ROE in beschouwing (§ 2). Vervolgens zie ik het fenomeen oorlogsrecht in relatie tot de ROE (§ 3). Daarna bespreek ik het beleidsmatig toepassen van de beginselen en regels van het oorlogsrecht (§ 4). Vervolgens zie ik de formele, de jure toepasselijkheid van het oorlogsrecht (§ 5). Daartoe moet – aan de hand van criteria en indicatoren – eerst de drempel van een (niet-internationaal) gewapend conflict bepaald worden (§ 6). Ik rond af met enkele conclusies (§ 7).

2 'Rules of Engagement'

Militaire contingenten van staten die in een 'vredesmissie' participeren, ontlenen geweldsbevoegdheden aan het mandaat van de VN-veiligheidsraad en de in een

resolutie vermelde ruime formule 'to take all necessary measures'.¹³ Met deze frase wordt tot uitdrukking gebracht dat geweld mag worden gebruikt ter uitvoering van het mandaat.¹⁴ De geweldsbevoegdheden voor de internationale troepenmacht zijn vervat in de ROE. ROE zijn richtlijnen voor commandanten ten aanzien van de aard en wijze van gebruik van geweld binnen de politieke en juridische kaders. Ze worden ontworpen om te verzekeren dat de politiek het gebruik van geweld kan beheersen en informeren commandanten over de mate van beperking van of de toegestane vrijheid die zij hebben bij het uitvoeren van aan hen toegewezen taken.¹⁵ Doorgaans worden de ROE als onderdeel of als bijlage van een schriftelijk (dienst) bevel bekend gesteld. Deze ROE dienen in samenhang met het mandaat én de opgedragen en impliciete taken te worden gelezen, zoals de driehoeksrelatie in figuur 1 tot uitdrukking brengt.¹⁶

Zolang er geen sprake is van een gewapend conflict, worden militaire vredesmissies (formeel) alleen beheerst door het mandaat, de militaire opdracht en de ROE.¹⁷ De ROE – in samenhang met mandaat en taken bezien – begrenzen het door de VN-veiligheidsraad gelegitimeerde geweldgebruik.¹⁸ ROE zijn in dit geval bevoegdhedenverlenend van aard. Zodra er tijdens een vredesmissie sprake is van een gewapend conflict, komt naast het mandaat, de opdracht en de ROE ook het oorlogsrecht als formeel regime in beeld. De ROE zijn dan – ten opzichte van het HOR – inperkend van aard. Het is vast Nederlands en NAVO-beleid om de ROE voor alle internationale operaties slechts binnen de grenzen



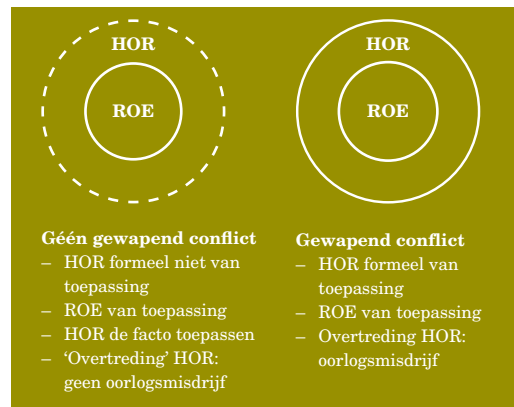
Figuur 1: Driehoeksrelatie Mandaat – ROE – Taken

van het oorlogsrecht (en andere nationaal- en internationaalrechtelijke verplichtingen) vast te stellen. Binnen de juridische buitengrenzen worden om diplomatieke, politiek/militair strategische of operationele redenen engere grenzen getrokken.¹⁹ Geweld, defensief en ofensief, reactief en proactief, moet tegenwoordig in alle operaties binnen de grenzen van de vastgestelde en vigerende ROE blijven.

