

91 Research Paper

Operaties in Afghanistan: Rechtsbases en rechtsregimes

P.A.L. Ducheine & E.H. Pouw

December 2009

Publication of the Faculty of Military Sciences
Netherlands Defence Academy

Operaties in Afghanistan: Rechtsbases en rechtsregimes

Operaties in Afghanistan: Rechtsbases en rechtsregimes

P.A.L. Ducheine & E.H. Pouw

Researchpaper no. 91

Faculteit Militaire Wetenschappen

Nederlandse Defensie Academie

Operaties in Afghanistan: Rechtsbases en rechtsregime
P.A.L. Ducheine & E.H. Pouw

Researchprogramma Krijgswetenschappen
Project Operaties in Afghanistan (ISAF)

Nederlandse Defensie Academie (NLDA)
Faculteit Militaire Wetenschappen (FMW)
Postbus 90.0002
4800 PA Breda

©2009 P.A.L. Ducheine & E.H. Pouw

Vormgeving tekst: Paul Ducheine, Lenny Hazelbag & Peter van den Aker
Omslag ontwerp: Eric Franken, bureau Multimedia NLDA
Drukwerk: Thieme MediaCenter Zwolle

Voor het opnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere complicatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de auteur(s) te wenden.
p.ducheine@nlda.nl / p.a.l.ducheine@uva.nl en eh.pouw@nlda.nl

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

ISBN: 978-90-8892-030-1
NUR code 689, 828

Nederlandse samenvatting

In dit research paper gaan we in op twee aspecten van het juridisch raamwerk dat operaties van ISAF omgeeft. De onderzoeksvraag luidt: wat is de rechtsbasis van ISAF en welke rechtsregimes zijn op (de Nederlandse eenheden van) ISAF van toepassing?

Expeditionaire militaire missies – ISAF is daarop geen uitzondering – zullen vanwege de juridische legitimiteit aan een tweetal eisen moeten voldoen. Er zal ten eerste sprake moeten zijn van een adequate rechtsbasis en ten tweede zullen tijdens de operatie de vigerende internationale en nationale rechtsregimes gerespecteerd moeten worden. Enig gebrek aan een van deze leidt allereerst tot onrechtmatig gedrag van Nederland en/of Nederlandse militairen en leidinggevend. Bovendien tasten dergelijke gebreken de sociale legitimiteit – het draagvlak – van deze operaties aan én brengen ze imago-schade voor Nederland en zijn krijgsmacht teweeg.

De rechtsbasis van ISAF wordt bepaald door het *ius ad bellum*. Het *ius ad bellum* is dat deel van het volkenrecht dat extraterritoriaal, transnationaal of interstatelijk geweldgebruik reguleert. Zonder adequate rechtsgrondslag zou die missie – inclusief de Nederlandse bijdrage daaraan – in strijd met de hoofdregel van het *ius ad bellum* zijn: het geweldsverbod.

ISAF blijkt een dubbele rechtsbasis te hebben. Enerzijds berust zij op instemming van de (interim) regering van Afghanistan, zoals onder meer blijkt uit de MTA-ISAF. Daarnaast is de missie gebaseerd op een autorisatie van de VN-Veiligheidsraad onder Hoofdstuk VII van het VN-Handvest. Op basis van een (reeks van) resolutie(s) van de Raad is het de troepenleverende landen van ISAF toegestaan – binnen de grenzen van het door de VN- Veiligheidsraad vastgestelde mandaat – militair geweld in Afghanistan aan te wenden.

Op de ISAF-operaties kunnen – naast de strafwetgeving – in beginsel drie andere rechtsregimes van toepassing zijn. Het gaat daarbij om (1) Rules of Engagement (ROE) in samenhang met het mandaat en de opgedragen taken, (2) het oorlogsrecht (*ius in bello*), en (3) mensenrechten.

Uit het onderzoek blijkt dat in het geval van ISAF – net als bij nagenoeg alle militaire operaties – allereerst ROE van toepassing te zijn.

Het oorlogsrecht is als rechtsregime formeel (*de jure*) van toepassing tijdens militaire operaties zodra (en zolang) er sprake is van een gewapend conflict. Het conflict tussen de Afghaanse overheid en ISAF enerzijds en OMF anderzijds, lijkt op basis van de uitgevoerde analyse te voldoen aan de twee criteria om als gewapend conflict te kunnen gelden: (1) feitelijke vijandelijkheden van een zekere intensiteit, bestaande uit aan elkaar gerelateerd gewapende 'incidenten', die (2) uitgevoerd worden door tegenover elkaar staande georganiseerde gewapende groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen.

Het Afghaanse conflict betreft (sinds 19 juni 2002) een intrastatelijk, niet-internationaal gewapend conflict tussen de Afghaanse regering (en ISAF) enerzijds, en OMF anderzijds. ISAF is partij bij dit gewapende conflict. Op dit conflict is het HOR ter zake van niet-internationaal gewapende conflicten van toepassing. Dit bestaat uit twee delen: het Ge-

meenschappelijk Artikel 3 bij de Geneefse Conventies van 1949, aangevuld met het internationale gewoonterecht dat op niet-internationaal gewapende conflicten van toepassing is. Het oorlogsrecht is ook om een andere reden uiterst relevant. Bij militaire operaties waarin er geen sprake is van een (tijdelijk en plaatselijk) gewapend conflict, wordt het oorlogsrecht door Nederland en de NAVO op beleidsmatige gronden *de facto* toegepast.

Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens is van toepassing op een ieder “die ressorteert onder de rechtsmacht” van een Verdragspartij. Normaliter betreft dit territoriale jurisdictie. In toenemende mate is daarnaast extra-territoriale jurisdictie doorslaggevend. Daarbij doen zich overigens een aantal complicaties voor.

We hebben de toepassing van de ‘Saramati-doctrine’ buiten beschouwing gelaten. Deze doctrine is van toepassing op extra-territoriale jurisdictie in de omstandigheden van de *Saramati-case* in de context van Kosovo en KFOR. Daardoor konden handelingen van KFOR niet aan de troepenleverende landen worden toegerekend. De Afghaanse omstandigheden lijken op een aantal significante punten af te wijken, waardoor het niet uit te sluiten valt dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in een later oordeel een ‘Afghaanse’ zaak anders beoordeelt.

In een aantal gevallen blijkt het EVRM extraterritoriale werking te hebben tijdens militaire operaties. Dit kan allereerst vanwege *State Agent Authority* (SAA). Deze jurisdictie ontstaat omdat via de handelingen van overheidsorganen personen (tijdelijk) binnen de jurisdictie van een verdragspartij vallen, omdat die staat via haar organen een vorm van effectief gezag over deze personen uitoefent of uit kan oefenen. Zodra ISAF eenheden individuen aanhouden/arresteren of detineren, is er sprake van extraterritoriale jurisdictie op grond van SAA.

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

Directe, gerichte militaire acties leveren soms wel, soms geen jurisdictie op. De omstandigheden van het geval zijn daarbij van doorslaggevend belang. Daarbij moet gewaakt worden voor misbruik. Een verdragspartij zou zich aan zijn verantwoordelijkheden kunnen onttrekken door te weinig macht te projecteren, terwijl het daartoe wel in staat is. Ook zou een Verdragspartij bewust buiten haar grondgebied kunnen opereren om jurisdictie te ontlopen.

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

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

Inhoudsopgave

Nederlandse samenvatting	v
Inhoudsopgave.....	vii
Operaties in Afghanistan: Rechtsbases en rechtsregimes	1
1. Inleiding	1
1.1. Aanleiding: ISAF en de gewapende opstand in Afghanistan.....	1
1.2. Onderzoeksvraag en doel.....	3
1.3. Opzet	4
1.4. Afbakening.....	4
2. Rechtsbases voor extraterritoriale militaire operaties	5
2.1. Hoofdregeel 'ius ad bellum': geweldverbod.....	5
2.2. Uitzondering 1: Toestemming gastland ('consent')	6
2.3. Uitzondering 2: autorisatie VN-Veiligheidsraad.....	7
2.4. Conclusie: rechtsbasis	9
3. Rechtsregimes	11
4. Rechtsregimes: ROE.....	11
5. Rechtsregimes: oorlogsrecht.....	13
5.1. HOR beleidsmatig toepassen ('de facto')	14
5.1.1. Aanleiding	14
5.1.2. Ratio.....	15
5.1.3. Consequenties.....	15
5.1.4. Regime.....	16
5.2. HOR formeel van toepassing ('de jure')	16
5.2.1. Drempel: gewapend conflict	19
5.2.1.1. Intensiteit van geweld.....	20
5.2.1.2. Organisatie	21
5.2.2. Gewapend conflict in Afghanistan?	22
5.2.2.1. Gewapende opstand	23
5.2.2.2. GIROA en ISAF	24
5.2.2.3. OMF.....	25
5.2.2.4. Geweld en intensiteit vijandelijkheden.....	26
5.2.2.5. Organisatie OMF	29
5.2.2.6. Een gewapend conflict dus?	33
5.2.2.7. Tijdelijk en plaatselijk gewapend conflict?.....	34
5.2.3. Regime.....	35
5.2.3.1. Type gewapend conflict	36
5.2.3.2. Deelregime	40
5.2.3.3. GA 3.....	40
5.2.3.4. Gewoonterecht.....	42
5.2.4. Subconclusie oorlogsrechtelijke regime.....	44
5.3. Conclusie oorlogsrecht.....	45
6. Rechtsregimes: mensenrechten	46
6.1. Vooraf: de schaduw van de 'Saramati-doctrine'	46
6.2. Inleiding: mensenrechten en jurisdictie.....	47
6.3. Drempel: jurisdictie.....	48

6.3.1. Territoriale en extraterritoriale jurisdictie	49
6.3.2. SAA	50
6.3.2.1. Detentie.....	50
6.3.2.2. Aanhouding	53
6.3.2.3. Directe militaire actie	53
6.3.2.4. Ratio SAA	55
6.3.3. ECA.....	55
6.3.4. Saramati opnieuw bezien: ISAF versus KFOR?.....	57
6.3.5. Subconclusie drempel.....	59
6.4. Regime.....	60
6.4.1. Recht op leven.....	60
6.4.2. Gewoonterecht.....	62
6.4.3. Mensenrechten tijdens gewapend conflict.....	63
6.5. Conclusie mensenrechten.....	63
7. Conclusies	65
 Lijst van afkortingen.....	 67
Literatuuroverzicht	69
Jurisprudentieoverzicht	77

Operaties in Afghanistan: Rechtsbases en rechtsregimes

Door: P.A.L. Ducheine & E.H. Pouw¹

1. Inleiding

*‘Goed gesproken, ridder’, zei de nar. ‘Als u maar onthoudt dat u, als u tegen het kwaad vecht, zelf nog niet goed bent! Goed en kwaad zijn elkanders vijanden, maar ze kunnen dicht bij elkaar liggen’.*²

1.1. Aanleiding: ISAF en de gewapende opstand in Afghanistan

Nederland participeert sinds 2002 met enige onderbreking in de International Security Assistance Force for Afghanistan (ISAF). Sinds de zomer van 2006 is Nederland een van de Troop Contributing Nations in Regional Command South (RC-South). Zij levert onder meer een in de provincie Uruzgan gestationeerde taakgroep (Task Force Uruzgan, TFU),³ bestaande uit een Battlegroup (BG) en een provinciaal reconstructie team (PRT). Tevens levert Nederland een Air Task Force (ATF) en individuele militairen die in de verschillende hoofdkwartieren werken.⁴

Sinds de val van het Taliban-regime in november 2001, maar in ieder geval na de installatie van de regering Karzaï in 2002, is er sprake van een gewapende opstand tegen de Afghaanse regering. Zogeheten *Opposing Militant Forces* (OMF) verzetten zich met geweld tegen het lokale en nationale overheidsgezag dat ondersteund wordt door ISAF. De vijandelijkheden vinden aldus plaats tussen de Afghaanse regering en ISAF enerzijds en opstandelingen, (OMF) anderzijds. Het gewapende verzet van de OMF richt zich ook op ISAF en de Nederlandse eenheden in Zuid-Afghanistan.⁵ De gewapende opstand heeft – in ieder geval in het zuiden – onmiskenbare karakteristieken van een intrastatelijk gewapend conflict.⁶

Door haar taak – het ondersteunen van de Afghaanse overheid met de op- en uitbouw van overheidsgezag en inrichting van de Afghaanse veiligheidsdiensten – is ISAF bij deze strijd

¹ Kolonel dr. Paul Ducheine en majoor mr. Eric Pouw zijn militair jurist en als Universitair Hoofddocent, respectievelijk onderzoeker werkzaam bij de sectie Militair Recht, Faculteit Militaire Wetenschappen, NLDA. De auteurs zijn: Charlie Engels, mrs. Jeroen van den Boogaard, Rogier Bruin, Jan de Bruijn, Bas van Hoek, Gert Walgemoed, alsmede profs. N. Keijzer, J.J.C. Voorhoeve en T.D. Gill erkentelijk voor hun opmerkingen en suggesties. Dit onderzoek werd medio juni 2009 afgesloten. Een separaat deel van dit onderzoek verscheen eerder als: Ducheine (2009b), p. 490-497 en Ducheine (2009a), p. 277 e.v..

² Tonke Dragt, *De brief voor de koning*. 's-Gravenhage: Leopold (1987, 10^e dr.), p. 305.

³ In samenwerking met partnerland Australië, vandaar: 1 (Netherlands/Australian) Task Force Uruzgan, 1(NLD/AUS) TFU, of kortweg TFU.

⁴ Nederland levert sinds november 2008 ook de Commandant van RC-South, generaal-majoor Mart de Kruif. In een eerdere periode was dit generaal-majoor Ton van Loon.

⁵ Bijvoorbeeld: Ministerie van Defensie (2009c).

⁶ Vóór de start van *Enduring Freedom* (8-10-2001) was er reeds sprake van een intrastatelijk gewapend conflict tussen het Taliban-regime en de Noordelijke Alliantie. Tussen 8 oktober 2001 en 19 juni 2002 was er sprake van een interstatelijk, internationaal gewapend conflict tussen Afghanistan en een door de VS geleide coalitie van staten. Zie uitgebreid: Ducheine (2008), p. 467-550.

betrokken.⁷ De internationale troepenmacht ISAF mag, op basis van een autorisatie van de VN-Veilighedsraad onder Hoofdstuk VII van het VN-Handvest, gewapend geweld gebruiken om haar taak binnen Afghanistan uit te voeren.⁸ Voor ISAF is het van cruciaal belang dat geweldgebruik volstrekt legitiem, proportioneel en terughoudend is, waarbij het aantal burgerslachtoffers minimaal is, en dat ISAF respect toont voor de 'rule of law', het primaat van het nationale en internationale recht.⁹ Commandant ISAF benadrukte deze principes in een (openbare) *Tactical Directive*:

We must clearly apply and demonstrate proportionality, requisite restraint, and the utmost discrimination in our application of firepower. [...] Do not hesitate to pursue the enemy, but stay true to the values of integrity and respect for human life.¹⁰

Expeditionaire militaire missies - ISAF is daarop geen uitzondering - zullen vanwege de juridische legitimiteit aan een tweetal eisen moeten voldoen. Er zal ten eerste sprake moeten zijn van een adequate rechtsgrondslag,¹¹ en ten tweede zullen tijdens de operatie de vigerende internationale en nationale rechtsregels gerespecteerd moeten worden.

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

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

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

Dat ROE in alle militaire operaties van belang zijn, is in ieder geval sinds de zaak *Eric O.* algemeen bekend. Ook binnen ISAF gelden uiteraard ROE.

De vraag die zich daarnaast opdringt, is of het oorlogsrecht op de gewelddadige confrontaties van ISAF van toepassing is. Met andere woorden, of het oorlogsrecht normstellend is binnen de (*counter-insurgency*) operatie van ISAF.¹² De vervolgvraag is welk deel van het oorlogsrecht het hier betreft. Het antwoord op deze vragen is afhankelijk van de kwestie of de situatie waarin zich in (Zuid-)Afghanistan de gewapende opstand en vijandelijkheden voordoen, als een gewapend conflict kan worden getypeerd. En als dat zo is, betreft het dan een internationaal of een niet-internationaal gewapend conflict?

Respect voor de vigerende rechtsregimes is allereerst voor een staat en haar krijgsmacht van belang. Maar daarnaast is de beoordeling van functioneel geweldgebruik uiterst relevant voor individuele militairen. Tijdens een gewapend conflict zou een aantal overtredingen van

⁷ UN Doc. S/RES/1386 (2001) (*SC Resolution 1386*). Zie ook de vervolgresoluties: 1413, 1444, 1510, 1563, 1623, 1659, 1707, 1776 en 1833.

⁸ Daarnaast opereert ISAF met instemming van de Afghaanse overheid, zie infra § 2.2.

⁹ NATO (2009, Jan 14); NRC Handelsblad (15-1-2008), *Strengere regels ISAF*.

¹⁰ NATO Commander ISAF (2008, Dec 30).

¹¹ Ter illustratie: zie de discussie over de Nederlandse (politieke) steun aan de inval in Irak, operatie *Iraqi Freedom* (2003), NRC Handelsblad (17-1-2008), *Memorandum DJZ/IR/2003/158. Juristen van Buitenlandse Zaken achten Irak-oorlog van meet af aan onrechtmatig*.

¹² Zie in deze serie *Operaties in Afghanistan (ISAF)*, NILDA Research Paper nr. 98: Pouw & Ducheine (2009), *ISAF en de rol van het humanitair oorlogsrecht in doelbestrijding tijdens een 'counterinsurgency'*.

het oorlogsrecht immers als een oorlogsmisdrijf opgevat kunnen worden.¹³ In een situatie waarin geen gewapend conflict bestaat, en het oorlogsrecht daarom dus niet van toepassing is, is zo'n kwalificatie onmogelijk. Eventuele overtredingen zullen dan naar het reguliere (militaire) straf (en tuchtrecht) worden beoordeeld.

Dat deze kwesties actueel zijn, demonstren de reacties naar aanleiding van de gevechten in Chora (2007),¹⁴ waarbij ook Nederlandse ISAF-eenheden betrokken waren. Over die gevechten concludeerde het Openbaar Ministerie het volgende:

Het Openbaar Ministerie Arnhem heeft de geweldsaanwendingen door Nederlandse militairen in de periode 16 tot en met 20 juni 2007 [in de omgeving van Chora: PD&EP] beoordeeld en concludeert dat het geweld is aangewend binnen de grenzen van het humanitair oorlogsrecht en de geldende geweldsinstructie.¹⁵

De Commandant der Strijdkrachten reageerde als volgt:

In een zojuist gepubliceerd persbericht van het Openbaar Ministerie is bekend gemaakt dat het door Nederlandse militairen gebruikte geweld, tijdens die dagen gebruikt om de Taliban te verdrijven, binnen de grenzen van het humanitair oorlogsrecht en de voor de Nederlandse ISAF-militairen geldende geweldsinstructies is gebleven.¹⁶

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

De achterliggende vraag die het OM zichzelf ongetwijfeld ook heeft gesteld, is op welke rechtsbasis de Nederlandse eenheden in Afghanistan opereerden. Deze rechtsbasis onder het *ius ad bellum* is, of kan, in belangrijke mate richtinggevend zijn voor de antwoorden op de eerder genoemde vraag naar de rechtsregimes.

In datzelfde licht staan vragen die gerelateerd zijn aan mensenrechten. Zijn Nederlandse ISAF-eenheden bij hun optreden in Afghanistan gebonden aan het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)? Of: voldoet de behandeling van gedetineerden aan de normen van het EVRM? Het mag duidelijk zijn dat dit soort vragen ook in militaire operaties jegens gedetineerden van belang is.¹⁷

1.2. Onderzoeksvraag en doel

Als instrument van de democratische rechtsstaat dient de Nederlandse krijgsmacht zich binnen de grenzen van het (inter)nationale recht te bewegen. Daarbij is allereerst van belang dat ISAF over een adequate rechtsbasis – rechtsgrondslag – beschikt, die bekend moet zijn. Daarnaast dienen ISAF en de Troop Contributing Nations (TCN) zich aan de geldende rechtsregels te houden; rechtsregimes dien eveneens onderkend moeten zijn. Een andere opstelling zou niet alleen tot verlies van legitimiteit leiden, maar belangrijker nog, ook conflicteren met de doelstelling van ISAF als geheel. Hoe zou ISAF legitiem de Afghaanse

¹³ Zie de Wet van 19 juni 2003, houdende regels met betrekking tot ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht (Wet internationale misdrijven), 19 juni 2003, *Stb.* 2003, 270 (wijz *Stb.* 2005, 595). Voor zo'n aantijging, zie: Karskens (2007), p. 7; en Advocatenkantoor Steijnen Olof & Stelling (2007).

¹⁴ *Kamerstukken II 2007-08*, 27 925, nr. 272 bijlage; Karskens (2007), p. 7.

¹⁵ Openbaar Ministerie (2008). Toevoeging: EP&PD.

¹⁶ Ministerie van Defensie (Commandant der Strijdkrachten) (2008).

¹⁷ Zie hierna de zaak *Al Skeini* (infra § 6.3.2.1). Zie ook het vermeende 'martelen' van gevangenen tijdens de operatie van SFIR in Irak (2003-2004).

overheid (met haar *counter-insurgency* operatie) moeten ondersteunen, als ISAF geen rechtsbasis had, of zichzelf niet aan de vigerende (inter)nationale rechtsregels zou houden?

De hiervoor gememoreerde twee vragen – wat is de rechtsbasis van ISAF en welke rechtsregimes zijn op (de Nederlandse eenheden van) ISAF van toepassing – worden in deze bijdrage beantwoord.

Deze twee onderzoeksvragen zijn relevant voor *iedere* militaire operatie, en dus ook voor officieren die hieraan, of daarin, leiding geven. Dit onderzoek levert daarom niet alleen een bijdrage aan het onderzoeksprogramma van de faculteit Militaire Wetenschappen van de Nederlandse Defensie Academie, maar draagt ook bij aan het onderwijsprogramma van de NLDA.

Het doel van deze bijdrage is vast te stellen op welke wijze (militair) recht voor de Nederlandse eenheden van ISAF een rol speelt. Een voorafgaande vraag is op welke volkenrechtelijke grondslag (Nederlandse) ISAF-troepen geweld in Afghanistan kunnen gebruiken.

1.3. Opzet

In deze bijdrage zullen we de prealabele kwestie van de rechtsbasis, de rechtsgrondslag voor ISAF en de deelnemende Nederlandse troepen als eerste bezien (§ 2). Daarna analyseren we achtereenvolgens de toepasselijkheid van ROE (§ 4), het oorlogsrecht (§ 5) en mensenrechten (§ 6). We sluiten af met conclusies.

In een tweede en separate bijdrage zullen we inhoudelijk ingaan op de invloed van oorlogsrechtelijke beginselen op de *counter-insurgency* operatie van ISAF. We doen dat aan de hand van de oorlogsrechtelijke beginselen onderscheid (*distinction*) en proportionaliteit, inclusief voorzorgsmaatregelen.¹⁸

1.4. Afbakening

Deze bijdragen maken deel uit van een breder krijgswetenschappelijk onderzoek naar (Nederlandse) ISAF-operaties in Afghanistan. Onze analyse beperkt zich dan ook tot de missie van ISAF. Het Afghaanse deel van Operatie *Enduring Freedom* (OEF) laten we om deze reden buiten beschouwing.¹⁹

¹⁸ Supra voetnoot 12, Pouw & Ducheine (2009), p. 1 e.v..