Vanwege vast Nederlands en NAVO-beleid dat via een (schriftelijk) dienstbevel of dienstvoorschrift kenbaar is gemaakt, moeten naast de ROE óók de regels en beginselen van het oorlogsrecht gerespecteerd worden, hoewel dit laatste niet formeel van toepassing is

3 Twee keer oorlogsrecht

Het oorlogsrecht is in twee gevallen een relevant rechtsregime voor militaire operaties. In beide gevallen spelen óók de hiervoor genoemde ROE een rol. Ten eerste is het oorlogsrecht automatisch en formeel (de jure) van toepassing op een militaire operatie omdat er sprake is van een gewapend conflict.²⁰ Dit komt in paragraaf 5 aan de orde. ROE zullen in zo'n geval een nadere normering van het door het oorlogsrecht gelegitimeerde geweld inhouden. Overtreding van het oorlogsrecht zal als 'oorlogsmisdrijf' kunnen worden aangemerkt. Ten tweede kunnen de regels van het oorlogsrecht op beleidsmatige gronden worden toegepast tijdens missies waarbij de status van gewapend conflict ontbreekt of waar deze vraagtekens oplevert. In de volgende paragraaf ga ik daar op in. Vanwege vast Nederlands en NAVO-beleid dat via een (schriftelijk) dienstbevel of dienstvoorschrift kenbaar is gemaakt, moeten naast de ROE óók de regels en beginselen van het oorlogsrecht gerespecteerd worden, hoewel dit laatste niet formeel van toepassing is. Het niet opvolgen van de opdracht om de regels van het oorlogsrecht te respecteren, levert weliswaar materieel een schending van de regels van het oorlogsrecht op, maar omdat dit regime formeel niet van toepassing is, kan die schending geen oorlogsmisdrijf inhouden. Zo'n overtreding kan wel als het niet opvolgen van een dienstbevel of dienstvoorschrift worden gezien.²¹ Deze verschillen zijn in figuur 2 schematisch weergegeven.



Figuur 2: Relatie oorlogsrecht (HOR) en ROE in operaties

Dit onderscheid is in de weerbarstige praktijk overigens complexer dan het hier lijkt.

4 Regels van oorlogsrecht beleidsmatig toepassen

Zodra er sprake is van een gewapend conflict, is het oorlogsrecht automatisch van toepassing. Zolang er echter onduidelijkheid bestaat of er sprake is van een gewapend conflict, of wanneer deze kwalificatie achterwege blijft, worden tijdens militaire operaties – naar vast Nederlands en NAVO-beleid – naast de ROE ook de regels van het oorlogsrecht beleidsmatig toegepast, zonder dat het oorlogsrecht formeel van toepassing is.²² Deze beleidsmatige keuze wordt naar de achtergrond gedrukt zodra, bijvoorbeeld, de rechter oordeelt dat er wel sprake is (of was) van een gewapend conflict en het oorlogsrecht ook de jure van toepassing is (of was).²³

Zolang er onduidelijkheid bestaat of er sprake is van een gewapend conflict, of wanneer deze kwalificatie achterwege blijft, worden tijdens militaire operaties naast de ROE ook de regels van het oorlogsrecht beleidsmatig toegepast, zonder dat het oorlogsrecht formeel van toepassing is

Moderne (*peace*) enforcing operaties zoals de Stabilization Force in Iraq (SFIR) en ISAF worden om diplomatieke en politieke redenen door de deelnemende staten niet snel als een gewapend conflict aangemerkt.²⁴ Daar staat

¹⁹ Zie in die zin: J.F.R. Boddens Hosang, 'Rules of Engagement: Het politiek-juridisch struikelblok voor de militaire commandant', in: *MRT* 2003, p. 354-370; NATO Commander ISAF (2008, Dec. 30), *Tactical Directive (HQ ISAF)*, 2006, Dec. 16, www.nato.int/isaf/docu/official_texts/Tactical%20Directive_090114.pdf (geraadpleegd: 16-1-2009).

²⁰ Ik maak onderscheid tussen enerzijds 'formeel van toepassing' en 'beleidsmatig toepassen'. Het eerste is het gevolg van een juridische imperatief, de laatste van een vrijwillige beleidskeuze.

²¹ Dit is afhankelijk van de vorm waarin de opdracht tot het respecteren van de regels van het oorlogsrecht verstrekt is. Zie hierna.

²² Voor het VN-beleid ter zake van VN-vredesmachtten, zie: 'Secretary-General's Bulletin on the Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law', 38 *ILM* 1656; en M.C. Zwanenburg, 'The Secretary-General's Bulletin on Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law: Some Preliminary Observations', in: *International Peacekeeping* 1999, p. 133-139, 133.

²³ 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 voetnoot 50.

²⁴ Voor een voorbeeld van deze gevoeligheid: generaal D. Berlijn: 'We wisten niet dat we zó vaak moesten knokken', *NRC Handelsblad*, 12-4-2008, maar ook L. Lijnzaad, 'How not to be an occupying power: some reflections on UN Security Council Resolution 1483 and the contemporary law of occupation', in: L. Lijnzaad, J. van Sambeek, 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 2004, p.291-305, 291 en M.C. Zwanenburg, 'Pieces of the Puzzle: Peace operations, occupation and the use of force', *MRT* 2007, p. 65-72, 65.

- 25 *Kamerstukken I*, 2005-06, 30 300 X, nr. A.
- 26 *Kamerstukken II*, 2007-08, 27 925, nr. 287, p. 139, tevens *Kamerstukken I*, 2003-04, 29 200 X, nr. C, p. 3; *Kamerstukken II*, 2002-03, 23 432, nr. 117, p. 22 en *Kamerstukken I*, 2005-06, 30 300 X, nr. A.
- 27 Koninklijke Landmacht, *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht*, Den Haag 2005, p. 27, § 0217. Zie ook Koninklijke Landmacht, *Landmachtdoctrinepublicatie II: Gevechtsoperaties, gevechtsoperaties tegen een irregulier optredende tegenstander* (LDP II Deel C), Zwolle: Plantijn/Casparie 2003, p. 460, § 2243: 'Bij het gebruik van geweld tijdens vredesoperaties moeten overigens ook de beginselen van het HOR in acht worden genomen'.
- 28 *Kamerstukken I*, 2005-06, 30 300 X, nr. A, p. 4-5.
- 29 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)*.
- 30 Hetgeen niet wil zeggen dat de betreffende gedragsregel niet 'overtreden' is.
- 31 Mits uiteraard aan de bestanddelen voor dat delict is voldaan.
- 32 Zie hierover Dolman e.a 2005, p. 396, 397-400.
- 33 Art. 38 WMSr (nu): 'Niet strafbaar is hij die in tijd van oorlog binnen de grenzen zijner bevoegdheid [lees: de opdracht of taak in relatie tot geweldsinstructies] een naar de regelen van het oorlogsrecht geoorloofd feit begaat, [...]'. Wel zou de militair zich thans op een ambtelijk bevel als bedoeld in art. 43 Sr kunnen beroepen.
- 34 Zie hierover het wetsvoorstel ter zake: *Kamerstukken II*, 2007-08, 31 487, nr. 3: art. 38 lid 2 (voorstel) WMSr 'Niet strafbaar is de militair die geweld gebruikt in de rechtmatige uitoefening van zijn taak en in overeenstemming met de regels die voor de uitoefening van die taak zijn vastgesteld'. Ook het 'tijd van oorlog' uit art. 71 (voorstel) WMSr wordt ruimer gedefinieerd.
- 35 De Nederlandse *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht* hanteert consequent 'proportionaliteit en subsidiariteit', terwijl subsidiariteit een zuiver Nederlandse term is, die in de oorlogsrechtelijke verdragen niet expliciet voorkomt en opgaat in militaire noodzaak, humaniteit en proportionaliteit.
- 36 *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht*, p. 30, § 0223. Overigens vgl.: p. 162-163, § 1028, hier ontbreekt 'onderscheid' als separaat principe.

tegenover dat de NAVO volgens vast beleid de beginselen en principes van het oorlogsrecht toch toepast:

'Zoals door de regering onder andere is aangegeven in de notitie over juridische aspecten van vredesoperaties, [...] 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.'²⁶

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] moeten de regels van het humanitaire oorlogsrecht worden toegepast'.²⁷ De ratio voor dit beleid wordt door de regering als volgt verwoord:

'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.'²⁸

De beleidsmatige toepassing van het oorlogsrecht voorkomt dat onduidelijkheid hierover negatieve (strafrechtelijke) gevolgen heeft voor de leden van de vredesmacht. Daarnaast heeft deze keuze ook een praktisch voordeel. Het oorlogsrecht maakt immers op grond van verdragsrechtelijke verplichtingen deel uit van de opleiding van militairen. Deze basiskennis kan – per operatie – worden aangevuld met missiegerichte informatie over het mandaat, de opdracht, de ROE en andere aanwijzingen die geweldgebruik reguleren.²⁹ Een bijkomend voordeel is dat de opleiding en training van militairen aan een eenduidig rechtsregime voor zowel 'vredesmissies' als gewapend conflict (gevechtsoperaties) is gekoppeld, in plaats van aan twee verschillende.

Tijdens een operatie die geen gewapend conflict is en waarop het oorlogsrecht dus niet formeel van toepassing is, kunnen geen oorlogsmisdrijven worden begaan

Strafrechtelijk gezien bestaat er een significant onderscheid. Zolang het oorlogsrecht niet formeel van toepassing is, kan het ook niet als zodanig geschonden worden. Anders

gezegd: tijdens een operatie die geen gewapend conflict is en waarop het oorlogsrecht dus niet formeel van toepassing is, kunnen geen oorlogsmisdrijven worden begaan.³⁰ Wat overtreden kan worden, is het gebod om de regels van het oorlogsrecht, de materiële normen, tijdens de uitvoering van operaties na te leven. Het overtreden van de ROE of het niet opvolgen van de opdracht om de regels van het oorlogsrecht te respecteren zullen als het niet opvolgen van een dienstbevel of van een dienstvoorschrift onder het militaire strafrecht kunnen worden aangemerkt.³¹ De gevolgen van overtreding kunnen als commuun delict worden aangemerkt (bijvoorbeeld mishandeling, geweldpleging).³² 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.³³ Het wetsvoorstel om deze de strafuitsluitingsgrond uit te breiden tot andere operaties in thans in behandeling.³⁴

Het op de operatie van toepassing zijnde regime bestaat dus op de eerste plaats uit de ROE. Daarnaast moet het oorlogsrecht op beleidsmatige gronden (de facto) gerespecteerd worden. De oorlogsrechtelijke beginselen die feitelijk altijd moeten worden gerespecteerd zijn:

- militaire noodzaak;
- onderscheid (tussen militairen en andere personen die direct deelnemen aan de vijandelijkheden én burgers, en tussen militaire objecten en burgerobjecten);
- humaniteit;
- proportionaliteit;³⁵
- eervol gedrag ('chivalry').³⁶

Zie o.a. art. 8 Statuut van Rome en art. 5-7 WIM. Zie ook art. 1 Wet Oorlogsstrafrecht, waarin – naast het gewapende conflict – ook nog de volkenrechtelijke term oorlog wordt gebruikt. Zie bijvoorbeeld het beroep van verdediging in de *Tadić case (Appeal: jurisdiction)*; en ICTY, Trial Chamber, 10-7-2008, *Prosecutor v. Boskoski & Tarculovski (Boskoski case)*, IT-04-82-T, § 174, waarbij de verdediging het bestaan van een gewapend conflict in twijfel trok.

De beginselen van het oorlogsrecht zijn van belang voor de aan de ROE te geven uitleg. Daarnaast zullen termen zoals 'militair doel' en 'rechtstreekse deelname aan de vijandelijkheden' aan de hand van de verdragsrechtelijke, dan wel gewoonterechtelijke betekenis

van die termen worden uitgelegd.³⁷ Dit leidt ertoe dat in operaties waarin het oorlogsrecht formeel niet van toepassing is, het toch een grote betekenis heeft voor het van toepassing zijnde rechtsregime.

Het oorlogsrecht is van toepassing op alle gewapende conflicten. De primaire vraag daarbij is: wat is een gewapend conflict?