¹⁹ Dat neemt niet weg dat voor (de Nederlandse bijdrage aan) deze missie een vergelijkbare analyse zou kunnen worden uitgevoerd, zie bijvoorbeeld: Ducheine (2008), p. 1 e.v. (m.n. Hoofdstuk 3 en 5).

2. Rechtbases voor extraterritoriale militaire operaties

In deze paragraaf beantwoorden we de eerste onderzoeksvraag: Op welke volkenrechtelijke basis, rechtsbasis of rechtsgrondslag, is de extraterritoriale militaire operatie ISAF gebaseerd?

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

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

Hoewel een liberale opvatting over de omvang en strekking van het geweldverbod wel gehoord wordt, hanteren we hier – in lijn met de gangbare opvatting – een extensieve interpretatie van dit interstatelijk geweldverbod: het dreigen met of gebruiken van ieder militair geweld is in het internationale verkeer verboden.²⁰ Dit absolute verbod heeft overigens ook een gewoonterechtelijk én een *ius cogens* karakter.²¹

De grondslagen, de rechtbases, voor de ISAF-missie zullen we hierna analyseren. Allereerste bezien we kort de betekenis van het interstatelijke geweldverbod. Daarna behandelen we de hierboven geïntroduceerde uitzonderingen op de hoofdregel: interventie met instemming en autorisatie van de VN-Veiligheidsraad.²²

2.1. Hoofdregel ‘ius ad bellum’: geweldverbod

De betekenis en reikwijdte van het interstatelijke geweldverbod vormt de basis voor alle discussies in het *ius ad bellum* over de rechtmatigheid van extraterritoriale militaire operaties. Het geweldverbod is vastgelegd in artikel 2(4) van het VN-Handvest. Dit artikel wordt ook wel het ‘hart van het Handvest’ genoemd;²³ het verbod geldt als ‘de hoeksteen’ van het hedendaagse *ius ad bellum*.²⁴

In hun internationale betrekkingen onthouden alle Leden zich van bedreiging met of het gebruik van geweld tegen de territoriale integriteit of de politieke onafhankelijkheid van een staat, en van elke andere handelwijze die onverenigbaar is met de doelstellingen van de Verenigde.²⁵

De heersende – en hier toegepaste – interpretatie van het geweldverbod is dat *ieder* gebruik van (of dreiging met) grensoverschrijdende gewapend (lees: militair) geweld door VN-lidstaten, voor welke reden dan ook, verboden is, tenzij het VN-Handvest of het volkenrecht in

²⁰ Voor een overzicht van de verschillende standpunten verwijzen we korthedshalve naar: Ibid. p. 127, voetnoot 37.

²¹ *Ius cogens* of *peremptory norm* is een term uit het internationaal recht die verwijst naar regels die door (bijna) alle staten aanvaard worden en voor de internationale gemeenschap van een fundamenteel belang zijn. *Ius cogens* is dwingend recht: rechten en verdragen die altijd gelden, ook al heeft een staat daar niet expliciet mee ingestemd.

²² Interventie met instemming is strikt genomen geen uitzondering op het geweldverbod. Het geldt als een zelfstandige grondslag in het volkenrecht. We scharen ‘instemming’ hier gemakshalve onder de term uitzonderingen.

²³ Henkin (1971), p. 44.

²⁴ Dinstein (2003), p. 13.

²⁵ Art. 2(4) VN-Handvest.

een uitzondering op deze regel voorziet.²⁶ Ook het dreigen met geweld is verboden als dat geweldgebruik zelf niet geëgitimeerd kan worden.²⁷

Gewapend of militair geweldgebruik kan vele vormen en middelen omvatten. De essentie betreft de toepassing van fysiek geweld. De omvang van dit geweld speelt daarbij geen rol.

Hoewel het geweldverbod primair interstatelijke verhoudingen regardeert, valt ook extraterritoriaal geweldgebruik tegen niet-statelijke actoren zoals de Taliban, Al Qa'ida of andere OMF onder het verbod. Zo'n operatie raakt namelijk in potentie de territoriale integriteit van de staat waar die niet-statelijke actor (NSA) zich ophoudt.²⁸

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

De grondslag van de missie zal daarom in een of meerdere uitzonderingen op dit geweldverbod gevonden moeten worden.

2.2. Uitzondering 1: Toestemming gastland ('consent')

Een soevereine staat mag – binnen de grenzen van het volkenrecht²⁹ – een andere staat toestemming verlenen voor het uitvoeren van militaire operaties op haar grondgebied. Dit speelt bijvoorbeeld in Afghanistan, waar Nederlandse ISAF strijdkrachten (mede) met instemming van de Afghaanse regering aldaar opereren en – indien noodzakelijk – OMF bestrijden (zie Figuur 1). Hoewel interventie met instemming niet als uitzondering op het geweldverbod wordt gezien, is zij wel een omstandigheid die de onrechtmatigheid van een extraterritoriale militaire actie wegneemt.³⁰ Toestemming impliceert ook dat de buitenlandse troepen niet in strijd met de territoriale integriteit en politieke onafhankelijkheid van de soevereine staat aldaar aanwezig zijn.

Interventie met instemming vindt plaats binnen het domein en de randvoorwaarden van een gaststaat. De toestemming voor de interventie moet aan voorwaarden voldoen, zodat misbruik kan worden uitgesloten.³¹ Toestemming moet authentiek, niet afdgedwongen en valide (dat wil zeggen toe te rekenen aan de staat) zijn. Bovendien dient de toestemming door het bevoegde staatsorgaan te zijn verleend.³²

²⁶ Dinstein (2005), p. 88; Simma (1999), p. 2: "[I]t is clear, on the basis of both teleological and historical interpretation of Article 2(4), that the prohibition enacted therein was, and is, intended to be of a comprehensive nature".

²⁷ Zie hiervoor het klassieke voorbeeld van ICJ (1949), *Corfu Channel case*, p. 31. Over dreiging: Sadurska (1989), p. 242; Stürchler (2007), p. 252; Roscini (2007), p. 229.

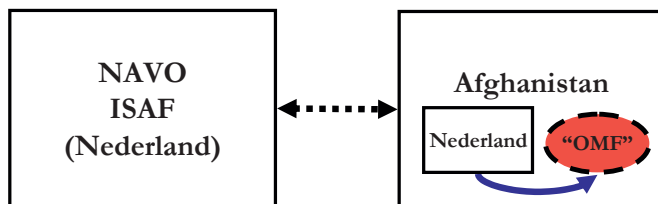
²⁸ Voor een overzicht van de afwijkende opvattingen op dit punt: Ducheine (2008), p. 135-138.

²⁹ Algemene eisen zoals het geweldsverbod en specifieke eisen 'consent' betreffende (zie infra).

³⁰ Zo geheten 'circumstances precluding wrongfulness'.

³¹ Bijvoorbeeld de afdgedwongen Oostenrijkse instemming met de Anschluss van 1938. Zie Wippman (1996), p. 211 voor voorbeelden van misbruik: de voormalige Sovjet-Unie in Hongarije (1956), Tsjechoslowakije (1968) en Afghanistan (1997). De Verenigde Staten in de Dominicaanse republiek (1965), Grenada (1983), waarvan Nolte (1999), p. 584, betoogt dat de VS deze grondslag naast andere hanteerde. Zie o.a. Riggs (1985), p. 1 e.v., de Sovjet interventie in Afghanistan (1979).

³² Uitgebreid: Nolte (1999), p. 1 e.v..



Figuur 1: Interventie met instemming

Sinds de installatie van de regering Karzai in 2002 bestaat valide instemming met de ISAF-missie.³³ Deze instemming is tot uitdrukking gebracht in de Military Technical Agreement tussen de NATO (in casu ISAF) en de Afghaanse interim-overheid³⁴ aangaande de missie van ISAF:

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

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

The Interim Administration understands and agrees that the ISAF Commander will have the authority, without interference or permission, to do all that the Commander judges necessary and proper, including the use of military force, to protect the ISAF and its Mission.³⁵

De regering Karzaï wordt, zeker na de verkiezingen van 2004, door de internationale gemeenschap als legitiem gezien. Na zijn verkiezing heeft president Karzaï zijn instemming met de missie van ISAF herhaald.³⁶

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

2.3. Uitzondering 2: autorisatie VN-Veilighedsraad

Hoewel staten zich bij internationaal geweldgebruik meestal – al dan niet terecht – beroepen op het statelijke recht van zelfverdediging, betreft de primaire uitzondering op het geweldverbod zoals we dat sinds 1945 kennen, geweldgebruik krachtens een besluit van de VN-Veilighedsraad. Dit orgaan heeft binnen het collectieve veiligheidssysteem van de VN het primaat voor de handhaving (en herstel) van de internationale vrede en veiligheid.³⁷ In voorkomend geval zal de VN-Veilighedsraad een situatie als “een bedreiging van de vrede, verbreking van de vrede of daad van agressie” kwalificeren³⁸ Zo’n vaststelling opent de weg naar, en is een *conditio sine qua non* voor, het autoriseren van geweldgebruik tegen statelijke of niet-statale actoren. Deze autorisatie is gebaseerd op de bevoegdheden die de VN-Veilighedsraad zijn toegekend onder (artikel 42 van) Hoofdstuk VII van het VN-Handvest.

³³ Ducheine (2008), p. 345.

³⁴ Kortweg de MTA-ISAF.

³⁵ NATO (2002, Jan 4), p. , resp. Art. I(2), Art. IV(1) en Art. IV(2).

³⁶ In zijn inaugurele rede van 7 december 2004 heeft president Hamid Karzai zijn instemming met de militaire interventie tot uitdrukking gebracht.

³⁷ Art. 24(1) VN-Handvest.

³⁸ Art. 39 VN-Handvest.

De autorisatie voor geweldgebruik is de rechtsbasis voor een of meerdere staten, of een regionale organisatie, om geweld te gebruiken tegen de aangewezen statelijke of niet statelijke actor(en) om de wil van de internationale gemeenschap aan die actoren op te leggen.³⁹ Deze autorisatie bevat meestal de tekst “to use all necessary means” of “to take all necessary measures”, hetgeen – in voorkomend geval – ook militair geweldgebruik omvat.

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

The Security Council, acting for these reasons under Chapter VII of the Charter of the United Nations, Authorizes, [...] the establishment for 6 months of [ISAF];⁴⁰

Het Veiligheidsraad-mandaat autoriseerde ISAF aanvankelijk:⁴¹

to assist the Afghan Interim Authority in the maintenance of security in Kabul and its surrounding areas, so that the Afghan Interim Authority as well as the personnel of the United Nations can operate in a secure environment.⁴²

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

[The Security Council], [a]uthorizes expansion of the mandate of the [ISAF] to allow it, as resources permit, to support the Afghan Transitional Authority and its successors in the maintenance of security in areas of Afghanistan outside of Kabul and its environs, so that the Afghan Authorities as well as the personnel of the United Nations and other international civilian personnel engaged, in particular, in reconstruction and humanitarian efforts, can operate in a secure environment, and to provide security assistance for the performance of other tasks in support of the Bonn Agreement;⁴³

Daarmee werd niet alleen ISAF's werkgebied uitgebreid, maar kreeg ze ook mandaat voor aanvullende taken ter ondersteuning van het Bonn-akkoord.⁴⁴ In de periode februari-maart 2005 nam de NAVO ook de verantwoordelijkheid over in West-Afghanistan (fase II).⁴⁵

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

[The Security Council] [w]elcomes the adoption by NATO of a revised Operational Plan allowing the continued expansion of the ISAF across Afghanistan, closer operational synergy with the Operation Enduring Freedom (OEF), and support, within means and capabilities, to Afghan security forces in the military aspects of their training and operational deployments;⁴⁶

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

³⁹ Blokker (2000), p. 544.

⁴⁰ UN Doc. S/RES/1386 (2001) (*SC Resolution 1386*).

⁴¹ Zie voor de evolutie van ISAF: NATO (2006, Nov 21).

⁴² UN Doc. S/RES/1386 (2001) (*SC Resolution 1386*). Zie ook de vervolgresoluties: 1413, 1444, 1510, 1563, 1623, 1659, 1707, 1776 en 1833.

⁴³ UN Doc. S/RES/1510 (2003) (*SC Resolution 1510*).

⁴⁴ Bonn Agreement: Agreement on provisional arrangements in Afghanistan pending the re-establishment of permanent government institutions, december 2001, , Annex I (ISAF): “the participants request the assistance of the international community in helping the new Afghan authorities in the establishment and training of new Afghan security and armed forces”.

⁴⁵ NATO (2006, Nov 21).

⁴⁶ UN Doc. S/RES/1659 (2006) (*SC Resolution 1659*), § 6.

stelde operatieplan aan ISAF de mogelijkheid robuuster op te treden indien de omstandigheden dat vereisen.⁴⁷

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

[The Security Council] [e]xpressing, in this context, its support for the Afghan Security Forces, with the assistance of ISAF and the Operation Enduring Freedom (OEF) coalition in contributing to security in Afghanistan and in building the capacity of the Afghan Security Forces, and welcoming the extension of ISAF into Southern Afghanistan, with effect from 31 July 2006, the planned further ISAF expansion into Eastern Afghanistan and the increased coordination between ISAF and the OEF coalition,⁴⁸

De huidige Nederlandse bijdrage past in deze fase III van de operatie.⁴⁹ Eind september 2006 werd het geografische werkterrein uitgebreid tot de oostelijke provincies (fase IV), waarmee ISAF nu in geheel Afghanistan actief is.

Om de verschillende onderdelen van haar mandaat te kunnen vervullen, is ISAF geautoriseerd “to take all necessary measures”. ISAF heeft dit mandaat in een campagneplan naar primaire en secundaire militaire taken vertaald.⁵⁰ Deze zijn in operatiebevelen van ondercommandanten nader ingevuld en uitgewerkt. De rol van ISAF komt neer op de taken zoals weergegeven in Tabel 1.⁵¹

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

Tabel 1: Taken ISAF, cfm. (Ducheine:2008332).

Daarnaast heeft ISAF, net als andere missies, in ieder geval (impliciet dan wel expliciet) als (afgeleide) bijkomende taak om zich zelf te beschermen, zogeheten *force protection*.⁵²

2.4. Conclusie: rechtsbasis

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

ISAF blijkt een dubbele rechtsbasis te hebben. Enerzijds berust zij op instemming van de (interim) regering van Afghanistan, zoals onder meer blijkt uit de MTA-ISAF. Daarnaast is de missie gebaseerd op een autorisatie van de VN-Veiligheidsraad onder Hoofdstuk VII van het VN-Handvest. De VN-Veiligheidsraad heeft overigens de bevoegdheid – óók zonder

⁴⁷ *Kamerstukken II 2005-06a*, 27 925, nr. 193 ('Besluit' ISAF (TFU)), p. 13-14.

⁴⁸ UN Doc. S/RES/1707 (2006) (*SC Resolution 1707*).

⁴⁹ Zie o.a. *Kamerstukken II 2005-06a*, 27 925, nr. 193 ('Besluit' ISAF (TFU)).

⁵⁰ NATO (2007), p. II-1 e.v.

⁵¹ NATO (2006, Oct 16).

⁵² Ducheine & Walgemoed (2005), p. 58.

instemming van de Afghaanse regering – een missie als ISAF gestalte te geven.⁵³ Op basis van een (reeks van) resolutie(s) van de Raad is het de troepenleverende landen van ISAF toegestaan – binnen de grenzen van het door de VN- Veiligheidsraad vastgestelde mandaat – militair geweld in Afghanistan aan te wenden.

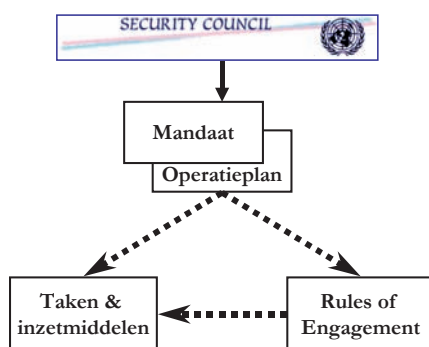
⁵³ Zie ook: Ducheine (2009, Jan 26).

3. Rechtsregimes

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

4. Rechtsregimes: ROE

De militaire contingenten van de in ISAF participerende staten ontleen geweldsbevoegdheden aan het mandaat van de VN-Veiligheidsraad en de daarin vermelde ruime formule “to take all necessary measures”.⁵⁴ Met deze frase wordt tot uitdrukking gebracht dat het mandaat onder Hoofdstuk VII VN-Handvest zonnodig met militair geweld mag worden afgedwongen.⁵⁵ De geweldsbevoegdheden zijn voor de (internationale) troepenmacht vervat in zogeheten *Rules of Engagement* (ROE). Deze ROE dienen in samenhang met het mandaat én de opgedragen en impliciete taken⁵⁶ te worden gelezen, zoals de driehoeksrelatie in Figuur 2 tot uitdrukking brengt.⁵⁷



Figuur 2: Driehoeksrelatie Mandaat – ROE – Taken (& inzetmiddelen), cfm. (Ducheine:2008333).

Zolang er geen sprake is van een (tijdelijk en plaatselijk) gewapend conflict, worden de ISAF-operaties tegen de OMF beheerst door het mandaat, de militaire opdracht en de ROE.⁵⁸ De ROE – in samenhang met mandaat en taken bezien – begrenzen het door de VN-Veiligheidsraad gelegitimeerde geweldgebruik: de “all necessary means”. Anders geformuleerd: zolang er geen sprake is van een gewapend conflict, bestaat het op ISAF van toepassing zijnde rechtsregime uit de ROE die in relatie tot het mandaat en de militaire opdracht moeten worden geïnterpreteerd. De Nederlandse regering over de ISAF-ROE:

De ROE voor de voorgenomen missie in Uruzgan zijn [...] direct afgeleid van het operatieplan, dat rechtstreeks is gebaseerd op het door de Veiligheidsraad verleende mandaat. In dit

⁵⁴ UN Doc. S/RES/1707 (2006) (*SC Resolution 1707*) Ook wordt wel “all necessary means” gebruikt: zie bijvoorbeeld UN Doc. S/RES/678 (1990) (*SC Resolution 678*)(*Desert Storm*); UN Doc. S/RES/794 (1992) (*SC Resolution 794*) (*Restore Hope*, Somalië).

⁵⁵ Schrijver (2006), p. 20; White (1997), p. 128.

⁵⁶ Zoals bijvoorbeeld *Force Protection*.

⁵⁷ Zie Dolman, Ducheine, Gill, *et al.* (2005), p. 381 en Diepenbrugge (2003), p. 372.

⁵⁸ Ducheine (2008), p. 531. Zie hierover ook Dolman, Ducheine, Gill, *et al.* (2005), p. 380-382.

mandaat wordt de bevoegdheid verleend tot het aanwenden van alle noodzakelijke middelen («all necessary measures») om het mandaat tot uitvoer te brengen.⁵⁹

Het militaire optreden kan via meerdere begrippenparen geduid worden. Op basis van het mandaat, de daarvan afgeleide (impliciete) taken én de ROE kan ISAF allereerst reactieve en defensieve acties ondernemen. In het kader van *force protection* is dit aan de orde als OMF ISAF-troepen bedreigen. ISAF kan ook pro-actief en offensief optreden tegen OMF, zodat bijvoorbeeld een bedreiging zich niet verder ontwikkelt, of om het initiatief te hernemen. Het betreft dus een combinatie van reactief en pro-actief optreden.⁶⁰

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

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

Het uitvoeren van zogenaamde «counter-insurgency operations» (COIN) is geoorloofd onder de toepasselijke Rules of Engagement (ROE). Voor het uitvoeren van dergelijke acties is niet noodzakelijk dat sprake is van een gewapend conflict, laat staan van een oorlog, noch heeft het uitvoeren van dergelijke acties als zodanig gevolgen voor de aanduiding van de ISAF operatie. De ROE zijn in lijn met het [Operatieplan], waarin robuuster optreden mogelijk is.⁶¹

Wat binnen een COIN-operatie van cruciaal belang is - zoals hiervoor ook bleek uit de *Tactical Directive* van ISAF-⁶² is de mate waarin, de omstandigheden waaronder en de wijze waarop militair geweld wordt aangewend. Binnen de grenzen van hetgeen juridisch toelaatbaar is, worden om diplomatieke, politiek/militair strategische of operationele redenen strengere grenzen getrokken op basis van beleidsafwegingen.⁶³ Dat doet niets af aan het juridisch afdwingbare karakter van die grenzen. Geweld, defensief en offensief, reactief en proactief, kinetisch en non-kinetisch militair optreden, moet te allen tijde binnen de grenzen van de vastgestelde en vigerende ROE blijven.

⁵⁹ *Kamerstukken II 2005-06c*, 27 925, nr. 202, p. 2.

⁶⁰ Vgl.: Ducheine (2008), p. 331-334.

⁶¹ *Kamerstukken II 2007-08*, 27 925, nr. 287, p. 140.

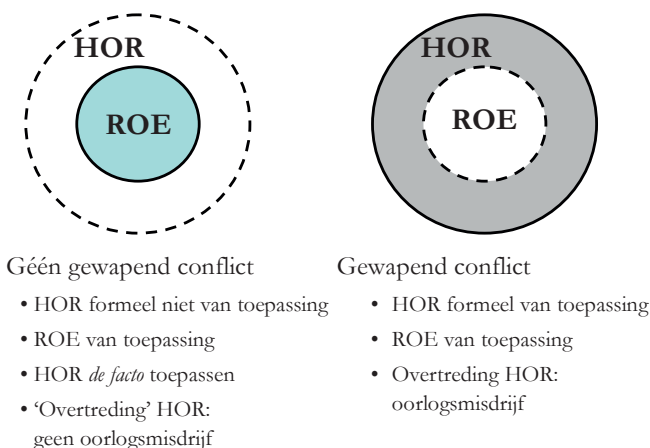
⁶² Supra voetnoot 10.

⁶³ Zie ook onze tweede bijdrage: Pouw & Ducheine (2009), p. 1.e.v..

5. Rechtsregimes: oorlogsrecht

Het humanitaire oorlogsrecht (HOR)⁶⁴ is in twee gevallen een relevant rechtsregime voor militaire operaties. *Ten eerste* kan het regime op beleidsmatige gronden *de facto* worden toegepast tijdens missies waarbij de status van gewapend conflict ontbreekt of waar deze vraagtekens oplevert. We gaan hierna (§ 5.1) op deze situatie in. *Ten tweede*, en dat is ook de oorsprong van het HOR, is het oorlogsrecht automatisch en formeel (*de jure*) van toepassing op een militaire operatie zodra (en zolang) deze als een gewapend conflict moet worden aangemerkt. We werken dit uit in § 5.2.

In beide gevallen spelen óók de hiervoor beschreven ROE een rol. In de *eerste* situatie – de beleidsmatige toepassing – zijn de ROE bevoegdhedenverlenend. In aanvulling daarop moeten – vanwege vast Nederlands en NAVO beleid dat via een (schriftelijk) dienstbevel of dienstvoorschrift kenbaar is gemaakt – naast de ROE óók de regels en beginselen van het HOR gerespecteerd worden, hoewel dit laatste niet formeel van toepassing is. Dit kunnen we aanduiden als het *de facto* toepassen van het HOR. In de *tweede* situatie is het HOR *de jure* van toepassing (omdat er sprake is van een gewapend conflict), waarbinnen de ROE een nadere invulling van het door het HOR gelegitimeerde geweld aangeven. Deze verschillen zijn in Figuur 3 schematisch weergegeven.



Figuur 3: Relatie HOR en ROE in operaties⁶⁵

We bezien hierna eerst de situatie waarin er geen sprake is van een gewapend conflict, waarbij het oorlogsrecht op beleidsmatige gronden feitelijk als rechtsregime wordt toegepast. Vervolgens beschouwen we de situatie waarin het oorlogsrecht formeel van toepassing is, omdat er een gewapend conflict is.

⁶⁴ Ook wel: oorlogsrecht, *ius in bello*. Alternatieve termen zijn: humanitair oorlogsrecht (HOR), (internationaal) humanitair recht, recht der gewapende conflicten, *Law of Armed Conflict* (LAOC), *international humanitarian law* (IHL), *international humanitarian law of (international) armed conflict* en *Law(s) (and Customs) of War*.

⁶⁵ Wij maken onderscheid tussen enerzijds “formeel van toepassing (*de jure*)” en “feitelijk toepassen (*de facto*)”. Het eerste is het gevolg van een juridische imperatief, de laatste van een vrijwillige beleidskeuze.

5.1. HOR beleidsmatig toepassen ('de facto')

5.1.1. Aanleiding

Zolang onduidelijkheid bestaat of er sprake is van een gewapend conflict, of wanneer deze kwalificatie om (politieke) redenen achterwege blijft, maakt, naar vast Nederlands en NAVO-beleid, het oorlogsrecht feitelijk deel uit van het rechtsregime dat tijdens militaire operaties zoals ISAF wordt toegepast. Deze beleidsmatige keuze wordt naar de achtergrond gedrukt, zodra staten van oordeel zijn dat er wel sprake van een gewapend conflict en het oorlogsrecht ook *de jure* van toepassing is. Het oordeel of *de jure* sprake is van een gewapend conflict, is uiteindelijk aan de rechter.⁶⁶

Moderne militaire 'crisisbeheersingsoperaties' kunnen diverse vormen aannemen. Ze variëren van *peacekeeping*, zoals de klassieke monitormissies die een wapenstilstand controleren (bijvoorbeeld UNFICYP), tot *peace-enforcing* en *enforcing* operaties die de wil van de VN-Veilighedsraad aan een niet-statelijke of statelijke actor opleggen. (*Peace*)*enforcing* operaties kunnen zelfs het karakter van een gewapend conflict aannemen, zoals bijvoorbeeld de Korea-oorlog en operatie *Desert Storm*.⁶⁷

Moderne (*peace*)*enforcing* operaties zoals SFIR⁶⁸ en ISAF worden om diplomatieke en politieke redenen door de deelnemende staten niet snel als een gewapend conflict aangemerkt.⁶⁹ Daar staat tegenover dat de NAVO volgens vast beleid – in operaties zoals ISAF – de beginselen en principes van het HOR *de facto* toepast. Deze beleidsmatige keuze houdt in dat – naast de ROE – ook de regels van het HOR worden toegepast, zonder dat deze laatste formeel van toepassing zijn. Dit is vast beleid, aldus de Nederlandse regering:

Binnen de NAVO, maar ook nationaal in Nederland, geldt als vaststaand beleid dat ook in operaties waarop het humanitair oorlogsrecht formeel niet van toepassing is, de restricties uit [het humanitair oorlogsrecht] [...] zullen worden nageleefd.⁷⁰

Specifiek voor de vredesoperatie SFIR in Irak herhaalde de regering dit, met een klein nuanceverschil: "Nederlandse militairen dienen zich volgens vast gebruik bij operaties steeds te houden aan de regels van het internationaal humanitair oorlogsrecht".⁷¹ In de *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht* is dit beleid als volgt vastgelegd: "Ook bij inzet waarbij in meer of mindere mate gevechtskracht wordt ontplooid [lees: gevechtsacties worden uitgevoerd, PD&EP] moeten de regels van het humanitaire oorlogsrecht worden toegepast".⁷² In de praktijk kan toepassing van het HOR – vanwege het *sui generis* karakter van vredesoperaties – problematisch zijn.⁷³

⁶⁶ Al dan niet in het kader van de vervolging van oorlogsmisdrijven, of andere strafbare feiten 'in tijd van oorlog', dan wel vanwege een rechterlijk oordeel in andere kwesties. Zie infra voetnoot 104.

⁶⁷ Ducheine (2008), p. 319, 526. Voor het onderscheid tussen (*peace*)*enforcing* en andere vredesmissies, zie Ducheine (2008), p. 330 en 522.

⁶⁸ *Stabilization Force in Iraq*.

⁶⁹ Voor een voorbeeld van deze gevoeligheid: Interview Berlijn 12 april 2008 NRC, maar ook Lijnzaad (2004), p. 291 en Zwanenburg (2007), p. 65.

⁷⁰ *Kamerstukken I 2003-04*, 29 200 X, nr. C, p. 3.

⁷¹ *Kamerstukken II 2002-03*, 23 432, nr. 117, p. 22.

⁷² Koninklijke Landmacht (2005), p. 27, § 0217. Zie ook Koninklijke Landmacht (2003), p. 460, § 2243: "Bij het gebruik van geweld tijdens vredesoperaties moeten overigens ook de beginselen van het HOR in acht worden genomen".

⁷³ McCoubrey & White (1996), p. 153. Bijvoorbeeld of gevangen de status van krijgsgevangenen genieten of niet. Ook in de sfeer van bezetting kunnen zich problemen voordoen.

5.1.2. Ratio

Zolang er geen sprake is van een gewapend conflict, is het HOR *de facto*, vanwege een beleidsmatige overweging, desondanks een relevant rechtsregime.⁷⁴ De Nederlandse regering bevestigde deze feitelijke toepassing van het HOR voor de missie van ISAF:

Zoals door de regering onder andere is aangegeven in de notitie over juridische aspecten van vredesoperaties, aan de Eerste Kamer verstuurd in antwoord op de vragen van de heer Van Middelkoop [...],⁷⁵ 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.⁷⁶

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

Wat betreft de beperkingen bestaat reeds lange tijd het beleid binnen de NAVO en, ook buiten het kader van de NAVO binnen Nederland, om deze beperkingen ook wanneer het humanitair oorlogsrecht formeel juridisch niet van toepassing is, als veilige marge te hanteren bij het optreden van de Nederlandse krijgsmacht. Daarmee wordt voorkomen dat onduidelijkheid zou ontstaan over de bevoegdheden, afhankelijk van de soms mogelijk wisselende status van een vredesmacht in een conflictgebied. Door ten minste deze grens te hanteren, en soms zelfs een striktere grens, wordt in ieder geval voorkomen dat (onbedoeld) het handelen van de militairen strijdigheid met het humanitair oorlogsrecht zou opleveren.⁷⁷

Gegeven de terughoudendheid van staten om militaire missies als gewapend conflict aan te merken, voorkomt de beleidsmatige toepassing van het HOR dat onduidelijkheid over de status van de operatie negatieve gevolgen voor de (leden van de) vredesmacht heeft. Daarnaast heeft deze keuze ook een pragmatisch voordeel. Het HOR maakt immers op grond van verdragsrechtelijke verplichtingen deel uit van de (standaard) opleiding van militairen. Anders gezegd: militairen, en vooral officieren, zijn bekend met het HOR. Deze basiskennis kan – per operatie – worden aangevuld met missiegerichte informatie over het mandaat, de opdracht, de ROE en andere aanwijzingen die geweldgebruik regarderden.⁷⁸

Praktisch gezien lijkt de kwestie (of er sprake is van een gewapend conflict) op het eerste gezicht minder relevant. Zolang er geen sprake is van een gewapend conflict, is, naast de ROE (die in relatie met mandaat, opdracht en middelen bezien moeten worden) immers ook het HOR richtinggevend. Deze keuze is op beleidsmatige grond genomen. Een bijkomend praktisch voordeel is dat de opleiding en training van militairen aan een eenduidig rechtsregime voor zowel vredesmissies als gewapend conflict (gevechtsoperaties) is gekoppeld, in plaats van aan twee verschillende.

5.1.3. Consequenties

Strafrechtelijke gezien is er echter wel degelijk een significant onderscheid. Zolang het HOR niet formeel van toepassing is, kan het ook niet overtreden worden. Anders gezegd: tijdens een operatie die geen gewapend conflict is, kunnen geen oorlogsmisdrijven worden begaan.

⁷⁴ De Nederlandse regering kwam tot nu toe tot het oordeel dat er – in relatie tot ISAF – geen sprake was/is van een gewapend conflict: “Daarbij wordt opgemerkt dat ook thans [i.e. december 2007] de situatie in Afghanistan niet kan worden bestempeld als een gewapend conflict tussen ISAF en de OMF.”, zie: *Kamerstukken II 2007-08*, 27 925, nr. 287, p. 121.

⁷⁵ *Kamerstukken I 2005-06b*, 30 300 X, nr. A.

⁷⁶ *Kamerstukken II 2007-08*, 27 925, nr. 287, p. 139.

⁷⁷ *Kamerstukken I 2005-06b*, 30 300 X, nr. A, p. 4-5.

⁷⁸ 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* (SOP’s) of *-Procedures* (SOP’s).

Het overtreden van de ROE of het niet opvolgen van de opdracht het HOR te respecteren zullen als overtreding van een dienstbevel onder het militaire strafrecht, dan wel als gemeen delict worden aangemerkt (bijvoorbeeld mishandeling, geweldpleging).⁷⁹ Ook in strafuitsluitende zin bestaat er (nog) verschil. Op dit moment kan een Nederlandse militair slechts tijdens een gewapend conflict – onder voorwaarden – een beroep doen op de rechtvaardigingsgrond van artikel 38 WMSr, tijdens andere operaties (nog) niet.⁸⁰

5.1.4. Regime

We keren terug naar de tweede deelvraag van deze bijdrage: welk rechtsregime is van toepassing op ISAF? Op de eerste plaats bestaat het regime uit de ROE. Daarnaast moet het HOR op beleidsmatige gronden (*de facto*) gerespecteerd worden. De oorlogsrechtelijke grondbeginselen die feitelijk altijd binnen militaire operaties moeten worden toegepast zijn:

- militaire noodzaak;
- onderscheid tussen militairen en andere personen die direct deelnemen aan de vijandelijkheden en burgers, en tussen militaire objecten en burgerobjecten;
- humaniteit;
- proportionaliteit;⁸¹
- eervol gedrag ('chivalry').⁸²

Daarnaast zullen begrippen zoals 'militair doel' en 'rechtstreeks deelname aan de vijandelijkheden' aan de hand van de verdragsrechtelijke, dan wel gewoonterechtelijke betekenis van die termen worden uitgelegd.⁸³ Dit leidt ertoe dat in operaties waarin het HOR formeel niet van toepassing is, het HOR feitelijk een grote rol van betekenis heeft voor het van toepassing zijnde rechtsregime.

5.2. HOR formeel van toepassing ('de jure')

Zodra er sprake is van een gewapend conflict, is automatisch het HOR formeel (*de jure*) van toepassing op de partijen bij het conflict.⁸⁴ Het oorlogsrecht zoekt van oudsher een evenwicht tussen de realiteit van het fenomeen oorlog enerzijds,⁸⁵ en het beginsel van menselijk-

⁷⁹ Zie hierover Dolman, Duchaine, Gill, *et al.* (2005), p. 396, 397-400.

⁸⁰ Zie hierover het wetsvoorstel ter zake: *Kamerstukken II 2007-08*, 31 487, nr. 3. Op dit moment zou hij zich op een ambtelijk bevel ex. art. 43 Sr kunnen beroepen.

⁸¹ De Nederlandse *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht* hanteert consequent "proportionaliteit en subsidiariteit", terwijl subsidiariteit een zuiver Nederlandse strafrechtelijke term is, die in het oorlogsrecht niet voorkomt en opgaat in militaire noodzaak. Zie hierna.

⁸² Koninklijke Landmacht (2005), p. 30, § 0223. Overigens vgl: Koninklijke Landmacht (2005), p. 162-163, § 1028, hier ontbreekt "onderscheid" als separaat principe.

⁸³ 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).

⁸⁴ ICTY (1995), *Tadić (Appeal: jurisdiction)*, § 70: "International humanitarian law applies from the initiation of [...] armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there."

⁸⁵ Amersfoort (2005), p. 11: "war being what it is". Zo ook Dinstein (2004), p. 1: "War is not a chess game. Almost by definition, it entails human losses, suffering and pain".

heid anderzijds.⁸⁶ Anders gezegd: het oorlogsrecht kent een inwendige balans tussen militaire noodzaak en humaniteit.⁸⁷ Dit komt tot uitdrukking in de dubbele doelstelling:⁸⁸

- het beschermen van diegenen die niet (langer) deelnemen aan de vijandelijkheden (vooral burgers, maar ook combattanten die *bors de combat* zijn gesteld);
- het reguleren van de methoden en middelen van oorlogsvoering.⁸⁹

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

Humanitarian law should apply in all circumstances [of armed conflict: PD&EP] to all persons (and objects) protected by it, without taking into account the nature or origin of the conflict, or the causes actually espoused by or attributed to the Parties to the conflict.⁹⁰

De primaire vraag daarbij is: wat is een gewapend conflict?⁹¹ Dit cruciale begrip is in de oorlogsrechtelijke verdragen niet gedefinieerd. Uit de jurisprudentie van het ICTY kan de volgende omschrijving worden afgeleid:

an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force [1] between States or [2] protracted armed violence between [a] governmental authorities and organized armed groups or [b] between such groups within a State.⁹²

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.⁹³ De mening van de betrokken partijen (omtrent het bestaan van een gewapend conflict) is daarbij *niet* doorslaggevend. Dit blijkt bijvoorbeeld ook uit een verklaring van de Nederlandse regering:

de opvatting van de strijdende partijen aangaande de status van het conflict [is] niet relevant [...] voor de toepassing van het recht. [...] Deze benadering voorkomt dat staten om welke reden dan ook de werking van het recht zouden kunnen beletten door toepassing van creatieve juridische interpretaties van het recht of van de feitelijke situatie. De toepassing van het

⁸⁶ Conform: Koninklijke Landmacht (2005), p. 18, § 0117. Rona (2003), p. 57: “The aims of humanitarian law are humanitarian, namely, to minimize unnecessary suffering by regulating the conduct of hostilities and the treatment of persons in the power of the enemy. But humanitarian law is a compromise. In return for these protections, humanitarian law elevates the essence of war – killing and detaining people without trial – into a right, if only for persons designated as ‘privileged combatants’, such as soldiers in an army”.

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

⁸⁷ Dinstein (2004), p. 16. Zo ook Warbrick (2002), p. 707, waarin hij beschrijft dat de Appeal Chambers in *Tadic* beginselen van humaniteit en mensenrechten liet prevaleren boven “the balancing of military purposes and humanitarian protection which has been the characteristic of [IHL]”.

⁸⁸ Zie ook bijvoorbeeld: Koninklijke Landmacht (2005), p. 18, § 0118; UK Ministry of Defence (2004), p. 3, § 1.8: het beschermen van combattanten en niet-combattanten tegen onnodig leed; het waarborgen van fundamentele rechten van diegenen die niet (meer) deelnemen aan het conflict; of Kalshoven & Zegveld (2001), p. 12: “to humanize war”.

⁸⁹ Gillard (2004), p. 25-26.

⁹⁰ Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), p. 29, § 32. Vergelijk hierbij de preambule van AP I: 5: “Reaffirming further that the provisions of the Geneva Conventions [...] and of this Protocol must be fully applied in all circumstances to all persons who are protected by those instruments, without any adverse distinction based on the nature or origin of the armed conflict or on the causes espoused by or attributed to the Parties to the conflict.”

⁹¹ Zie ICRC (2008b).

⁹² ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 70.

⁹³ Zie bijvoorbeeld: Bartels & Boogaard (2008), p. 2416.

humanitair oorlogsrecht is dan ook niet afhankelijk van formele juridische verklaringen maar ontstaat door de *feitelijke* vaststelling van het bestaan van een conflict.⁹⁴

Een gewapend conflict is dus een feitelijke toestand,⁹⁵ waarbij er sprake is van openlijke vijandelijkheden – gevechtshandelingen – tussen in meer of mindere mate georganiseerde “armed forces”,⁹⁶ reguliere of irreguliere strijdkrachten.⁹⁷

The concept of armed conflict, in principle, requires the existence of organized armed groups that are capable of and actually do engage in combat and other military operations against each other.⁹⁸

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 toegestaan. Denk bijvoorbeeld aan de Tweede Golfoorlog (1991). In een groot aantal gevallen ontbreekt die duidelijkheid.⁹⁹ Denk bijvoorbeeld aan terreuracties, of bij extraterritoriale militaire terreurbestrijdingsoperaties, maar ook als een vredesmacht betrokken raakt bij gevechtsacties.¹⁰⁰ Deze onduidelijkheid kan verschillende redenen hebben. Enerzijds kan er onduidelijkheid bestaan over de feiten. Dit regardeert zowel partijen (wie?) als het geweld (wat?). Zo zal geweldgebruik een zekere drempelwaarde moeten overschrijden; deze drempelwaarde is echter geen absolute en ge-fixeerde waarde.

Anderzijds kan één van de betrokken partijen – in weerwil van de hierboven beschreven theorie – om hem moverende redenen terughoudend zijn met het duiden van het geweldgebruik als een gewapend conflict.¹⁰¹ Daarvoor kunnen meerdere redenen bestaan. De psychologische effecten van een dergelijke kwalificatie mogen niet onderschat worden. De strafrechtelijke gevolgen kunnen terughoudendheid in de hand werken. Tijdens een gewapend conflict kunnen immers schendingen van het oorlogsrecht – kortweg: oorlogsmisdrijven – worden gepleegd;¹⁰² daarbuiten zijn oorlogsmisdrijven per definitie onmogelijk.¹⁰³ Het duiden van een gedraging als oorlogsmisdrijf heeft waarschijnlijk invloed op de organisatie én de psyche van de militair(en).

Indien er onduidelijkheid over het bestaan van een gewapend conflict bestaat, zal de (straf)rechter moeten vaststellen of er sprake is van zo’n situatie.¹⁰⁴

⁹⁴ *Kamerstukken I 2005-06b*, 30 300 X, nr. A, p. 4. [Accent: PD&EP].

⁹⁵ In klassieke zin bestond er ook (de jure) oorlog na een oorlogsverklaring. Deze praktijk is echter inmiddels achterhaald. Anders dan velen gebruikt Dinstein (2005), p. 15, nog steeds de term ‘war’ (in een specifieke betekenis).

⁹⁶ Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), p. 1319, § 4341.

⁹⁷ *Armed forces* dient ruim te worden opgevat. Dit kunnen ook gewapende opstandelingen, rebellen, paramilitaire groepen etc. zijn. Zie ook: Ibid. p. 1352, § 4462.

⁹⁸ IACommHR (1997, Nov 18), *Abella case*, § 152.

⁹⁹ In andere gevallen bestaat duidelijkheid over het gewapende conflict, bijvoorbeeld Enduring Freedom, maar heerst verschil van mening over soort en het van toepassing zijnde deelregime. Zie bijvoorbeeld de discussie over de status van Al Qa’ida verdachten in Afghanistan: Gill & Sliedregt (2005), p. .

¹⁰⁰ Zie over deze problematiek: Ducheine (2008), p. 470 e.v..

¹⁰¹ Zie bijvoorbeeld de Britse positie die het bestaan van een gewapend conflict met de IRA (in Noord-Ierland) consequent afwees.

¹⁰² Zie bijvoorbeeld het beroep van verdediging in ICTY (1995), *Tadić (Appeal: jurisdiction)*; en ICTY (2008a), *Boškoski*, § 174, waarbij de verdediging het bestaan van een gewapend conflict in twijfel trok.

¹⁰³ Zie o.a. art. 8 Statuut van Rome (ICC Verdrag), en artt. 5-7 Wet internationale misdrijven. Zie ook art. 1 Wet oorlogstrafrecht, waarin – naast het gewapende conflict – ook nog de volkenrechtelijke term oorlog wordt gebruikt.

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

¹⁰⁴ Niet alleen in commune strafzaken zoals Rb Rotterdam (2003), *Hulpverlening aan de vijand in tijd van oorlog of gewapend conflict*, maar ook in zaken waarin de status van een gevangene ter discussie staat, zie bijvoorbeeld

De vraag die we hier dus allereerst moeten stellen, is wanneer geweldgebruik als een gewapend conflict kan worden aangemerkt. Of anders geformuleerd: wanneer overschrijdt geweldgebruik de drempel van een gewapend conflict (§ 5.2.1)? Als eenmaal vaststaat dat het conflict een gewapend conflict is, moeten we vervolgens – ten tweede – bepalen welk deel van het oorlogsrecht als rechtsregime geldt (§ 5.2.3).¹⁰⁵

5.2.1. 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.¹⁰⁶ Beneden de ondergrens is er *geen* sprake van een gewapend conflict én is het oorlogsrecht dus ook *niet* van toepassing.¹⁰⁷

Wil er sprake zijn van een gewapend conflict, dan moet, zo blijkt uit de jurisprudentie van het ICTY, aan twee cumulatieve voorwaarden zijn voldaan.¹⁰⁸ 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.¹⁰⁹

Deze voorwaarden zullen we kort bezien. We analyseren op basis van met name jurisprudentie van internationale strafhoven het intensiteitscriterium (§ 5.2.1.1) en het organisatievereiste (§ 5.2.1.2). Uiteindelijk moeten die bevindingen op ISAF worden toegepast (§ 5.2.2). We nemen daarbij voorlopig aan dat er sprake is van geweldgebruik tussen de strijdkrachten van Afghaanse overheid – gesteund door de internationale troepenmacht ISAF¹¹⁰ – enerzijds en de OMF anderzijds.

US Supreme Court (2006), *Hamdan v. Rumsfeld*. Zie ook: Rb Den Haag (1991), *Art. 96 Grondwet (oorlogsverklaring) 2e Golfoorlog*; en Hoge Raad (2004), *Uitlevering PKK bestuurslid*.

¹⁰⁵ Zie de discussie over Quantanamo Bay: Gill (2002), p. 125 en Sands (2008), p. 1 e.v..

¹⁰⁶ Ducheine (2008), p. 472. Strikt genomen zijn er twee ondergrenzen: voor een niet-internationaal gewapend conflict en voor een internationaal gewapend conflict.

¹⁰⁷ Zie bijvoorbeeld art. 1(2) AP II: “Dit [Tweede Aanvullende] Protocol is niet van toepassing op situaties van interne ongeregeldeheden en spanningen, zoals rellen, op zichzelf staande en sporadisch voorkomende daden van geweld en andere handelingen van soortgelijke aard, die niet zijn te beschouwen als gewapende conflicten”.

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

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

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

¹⁰⁸ Zie uitgebreid: Ducheine (2008), p. 474. Conform: ICRC (2003), p. 18-19: “Armed conflict of any type requires a certain intensity of violence and, among other things, the existence of opposing parties”; Bartels (2008), p. 78; O’Connell (2009), p. 396; International Law Association (ILA) - Committee on the Use of Force (2008), p. 22-23.