5 Oorlogsrecht de jure van toepassing

Zodra en zolang er sprake is van een gewapend conflict,³⁸ is binnen het territorium (onder controle) van de strijdende partijen automatisch het oorlogsrecht formeel (de jure) van toepassing op de partijen bij het conflict, aldus het ICTY:

In andere gevallen bestaat weliswaar duidelijkheid over het gewapende conflict, bijvoorbeeld *Enduring Freedom*, maar heerst verschil van mening over het type en het van toepassing zijnde deelregime. Zie bijvoorbeeld de discussie over de status van Al Qa'ida verdachten in Afghanistan: T.D. Gill & E. van Sliedregt, 'Guantánamo Bay: a reflection on the legal status and rights of "unlawful enemy combatants"', *Utrecht Law Review* 2005, p. 28-54.

'International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there.'³⁹

Het oorlogsrecht is van toepassing op alle gewapende conflicten.⁴⁰ De primaire vraag daarbij is: wat is een gewapend conflict?⁴¹ Dit cruciale begrip is in de oorlogsrechtelijke verdragen zelf niet expliciet gedefinieerd. Uit de jurisprudentie van het ICTY kan de volgende omschrijving worden afgeleid:

'(A)n armed conflict exists whenever there is [1] a resort to armed force between States or [2] protracted armed violence between [a] governmental authorities and organized armed groups or [b] between such groups within a State'⁴²

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.⁴³ De mening van de betrokken partijen (omtrent het bestaan van een gewa-

pend conflict) is daarbij *niet* doorslaggevend. Aldus ook een verklaring van de Nederlandse regering:

'(D)e 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.'⁴⁴

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

Een gewapend conflict is dus een feitelijke toestand,⁴⁵ waarbij er sprake is van openlijke vijandelijkheden – gevechtshandelingen – tussen in meer of mindere mate georganiseerde 'armed forces',⁴⁶ reguliere of irreguliere strijdkrachten.⁴⁷ 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, Desert Storm).

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

In een groot aantal gevallen ontbreekt echter die duidelijkheid. Denk bijvoorbeeld aan een vredesmacht die betrokken raakt bij gevechtsacties.⁴⁸ Deze onduidelijkheid kan verschillende oorzaken hebben. Enerzijds kunnen de feiten niet helder zijn. Dit regardeert zowel partijen als het geweld. Anderzijds kan één van de betrokken partijen om haar moverende redenen terughoudend zijn met het duiden van het geweldgebruik als een gewapend conflict.⁴⁹ Indien er onduidelijkheid over het bestaan van een gewapend

37 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).

38 Zie ook: ICTY, Trial Chamber, 16-11-1998, Prosecutor v. Delalić, Mucic, Delić and Landzo (*Celibici case*), IT-96-21-T, § 185: 'There does not have to be actual combat activities in a particular location for the norms of international humanitarian law to be applicable'.

39 *Celibici case*, § 70.

40 Y. Sandoz, C. Swinarski, & B. Zimmerman (red.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva: Martinus Nijhoff 1987, p. 29, § 32.

41 Zie 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 (geraadpleegd 17-9-2008).

42 ICTY, Appeals Chamber, 2-10-1995, Prosecutor v. Duško Tadić a.k.a. 'Dule', Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, (*Tadić, Appeal: jurisdiction*), IT-94-1-AR72, *ILM* 35, § 70.

43 Zie bijvoorbeeld R. Bartels & J. van den Boogaard, 'Definitie van gewapend conflict. Hoe "binnenlands" is "niet-internationaal"?' *NJB* 2008, p. 2414-2418, 2416; *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht*, p. 24.

44 *Kamerstukken I*, 2005-06, 30 300 X, nr. A, p. 4. (cursivering PD).

45 In klassieke zin bestond er ook (*de jure*) oorlog na een oorlogsverklaring. Deze praktijk is echter inmiddels achterhaald. Anders dan velen gebruikt Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, p. 15, nog steeds de term 'war' (in een specifieke betekenis).

46 Sandoz e.a. *Commentary* 1987, p. 1319, § 4341.

47 *Armed forces* dient ruim te worden opgevat. Dit kunnen ook gewapende opstandelingen, rebellen, paramilitaire groepen etc. zijn. Zie ook: Sandoz e.a. *Commentary* 1987, p. 1352, § 4462.