¹⁰⁹ ICRC (2003), p. 18-19: “Armed conflict of any type requires a certain intensity of violence and, among other things, the existence of opposing parties”. Zie in dit verband ook: IACCommHR (1997, Nov 18), *Abella case*, ICTY (1999), *Tadić (Appeal: judgement)*; ICTY (2008b), *Haradinaj*.

¹¹⁰ Zie de MTA-ISAF en het ISAF-mandaat, supra voetnoot 34, resp. voetnoot 40.

5.2.1.1. Intensiteit van geweld

Uit de jurisprudentie van het ICTY blijkt dat – in tegenstelling tot binnenlandse criminaliteit of onrust – de nadruk bij een (intrastatelijk) gewapend conflict ligt op “the protracted extent of the armed violence and the extent of organisation of the parties involved”.¹¹¹ 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.¹¹² Het feit dat (binnenlands) oorlogsgeweld “protracted” is, onderscheidt het derhalve van ‘gewonere’ vormen van incidenteel (binnenlands) geweld.

In een recente uitspraak gaf het ICTY aan dat het “protracted armed violence” criterium meer door de intensiteit van het geweld, dan door de duur daarvan bepaald wordt.¹¹³ Dat lijkt ook aan te sluiten bij de tekst van het Statuut van Rome (ICC Verdrag), zoals het ICTY zelf ook vaststelt.¹¹⁴

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

These indicative factors include the *number, duration and intensity* of individual confrontations; the *type of weapons and other military equipment* used; the *number and calibre of munitions* fired; the *number of persons and type of forces* partaking in the fighting; the number of *casualties*; the extent of material *destruction*; and the number of *civilians fleeing* combat zones. The involvement of the UN Security Council may also be a reflection of the intensity of a conflict.¹¹⁵

In de *Boskoski case* was het Hof uitgebreider:

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

At a more systemic level, an indicative factor of internal armed conflict is the way that organs of the State, such as the police and military, use force against armed groups.¹¹⁶

Zoals uit deze uitspraken blijkt, is er sprake van een combinatie van kwalitatieve en kwantitatieve criteria. We hebben ze in onderstaande tabel bijeengebracht.

¹¹¹ ICTY (1998), *Celibici (Trial)*, § 185.

¹¹² Jinks (2003), p. 6; Quénivet (2005), p. 34.

¹¹³ ICTY (2008b), *Haradinaj*, § 49. Zie in dat verband ook: IACommHR (1997, Nov 18), *Abella case*, waarin er gedurende dertig uur sprake was van een gewapend conflict.

¹¹⁴ ICTY (2008a), *Boskoski*, § 186, verwijzend naar art. Article 8(2)(d) van het Statuut van Rome.

¹¹⁵ ICTY (2008b), *Haradinaj*, § 49. [Accent: PD&EP].

¹¹⁶ ICTY (2008a), *Boskoski*, § 177-178.

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

Tabel 2: Kwalitatieve en kwantitatieve indicatoren intensiteit

5.2.1.2. Organisatie

De tweede eis betreft tegenover elkaar staande gewapende georganiseerde groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen.¹¹⁷ Dit is de organisatie eis: “an armed conflict can exist only between parties that are sufficiently organized to confront each other with military means”.¹¹⁸

The [Tadic Appeals] Chamber observed that “an organised group [...] normally has a structure, a chain of command and a set of rules as well as the outward symbols of authority” and that its members do not act on their own but conform “to the standards prevailing in the group” and are “subject to the authority of the head of the group”. Thus, for an armed group to be considered organised, it would need to have *some hierarchical structure* and its leadership requires the *capacity to exert authority* over its members.¹¹⁹

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

De kwestie van hiërarchie staat los van de kwestie van discipline in relatie tot het vermogen om het HOR te respecteren. Dit gezag hoeft niet van dien aard te zijn dat de groep zich daadwerkelijk conform het oorlogsrecht gedraagt. Het gaat veeleer over het *vermogen* om zich conform het oorlogsrecht te gedragen, los van de kwestie of dat feitelijk ook zo is. Het feit dat de groep het oorlogsrecht respecteert wordt als een uiting van adequaat gezag gezien.¹²⁰ Het feit dat een groep het oorlogsrecht – bewust en planmatig – schendt, kan eveneens een uiting van gezag over de groep zijn.¹²¹

¹¹⁷ Zie ook M. Sassoli, XXXIst Round Table on "International Humanitarian Law and Human Rights in Peace Operations (4-6 september 2008, San Remo), <www.iihl.org>.

¹¹⁸ ICTY (2008b), *Haradinaj*, § 60.

¹¹⁹ ICTY (2008a), *Boskoski*, § 195, verwijzend naar ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 120.

¹²⁰ ICTY (2008a), *Boskoski*, § 196.

¹²¹ Ibid., § 205: “However, so long as the armed group possesses the organisational ability to comply with the obligations of international humanitarian law, *even a pattern of such type of violations would not necessarily suggest that the party did not possess the level of organisation* required to be a party to an armed conflict. The Chamber cannot merely infer a lack of organisation of the armed group by reason of the fact that international humanitarian law was frequently violated by its members. In assessing this factor the Chamber needs to examine how the attacks were planned and carried out – that is, for example, whether they were

Reguliere strijdkrachten, zoals die van de NAVO-lidstaten en zoals de *Afghan National Army* (ANA), worden geacht aan deze voorwaarden qua organisatie te voldoen.¹²² Voor irreguliere strijdkrachten, 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.¹²³

In de *Boskoski case* ordende het ICTY deze criteria in vijf categorieën, die we hier tot vier terugbrengen:

- Factoren die op een commandostructuur duiden (aanwezigheid van staf, hoofdkwartier, opperbevel, interne orders, communiqués, woordvoerder, bevelsverhoudingen, rangen en functiebeschrijvingen), inclusief eenhoofdige vertegenwoordiging;¹²⁴
- Factoren die het militaire operationele vermogen duiden (vermogen om strategie te bepalen, omvangrijke militaire operaties uit te voeren, terrein te beheersen, vermogen om gecoördineerde operaties uit te voeren, bevelvoering);
- Logistieke indicatoren (o.a. training en werving personeel, bevoorradings, verbindingen);
- Discipline en het *vermogen* om het oorlogsrecht te implementeren (disciplinair systeem, training).¹²⁵

5.2.2. Gewapend conflict in Afghanistan?

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

We beschouwen daartoe eerst kort de gewapende opstand (§ 5.2.2.1). Vervolgens bezien we de betrokken partijen, de Afghaanse overheid en ISAF enerzijds (§ 5.2.2.2) en de OMF anderzijds (§ 5.2.2.3). Vervolgens analyseren we het geweld en de geweldsintensiteit (§ 5.2.2.4), waarna we de organisatie van de OMF nader bezien (§ 5.2.2.5). Ten slotte beantwoorden we de vraag of er sprake is van een gewapend conflict in (Zuid-)Afghanistan (§ 5.2.2.6 – 5.2.2.7).

primarily the result of a military strategy ordered by those leading the group or whether they were perpetrated by members deciding to commit attacks of their own accord”. [Accent: PD&EP].

¹²² ICTY (2008b), *Haradinaj*, § 60: “State governmental authorities have been presumed to dispose of armed forces that satisfy this criterion”.

¹²³ Ibid., § 60. Zie ook ICTY (2008a), *Boskoski*, § 194-206; en ICTY (2005b), *Limaj*. [Accent: PD&EH]

¹²⁴ Deze laatste toevoeging komt voor onze rekening: PD&EP.

¹²⁵ ICTY (2008a), *Boskoski*, § 204: “The Chamber accepts that a high number of international humanitarian law violations by the members of an armed group may be indicative of poor discipline and a lack of hierarchical command in the group in some instances. It is noted that one national court has held that a pattern of violations of rules of international humanitarian law such as terrorist attacks indicates a lack of responsible command under Article 1 of Additional Protocol II, although the court nonetheless found that Common Article 3 applied. However, the Chamber also recognises that some terrorist attacks actually involve a high level of planning and a coordinated command structure for their implementation.”

5.2.2.1. Gewapende opstand

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

Sinds de val van het Taliban-regime in november 2001 is er sprake van een gewapende opstand tegen de Afghaanse regering die daarbij ondersteund wordt door (onder andere) ISAF. Human Rights Watch onderzocht de consequenties van de gewapende opstand (*insurgency*) en beschreef de situatie als volgt:

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

International and Afghan military forces have carried out extensive military operations against these insurgent forces, in many cases causing large numbers of civilian casualties. [...] The most intense fighting to date occurred in 2006, including major hostilities in southern provinces around Kandahar, and in and around Kunar province, on the eastern border with Pakistan.¹²⁶

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

Recognizing that the responsibility for providing security and law and order throughout the country resides with the Afghan Authorities, stressing the role of the International Security Assistance Force (ISAF) in assisting the Afghan Government to improve the security situation and welcoming the cooperation of the Afghan Government with ISAF,¹²⁷

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

The overall situation in Afghanistan has become more challenging since my previous report. Despite the enhanced capabilities of both the Afghan National Army and the international forces, the security situation has deteriorated markedly. The influence of the insurgency has expanded beyond traditionally volatile areas and has increased in provinces neighbouring Kabul. Incidents stemming from crossborder activities from Pakistan have increased significantly in terms of numbers and sophistication. The insurgency's dependence on asymmetric tactics has also led to a sharp rise in the number of civilian casualties. [...] Another worrying development is the fact that attacks on aid-related targets and non-governmental organizations have become more frequent and more deadly.¹²⁸

Deze penibele veiligheidssituatie die door de gewapende opstand veroorzaakt wordt, komt ook tot uitdrukking in resoluties van de VN-Veiligheidsraad,¹²⁹ rapporten van Human

¹²⁶ Human Rights Watch (2007), p. 12.

¹²⁷ UN Doc S/RES/1833 (2008) (*SC Resolution 1833*)

¹²⁸ UN Doc. A/63/372, S/2008/617 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 2.

¹²⁹ UN Doc S/RES/1833 (2008) (*SC Resolution 1833*): "Expressing its strong concern about the security situation in Afghanistan, in particular the increased violent and terrorist activities by the Taliban, Al-Qaida, illegally armed groups, criminals and those involved in the narcotics trade, and the increasingly

Rights Watch,¹³⁰ The Senlis Council (nu: ICOS)¹³¹ en het *Annual Report* van het International Committee of the Red Cross (ICRC).¹³²

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

5.2.2.2. GIRoA en ISAF

Het doel van ISAF is de Afghaanse overheid (*Government of the Islamic Republic of Afghanistan*, GIRoA) bij te staan in het verbeteren van de veiligheidssituatie:

Het centrale doel van de ISAF-missie is de Afghaanse overheid te helpen zelf de veiligheidsproblemen in haar land ter hand te nemen.¹³³

Vanwege deze doelstelling treedt ISAF in beginsel samen met de Afghaanse autoriteiten, en met name de ANSF (in casu ANA en Afghan National Police, ANP) op. “Zo neemt de ANA thans landelijk deel aan bijna 70% van alle ISAF-operaties”, aldus de Nederlandse regering in de meest recente voortgangsrapportage.¹³⁴

De Afghaanse strijdkrachten, de ANA, verkeren nog steeds in groeifase, en zijn vanwege gebrek aan ‘enablers’,¹³⁵ zware middelen, of qua opleiding en training, slechts beperkt (zelfstandig) inzetbaar. De ANA heeft op dit moment een sterkte van zo’n 63.000 man.¹³⁶ Zij treedt doorgaans in samenwerking met ISAF (en OEF) eenheden op. In RC-South bevindt zich 205^e ANA Corps, in Uruzgan 4^e ANA Brigade (1400 man).¹³⁷ Operational Mentoring and Liaison Teams (OMLT’s) van ISAF (en OEF) verzorgen niet alleen de opleiding en begeleiding van de ANA, zij leveren ook de *enablers* zoals verbindingen, luchtsteun, genie en geneeskundige steun/afvoer. Qua uitrusting, ervaring en opleiding kan het jonge ANA slechts beperkt zelfstandig opereren tegen OMF:

De inzetbaarheid en zelfstandigheid van de Afghaanse troepen neemt gestaag toe. [...] De inzetbaarheid van de aanwezige bataljons van de 4^e ANA Brigade in Uruzgan verbetert nog steeds. Samen met de OMLT’s werd deelgenomen aan verscheidene operaties in de afgelopen periode. Op dit moment zijn zowel het eerste als het tweede bataljon in staat tot het plannen en uitvoeren van counter-insurgency operaties op pelotonsniveau.¹³⁸

strong links between terrorism activities and illicit drugs, resulting in threats to the local population, including children, national security forces and international military and civilian personnel”.

¹³⁰ Human Rights Watch (2007), p. 1.

¹³¹ Senlis Afghanistan (2007), p. 1.; ICOS (2008), p. 7.

¹³² ICRC (2008a), p. 18: “The armed conflict in Afghanistan spread considerably in 2007, [...], fighting between armed groups and national and international forces occurred regularly in more than half of Afghanistan’s provinces, while provinces not directly affected by fighting endured roadside bombs, targeted killings, suicide bombings and deliberate intimidation of civilians. Military operations by international forces included aerial bombardments in the south and east. While the south remained the region worst affected by the conflict, the south-eastern provinces of Ghazni, Paktia, Paktika and Zabul saw a marked deterioration in the security situation. Fighting between national and international forces and armed groups also spread into western and central areas”.

¹³³ *Kamerstukken II 2008-09*, 27 925, nr. 325, p. 5.

¹³⁴ *Ibid.* p. 21.

¹³⁵ Zie hierna.

¹³⁶ *Kamerstukken II 2008-09*, 27 925, nr. 325, p. 21; UN Doc. A/63/372, S/2008/617 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 23.

¹³⁷ Alsmede 1300 Afghan National Police (ANP): *Kamerstukken II 2008-09*, 27 925, nr. 325, p. 22.

¹³⁸ *Ibid.* p. 21.

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

ISAF heeft thans een sterkte van 55.100 manschappen.¹³⁹ In Zuid-Afghanistan, het operatiegebied van RC-South dat de provincies Daikundi, Helmand, Kandahar, Nimruz, Uruzgan en Zabul omvat,¹⁴⁰ zijn dat 23.000 man/vrouw. In Uruzgan bevinden zich zo'n 2.000 ISAF militairen. ISAF beschikt over: grondtroepen; infanteriegevechtsvoertuigen en tanks (Canada en Denemarken); gevechtssteun waaronder artillerie (mortieren, houwitsers, raketsystemen)¹⁴¹ en genie; luchtsteun in de vorm van gevechtsvliegtuigen, bommenwerpers, gevechtshelikopters, speciale vliegtuigen voor luchtsteun aan grondtroepen (A-10 en AC-130 *Spectre Gunship*)¹⁴² en onbemande vliegtuigen.

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

Daarbij zal desnoods door het uitvoeren van offensieve veiligheidsoperaties een gewapende tegenstander in een bepaald gebied worden bestreden met als doel in dat gebied de veiligheidssituatie te verbeteren.¹⁴³

Reguliere strijdkrachten zoals ANA en ISAF voldoen qua organisatie per definitie aan de eis die in doctrine en jurisprudentie (zie hiervoor § 5.2.1.2) aan gewapende partijen bij het conflict is gesteld.

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

5.2.2.3. OMF

De 'andere' zijde van het conflict wordt gevormd door 'gewapende opstandelingen'. De opstandelingen bestaan uit meerdere groeperingen. De verzamelnaam is Opposing Militant Forces, kortweg OMF.¹⁴⁴ Het gaat om Taliban, Al Qa'ida en Hezb-i Islami Gulbuddin (HiG).¹⁴⁵ Het zuiden van Afghanistan, waaronder de provincies Kandahar en Helmand, is een van de gebieden waar de opstand hardnekkig en intensief is.¹⁴⁶ De activiteiten van de OMF in Zuid-Afghanistan concentreren zich op de provincies Uruzgan, Zabul, (Noord)-Kandahar en (Noord)-Helmand.¹⁴⁷ De Nederlandse regering beschreef de situatie eind 2005 als volgt:

¹³⁹ NATO (2009, Jan 12), waarvan ongeveer 23000 in RC-South.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II 2005-06b*, 27 925, nr. 201, p. 7.

¹⁴¹ Zie Soldaat & Vermeij (2007), p. 69, waarin de auteurs wijzen op de HIMARS (High Mobility Artillery Rocket System).

¹⁴² Ebbelaar (2009), p. 24, in casu het relaas van M. Kroon over gevechten in de Baluchivallei en Chora (2007).

¹⁴³ *Kamerstukken II 2005-06a*, 27 925, nr. 193 ('Besluit' ISAF (TFU)), p. 13-14. Zie ook: Ministerie van Defensie (2009b).

¹⁴⁴ OMF is de term die in de Nederlandse kamerstukken wordt gebruikt. Als generiek begrip wordt ook wel 'Taliban' gebruikt (als synoniem voor OMF). Waar dit in de gebruikte bronnen voorkomt hebben wij dit letterlijk overgenomen. Wij zullen dit onderscheid echter voeren.

¹⁴⁵ Voor een gedetailleerdere indeling o.a.: Jones (2008b), p. xi, 37: "A mixed group of insurgents comprised of the Taliban, Hezb-i-Islami, the Haqqani network, foreign fighters, local tribes, and criminal organizations began a sustained effort to overthrow the Afghan government".

¹⁴⁶ Daarnaast betreft het oost-Afghanistan (o.a. provincie Kunar): Human Rights Watch (2007), p. 12.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II 2005-06b*, 27 925, nr. 201, p. 7.

De gewapende strijd van de Opposing Militant Forces (OMF: de Taliban, Al Qa'ida en Hezb-i Islami Gulbuddin) duurt voort en er zijn regelmatig gevechtsacties, vooral in het zuiden en oosten. [...] De veiligheidssituatie in het zuiden en oosten is slecht. Het gezag van de centrale en provinciale overheid is er niet sterk. Voor de stabiliteit van Afghanistan op de langere termijn is het essentieel dat ook in deze gebieden de overheid haar gezag kan uitbreiden en dat de veiligheid en stabiliteit toenemen. Momenteel [22-12-2005] opereren de OMF nog in en vanuit sommige gebieden in het zuiden en oosten en vanuit Pakistan.¹⁴⁸

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

- het verzamelen van inlichtingen over de activiteiten van de coalitiestrijdkrachten van de operatie *Enduring Freedom* en van de Afghaanse autoriteiten;
- het uitvoeren van hinderlagen, overvallen en aanslagen met geïmproviseerde explosieven op patrouilles van de coalitiestrijdkrachten en de Afghaanse veiligheidsorganisaties;
- het met raketten en mortieren beschieten van de bases van coalitiestrijdkrachten;
- het behouden of afdwingen van de steun onder de bevolking met behulp van propaganda en intimidatie;
- het verstoren van de wederopbouw;
- het beperken van de bewegingsvrijheid van de coalitiestrijdkrachten door het aangrijpen van verbindingen over land en door de lucht.¹⁴⁹

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

5.2.2.4. Geweld en intensiteit vijandelijkheden

Volgens een recent rapport van ICOS, zou de Taliban een permanente presentie van 72% in het land hebben.¹⁵⁰ Hoewel van de zijde van o.a. de NAVO kritiek is geuit op dit cijfer, blijkt uit het rapport in ieder geval dat de OMF een brede en omvangrijke gewapende strijd voeren.¹⁵¹ ICOS relateert de presentiecijfers aan het aantal aanvallen door de OMF per week.

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

¹⁴⁸ *Kamerstukken II 2005-06a*, 27 925, nr. 193 ('Besluit' ISAF (TFU)), p. 5.

¹⁴⁹ *Kamerstukken II 2005-06b*, 27 925, nr. 201, p. 33.

¹⁵⁰ ICOS (2008), p. 5. In november 2007 ging het nog om 54%: Senlis Afghanistan (2007), p. 7. ICOS baseert haar oordeel op het aantal "insurgent attack per week, according to public records". Daarbij moet de kanttekening geplaatst worden dat een aanval niet per se betekent dat de Taliban het gebied controleert, en het is ook onwaarschijnlijk dat in gebieden waar de Taliban dominant is en overheid en ISAF dientenvolge niet kunnen komen, veel aanvallen plaatsvinden. Hoe dit ook zij, de stijging van het aantal aanvallen en de omvang ervan is evident.

¹⁵¹ Zie bijvoorbeeld Commandant RC-South, die er op wijst dat zestig procent van de Afghaanse bevolking in Zuid-Afghanistan in de vruchtbare valciën woont, die (grotendeels) tot de 'inktvlek' van ISAF behoren. De Volkskrant (14-03-2009), 'Het aantal incidenten zal nog stijgen': *Nederlandse commandant blij met Amerikaanse versterkingen voor gevaarlijke provincies in Zuid-Afghanistan*.

De helft van deze incidenten bestond uit zogenaamde directe aanvallen. Het gaat hier voornamelijk om gevechtscontacten tussen de Taliban en coalitietroepen en/of Afghaanse veiligheidsorganisaties.¹⁵²

Nederland troepen zijn tussen juni 2006 en april 2008, in Uruzgan 648 maal in gevechtscontact – Troops in Contact (TIC) – met OMF geweest.¹⁵³ Dat is ongeveer één keer per dag. Daarbij kwamen ook 70 Afghaanse burgerslachtoffers om. Op dit moment (januari 2009) zou het ondertussen om zo'n 900 TIC's gaan.¹⁵⁴

De OMF hanteren verschillende *modus operandi*. Enerzijds zijn er gewapende aanvallen die tegen burgers, ANSF, ISAF of andere buitenlandse militairen gericht zijn: bomaanslagen, Improvised Explosive Device (IED of 'bermbom'), zelfmoordaanslagen, hinderlagen, brandstichting, overvallen, ontvoering of executies. Anderzijds zijn er vernielingen aan infrastructuur (bruggen, duikers, wegen en scholen).

Human Rights Watch registreerde voor heel Afghanistan in 2006 als gevolg van directe aanvallen door opstandelingen: 189 bomaanslagen met 500 doden; 177 doden bij andere aanslagen, overvallen of hinderlagen. In totaal werden minimaal 669 Afghanen gedood in 350 afzonderlijke gewapende aanvallen door OMF.¹⁵⁵ Dat is dus één per dag. Daarnaast registreerde HRW 190 aanvallen op scholen.¹⁵⁶ Het totale aantal burgerslachtoffers, gewond of gedood als gevolg van OMF aanvallen, bedroeg ruim meer dan 1000.¹⁵⁷ Over zelfmoordaanslagen, rapporteerde HRW het volgende:

Suicide bombings, once very rare in Afghanistan, now occur on a regular basis. At least 136 suicide attacks occurred in Afghanistan during 2006 – a six-fold increase over the previous year. (This count is a subset of the 189 bomb attacks noted above.) At least 803 Afghan civilians were killed or injured in these suicide attacks (272 killed and 531 injured). At least 80 of these attacks – a clear majority – were on military targets, yet these 80 attacks caused significant civilian casualties, killing five times as many civilians as combatants (181 civilians versus 37 combatants).¹⁵⁸

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

[Het] aantal veiligheidsincidenten [is] in heel Afghanistan gestegen in vergelijking met vorig jaar. Volgens ISAF zijn tot en met september 2008 een totaal van 9059 geweldsincidenten geregistreerd. In 2007 waren dat er 8731 en in 2006 waren het er 6577. De Taliban richten zich veelal op het plegen van aanslagen op hoofdwegen en bruggen, om zo de aanvoerlijnen te verstoren en de bewegingsvrijheid van de internationale troepen, maar vooral hulporganisaties en de lokale bevolking te beperken.¹⁵⁹

¹⁵² *Kamerstukken II 2005-06b*, 27 925, nr. 201, p. 24.

¹⁵³ Interview met general Dick Berlijn: NRC Handelsblad (12-4-2008), *Generaal Dick Berlijn: 'We wisten niet dat we zo vaak moesten knokken'*

¹⁵⁴ Hoofdofficier mr. A.O. van der Kerk, presentatie Militair Rechtelijke Vereniging, 10-12-2008, Amsterdam.

¹⁵⁵ Human Rights Watch (2007), p. 3.

¹⁵⁶ In 2005: 91.

¹⁵⁷ Human Rights Watch (2007), p. 3. Zie ook UN Doc. A/61/326, S/2006/727 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), waarin tussen 1-1-2006 en 11-9-2006 sprake is van 2000 doden, waarvan 1/3 burgers.

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

¹⁵⁸ Human Rights Watch (2007), p. 4.

¹⁵⁹ *Kamerstukken II 2008-09*, 27 925, nr. 325, p. 19.

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

The number of security incidents rose to 983 in August [2008], which is the highest since the fall of the Taliban in 2001 and represents a 44 per cent increase compared with the same month in 2007. While armed clashes between Afghan and international security forces on the one hand, and insurgents on the other, have continued to increase in number and intensity, asymmetric attacks carried out by the insurgents have increased even more.¹⁶⁰

The trend in insurgency tactics observed in 2007 – from armed clashes with security forces to attacks of an asymmetric nature – continued and became more pronounced in 2008, leading to a sharp increase in the number of civilian casualties. Of the more than 3,800 lives lost in insurgency-related violence by the end of July [2008], over one third were civilians.¹⁶¹

Wat duidelijk wordt uit de diverse registraties van geweldgebruik, is dat de vijandelikheden qua tijd, geografisch bereik, omvang en intensiteit sterk variëren. Er zijn de eenvoudige IED, guerrilla-acties met meerdere strijders, maar ook omvangrijke en meer klassiek uitgevoerde operaties. Drie tot de verbeelding sprekende momenten zijn operatie *Medusa* (2006), de strijd bij Chora (operatie *Troy*, 2007) en de aanval op Kandahar (2008).¹⁶²

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

One indication of the increasing strength and boldness of the Taliban is that in 2006 their forces engaged NATO in battalion-sized assaults with sustained logistical and engineering support. [fn 6: During fighting in September 2006 between anti-government forces and Canadian-led NATO troops in the Panjwai region of Kandahar province (dubbed by NATO as "Operation Medusa"), for instance, the Taliban reportedly fielded more than 1,000 troops and used complex trench networks and operated a field hospital. See Noor Khan, "NATO Reports 200 Taliban Killed in Afghanistan," Associated Press, September 3, 2006].¹⁶³

Operatie *Medusa* betrof een door RC-South geleide brigadeactie. Daarbij zouden zo'n duizend strijders zijn uitgeschakeld.¹⁶⁴

Bij de gevechten rondom Chora in de zomer van 2007 zou er sprake zijn geweest van zo'n duizend strijders (OMF) die Chora dreigden te veroveren. ISAF, in casu commandant-TFU, was hierdoor gedwongen een bataljonsoperatie te lanceren. Deze meerdaagse operatie *Troy* werd uitgevoerd door de Nederlandse BattleGroup, Nederlandse *special forces*, de Britse reserve-eenheid van RC-South en tot op zekere hoogte door Australische *special forces*.¹⁶⁵ De operatie werd ondersteund door gevechtssteuneenheden, artillerie, genie, inlichtingenmiddelen, gevechtshelikopters, gevechtsvliegtuigen en bommenwerpers. De Nederlandse journa-

¹⁶⁰ UN Doc. A/63/372, S/2008/617 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 16.

¹⁶¹ Ibid. (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 19.

¹⁶² Let wel: "De Taliban lijken niet in staat tot een grootschalig offensief. Daarnaast hebben zij om effect te sorteren een dergelijk omvangrijk optreden niet nodig. Door aanwezig te zijn en met behulp van kleinere acties zijn zij in staat om de bevolking het gevoel van onveiligheid te geven, waardoor de ontevredenheid over de Afghaanse overheid toeneemt. *Grotere operaties worden door de Taliban alleen uitgevoerd, indien de lokale omstandigheden daarvoor als gunstig worden ingeschat.* Vanuit dit perspectief moet bijvoorbeeld de Taliban-aanval op Chora in juni jl. [2007] worden gezien.", in: *Kamerstukken II 2007-08*, 27 925, nr. 287, p. 83 [Accent: PD&EP].

¹⁶³ Human Rights Watch (2007), p. 14. Zie over operatie *Medusa*: Soldaat & Vermeij (2007), p. 68-70.

¹⁶⁴ Soldaat & Vermeij (2007), p. 70: "gedood, verwond of gevangengenomen".

¹⁶⁵ Velde (2008), p. 159.

list Peter van de Velde was kort na de “slag bij Chora”¹⁶⁶ ter plekke en schetste een van de onderdelen van operatie *Troy* als volgt:

Die nacht [PD & EP: zaterdagochtend 16 juni 2007] wordt een eerste tegenaanval ingezet met artillerie en luchtmacht. De Talibanposities worden bestookt. De Nederlandse militairen vechten aanhoudend. De complete opbouw van de strijdkrachten van de Nederlanders duurt twee dagen. In de tussentijd bombarderen Amerikaanse F-18's en A-10's, Franse Mirages, Britse Harriers en Nederlandse F-16's en Apaches de Taliban. De Pantserhouwitzer vuurt vanaf kamp Holland [...]. In Chora worden mortieren ingezet. Het onbemande Amerikaanse vliegtuig de Predator vliegt boven het gebied. Vanuit Saoedi-Arabië wordt een U2-spionagevliegtuig ingevlogen. Burgers krijgen van de Taliban het bevel mee te vechten. Zij die weigeren worden geëxecuteerd.¹⁶⁷

In 2008 wisten de OMF (i.c. Taliban) wederom Kandahar te bedreigen. Daarbij werden ruim duizend gevangenen uit de lokale gevangenis bevrijd.¹⁶⁸

Hiervoor hebben we uit de jurisprudentie de indicatoren herleid die de intensiteit van de vijandelijkheden regarderend (infra § 5.2.1.1): strijdkrachten, aanvallen, aard van de vijandelijkheden, tijd- en ruimtefactoren, bewapening, effecten en betrokkenheid van externe actoren zoals de VN-Veiligheidsraad en Internationale Organisaties. Wanneer we deze indicatoren afzetten tegen de beschrijving van de vijandelijkheden *over en weer*, dan dringt zich de conclusie op dat het geweld in Zuid-Afghanistan de ondergrens van het *genus* gewapend conflict – op dit intensiteitscriterium – overschrijdt. Er is een vrij duidelijk patroon van feitelijke vijandelijkheden *over en weer* waarneembaar.

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

5.2.2.5. Organisatie OMF

De tweede voorwaarde voor de aanwezigheid van een gewapend conflict, betreft tegenover elkaar staande gewapende georganiseerde groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen. Zoals we hiervoor al opmerkten, kwalificeren de ANA en de verschillende contingenten van ISAF zich per definitie voor dit doeleinde.¹⁶⁹

Of de OMF een georganiseerde gewapende groep is, is minder evident. We zullen een aantal van de indicatoren in kaart brengen. Het gaat op dit punt om (1) factoren die op een commandostructuur duiden, (2) factoren die het militaire operationele vermogen duiden (3) logistieke indicatoren, en (4) discipline en het vermogen om het oorlogsrecht te implemen-

¹⁶⁶ Ministerie van Defensie (2009a).

¹⁶⁷ Velde (2008), p. 159.

¹⁶⁸ NRC Handelsblad (8-8-2007), *Taliban vallen basis van VS in Uruzgan aan*; NRC Handelsblad (14-6-2008), *Talibaan bevrijden 1.150 gevangenen*; NRC Handelsblad (17-6-2008), *Talibaan lanceren aanval op Kandahar*; NRC Handelsblad (19-6-2008), *NAVO-operatie wordt steeds ontregeld*; NRC Handelsblad (18-6-2008), *NAVO begint tegenaanval bij Kandahar*; NRC Handelsblad (19-6-2008), *We moeten plaatselijke Talibaan-succesjes niet opblazen*.

¹⁶⁹ Supra voetnoot 122.

teren. We worden daarbij in onze mogelijkheden beperkt, omdat informatie op een aantal aspecten schaars is, dan wel geclassificeerd.

Waar we hiervoor de OMF beschreven hebben als een heterogeen verband dat uit (ten minste) drie groepen bestaat – Taliban, Al Qa’ida en Hezb-i Islami Gulbuddin – zullen we in deze paragraaf noodzakelijkerwijs ons concentreren op de Taliban. Ten eerste omdat deze in het zuiden de meest actieve deelgroep is. Ten tweede omdat de toegang tot bronnenmateriaal over dit aspect ten dele schaars, dan wel ontoegankelijk is vanwege het geclassificeerde karakter. En ten slotte hanteren openbare bronnen veelal de term ‘Taliban’ waarbij dit synoniem lijkt te staan met OMF.¹⁷⁰

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

Uit (inlichtingen)bronnen blijkt dat er sprake is van een zekere mate van hiërarchie in het leiderschap van OMF, met name bij de Taliban.¹⁷¹ Het topkader zetelt waarschijnlijk in Pakistan, waarbij Quetta frequent genoemd wordt.¹⁷²

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

- het Noordelijke commando (Nangarhar en Laghman);
- Jalaluddin Haqqani’s commando (met name in Khost en Paktia);
- de Wana shura (voor Paktika); en
- het Zuidelijke commando (voor Helmand, Kandahar, Zabul en Uruzgan).¹⁷³

De leiding van de Taliban berust bij Mullah Omar, “the highest leader of the Islamic Emirate of Afghanistan”.¹⁷⁴ Na Mullah Omar is Mullah Dadullah de meest prominente militaire commandant, die tevens als publiek gezicht fungeert:

After Mullah Omar, the most publicly prominent Taliban military commander is Mullah Dadullah, a long-time Taliban fighter who lost a leg while fighting the forces of the Northern Alliance in 1994. The forty-year-old Dadullah is believed to be in charge of the insurgency campaign against the Afghan government and international forces, and he has boasted of training and dispatching suicide bombers, as well as coordinating attacks against government officials. Dadullah is often the public face of Taliban militancy, frequently appearing on propaganda DVDs and issuing press statements.¹⁷⁵

Daarnaast is er sprake van middenkader en lokale Taliban-commandanten ter plekke in Afghanistan. Het leiderschap vertrouwt in sterke mate op “cross-border fighters” uit vluch-

¹⁷⁰ Zie o.a. de verschillende berichten in NRC Handelsbald (infra).

¹⁷¹ Zie o.a. Jones (2008b), p. 30-31; Jones (2008a), p. 37-48.

¹⁷² Coenen (2009), p. 171 ; Jones (2008b), p. 31; Jones (2008a), p. 40; UN Doc. A/61/326, S/2006/727 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 5.

¹⁷³ UN Doc. A/61/326, S/2006/727 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 6.

¹⁷⁴ Human Rights Watch (2007), p. 15-16; Christopher Dickey, ‘The Taliban’s Book of Rules’, *Newsweek*, December 12, 2006, <http://www.msnbc.msn.com/id/16169421/site/newsweek/> (accessed January 10, 2007).

¹⁷⁵ Ibid. p. 15-16; Michael Hirst, ‘Brutal One-legged Fanatic Who Loves the Limelight’, *The Telegraph* (UK), July 2, 2006.

tenlingenkampen en radicale *madrassas* in Pakistan.¹⁷⁶ De harde kern wordt ter plaatse versterkt met lokale strijders. De Taliban maakt gebruik van zogeheten *facilitators* en *enablers* tijdens de verschillende fasen van hun activiteiten. Zo worden onderdelen van IED's aangeleverd en in IED-werkplaatsen geassembleerd. Anderen plaatsen deze IED's of bereiden de plaatsing voor. Zij maken ook gebruik van zogeheten *spotters*, waarnemers die de bewegingen van ISAF gadeslaan en doorgeven.¹⁷⁷

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

In mid-2006, British forces agreed to leave the town of Musa Qala, in Helmand province, if Taliban forces also agreed to withdraw. The much criticized agreement ended in early December 2006 when Taliban forces and NATO troops again engaged in heavy clashes there.¹⁷⁸

Een volgend aspect blijkt uit het feit dat de OMF/Taliban in het zuiden tweederde van de bomaanslagen opeist.¹⁷⁹

Taliban spokesmen have claimed responsibility for over two thirds of recorded bombing attacks – primarily those in the southern and south-eastern provinces – although in some cases their claims may be unfounded boasts.¹⁸⁰

Mediaverklaringen zijn een volgende uiting van de commandostructuur. Als voorbeeld kunnen we wijzen op het doelbewust aanvallen van burgers en medewerkers van internationale civiele organisaties door OMF/Taliban. Dit sluit aan bij een patroon van – bewuste – schendingen van het oorlogsrecht, dat vanwege ideologische motieven wordt afgewezen.¹⁸¹

Media statements by various Taliban commanders and spokesmen, and documents attributed to the Taliban shura (council), indicate that Taliban leaders consider it permissible to attack Afghan government workers and teachers, employees of nongovernmental organizations, or anyone who supports the government of President Hamid Karzai. Taliban spokesmen have claimed responsibility for various kidnappings and killings of foreign humanitarian aid workers, claiming that they are killed because they are “spying for the Americans” or for NATO or coalition forces.¹⁸²

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

[HRW] investigations found that many civilian casualties from insurgent attacks in Afghanistan in 2006 were intentional or avoidable. Insurgent forces regularly targeted civilians, or attacked military targets and civilians without distinction or with the knowledge that attacks would cause disproportionate harm to civilians.¹⁸³

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

¹⁷⁶ UN Doc. A/61/326, S/2006/727 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 8.

¹⁷⁷ Ministerie van Defensie (2009b).

¹⁷⁸ Human Rights Watch (2007), p. 14-15.

¹⁷⁹ Ibid. p. 5.

¹⁸⁰ Ibid. p. 5.

¹⁸¹ Ibid. p. 5.

¹⁸² Ibid. p. 5.

¹⁸³ Ibid. p. 4.

De Taliban bleek tijdens Operatie *Medusa* in staat conventionele en gecoördineerde militaire operaties uit te voeren. De aanval op Kandahar (2008) bevestigt dit beeld.¹⁸⁴ Recent, in oktober 2008, viel de Taliban vanuit drie zijden aan op de hoofdstad van Helmand, Lashkar Gah. Het districtskantoor Nad Ali (Helmand) kon pas na drie dagen vechten op de Taliban worden heroverd.¹⁸⁵

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

Er waren in de periode van april tot en met oktober [2005] niet alleen steeds meer incidenten, maar de aanvallen worden technisch en tactisch ook beter uitgevoerd en beter gecoördineerd. De OMF kenmerken zich in toenemende mate als een standvastige tegenstander die steeds vaker, ondanks een relatief hoog aantal slachtoffers aan eigen kant, een directe confrontatie met de coalitiestrijdkrachten en de ANA niet uit de weg gaat. Tevens blijken de OMF in toenemende mate bereid te zijn gebruik te maken van meer radicale methodes zoals zelfmoordanslagen [...].¹⁸⁶

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

Three trends can be identified in the context of this deterioration: a greater focus by insurgent groups on hitherto stable areas; more sophisticated planning of operations by insurgents, in particular asymmetric attacks; and an increase in civilian casualties. [...] The fact that the insurgents have the ability to carry out operations in the capital [Kabul] shows that they are becoming increasingly sophisticated.¹⁸⁷

De derde groep indicatoren betreft de logistiek: waaronder training en werving personeel, bevoorrading en verbindingen. Zoals we hiervoor beschreven, maken de OMF gebruik van permanente strijders die voor een deel uit het buitenland (Pakistan) komen, en na een actie of operatie weer terugkeren. Daarnaast zijn de OMF in staat, al dan niet onder dwang, (tijdelijke) lokale strijders aan te trekken, bijvoorbeeld *spotters*.¹⁸⁸

De vierde en laatste categorie indicatoren betreft discipline en het *vermogen* om het oorlogsrecht te implementeren. Het gaat om een disciplinair systeem en training. Het doelbewust schenden van het oorlogsrecht is echter een van de kenmerken van organisatie, aldus het ICTY.¹⁸⁹

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

¹⁸⁴ NRC Handelsblad (8-8-2007), *Taliban vallen basis van VS in Uruzgan aan*; NRC Handelsblad (14-6-2008), *Talibaan bevrijden 1.150 gevangenen*; NRC Handelsblad (17-6-2008), *Talibaan lanceren aanval op Kandahar*; NRC Handelsblad (19-6-2008), *NAVO-operatie wordt steeds ontregeld*; NRC Handelsblad (18-6-2008), *NAVO begint tegenaanval bij Kandahar*; NRC Handelsblad (19-6-2008), *We moeten plaatselijke Talibaan-succesjes niet opblazen*.

¹⁸⁵ NRC Handelsblad (13-10-2008), *Talibaan vallen provinciehoofdstad aan: zestig doden*.

¹⁸⁶ *Kamerstukken II 2005-06a*, 27 925, nr. 193 ('Besluit' ISAF (IFU)), p. 11.

¹⁸⁷ UN Doc. A/63/372, S/2008/617 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 17-18.

¹⁸⁸ Soldaat (2009), p. 252-266; Coenen (2009), p. 170.

¹⁸⁹ Zie ook het 'rulebook' dat door het leiderschap van de Taliban in 2006 is uitgebracht: Human Rights Watch (2007), p. 95, Rulebook for the Mujahidin from the Supreme Leader of the Islamic Emirate of Afghanistan, ongedateerd, gefaxd naar media in Pakistan (november 2006, On file with Human Rights Watch). Het boekwerk verschaft verklaringen waarom Afghaanse burgers aangevallen mogen worden. Idem voor een boekwerk dat in 2009 werd ontdekt: Jazeera.net (2009) (full text op: <www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/obamaswar/etc/mullahomar.pdf>, benaderd 3-12-2009).

some terrorist attacks actually involve a high level of planning and a coordinated command structure for their implementation.¹⁹⁰

Zoals hiervoor uit jurisprudentie bleek, gaat het niet zozeer om de vraag of de OMF zich aan het oorlogsrecht houden, maar om het vermogen om dat te doen.¹⁹¹ Bekend is dat de OMF weinig respect voor het oorlogsrecht opbrengen.¹⁹²

Hiervoor hebben we uit de jurisprudentie de indicatoren herleid die de organisatie van de strijdende partijen regarderen (supra § 5.2.1.2): (1) factoren die op een commandostructuur duiden, (2) factoren die het militaire operationele vermogen duiden (3) logistieke indicatoren, en (4) discipline en het vermogen om het oorlogsrecht te implementeren. Zoals gezegd kwalificeren ANA en ISAF zich per definitie op dit criterium. Voor de OMF is dit minder evident.

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

5.2.2.6. Een gewapend conflict dus?

Het oorlogsrecht is van toepassing (*de jure*) tijdens een gewapend conflict. De hamvraag is of de gewapende opstand in (Zuid-)Afghanistan te kwalificeren valt als een gewapend conflict. Het bestaan daarvan hangt af van een feitelijke toets. Zoals we eerder beschreven en zoals ook door de Nederlandse regering is bevestigd, zijn de standpunten van partijen bij het conflict ter zake van de status van dat conflict niet doorslaggevend.¹⁹³ De “toepassing van het humanitair oorlogsrecht is [...] niet afhankelijk van formele juridische verklaringen” van de partijen bij het conflict; maar “ontstaat door de feitelijke vaststelling van het bestaan van een [gewapend] conflict”.¹⁹⁴ Een finaal oordeel over de status van het conflict zal uiteindelijk door een (straf)rechter (moeten) worden geveld.

Hiervoor concludeerden we – op basis van een feitelijke analyse en toets – dat er duidelijke indicatoren aanwezig lijken te zijn die duiden op de aanwezigheid van (1) feitelijke vijandelikheden van een zekere intensiteit, bestaande uit aan elkaar gerelateerd gewapende ‘incidenten’, die (2) uitgevoerd worden door tegenover elkaar staande georganiseerde gewapende groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen. Anders geformuleerd: in (Zuid-)Afghanistan lijkt sprake te zijn van een gewapend conflict tussen de Afghaanse regering – ondersteund door ISAF – enerzijds en OMF, of in ieder geval de Taliban, anderzijds.¹⁹⁵

¹⁹⁰ ICTY (2008a), *Boskoski*, § 204.

¹⁹¹ Supra voetnoot 125.

¹⁹² Zie voor een beschrijven van de *modus operandi* van de aanvallen door de OMF: Human Rights Watch (2007), p. 25.

¹⁹³ Supra § 5.2, t.ap. voetnoot 94.

¹⁹⁴ *Kamerstukken I 2005-06b*, 30 300 X, nr. A, p. 4.

¹⁹⁵ Conform: Ducheine (2008), p. 334: “In de huidige fase (2007), is de veiligheidssituatie in het Zuiden van Afghanistan van dien aard, dat de ‘vredesmacht’ ISAF als partij bij een gewapend conflict moet worden beschouwd.”

De conclusie dat er in (Zuid-)Afghanistan sprake is van een gewapend conflict, sluit aan bij die van internationale waarnemers en rapporteurs, waaronder de SGVN, die in november 2008 refereerde aan “the ongoing armed conflict in Afghanistan”.¹⁹⁶ ICRC refereert in haar Annual Report 2007 aan het gewapende conflict in Afghanistan:

The armed conflict in Afghanistan spread considerably in 2007, [...], fighting between armed groups and national and international forces occurred regularly in more than half of Afghanistan's provinces [...].¹⁹⁷

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

The parties to the *armed conflict in Afghanistan* are bound by international humanitarian law (the laws of war). These include the forces of the Afghan government, NATO, the US and other coalition members, and the Taliban and other insurgent groups.¹⁹⁸

Recente uitlatingen van de nieuwe Duitse minister van Defensie, Dr. Karl-Theodor Freiherr zu Guttenberg lijken ook op deze conclusie aan te sluiten:¹⁹⁹

In Teilen von Afghanistan herrscht für mich aber ohne Zweifel ein Zustand, um vielleicht auch einmal diesen Zwischenruf aufzugreifen, der in der Sprache des Völkerrechts durchaus als ein nicht internationaler bewaffneter Konflikt beschrieben werden könnte.²⁰⁰

5.2.2.7. Tijdelijk en plaatselijk gewapend conflict?

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

Het is in beginsel mogelijk dat specifieke acties of omstandigheden, een tijdelijke en plaatselijke formeel juridische toepasbaarheid van het HOR tot gevolg hebben. Dit kan het geval zijn als bij een actie of gevecht het geweldsniveau dusdanig escaleert dat er sprake is van een in tijd en omvang beperkte deelname aan een gewapend conflict. Ook dit heeft echter niet tot gevolg dat heel ISAF daardoor partij is geworden bij een gewapend conflict, noch dat de situatie voor de ISAF operatie als geheel het niveau van een gewapend conflict heeft bereikt. Dergelijke situaties zijn naar hun aard niet voorspelbaar en bovendien tijdelijk. Met deze conclusie staat vast dat [tijdelijk en plaatselijk: PD&EP] het oorlogsrecht van toepassing is.²⁰¹

De notie van het “tijdelijke en plaatselijke” gewapende conflict is overigens uiterst waardevol. Ze bevestigt de opvatting dat zich tijdens een militaire missie die zich niet als een gewapend conflict kwalificeert en waarop het oorlogsrecht dus niet *de jure* van toepassing is, tijdelijk en plaatselijk een gewapend conflict kan ontwikkelen waarop het oorlogsrecht wel van toepassing is:²⁰²

Daarnaast [i.e.: naast de beleidsmatige toepassing van het oorlogsrecht, PD & EP] hebben enkele confrontaties in ISAF kader aangetoond dat voor ISAF eenheden in ieder geval tijde-

¹⁹⁶ UN Doc. S/2008/695 (*Report of the Secretary-General on children and armed conflict in Afghanistan*).