48 Zie over deze problematiek: Ducheine 2008, p. 470 e.v.

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

50 Niet alleen in commune strafzaken zoals Rb. Rotterdam, 5 juni 2003, LJN: AF9546 (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, Hamdan v. Rumsfeld. Zie ook: President Rb. Den Haag, 11-1-1991, NJ 1993/340, KG 1991/51, art. 96 Grondwet (oorlogsverklaring) 2e Golfoorlog; en HR 5-5-2004, LJN: AF6988 (Uitlevering PKK bestuurslid).

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

52 Een formele oorlogsverklaring komt nog maar weinig voor. Een oorlogsverklaring is wel afgegeven door Iran in de eerste Golfoorlog (1980-1988), en een aantal Arabische staten tegen Israël in 1948 en 1967.

53 Ducheine 2008, p. 498-506, (onder de conditie dat er minimaal twee statelijke opponenten zijn).

54 Conform: Ducheine 2008, p. 543-544; US Supreme Court (2006), Hamdan v. Rumsfeld, p. 6 § (ii); p. 67.

55 Zie uitgebreid: Ducheine 2008, p. 474. Conform: ICRC (2003), *IHL and the challenges of contemporary armed conflicts*, p. 18-19: 'Armed conflict of any type requires a certain intensity of violence and, among other things, the existence of opposing parties'; R. Bartels, 'Gewapend conflict is geen eenduidig begrip', *Internationaal Humanitair Recht in de kijker* 2008, p. 69-82, 78.

56 Zie in dit verband ook de IACCommHR, *Abella case*, ICTY, Appeals Chamber, 15-7-1999, Prosecutor v. Duško Tadić (Judgement), *Tadić (Appeal, judgement) case*, IT-94-1-A; en ICTY, Trial Chamber, 3-4-2008, Prosecutor v. Ramush Haradinaj ea. (*Haradinaj*), IT-04-84-T.

57 Zie Ducheine 2008, p. 522-531.

58 ICTY, *Celibici case*, § 185.

59 D. Jinks, *The temporal scope of application of international humanitarian law in contemporary conflicts*, Humanitarian Policy and Conflict Harvard University HPCR Policy Brief, January 2003, p. 6.

60 ICTY, *Haradinaj case*, § 49.

Zie in dat verband ook: IACCommHR, *Abella case*, waarin er gedurende dertig uur sprake was van een gewapend conflict.

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

conflict heerst, zal de (straf)rechter moeten vaststellen of er sprake is van zo'n situatie.⁵⁰

De cruciale vraag daarbij is wanneer geweldgebruik als een gewapend conflict kan worden aangemerkt. Of anders geformuleerd: wanneer overschrijdt geweldgebruik de drempel van een gewapend conflict?

6 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 van het *genus* gewapend conflict.⁵¹ Beneden de ondergrens is er *geen* sprake van een gewapend conflict én is het oorlogsrecht dus formeel ook *niet* van toepassing. De verdragsrechtelijke drempel voor het internationale gewapende conflict (IGC) ligt besloten in het gemeenschappelijke artikel 2 van de Geneefse Conventies en de gelijkgestelde gevallen van artikel 1 lid 4 van het Aanvullend Protocol (I) bij de Verdragen van Genève van 1949. Er is sprake van een IGC als:

- staten de oorlog hebben verklaard;⁵²
- er tussen twee of meer verdragspartijen (lees: staten) de facto een gewapend conflict bestaat;
- (een deel van) het grondgebied van een verdragspartij (lees: staat) bezet wordt, zelfs als er geen gewapende tegenstand is;
- intra-statelijke oorlogen die vanuit het zelfbeschikkingsrecht van volken tegen een vreemde bezetting, koloniale overheersing of racistische regimes worden gevoerd. Volledigheidshalve moet ook naar huidige inzichten daar aan worden toegevoegd:
 - een geïnternationaliseerd gewapend conflict.⁵³

Uit de jurisprudentie van het ICTY blijkt dat – in tegenstelling tot binnenlandse criminaliteit of onrust – er bij een (intrastatelijk) gewapend conflict sprake is van 'the protracted extent of the armed violence and the extent of organisation of the parties involved'