¹⁹⁷ ICRC (2008a), p. 181.

¹⁹⁸ Human Rights Watch (2008), p. 34. Vergelijk: Human Rights Watch (2007), p. 78: “All parties to the military conflict in Afghanistan – Afghan government forces, US and other coalition forces, and insurgent groups – are bound by international humanitarian law (the laws of war).”

¹⁹⁹ DEU Bundesregierung (2009b). Zie ook: Häussler (2009)

²⁰⁰ DEU Bundesregierung (2009a)

²⁰¹ *Kamerstukken II 2007-08*, 27 925, nr. 287, p. 121.

²⁰² Zie voor dit pleidooi: Ducheine (2008), p. 524, 527-528, 531.

lijk en plaatselijk het geweldsniveau naar een dusdanig niveau kan stijgen dat voor dat optreden sprake kan zijn van een verplichte toepassing van het humanitair oorlogsrecht.²⁰³

Uitgaande van de voorgaande analyse lijken – in ieder geval – de gevechten rondom Chora (2007) dit niveau van een ‘tijdelijk en plaatselijk’ gewapend conflict hebben gehaald. Over deze gevechten concludeerde het Openbaar Ministerie na een intensief onderzoek in 2008 dat:

Nederlandse militairen in de periode 16 tot en met 20 juni 2007 [...] geweld [hebben] aangewend binnen de grenzen van het humanitair oorlogsrecht en de geldende geweldsinstructie. [...] Het dossier levert ten aanzien van de betrokken Nederlandse militairen geen verdenking van enig strafbaar feit op.²⁰⁴

De Commandant der Strijdkrachten refereerde vervolgens eveneens aan het oorlogsrecht:

In een zojuist gepubliceerd persbericht van het Openbaar Ministerie is bekend gemaakt dat het door Nederlandse militairen gebruikte geweld, tijdens die dagen gebruikt om de Taliban te verdrijven, binnen de grenzen van het humanitair oorlogsrecht en de voor de Nederlandse ISAF-militairen geldende geweldsinstructies is gebleven.²⁰⁵

Aangezien het Openbaar Ministerie in haar persbericht niet expliciet stelt dat er sprake was van een (tijdelijk en plaatselijk) gewapend conflict, valt op basis van deze verklaring sec *niet* af te leiden of zij van mening was dat er tijdens de gevechten in Chora en operatie *Troy* sprake was van het *beleidsmatig* toepassen, dan wel van *de jure* toepassing van het oorlogsrecht. In beide gevallen kan geweld zijn aangewend “binnen de grenzen van het oorlogsrecht”. De door ons hiervoor uitgevoerde analyse lijkt wel te duiden op een (tijdelijk en plaatselijk) gewapend conflict.

Nu we hebben geconstateerd dat er in (Zuid-)Afghanistan sprake lijkt te zijn van een gewapend conflict en het oorlogsrecht daarom *de jure* van toepassing is, moet de vervolgvraag worden beantwoord: welk oorlogsrechtelijke (deel)regime is op de vijandelijkheden van toepassing (§ 5.2.3)?

5.2.3. Regime

Zoals we hier al beschreven, is het oorlogsrecht van toepassing zodra er sprake is van een gewapend conflict.²⁰⁶ Hiervoor hebben we vastgesteld dat er sprake lijkt te zijn van een gewapend conflict tussen de Afghaanse overheid (GIROA), ondersteund door ISAF enerzijds en de OMF anderzijds. Als gevolg hiervan is het oorlogsrecht formeel (*de jure*) op de vijandelijkheden van toepassing. Dit is ook de lijn die het ICTY in de Tadic-case heeft gevolgd:

International humanitarian law applies from the initiation of [...] armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there.²⁰⁷

²⁰³ Boddens Hosang (2009), p. 223.

²⁰⁴ Openbaar Ministerie (2008)

²⁰⁵ Ministerie van Defensie (Commandant der Strijdkrachten) (2008).

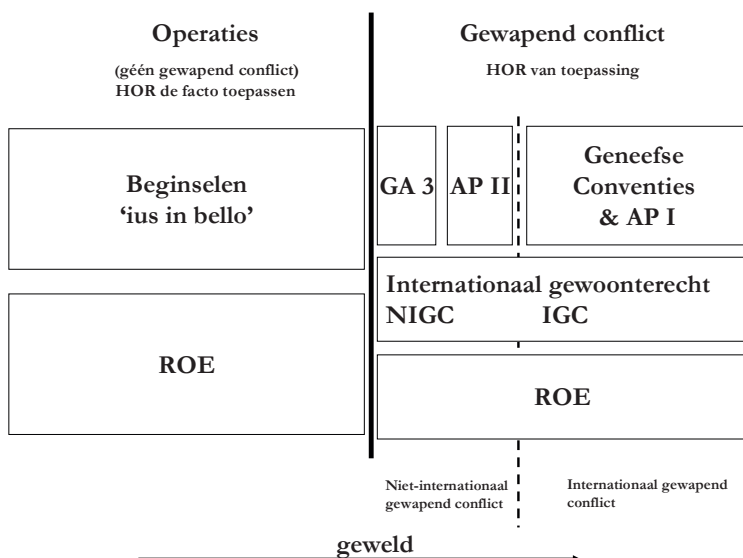
²⁰⁶ Supra § 5.2, voetnoot 84.

²⁰⁷ ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 70.

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

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

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



Figuur 4: ROE en oorlogsrechtelijke deelregimes.

Voor het antwoord op deze kwestie moeten we eerst het gewapende conflict typeren.²⁰⁸ Is er sprake van een internationaal gewapend conflict (IGC), dan wel van een niet-internationaal gewapend conflict (NIGC)?²⁰⁹ Vervolgens zullen we het deelregime daadwerkelijk kunnen bepalen.

5.2.3.1. Type gewapend conflict

Het conflict tussen Afghaanse regering en ISAF enerzijds en OMF anderzijds, betreft een NIGC.²¹⁰ Dit volgt allereerst logischerwijs uit de structuur van het HOR, zoals onlangs

²⁰⁸ Voor die typologie: Duchêne (2008), p. 470-471.

²⁰⁹ Voor een 'derde' categorie, een transnationaal gewapend conflict, zie: Ibid. p. 531. Maar ook deze benadering leidt tot het duiden van een van de voornoemde oorlogsrechtelijke deelregimes.

²¹⁰ Conform: Ibid. p. 504; US Supreme Court (2006), *Hamdan v. Rumsfeld*, p. 6    (ii); p. 67.

bevestigd werd door het US Supreme Court in de zaak *Hamdan v. Rumsfeld*. NIGC zijn alle gewapende conflicten die “geen internationaal karakter” dragen.²¹¹

De conclusie dat het Afghaanse conflict een NIGC betreft, trekken we daarnaast op grond van het uitsluiten van drie andere mogelijkheden. Er is, ten eerste, immers geen sprake van een internationaal gewapend conflict tussen twee statelijke partijen (interstatelijk), zoals vereist is in Gemeenschappelijk Artikel 2 bij de Geneefse Verdragen van 1949 (GA 2),²¹² noch met de aan dit interstatelijk conflict gelijkgestelde situatie van bezetting:

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

Het Verdrag is eveneens van toepassing in alle gevallen van gehele of gedeeltelijke bezetting van het grondgebied van een Hoge Verdragsluitende Partij, zelfs indien deze bezetting geen gewapende tegenstand ontmoet.²¹³

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

De situaties, bedoeld in [GA 2], omvatten [1] mede gewapende conflicten waarin volkeren vechten tegen koloniale overheersing en vreemde bezetting en tegen racistische regimes, [2] in de uitoefening van hun recht op zelfbeschikking zoals neergelegd in het Handvest van de [VN] en in de Verklaring betreffende de beginselen van het volkenrecht inzake vriendschappelijke betrekkingen en samenwerking tussen de Staten overeenkomstig het Handvest van de [VN].²¹⁴

Er is, ten derde, evenmin sprake van een zogeheten geïnternationaliseerd gewapend conflict vanwege de betrokkenheid van ISAF aan de zijde van de Afghaanse regering.²¹⁵ De ondersteuning van de VN-gemandateerde vredesmacht ISAF ten gunste van de Afghaanse regering Karzai in het conflict tussen de Afghaanse regering en OMF (2002-heden) is een voorbeeld van “enkelvoudige directe inmenging aan regeringszijde die *niet* tot internationalisering” leidt.²¹⁶ Het conflict tussen de regering Karzai en de OMF heeft namelijk de feitelijke kenmerken van een intrastatelijk gewapend conflict, een NIGC. ISAF opereert aan regeringszijde, zodat geen statelijke partijen tegenover elkaar staan. Dit betekent dat er *geen* sprake is van een interstatelijk gewapend conflict, een IGC.²¹⁷

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

Aan een burgeroorlog in de zin van AP II worden hoge eisen gesteld.²¹⁸ Er moet sprake zijn van (1) een gewapend conflict.²¹⁹ Het moet gaan om een (2) intrastatelijk gewapend conflict,

²¹¹ Ducheine (2008), p. 475; zie ook: US Supreme Court (2006), *Hamdan v. Rumsfeld*, p. 67 en p. 6, § (ii).

²¹² Conform: ICRC (2008b), p. 5.

²¹³ GA 2 (Art. 2 Geneefse Conventies I-IV).

²¹⁴ Art. 1(4) AP I

²¹⁵ Een geïnternationaliseerd gewapend conflict is een aanvankelijk intrastatelijk NIGC dan vanwege buitenlandse inmenging alsnog als een IGC moeten worden gecategoriseerd.

²¹⁶ Ducheine (2008), p. 504.

²¹⁷ Voor deze kwestie van internationalisering vanwege de betrokkenheid van vredesmachten in een bestaand gewapend intrastatelijk gewapend conflict: Ibid. p. 498-504.

²¹⁸ Art. 1(1) AP II: “Dit Protocol, dat [GA 3] uitbreidt en aanvult, zonder wijziging aan te brengen in de omstandigheden waaronder deze artikelen thans worden toegepast, is van toepassing op alle gewapende conflicten, waarop artikel 1 [van AP I] niet van toepassing is, en die plaatsvinden op het grondgebied van

dat (3) niet bestreken wordt door art. 1 AP I. Dit conflict speelt zich af op (4) het grondgebied van een van de Verdragspartijen: een staat die partij is bij het Protocol.²²⁰

De vijandelijkheden vinden plaats tussen (5) de krijgsmacht²²¹ van een Verdragspartij enerzijds en een opponent in de vorm van (a) een afvallig deel van die strijdkrachten of (b) (een) andere georganiseerde gewapende groep(en), anderzijds.²²²

De opponent van de krijgsmacht (6) staat onder een ‘verantwoordelijk bevel’ dat een bepaalde mate van organisatie impliceert – de organisatorische eis – waardoor hij in staat is (a) aanhoudende en gecoördineerde militaire operaties voor te bereiden (plannen) en uit te voeren, en (b) een bepaalde vorm van discipline op te leggen.²²³ De opponent dient (7) een deel van het grondgebied *zodanig* te beheersen dat hij in staat is (a) aanhoudende en gecoördineerde militaire operaties voor te bereiden (plannen) en uit te voeren, en (b) de bepalingen van AP II toe te passen.²²⁴ De opponent moet (8) aanhoudende en samenhangende – gecoördineerde – militaire operaties uit (kunnen) voeren: de operationele eis.²²⁵ Ten slotte: de opponent moet (9) de bepalingen van AP II kunnen implementeren.²²⁶

De voorwaarden voor een burgeroorlog zijn stringent en cumulatief. Indien aan één of meerdere van de negen voorwaarden *niet* is voldaan, is er geen sprake van een ‘burgeroorlog’ in de zin van AP II.²²⁷

Sommige auteurs kenmerken de situatie in Afghanistan na 19 juni 2002 als een conflict van dit type: de regering Karzai versus Taliban-restanten.²²⁸ Daarmee staat het conflict in het rijtje van de eerste (1994-1996) en de tweede Tsjetsjeense oorlog (1999-2000); El Salvador (FMLN, 1980), Rwanda (RPF, 1990), Bosnië-Herzegovina (1992) en (tot voor kort) de Tamil Tijgers en Sri Lanka.²²⁹ Het conflict tussen de Noordelijke Alliantie en het Taliban-

een Hoge Verdragsluitende Partij tussen de strijdkrachten van die Partij en dissidente strijdkrachten of andere georganiseerde gewapende groepen die, staande onder een verantwoordelijk bevel, het grondgebied van die partij gedeeltelijk beheersen op een zodanige wijze dat zij in staat zijn aanhoudende en samenhangende militaire operaties uit te voeren en de bepalingen van dit Protocol toe te passen.”

²¹⁹ Expliciet vastgelegd in art. 1(2) AP II.

²²⁰ Op dit moment zijn 164 landen partij bij AP II. Vier staten hebben ondertekend, maar zijn (nog) geen partij: Iran, Marokko, Pakistan en de VS.

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

²²¹ De term ‘strijdkrachten van de Verdragspartij’ moet ruim worden uitgelegd. Hiertoe behoren niet alleen de reguliere strijdkrachten, maar ook paramilitaire organen zoals nationale garde, douane, politie of vergelijkbare groepen. Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), p. 1352, § 4462.

²²² Een ‘burgeroorlog’ tussen twee niet-statelijke actoren is – ondanks pogingen van de ICRC in die richting – daarmee in deze situatie bewust uitgesloten. Ibid. p. 1351, § 4460-4461. Desgewenst kunnen in zo’n situatie die bepalingen van AP II via een separate overeenkomst ex GA 3 van toepassing worden verklaard.

²²³ Dat niet persé hiërarchisch of militair dient te zijn: Ibid. p. 1352, § 4463.

²²⁴ Bijvoorbeeld het verzorgen van gewonden of het detineren van gevangenen: Ibid. p. 1352, § 4464-4467.

²²⁵ Ibid. p. 1353, § 4469: Aanhoudend: (VK) *sustained*; (FR) *opérations continues*; voortdurende of continue. Samenhangende: (VK) *concerted*; (FR) *concertées*; “agreed upon, planned and contrived, done in agreement of a plan”.

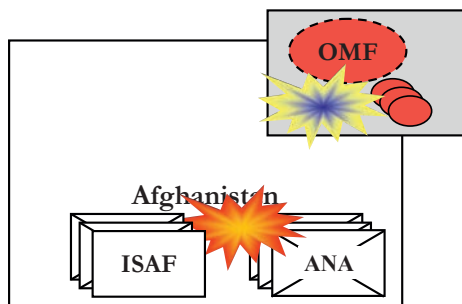
²²⁶ Deze relatief hoge drempel wordt gedragen door het verantwoordelijke commando en de controle over een deel van het grondgebied.

²²⁷ Conform: Gillard (2004), p. 32.

²²⁸ Pejic (2005b), p. 82, neemt de datum waarop de Loya Jirga bijeen werd geroepen en de internationaal erkende regering Karzai werd geïnstalleerd als de einddatum van het IGC tussen de VS (en het VK) enerzijds en Afghanistan anderzijds. Vanaf dat moment is er sprake van een NIGC, waarop doordat Afghanistan geen partij is bij AP II, slechts GA 3 (en internationaal gewoonterecht) als rechtsregime van toepassing is; Ducheine (2008), p. 492.

²²⁹ Abresch (2004), p. 754; Gaeta (1996), p. 568; Moir (2002), p. 127-131. Contra: Sauer & Wagner (2007), p. 65 (1e oorlog); en Quéniwet (2005), p. 39-42.

regime in Afghanistan vóór 11 september 2001 zou eveneens tot deze categorie kunnen behoren.²³⁰



Figuur 5: 'Burgeroorlog'

Afghanistan is echter pas sinds 24 juni 2009 partij bij AP II, hetgeen de formele toepasselijkheid van dit protocol vóór die datum in de weg staat. Er lijkt – ook voor die datum – sprake te zijn van een intrastatelijk conflict dat de drempel van de burgeroorlog overschrijdt.²³¹ Recente rapporten en berichten over de gewapende strijd (met name in Zuid-Afghanistan) onderschrijven deze opvatting.²³² Volgens het eerder genoemde rapport van Senlis/ICOS, zou in 2007 reeds 54% en in 2008 72% van Afghanistan in handen van de Taliban zijn.²³³ Hoe dit ook zij, het valt nauwelijks te ontkennen dat de OMF grote delen van Afghanistan beheersen en controleren.

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

In geval van een gewapend conflict op het grondgebied van één der Hoge Verdragsluitende Partijen, hetwelk geen internationaal karakter draagt [...],²³⁴

Deze kwalificatie komt overeen met die van HRW:

After the fall of the Taliban government in November 2001 and with the creation of a government under President Hamid Karzai, the international armed conflict [Enduring Freedom: PD&EP] ended. Since then, hostilities have comprised a non-international armed conflict in which Afghan government forces and US, NATO, and other coalition partners are

²³⁰ Zie o.a. Cryer (2002), p. 39-40. Voor de geschiedenis van (delen van) dit interne gewapende conflict: Reisman & Silk (1988), p. 466-479; Gasser (1983), p. 145 e.v.

²³¹ Ducheine (2008), p. 492.

²³² Zie hieromtrent: De Volkskrant (25-10-2007), *Al Qaida en Taliban krachtiger*; Senlis Afghanistan (2007), p. 4: "The Taliban has proven itself to be a truly resurgent force. Its ability to establish a presence throughout the country is now proven beyond doubt; research [...] indicates that 54 per cent of Afghanistan's landmass hosts a permanent Taliban presence, primarily in southern Afghanistan, and is subject to frequent hostile activity by the insurgency. The insurgency now controls vast swaths of unchallenged territory including rural areas, some district centres, and important road arteries. The Taliban are the de facto governing authority in significant proportions of territory in the south and are starting to control parts of local economy and key infrastructure such as roads and energy supply."

²³³ Senlis Afghanistan (2007), p. 4; ICOS (2008), p. 6.

²³⁴ Art. 3, aanhef GC I-IV.

fighting against anti-government forces. (The conflict is not an international armed conflict under the conventions, since it is not a conflict between two or more states.)²³⁵

Under International humanitarian law, because the conflict in Afghanistan is between states and non-state armed groups, it is considered a non-international armed conflict.²³⁶

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

5.2.3.2. Deelregime

Omdat Afghanistan geen partij is bij het Tweede Aanvullende Protocol, bestaat het oorlogsrechtelijke regime uit twee delen: het internationale gewoonterecht ter zake van NIGC's en uit GA 3.²³⁷ We bezien beide delen: allereerst GA 3 (§ 5.2.3.3), vervolgens het gewoonterecht (§ 5.2.3.4).

5.2.3.3. GA 3

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

Artikel 3 GC I-IV:

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

-1. Personen, die niet rechtstreeks²³⁸ aan de vijandelijkheden deelnemen, met inbegrip van personeel van strijdkrachten dat de wapens heeft nedergelegd, en zij die buiten gevecht zijn gesteld door ziekte, verwonding, gevangenschap of enige andere oorzaak, moeten onder alle omstandigheden menslievend worden behandeld, zonder enig voor hen nadelig onderscheid, gegrond op ras, huidskleur, godsdienst of geloof, geslacht, geboorte of maatschappelijke welstand of enig ander soortgelijk criterium.

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

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

[b] het nemen van gijzelaars;

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

²³⁵ Human Rights Watch (2007), p. 79.

²³⁶ Human Rights Watch (2008), p. 34.

²³⁷ Ducheine (2008), p. 504. Conform: Human Rights Watch (2007), p. 79: "Parties to a non-international armed conflict are obligated to observe applicable standards of the four 1949 Geneva Conventions, specifically, article 3 common to the conventions ("common article 3"), which provides standards for non-international armed conflict. All parties must also abide by the rules and obligations of customary law of armed conflict. Much of the customary rules concerning the means and methods of warfare can be found in the two Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions, which are largely considered reflective of customary international humanitarian law".

²³⁸ 'Rechtstreeks' is de officiële vertaling van het Engelse 'active'. Rechtstreekse deelname aan de vijandelijkheden is de vertaling van "active participation in hostilities". Het Engelse *active* is geëvolueerd tot *direct participation in hostilities* (DPIH) dat in het Nederlands ook met 'rechtstreekse deelname aan de vijandelijkheden' (RDAV) wordt vertaald. Het Rwanda Tribunaal stelde vast dat "these phrases are so similar that, for the Chamber's purposes, they may be treated as synonymous" (ICTR (1998), *Akayesu*, § 629). Conform: IHL (2006), p. 4.

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

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

De partijen bij het conflict zullen er verder naar streven door middel van bijzondere overeenkomsten deze miniconventie uit te breiden.²³⁹

GA 3 is automatisch van toepassing zodra de ondergrens van een gewapend conflict is overschreden, en is ook – bewust – losgekoppeld van het reciprociteitsbeginsel.²⁴⁰ Deze miniconventie tast op geen enkele wijze de legitimiteit aan van een overheid om opstand, rebellie etc. te onderdrukken.²⁴¹

Een essentieel onderdeel van het GA 3 is het feit dat de bepalingen alle “[p]artijen bij het conflict” regaderen.²⁴² Daarmee zijn ook niet-verdragspartijen gebonden.²⁴³ Bovendien bestrijkt de bepaling ook niet-statelijke actoren, mits deze tot een van de strijdende partijen bij of in het conflict behoren.²⁴⁴ Of deze niet-statelijke actoren (of andere partijen bij het conflict) de bepalingen van de miniconventie al dan niet nakomen doet niet af aan het feit dat zij van toepassing zijn. Pictet merkt hierover – droog – op:

If an insurgent party applies [Common] Article 3, so much the better for the victims of the conflict. No one will complain. If it does not apply it, it will prove that those who regard its actions as mere acts of anarchy or brigandage are right.²⁴⁵

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

rules which were already recognized as essential in all civilized countries, and embodied in the national legislation of the States in question, long before the [Geneva] Convention was signed.²⁴⁶

Het zijn bovendien de *minimum* eisen: zij nodigen uit tot uitbreiding.²⁴⁷ Het regime beschermt (in feite) slechts burgers, geeft *geen* regels voor de methoden en middelen van oorlogsvoering en kent het fenomeen combattant *niet*.²⁴⁸ Burgers die onder dit regime rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden (RDAV)²⁴⁹ zijn strafbaar naar nationaal strafrecht.²⁵⁰

²³⁹ Zoals bijvoorbeeld het geval was bij het conflict in Jemen (1967), zie ICJ (1986), *Nicaragua case*, § 103.

²⁴⁰ Pictet (1958), p. 34, 37.

²⁴¹ Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), p. 1323, § 4356.

²⁴² Sandoz maakt dat duidelijk door in navolging van de ICRC Draft Protocols en de Official Records of the 1977 Conference, gebruik te maken van de “Contracting Parties”, Staten, versus “parties to the conflict”.

²⁴³ Pictet (1958), p. 37; Paust (2003), p. 9, 18; Moir (2002), p. 53-54. Zie Kooijmans (1991), p. 234, voor kritische opmerkingen hierbij.

²⁴⁴ Pictet (1958), p. 37: “Until recently it would have been considered impossible in law for an international Convention to bind a non-signatory Party -- a Party, moreover, which was not yet in existence and which need not even represent a legal entity capable of undertaking international obligations. The obligation is absolute for each of the Parties.”

²⁴⁵ Ibid. p. 37.

²⁴⁶ UK Ministry of Defence (2004), p. 385, § 15.3.2.

²⁴⁷ Pictet (1958), p. 37.

²⁴⁸ Ducheine (2008), p. 479.

²⁴⁹ Zie hierover supra voetnoot 12: Pouw & Ducheine (2009).

²⁵⁰ Zie o.a. Cassese (2005), p. 429.

5.2.3.4. Gewoonterecht

Naast GA 3, dat zelf ook de status van internationaal gewoonterecht heeft,²⁵¹ maken de belangrijkste beginselen van het *ius in bello* als internationaal gewoonterecht deel uit van het regime dat op (intrastatelijke) NIGC's van toepassing is.²⁵² Dit blijkt uit meerdere bronnen: de uitspraken van de internationale straftribunalen voor de berechting van oorlogsmisdaden,²⁵³ het Statuut van Rome,²⁵⁴ resoluties van de Algemene Vergadering van de VN,²⁵⁵ de studie van het ICRC naar *Customary International Humanitarian Law*,²⁵⁶ en uit de verschillende militaire handboeken betreffende de LAOC.²⁵⁷

Veel bepalingen uit AP I, dat op internationaal gewapende conflicten toeziet, hebben inmiddels de status van gewoonterecht verkregen.²⁵⁸

Het ICTY concludeerde in de Tadic-zaak dat het gewoonterechtelijke oorlogsrecht als regime voor NIGC's omvangrijker was dan tot dan toe werd aangenomen. Zo omvat het ook de gewoonterechtelijke regels voor methoden en middelen van oorlogsvoering in IGC's. Het Tribunaal baseert zich daarbij op het algemene rechtsbeginsel van humaniteit:

Indeed, elementary considerations of humanity and common sense make it preposterous that the use by States of weapons prohibited in armed conflicts between themselves be allowed when States try to put down rebellion by their own nationals on their own territory. What is

²⁵¹ ICJ (1986), *Nicaragua case*, § 218; ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 98: "Indeed, the interplay between these two sets of rules is such that some treaty rules have gradually become part of customary law. This holds true for common Article 3 of the 1949 Geneva Conventions, as was authoritatively held by the International Court of Justice (*Nicaragua Case*, at para. 218), but also applies [...] to the core of [AP II]".

²⁵² Koninklijke Landmacht (2005), p. 153, § 1002; Ducheine (2008), p. 480-481. Overigens maakt GA 3 zelf deel uit van dat gewoonterecht: zie ICJ (1986), *Nicaragua case*, § 218.

²⁵³ O.a. ICTY, ICTR. Zie met name ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 96-127: § 127 Notwithstanding these limitations [i.e. i) only a number of rules and principles governing international armed conflicts have gradually been extended to apply to internal conflicts; and (ii) the general essence of those rules, and not the detailed regulation they may contain, has become applicable to internal conflicts], it cannot be denied that customary rules have developed to govern internal strife. [Accent: PD&EP]

²⁵⁴ Rome Statute of the International Criminal Court, 7 July 1998, , zie art. 8(2)(e) waarin in de paragrafen (i) – (xii) feiten zijn opgenomen die – in niet-internationale gewapende conflicten – als oorlogsmisdrijven worden aangemerkt.

²⁵⁵ UN Doc. A/Res/2444 (XXIII) (1968) (*GA Resolution 2444: respect for human rights in armed conflicts*) en UN Doc. A/Res/2675 (XXV) (1970) (*GA Resolution 2675: Basic principles for the protection of civilian populations in armed conflicts*).

²⁵⁶ Henckaerts & Doswald-Beck (2005), p. 1 e.v., waarbij moet worden aangetekend dat methode die de auteurs gebruikt hebben om de status van gewoonterecht vast te stellen, aan (stevige) kritiek onderhevig is. Zie hiervoor o.a. US Department of State & US Department of Defense (2006), p. 1; en Dinstein (2006), p. 3-8, 14.

²⁵⁷ Nederland: Koninklijke Landmacht (2005), p. 153; UK Ministry of Defence (2004), p. 386-387, § 15.5; GE Bundesministerium der Verteidigung (1992), p. 26, § 211.

²⁵⁸ Dinstein (2004), p. 11; Human Rights Watch (2008), p. 34: "[AP I], which provides the most detailed and current codification of the conduct of hostilities during international armed conflicts, is thus not directly applicable to the fighting in Afghanistan. Nevertheless, many provisions of Protocol I have been recognized by states, including the United States, to be reflective of customary international law. [...] Customary humanitarian law as it relates to the fundamental principles concerning the conduct of hostilities is now recognized as largely the same whether it is applied to an international or a non-international armed conflict".

inhumane, and consequently proscribed, in international wars, cannot but be inhumane and inadmissible in civil strife.²⁵⁹

Deze regels betreffen, naast de definitie van een militair doel (art. 52(2) AP I)²⁶⁰ verder de:

- protection of civilians from hostilities, in particular from indiscriminate attacks,
- protection of civilian objects, in particular cultural property,
- protection of all those who do not (or no longer) take active part in hostilities, as well as
- prohibition of means of warfare proscribed in international armed conflicts and ban of certain methods of conducting hostilities.²⁶¹

De samenstellers van de Nederlandse *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht* (HOR) hanteren het uitgangspunt dat “de basisbeginselen die ten grondslag liggen aan het humanitair oorlogsrecht” evenzeer van toepassing zijn op NIGC’s als op IGC’s.²⁶² Dit houdt in dat alle militaire operaties moeten worden uitgevoerd met de volledige inachtneming van de beginselen van:²⁶³

- militaire noodzaak;²⁶⁴
- humaniteit;
- onderscheid (tussen militairen en andere personen die direct deelnemen aan de vijandelikheden en burgers, en tussen militaire objecten en burgerobjecten);²⁶⁵
- proportionaliteit;²⁶⁶
- eervol gedrag (‘chivalry’).

Het ICTY is ook van oordeel dat de Martens-clausule deel uitmaakt van het internationale gewoonterecht.²⁶⁷ De Russische gedelegeerde Martens poneerde de clausule als een compromis op de Eerste Haagse Vredesconferentie van 1899 om de impasse rond de kwestie van *franc-tireurs*, gewapend verzet tijdens een vijandelijke bezetting, te doorbreken.²⁶⁸ Deze

²⁵⁹ ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 119. Herhaald in: ICTY (2005a), *Hadzibasanovic*, waarbij werd vastgesteld dat de toepasselijkheid van regels voor IGC op NIGC van geval tot geval bezien moeten worden.

²⁶⁰ Zie Rule 8, Henckaerts & Doswald-Beck (2005), p. 29-31.

²⁶¹ ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 127. Waaronder het verbod op “acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population”, dat een gewoonterechtelijk karakter heeft, zie: Henckaerts & Doswald-Beck (2005), p. 8, Rule 2; ICTY (2003), *Galic*, § 769; ICTY (2006), *Galic (Appeal)*, § 101.

²⁶² Koninklijke Landmacht (2005), p. 162-163, § 1028, onder het kopje ‘Algemene beginselen van het humanitaire oorlogsrecht in het kader van interne gewapende conflicten’. Conform: UK Ministry of Defence (2004), p. 387, § 15.5: “while it is not always easy to determine the exact content of the customary international law applicable in non-international armed conflicts, guidance can be derived from the *basic principles* of military necessity, humanity, distinction, and, proportionality”. [Accent: PD&EH].

²⁶³ Zie de beginselen in “interne gewapende conflicten”: Koninklijke Landmacht (2005), p. 162-163, § 1028-1029.

²⁶⁴ US Military Tribunal (Nuremberg) (1948), *Hostages Trial*; Dinstein (2004), p. 18: “Military necessity permits a belligerent, subject to the laws of war, to apply any amount and kind of force to compel the complete submission of the enemy with the least possible expenditure of time, life, and money”.

²⁶⁵ Ongelukkig is dat ‘onderscheid’ slechts in § 1029 wordt besproken, maar niet in § 1028 (‘algemene beginselen’): Koninklijke Landmacht (2005), p. 162-163, § 1028-1029.

²⁶⁶ Aanvallen op militairen doelen zijn legitiem zolang de te verwachten nevenschade niet disproportioneel is ten opzichte van het te verwachten militaire voordeel.

²⁶⁷ ICTY (2000), *Kupreskic (Trial)*, § 525: “More specifically, recourse might be had to the celebrated Martens Clause which, in the authoritative view of the International Court of Justice, has by now become part of customary international law”. Conform: Meron (1989), p. 1. e.v.

²⁶⁸ Kalshoven & Zegveld (2001), p. 22.

zouden in de ogen van de Grote Mogendheden als *unlawful combatants* ter plaatse mogen worden geëxecuteerd. De kleinere staten waren daar op tegen. De Clausule luidt:

Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilised nations, from the laws of humanity, and the requirements of the public conscience.²⁶⁹

Anders dan in een IGC, kent het *ius in bello* in het NIGC *niet* de persoon van geprivilegieerde belligerent: de combattant. Dat betekent dat diegenen die niet aan regeringszijde (als lid van de strijdkrachten) strijden, als “criminals infringing domestic law” worden gezien.²⁷⁰ Dit betreft leden van gewapende groepen en burgers die rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden. Deelname aan de vijandelijkheden *sec* is louter naar nationaal recht onrechtmatig. Zolang rechtstreekse deelname aan de vijandelijkheden (RDAV) binnen de grenzen van het oorlogsrecht plaatsvindt, levert RDAV op zichzelf geen oorlogsmisdrijf op.²⁷¹ RDAV brengt wel verlies van bescherming (als onderdeel van de burgerbevolking) met zich mee.

In een tweede separate bijdrage zullen we uitgebreid bij dit fenomeen stilstaan.²⁷² We kunnen hier volstaan met de opmerking dat de leden van de OMF die rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden (RDAV) mogen worden aangevallen.²⁷³ Dat geldt ook voor hun posities, commandoposten en dergelijke, mits deze voldoen aan de definitie van een militair object. Hierbij kan naar analogie artikel 52 (2) AP I worden gebruikt.²⁷⁴

5.2.4. Subconclusie oorlogsrechtelijke regime

Om de vraag te kunnen beantwoorden of, en zo ja, welk deel van het oorlogsrecht formeel (*de jure*) van toepassing is op het de operaties van ISAF (binnen het huidige Afghaanse conflict) was het nodig dit conflict te kwalificeren. Het oorlogsrecht is immers slechts formeel van toepassing op gewapende conflicten. Dit staat los van de beleidsmatig toepassing van het HOR dat we hiervoor zagen (supra § 5.1). Dit staat ook los van ROE dit in alle operaties van toepassing zijn (§ 4).

Het huidige conflict tussen de Afghaanse overheid (en ISAF) enerzijds en gewapende opstandelingen (OMF) anderzijds, valt sinds 19 juni 2002 als een intrastatelijk, niet-internationaal gewapend conflict (NIGC) aan te merken.

Op dit conflict en de militaire operaties is het oorlogsrechtelijke regime voor NIGC van toepassing. Dit bestaat uit twee delen: het Gemeenschappelijk Artikel 3 bij de Geneefse Conventies van 1949 (GA 3), aangevuld met het internationale gewoonterecht dat op NIGC van toepassing is. Het oorlogsrechtelijke regime (GA 3 en internationaal gewoonterecht ter zake van NIGC) is dus ook formeel (*de jure*) op ISAF van toepassing.

²⁶⁹ Preambule Verdrag (II) nopens de wetten en gebruiken van de oorlog te land, met bijbehorend Reglement; 's-Gravenhage, 1899, .

²⁷⁰ Cassese (2005), p. 429.

²⁷¹ Pejic (2005b), p. 76.

²⁷² Zie binnen dit onderzoeksproject, supra voetnoot 12: Pouw & Duchaine (2009), p. 1 e.v.

²⁷³ Zie Rule 6, Henckaerts & Doswald-Beck (2005), p. 19-24.

²⁷⁴ Duchaine (2008), p. 531.

5.3. Conclusie oorlogsrecht

Welke rechtsregimes zijn op de missie van ISAF van toepassing? In de vorige paragraaf (§ 4) bezagen we de relevantie van ROE. ROE bleken op alle militaire operaties, inclusie ISAF, van toepassing te zijn. In deze paragraaf (§ 5) blijkt dat – naast ROE – het humanitaire oorlogsrecht (HOR) een uiterst belangrijke rol speelt.

Het oorlogsrecht is *ten eerste* als rechtsregime formeel (*de jure*) van toepassing op militaire operaties zoals ISAF, zodra (en zolang) er sprake is van een gewapend conflict. Het conflict tussen de Afghaanse overheid en ISAF enerzijds en OMF anderzijds, lijkt op basis van de uitgevoerde analyse te voldoen aan de twee criteria om als gewapend conflict te kunnen gelden: (1) feitelijke vijandelijkheden van een zekere intensiteit, bestaande uit aan elkaar gerelateerd gewapende ‘incidenten’, die (2) uitgevoerd worden door tegenover elkaar staande georganiseerde gewapende groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen.

Zou men het Afghaanse conflict echter niet als een gewapend conflict (kunnen) kwalificeren, dan kan er desondanks sprake zijn van een “tijdelijk en plaatselijk” gewapend conflict, waarop het oorlogsrecht voor die duur formeel (*de jure*) van toepassing is. De gevechten rondom Chora (2007) zouden hiervoor in ieder geval in aanmerking komen.

Het Afghaanse conflict betreft (sinds 19 juni 2002) een intrastatisch, niet-internationaal gewapend conflict tussen de Afghaanse regering (en ISAF) enerzijds, en OMF anderzijds. ISAF is partij bij dit conflict. Op dit conflict is het rechtsregime voor niet-internationaal gewapende conflicten van toepassing. Dit bestaat uit twee delen: het Gemeenschappelijk Artikel 3 bij de Geneefse Conventies van 1949 (GA 3), aangevuld met het internationale gewoonterecht dat op NIGC van toepassing is.

Het oorlogsrecht is ook om een *tweede reden* uiterst relevant. Bij militaire operaties waarin er geen sprake is van een (tijdelijk en plaatselijk) gewapend conflict, wordt het oorlogsrecht door Nederland en de NAVO op beleidsmatige gronden *de facto* toegepast.

6. Rechtsregimes: mensenrechten

De rechtsregels, de regimes, die militaire operaties zoals ISAF beheersen, vormen het onderzoeksobject van de tweede deelvraag. Na ROE en oorlogsrecht, bezien we als derde regime mensenrechten. De vraag die we hier beantwoorden luidt: zijn mensenrechtenverdragen van toepassing op de missie van ISAF? Een secundaire vraag luidt: welke verplichtingen scheppen mensenrechtenverdragen in het geval ze van toepassing zijn. We zullen ons binnen deze bijdrage beperken tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en fundamentele vrijheden (EVRM).²⁷⁵ Daarbij zullen we vooralsnog de toepassing van de ‘Saramati-doctrine’ buiten beschouwing laten.

6.1. Vooraf: de schaduw van de ‘Saramati-doctrine’

De problematiek van de werking van mensenrechten, in casu het EVRM, in militaire missies die op basis van een mandaat van de VN-Veiligheidsraad tot stand zijn gekomen, is nauw verweven met de bekende uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (ECHR), in de *Behrami & Saramati* zaak.²⁷⁶ De zaak betrof een klacht vanwege de detentie van de Kosovaar Saramati door KFOR. Saramati stelde Frankrijk en Noorwegen aansprakelijk voor een schending van het EVRM omdat de successievelijke commandanten van de internationale troepenmacht KFOR uit die landen afkomstig waren. Het Europese Hof oordeelde – kort gezegd – dat staten niet aansprakelijk kunnen worden gesteld voor het optreden van hun troepen die zij ter beschikking hebben gesteld van een door de VN-Veiligheidsraad gemandateerd vredesmissie. Het Hof was van mening dat de detentie – in dit geval – niet aan Frankrijk en Noorwegen waren toe te rekenen, maar aan de VN, hetgeen een beoordeling van de klacht door het Europese Hof in de weg stond.

De vergelijking met ISAF dringt zich onherroepelijk op. De ‘Saramati-doctrine’ toepassend,²⁷⁷ zou betoogd kunnen worden dat het EVRM niet van toepassing is op de operaties van (Nederlandse) ISAF-eenheden omdat hun handelen niet aan de Troop Contributing Nations (TCN) zoals Nederland valt toe te rekenen, maar aan de VN. De VN-Veiligheidsraad heeft immers de operatie van ISAF onder Hoofdstuk VII van het VN-Handvest geautoriseerd.

Zo’n voor de hand liggende opvatting is echter om een aantal redenen niet vrij van kritiek of twijfel. Op de eerste plaats betreft het een uitspraak in deze specifieke casus en moet maar afgewacht worden of een detentie-kwestie in Afghanistan tot een zelfde conclusie zal leiden.²⁷⁸ De verschillen tussen KFOR en ISAF mogen immers niet uit het oog worden verloren.²⁷⁹ We komen hier later nog op terug (§ 6.3.4). Ten tweede heeft het Europese Hof in de

²⁷⁵ Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en fundamentele vrijheden (EVRM), *Trb.* 1990, 156. Het doel van het EVRM is “de eerste stappen te doen voor de collectieve handhaving van sommige der in de Universele Verklaring [van de Rechten van de Mens] vermelde rechten” (in: Preamble EVRM). Daarnaast is Nederland partij bij het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR), dat niet regionaal beperkt is.

²⁷⁶ ECHR (2007-05-31), *Behrami & Saramati*.

²⁷⁷ Vanwege de feiten van het geval is voor ons doel de zaak Saramati de meest relevante. Lawson (2008), p. 57, gebruikt om begrijpelijke redenen de naam van de eerste klager in deze zaak; de ‘Behrami-doctrine’.

²⁷⁸ Zie bijvoorbeeld: *Ibid.* p. 57.

²⁷⁹ Zie in die zin ook: UK House of Lords (2007a), *Al-Jedda*. De Lords komen tot de conclusie dat de detentie van Al-Jedda in de context van Irak anno november 2004 *niet* aan de VN, maar aan het Verenigd Koninkrijk moest worden toegekend. Zie hierover: Zwanenburg (2008), p. 136-137

zaak *Behrami & Saramati* niet geconcludeerd dat het EVRM geen normatief kader bood voor de kwestie van de mensenrechten. En ten derde is de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens niet vrij gebleven van kritiek.²⁸⁰ Zoals wel vaker is gebeurd, is het Hof in latere uitspraken – mede vanwege de omstandigheden van het geval – ‘omgegaan’ ten opzichte van eerdere uitspraken, of heeft ze eerdere uitspraken genuanceerd. Ten slotte kan ook niet onvermeld blijven dat, hoewel we ons hier op het EVRM concentreren, ook andere mensenrechtenregimes van invloed kunnen zijn op militaire operaties. Nederland is eveneens partij bij het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). Het VN-Mensenrechtencomité stelde vast dat het “IVBPR personen beschermt als zij onder het gezag van een verdragspartij vallen, ook als zij zich niet op het eigen grondgebied van de betreffende staat bevinden”;²⁸¹

This principle also applies to those within the power or effective control of the forces of a State Party acting outside its territory, regardless of the circumstances in which such power or effective control was obtained, such as forces constituting a national contingent of a State Party assigned to an international peace-keeping or peace-enforcement operation.²⁸²

Het lijkt daarom niet alleen verstandig, maar ook opportuun om – los van de problematiek van de *Saramati*-doctrine – het vraagstuk van de toepasselijkheid van mensenrechten op militaire operaties in beschouwing te nemen. We komen uiteindelijk in een later stadium weer terug op de verschillen tussen ISAF en de KFOR-setting van *Behrami & Saramati* (§ 6.3.4).

6.2. Inleiding: mensenrechten en jurisdictie

Klassieke mensenrechten – burgerrechten²⁸³ – beschermen het individu tegen willekeurig gebruik of misbruik van overheidsbevoegdheden door de autoriteiten van een territoriale staat.²⁸⁴ De staat heeft daarbij een dubbele ‘pet’ op: het is de rechtspersoon die enerzijds door gedrag (van zijn organen) ingrijpt in de rechten van mensen en waartegen deze beschermd moeten worden, terwijl ze anderzijds het lichaam is dat diezelfde rechten moet eerbiedigen en verwezenlijken.²⁸⁵

De verplichtingen die voortvloeien uit de mensenrechtenverdragen zijn, op een aantal uitzonderingen na,²⁸⁶ primair beperkt tot het *territoire* van de verdragspartijen in kwestie. In toenemende mate beïnvloedt echter ook *extraterritoriaal* gedrag van staten de mensenrechten van individuen.²⁸⁷ Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn bij militaire operaties in het buitenland: bijvoorbeeld ISAF.

Het belang van de vraag of mensenrechtenverdragen op de Nederlandse bijdrage van ISAF van toepassing zijn, tonen we aan met twee voorbeelden. Als burgers bij operaties omko-

²⁸⁰ Zie o.a. Lawson (2008), p. 51-63; Bulterman (2007), p. 111; Bijl (2008a), p. 47-63.

²⁸¹ Lawson (2008), p. 40.

²⁸² HRC (2004, March 29), *General Comment No. 31*, § 10.

²⁸³ Dit onderzoek concentreert zich op burgerrechten. Burgerrechten zijn vrijheidsrechten die de burger tegen de staat beschermen (Nollkaemper (2005), p. 245). Politieke rechten, economische, sociale en culturele rechten vallen buiten het bereik van dit onderzoek.

²⁸⁴ Coomans & Kamminga (2004), p. 1.

²⁸⁵ Ducheine (2008), p. 381.

²⁸⁶ Zie b.v. Genocideverdrag; ICJ (1996b), *Genocide case (preliminary objections)*, § 31: “The Court notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the [Genocide] Convention”.

²⁸⁷ Coomans & Kamminga (2004), p. 2. Zie voor een vergelijkbaar onderzoek: Lorenz (2005), p. 1 e.v.

men, is daarbij – mogelijk – het recht op leven in het geding.²⁸⁸ Dat geldt evenzeer als burgers tijdens acties gedetineerd worden; in dat geval speelt het recht op persoonlijke vrijheid een rol. De wijze waarop operaties gepland en uitgevoerd worden, raakt – met andere woorden – regelmatig aan mensenrechten. Mensenrechten beïnvloeden dus waarschijnlijk ook de planning en uitvoering van operaties.