Alle andere gewapende conflicten zijn per definitie niet-internationaal gewapende conflicten (NIGC).⁵⁴ Wil er sprake zijn van een NIGC, dan moet, zo blijkt uit de jurispru-

dentie van het ICTY, aan twee cumulatieve voorwaarden zijn voldaan.⁵⁵ Er moet sprake zijn 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.⁵⁶ Voor zover militaire dwangmaatregelen op basis van een volkenrechtelijk mandaat (van de Veiligheidsraad onder Hoofdstuk VII VN-Handvest) oftewel 'vredesmissie' aan deze criteria voldoen, is er sprake van een NIGC. Indien de vredesmacht tegenover een statelijke opponent in zo'n conflict staat, geldt dit weer als IGC.⁵⁷ We analyseren op basis van jurisprudentie van internationale straffoven het intensiteitscriterium (§ 6.1) en het organisatievereiste (§ 6.2).

Zie bijvoorbeeld art. 1(2) AP II: 'Dit [Tweede Aanvullende] Protocol is niet van toepassing op situaties van interne ongeregelde 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 J.S Pictet, *Commentary (Volume IV) on the Geneva Convention of 12 August 1949, relative to Protection of Civilian Persons in Time of War*, Geneva: ICRC 1958, p. 36. Dat geldt ook voor (omvangrijke) spontane gewelddadige rellen en demonstraties, geïsoleerde en sporadische gewelddaden zoals een politieke (moord) aanslag op regeringsfunctionarissen of een gijzeling, en omvangrijke rechtshandhavende acties (bijvoorbeeld arrestaties), zie: Sandoz e.a. *Commentary* 1987, p. 1354, § 4474.

6.1 Intensiteit van geweld

Uit de jurisprudentie van het ICTY blijkt dat – in tegenstelling tot binnenlandse criminaliteit of onrust – er bij een (intrastatelijk) gewapend conflict sprake is van 'the protracted extent of the armed violence and the extent of organisation of the parties involved'.⁵⁸ Het 'protracted' criterium moet gezien worden als een herformulering van de algemene regel die 'isolated and sporadic acts of violence (disorganized and short-lived)' uitsluit van het toepassingsbereik van het oorlogsrecht.⁵⁹ Het feit dat (binnenlands) oorlogsgeweld 'protracted' is, onderscheidt het derhalve van 'gewonere' vormen van incidenteel (binnenlands) geweld. In een recente uitspraak overwoog het ICTY dat het 'protracted armed violence'-criterium meer door de intensiteit van het geweld, dan door de duur daarvan bepaald wordt.⁶⁰ Dat lijkt ook aan te sluiten bij de tekst van het Statuut van Rome (ICC Verdrag), zoals het ICTY zelf ook vaststelt.⁶¹ Intensiteit kan aan

de hand van verschillende indicatieve criteria worden gezien, 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 caliber 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.’⁶²

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 mobilization* 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* 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 organizations 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.’⁶³

Uit deze uitspraken blijkt dat zowel kwalitatieve als kwantitatieve criteria een rol spelen bij de indicatie van intensiteit (zie tabel 1).

6.2 Organisatie

De tweede eis betreft tegenover elkaar staande gewapende georganiseerde groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te onder-

nemen.⁶⁴ Hier gaat het om de organisatie-eis: ‘an armed conflict can exist only between parties that are sufficiently organized to confront each other with military means’.⁶⁵

‘The [Tadić 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.’⁶⁶

De tweede eis betreft tegenover elkaar staande gewapende georganiseerde groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen

Hieruit blijkt dat een gewapende partij ‘enige vorm van hiërarchie’ moet bezitten, zodat de leiding gezag uit kan oefenen over de groepsleden. Het aspect van hiërarchie staat los van de kwestie van discipline in relatie tot het vermogen om het oorlogsrecht 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.⁶⁷ Indien een groep het oorlogsrecht bewust en planmatig schendt, kan dat eveneens een aanwijzing zijn voor het bestaan van gezag over de groep.⁶⁸ Reguliere strijdkrachten, zoals die van de NAVO-lidstaten, worden geacht aan deze voorwaarden qua organisatie te voldoen.⁶⁹ Voor irreguliere strijdkrachten,

62 ICTY, *Haradinaj case*, § 49. [cursivering PD].

63 ICTY, *Boskoski case*, § 177-178.

64 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 (geraadpleegd: 28-2-2009)

65 ICTY, *Haradinaj case*, § 60.

66 ICTY, *Boskoski case*, § 195, verwijzend naar ICTY, *Tadić (Appeal, jurisdiction) case*, § 120.

67 ICTY, *Boskoski case*, § 196.

68 ICTY, *Boskoski case*, § 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. [...] However, the Chamber also recognises that some terrorist attacks actually involve a high level of planning and a coordinated command structure for their implementation.’

69 ICTY, *Haradinaj case*, § 60: ‘State governmental authorities have been presumed to dispose of armed forces that satisfy this criterion.’

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 factoren	Type en aard VN-Veiligheidsraad resoluties, International Organisations, bemiddeling)	

Tabel 1: Kwalitatieve en kwantitatieve indicatoren intensiteit

Factor	Indicator
Commandostructuur	aanwezigheid van staf, hoofdkwartier, opperbevel, interne orders, communicaties, woordvoerder, bevelsverhoudingen, rangen en functiebeschrijvingen, éénhoofdige vertegenwoordiging ⁷¹
Militaire (operationele) vermogen	vermogen om strategie te bepalen, omvangrijke militaire operaties uit te voeren, terrein te beheersen, vermogen om gecoördineerde operaties uit te voeren, bevelvoering
Logistieke vermogen	o.a. training en werving personeel, bevoorrading, verbindingen
Discipline en vermogen tot implementatie oorlogsrecht	disciplinair systeem, training

Tabel 2: Indicatoren organisatie

gewapende groepen, moet een beoordeling worden gemaakt met behulp van een aantal indicatieve criteria:

*'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.'*⁷⁰

In de *Boskoski case* ordende het ICTY deze criteria in vijf categorieën, die hier tot vier factoren teruggebracht zijn (zie Tabel 2).

ROE worden tegenwoordig voor nagenoeg iedere militaire operatie vastgesteld. Naast ROE blijkt het oorlogsrecht als rechtsregime een belangrijke rol te spelen

7 Conclusie

Het doel van deze bijdrage was de vraag te beantwoorden aan de hand van welke rechtsregimes functioneel militair geweldgebruik in uitzendsituaties beoordeeld moet worden.

Twee regimes zijn hier bezien: Rules of Engagement (ROE) en oorlogsrecht.

ROE worden tegenwoordig voor nagenoeg iedere militaire operatie vastgesteld. ROE maken deel uit van een militaire opdracht en geweldgebruik dient altijd binnen de grenzen van ROE vorm te krijgen. Naast ROE blijkt het oorlogsrecht als rechtsregime een belangrijke rol te spelen. Bij militaire operaties waarin er (nog) geen sprake is van een gewapend conflict, worden de regels en beginselen van het oorlogsrecht door Nederland op beleidsmatige gronden de facto toegepast, zonder dat dit regime formeel van toepassing is. Het oorlogsrecht zelf is als rechtsregime formeel (de jure) van toepassing op militaire operaties zodra (en zolang) er sprake is van een gewapend conflict.

Of er sprake is van een gewapend conflict wordt aan de hand van de feitelijke omstandigheden bepaald. Er is sprake van een (niet-internationaal) gewapend conflict als aan twee criteria is voldaan. Er moet sprake zijn van (1) feitelijke vijandelijkheden van een zekere intensiteit, bestaande uit aan elkaar gerelateerde 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. Uit de jurisprudentie van het ICTY vallen voor beide criteria indicatoren af te leiden. Deze zijn ook op geweldgebruik in vredesmissies van toepassing.

⁷⁰ Ibid., § 60. Zie ook ICTY, *Boskoski case*, § 194-206; en ICTY, Trial Chamber, 30-11-2005, Prosecutor v. Limaj e.a. (*Limaj case*), IT-03-66-T. (cursivering PD)

⁷¹ Deze laatste toevoeging komt voor rekening van de auteur: PD.