De vraag die hierna centraal staat, is of mensenrechten – waaronder het recht op leven – extraterritoriale werking hebben?²⁸⁹ Net als het oorlogsrecht, kent het EVRM een drempel die overschreden moet worden voordat dit regime überhaupt op militaire operaties van toepassing kan zijn. Deze drempelwaarde, *threshold*, zullen we als eerste vaststellen (§ 6.3). Het betreft de vraag of een persoon zich *onder de rechtsmacht* of *binnen de jurisdictie* van een verdragsstaat bevindt. Als deze ‘hobbel’ is genomen, kunnen we in tweede instantie het van toepassing zijnde regime nader bezien (§ 6.4).

6.3. Drempel: jurisdictie

De reikwijdte van het EVRM wordt bepaald door het toepassingsbereik zoals dat omschreven is in artikel 1 van het Verdrag. Anders dan het hiervoor besproken oorlogsrecht,²⁹⁰ kent het EVRM geen universeel bereik. Het EVRM is (slechts) van toepassing op personen die zich *binnen de jurisdictie* van een verdragspartij bevinden:²⁹¹

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

De Hoge Verdragsluitende Partijen verzekeren een ieder, *die ressorteert onder hun rechtsmacht*, de rechten en vrijheden welke zijn vastgesteld in de Eerste Titel van dit Verdrag.²⁹²

Verdragspartijen zijn gehouden de rechten en vrijheden van het EVRM – mensenrechten – te garanderen aan een ieder die zich ‘binnen hun rechtsmacht’, binnen hun ‘jurisdictie’ bevindt. Dat is niet anders als militaire operaties worden uitgevoerd.²⁹³ Anders gezegd: het toepassingsbereik, dat wordt afgemeten aan de omvang van de jurisdictie van de verdragspartij, bepaalt of het EVRM van toepassing is op militaire operaties of niet. Daarbij is van belang dat jurisdictie hier in een specifieke rol wordt gebruikt, namelijk om de reikwijdte van de verdragsverplichtingen te bepalen.²⁹⁴

De logica hiervan is dat staten pas de mensenrechten kunnen garanderen als ze een afdoende mate van effectief gezag over personen kunnen uitoefenen. Oftewel: als ze feitelijke jurisdictie bezitten.²⁹⁵

²⁸⁸ Zie o.a. art. 3 Universele verklaring van de rechten van de mens: “Een ieder heeft het recht op leven, vrijheid en onschendbaarheid van zijn persoon”. Conform: art. 6 IVBPR, art. 2 EVRM, art. 4 *African Charter on Human and People’s Rights* (ACHPR), art. 4 ACHR. Zie ook art. 11 Grondwet.

²⁸⁹ Zie uitgebreid: Ducheine (2008), p. 380-466.

²⁹⁰ Zie bijvoorbeeld art. 1 GC III: “De Hoge Verdragsluitende Partijen verbinden zich dit Verdrag *onder alle omstandigheden* te eerbiedigen en te doen eerbiedigen” [Accent: PD&EH]. Deze dichotomie is minder scherp dan voorheen. Niet alleen vanwege extraterritoriale werking van mensenrechten, maar ook omdat de toepasselijkheid van het oorlogsrecht genuanceerd bezien moet worden. Zo was Nederland partij bij het gewapende conflict met Afghanistan (*Enduring Freedom*), terwijl in Nederland zelf het oorlogsrecht niet is toegepast.

²⁹¹ Jurisdictie wordt hier als synoniem voor rechtsmacht gehanteerd.

²⁹² Accent: PD&EP.

²⁹³ Ducheine (2008), p. 385.

²⁹⁴ Conform: o.a. Orakhelashvili (2003), p. 540-541; Altiparmak (2004), p. 224: “it might be wrong to transfer the ordinary meaning of ‘jurisdiction’ under general international law to human rights law”.

²⁹⁵ De keerzijde hiervan is dat in een aantal geval het ECHR eerst beziet aan wie handelingen moeten worden toegerekend, en vervolgens vaststelt dat die partij niet aansprakelijk kan worden gehouden, waarmee een oordeel over jurisdictie uit kan blijven (zie: Lawson (2008), p. 54).

6.3.1. Territoriale en extraterritoriale jurisdictie

Jurisdictie in de zin van het EVRM is primair territoriaal bepaald: op het grondgebied van de verdragspartij,²⁹⁶ in casu Nederland. Dit is de hoofdregel. Daarnaast strekt rechtsmacht in de zin van het EVRM zich ook uit over personen onder gezag van de staat in het buitenland:

It is clear from the language, [...], that the High Contracting Parties are bound to secure the rights and freedoms *to all persons under its actual authority and responsibility*, whether this authority is exercised *on its own territory or abroad*. [...].²⁹⁷

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

- de 'koloniale' clausule van art. 56 EVRM (in koloniale gebieden);²⁹⁸
- het vlagbeginsel (aan boord van schepen en vliegtuigen die in de Verdragspartij geregistreerd zijn);²⁹⁹
- 'consent' (wanneer een staat in het buitenland overheidsgezag uitoefent dat normaliter door de gaststaat wordt uitgeoefend).³⁰⁰

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

Naast deze hiervoor genoemde normale, zijn er twee bijzondere uitzonderingen.³⁰¹ Enerzijds zijn dit de handelingen van overheidsorganen waarmee en waardoor personen (tijdelijk) binnen de jurisdictie van de staat vallen, omdat de staat via zijn organen een vorm van effectief gezag over deze personen uitoefent of uit kan oefenen. Dit is aan de orde bij detentie, aanhouding of ontvoering. Deze grondslag duiden we als *State Agent Authority* (SAA).³⁰² Anderzijds zijn er situaties waarin een staat effectieve controle over een gebied buiten het eigen territorium uitoefent:³⁰³ bijvoorbeeld bij bezetting, of tijdens militaire operaties. Dit noemen we *Effective Control of an Area* (ECA).

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

²⁹⁶ ECHR (2001-12-12), *Banković ea*, § 59-61. Nollkaemper (2005), p. 252.

²⁹⁷ ECommHR (1975-05-26), *Cyprus/Turkey (1)*, § 8, verwijzend naar ECommHR (1965-09-25), *X./Germany*, p. 168-169. [Accent: PD&EP]

²⁹⁸ Loucaides (2006), p. 398-399: Het VK breidde het verdragsgebied in 1953 uit tot 45 koloniale gebieden, Nederland deed dit voor Suriname en de Nederlandse Antillen. In die zin meent Altıparmak (2004), p. 243 dat een situatie van bezetting van vreemd grondgebied naar analogie gepaard moet gaan met een dergelijke verklaring voordat er sprake kan zijn van jurisdictie in de zin van art. 1 EVRM.

²⁹⁹ ECHR (2001-12-12), *Banković ea*, § 73. Zie ook: ECommHR (1975-05-26), *Cyprus/Turkey (1)*, p. 136, § 8.

³⁰⁰ ECHR (2001-12-12), *Banković ea*, § 71; ECHR (2001-01-11), *Xhavara ea.*, waarbij Albanië Italië toestemming had gegeven voor het boarden van Albanese schepen met vluchtelingen.

³⁰¹ Zie uitgebreid: Ducheine (2008), p. 392-408. Vanwege de EU-verdragsverplichtingen zijn missie van EU-strijdkrachten aan het EVRM gebonden: Ducheine (2008), p. 409-410. We laten deze situatie hier buiten beschouwing.

³⁰² ECommHR (1975-05-26), *Cyprus/Turkey (1)*, p. 136. Conform: ECommHR (1992-10-14), *W.M./Denmark*, § 3.

³⁰³ ECHR (1995-03-23), *Loizidou (Preliminary objections)*, § 62.

6.3.2. SAA

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

[...] authorised agents of a State, including diplomatic or consular agents and armed forces, not only remain under its jurisdiction when abroad but bring any other persons or property “within the jurisdiction” of that State, to the extent that they exercise authority over such persons or property. Insofar as, by their acts or omissions, they affect such persons or property, the responsibility of the State is engaged.³⁰⁴

Deze grondslag voor extraterritoriale jurisdictie in de zin van het EVRM duiden we hier met ‘*State Agent Authority*’ (SAA). Het maakt daarbij niet uit of de overheidsorganen (*state agents*) wel of geen geldige juridische basis voor hun optreden hebben.³⁰⁵ “Authority” zou volgens Rozakis het volgende omvatten:

The capacity of a State to exercise power through its agents in an unhindered manner in a specific area outside its territory and furthermore, for a period of time allowing for the ‘effective’ deployment of this power.³⁰⁶

De fysieke omvang van deze gezagsuitoefening kan beperkt zijn tot de directe omgeving van de machtsuitoefening, die de vorm kan hebben van bijvoorbeeld een aanhouding, ontvoering of detentie.³⁰⁷ Het gaat in deze situatie (SAA) vooral om de feitelijke uitoefening van de overheidsmacht *sec*. Wanneer er sprake is van effectieve gezagsuitoefening is er ook sprake van jurisdictie in de zin van het EVRM. We bezien hierna achtereenvolgens detentie, aanhouding en ten slotte directe actie.³⁰⁸

6.3.2.1. Detentie

De meest karakteristieke en aansprekende vorm van SAA betreft detentie:

A prisoner is the archetypal example of someone who comes within the jurisdiction of the detaining state which exercises the most extreme type of control over him.³⁰⁹

³⁰⁴ ECommHR (1975-05-26), *Cyprus/Turkey (I)*, p. 136, § 8 en p. 137, § 10. Hoewel de ECommHR deze extraterritoriale grondslag aannam, waren de klachten niet ontvankelijk omdat Turkije de jurisdictie van het Hof nog niet aanvaard had. Herhaald in: ECommHR (1989-10-12), *Stocké*, § 166 en ECommHR (1992-10-14), *W.M./Denmark*.

³⁰⁵ ECHR (2004-11-16), *Issa ea*, § 71: “a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State [see, mutatis mutandis, ECommHR (1992-10-14), *W.M./Denmark*, p. 193; ECommHR (1996-06-24), *Sanchez Ramirez ('Carlos')*, p. 155; IACCommHR (1999, Sep 29), *Coard*, § 37, 39, 41 en 43]”. Zie ook de visies in: HRC (1981, Jul 29b), *Lopez Burgos*, § 12.3; en HRC (1981, Jul 29a), *Celiberti de Casariego*, § 10.3.

³⁰⁶ C.L. Rozakis, ‘How far can we go? Recent developments of Strasbourg case-law on the concept of jurisdiction’, in: L. Cafilisch (eds.), *Liber Amicorum Jose Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, Universidad Complutense, 2005, p. 213.

³⁰⁷ ECHR (2006-03-14), *Saddam Hussein*; UK High Court (2004), *Al Skeini ea (High Court)*; UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini ea (Appeal)*; UK House of Lords (2007b), *Al Skeini ea (House of Lords)*.

³⁰⁸ Meerdere andere modaliteiten van overheidshandelen, zoals uitwijzing (zie b.v. ECHR (1989-07-07), *Soering*), of berechting (zie b.v. ECHR (1992-06-26), *Drozd & Janosek*), zijn in het kader van dit onderzoek niet onmiddellijk relevant voor dit deel van de onderzoeksvraag. Zij maken echter wel deel uit van de extraterritoriale jurisprudentie.

³⁰⁹ De raadsman voor de verwerende partijen in *Bankovic*, Chistopher Greenwood QC, in: Verbatim Record of the hearing held in Bankovic, 24 October 2001, p. 10 (in: O’Boyle (2004), p. 138).

We staan kort stil bij een recent voorbeeld: de (Britse) *Al Skeini* zaak³¹⁰. De Irakees Baha Mousa overleed in gevangenschap in een Britse detentiefaciliteit in Basra (Irak, 2003). Tijdens deze detentie is hij mishandeld.³¹¹ In hoogste instantie oordeelden de *Law Lords* dat Baha Mousa zich vanwege zijn detentie binnen de Britse jurisdictie in de zin van het EVRM bevond,³¹² hetgeen de Britse overheid in de procedure ook zelf toegaf:

The Secretary of State now concedes that the UK had jurisdiction in relation to Baha Mousa throughout the period that led up to his death, because he was being held in a British military prison that was operating in Iraq with the consent of the Iraqi sovereign authorities and contained arrested suspects [ref.].³¹³

Het *Court of Appeal* legt het moment waarop jurisdictie gevestigd wordt eerder dan de Britse overheid, namelijk vanaf het moment van zijn aanhouding door de Britse troepen in Basra

In [the Appeals Court's] judgment, Mr Mousa came within the control and authority of the UK from the time he was arrested at the hotel and thereby lost his freedom at the hands of British troops.³¹⁴

In de gevallen van vijf andere Irakezen (waaronder Al Skeini), die in 2003 tijdens (verschillende) Britse patrouilles bij Brits geweldgebruik in Basra om het leven waren gekomen, was er echter geen sprake van SAA.³¹⁵

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

Commanders at all levels are to ensure that detention operations are conducted in accordance with applicable international law and human rights standards and that all detainees are treated with respect and dignity at all times. The strategic benefits of conducting detention operations in a humanitarian manner are significant. Detention operations that fail to meet the high standards mandated herein will inevitably have a detrimental impact on the ISAF Mission.³¹⁶

Het feit dat gedetineerden (in beginsel) niet langer dan 96 uur mogen worden vastgehouden,³¹⁷ impliceert dat een – aan het EVRM ontleende inhoudelijke – norm voor vrijheidsbeneming is overgenomen, dan wel dat deze EVRM-norm van toepassing is.³¹⁸

Nationaal beleid is in dit soort kwesties overigens niet altijd consistent.³¹⁹ In antwoord op kamervragen over de extraterritoriale werking van het EVRM tijdens SFIR (Irak), antwoordde de Nederlandse regering dat:

³¹⁰ UK High Court (2004), *Al Skeini ea (High Court)*; UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini ea (Appeal)*; UK House of Lords (2007b), *Al Skeini ea (House of Lords)*.

³¹¹ UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini ea (Appeal)*, § 28-29.

³¹² UK High Court (2004), *Al Skeini ea (High Court)*, § 288; UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini ea (Appeal)*, § 108 en 143; en UK House of Lords (2007b), *Al Skeini ea (House of Lords)*, § 61, 91, 97, 132.

³¹³ Zie UK High Court (2004), *Al Skeini ea (High Court)*, § 287.

³¹⁴ UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini ea (Appeal)*, § 108.

³¹⁵ Evenmin van ECA binnen de Britse rechtsmacht. UK High Court (2004), *Al Skeini ea (High Court)*, § 284-285; en UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini ea (Appeal)*, § 142. Zie ook hierna (ECA).

³¹⁶ SOP 362 3rd edition 2006-8-21. Bron: Roberts, Adam, (2006), Human rights obligations of external military forces, in: The rule of law in peace operations, Reueil XVII International Congress ISMLLW, p. 448, fn. 27 (*Standard Operating Procedures 362 Detention of Non-ISAF Personnel*); in: Roberts (2006), p. 443. Zie in die zin ook de *Military Technical Agreement (MTA) ISAF - Afghanistan* (in: NATO (2002, Jan 4), p. 1032).

³¹⁷ Ministerie van Defensie (2007): “Opgepakte personen worden, als daar aanleiding toe is, standaard binnen 96 uur vrijgelaten of aan de Afghaanse overheid overgedragen”. Zie ook: Nauta (2008), p. 178.

³¹⁸ Zie Naert (2006), p. 21. Zo is een detentieperiode van vier dagen en zes uren zonder voor geleiding aan een rechter naar oordeel van het Hof in strijd is met art. 5(3) EVRM, zie: ECHR (1988-11-29), *Brogan*, § 60, 57-58.

Nederland en het Verenigd Koninkrijk [...] in Irak aan het EVRM gebonden [zijn] mits kan worden aangetoond dat de rechtsmacht onder het EVRM zich uitstrekt tot Irak. Dit lijkt onwaarschijnlijk aangezien het EVRM primair in territoriale zin is bedoeld en uitbreiding van de rechtsmacht kan zich alleen uitstrekken over grondgebieden waar het Verdrag reeds gelding heeft. [...].³²⁰

In latere vragen over de extraterritoriale werking van het EVRM in Afghanistan reageerde de regering:³²¹

Het [EVRM] legt uitsluitend verplichtingen op aan Nederland ten aanzien van personen die zich binnen de rechtsmacht van Nederland bevinden. Deze rechtsmacht is primair territoriaal bedoeld, dat wil zeggen in beginsel niet voor optreden buiten Nederland zelf. Het EVRM zou alléén verplichtingen opleggen voor wat betreft optreden in Afghanistan indien Nederland in Afghanistan «effectieve controle» uitoefende.³²²

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

Hoewel onduidelijk is of de regering ECA en/of SAA als extraterritoriale grondslag op het oog heeft, lijkt het taalgebruik op ECA te duiden. Andere reacties van de regering bevestigen dit.³²³

Ook de door de Ministers van Justitie en Defensie ingestelde onderzoekscommissie *Evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij uitzendingen* (de Commissie Borghouts), beperkte zich in haar onderzoek tot extraterritoriale jurisdictie op basis van ECA, en noemde SAA niet.³²⁴

De Commissie van den Berg, ingesteld vanwege het beweerde 'martelen' van Iraakse gedetineerden,³²⁵ kwam – verwijzend naar "jurisprudentie van het European Court of Human Rights [ECHR]" – tot de conclusie dat: "Nederlandse troepen in omgang met Irakezen en zeker met gedetineerden, gebonden [waren] aan de verplichtingen die voortvloeiden uit het EVRM".³²⁶

De Commissie van Toezicht betreffende de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD), die naar dezelfde affaire onderzoek deed, kwam – via een omweg – ook tot de conclusie dat Nederland jurisdictie had over de Iraakse gedetineerden.³²⁷ Deze commissie zag de Neder-

³¹⁹ Ducheine (2008), p. 394.

³²⁰ *Kamerstukken II 2002-03*, 23 432, nr. 117, p. 14-15, vraag 45. Zo ook de Britse minister van Defensie, Adam Ingram (MP): "[T]he European Convention on Human Rights is intended to apply in a regional context in the legal space of the Contracting States. It was not designed to be applied throughout the world and was not intended to cover the activities of a signatory in a country which is not signatory to the Convention. The ECHR can have no application to the activities of the UK in Iraq because the citizens of Iraq had no rights under the ECHR prior to the military action by the Coalition Forces." (in: Wilde (2005), p. 116).

³²¹ Ducheine (2008), p. 394.

³²² *Kamerstukken I 2004-05b*, 27 925, nr. B, p. 10.

³²³ *Kamerstukken II 2004-05a*, 27 925, nr. 167, p. 25: "Over het begrip «effectieve controle» behoeven wij ons hoofd niet te buigen. Dat is namelijk een juridisch begrip, waarover jurisprudentie bestaat van het Europese Hof. Het is glashelder dat de omvang en de aard van de inzet van de Nederlandse militairen in Afghanistan niet leiden tot effectieve controle in de zin van de jurisprudentie inzake het EVRM".

³²⁴ *Kamerstukken II 2005-06a*, 30 300 X, nr. 136, bijlage, p. 29-30.

³²⁵ De Volkskrant (17-11-2006), *Nederlanders martelden Irakezen*.

³²⁶ Commissie van den Berg (2007), p. 25, aangeboden via *Kamerstukken II 2006-07a*, 23 432, nr. 228, bijlage. Waaronder Nederlandse troepen in zijn algemeenheid "in de omgang met Irakezen" aan het EVRM gebonden waren maakt de commissie niet duidelijk. Verwijzingen naar specifieke jurisprudentie ontbreken eveneens.

³²⁷ CTIVD (2007), p. 41, aangeboden via *Kamerstukken II 2006-07b*, 23 432, nr. 228, bijlage.

landse detentiefaciliteit in Irak echter als een klein gebied waarbinnen Nederland ECA uitoefende.³²⁸

Markant is dat de regering, noch de door haar ingestelde commissies verwijzen naar de jurisprudentie van het ECHR, waarin de extraterritoriale jurisdictie op basis van SAA voor gedetineerden en aanhouding zo duidelijk naar voren komt.³²⁹

6.3.2.2. Aanhouding

Naast (de aanhouding van) *Carlos*³³⁰ toont de *Öcalan* zaak aan dat er sprake was van effectieve controle door Turkije over *Öcalan* zodra deze op het vliegveld van Nairobi door Keniaanse autoriteiten aan Turkse autoriteiten was overgedragen.³³¹ Daardoor bevond *Öcalan* zich – via Turkse overheidsfunctionarissen op buitenlands grondgebied – binnen de Turkse jurisdictie, ook al was deze extraterritoriaal bepaald.³³²

It is common ground that, directly after being handed over to the Turkish officials by the Kenyan officials, the applicant was under effective Turkish authority and therefore within the “jurisdiction” of that State for the purposes of Article 1 of the Convention, even though in this instance Turkey exercised its authority outside its territory.³³³ [...]

6.3.2.3. Directe militaire actie

Een derde mogelijke modaliteit van SAA behelst militaire operaties waarbij er geen sprake is van aanhouding of detentie, maar waarbij door middel van functioneel militair geweldgebruik,³³⁴ bijvoorbeeld tijdens patrouilles, aanvallen, of gevechten, slachtoffers vallen, zonder dat er sprake is van *effective control of an area* (ECA).³³⁵

Zoals hiervoor al bleek wees de Britse rechter in de *Al Skeini* zaak jurisdictie af in die gevallen waarbij Irakezen door Brits geweldgebruik tijdens patrouilles en ‘searches’ om het leven waren gekomen.³³⁶ Anders gezegd: er bestond geen jurisdictie op basis van SAA.³³⁷ Lord Justice Brooke:

None of them were under the control and authority of British troops at the time when they were killed. This is one of the main points that was decided in *Bankovic* [...]. The only case which might give rise to an argument to the contrary is that of *Muhammed Salim* (on the basis that British troops assumed control of the house when they burst in), but it would in my

³²⁸ CTIVD (2007), p. 39-41, onder verwijzing naar *Issa* en *Al Skeini*.

³²⁹ Zie ook de zaken ECHR (2009-06-30), *Al-Saadoon* § 87-89; UK Court of Appeal (2009-01-21), *Al-Saadoon*; en UK High Court (2008-12-19), *Al-Saadoon*.

³³⁰ ‘Carlos’ werd in Soedan aangehouden: ECommHR (1996-06-24), *Sanchez Ramirez* (*‘Carlos’*). Zie ook de vergelijkbare zaken ECommHR (1980-10-07), *Freda*, p. 255 (aangehouden door Costa Rica en ter plekke overgedragen aan Italië); en ECHR (2008-07-10), *Medvedyev*.

³³¹ ECHR (2003-03-23), *Öcalan*, § 91-93.

³³² De kwestie van (het ontbreken van) de toestemming van Kenia doet aan de kwestie van extraterritoriale jurisdictie niets af, wel voor de hier niet aan de orde zijnde vraag betreffende de rechtmatigheid van de arrestatie, die eventueel een schending van het EVRM kan opleveren. Conform: Gondek (2005), p. 374.

³³³ ECHR (2005-05-12), *Öcalan*, § 91.

³³⁴ Voor deze term: zie Ducheine & Walgemoed (2004), p. 309.

³³⁵ O’Boyle (2004), p. 139, wijst er op dat ook de Falklandoorlog geen casus heeft opgeleverd. Contra: Rowe (2006), p. 4, er op wijzend dat een klacht in Straatsburg werd ingediend vanwege het tot zinken brengen van de Argentijnse kruiser General Belgrano. Deze was vanwege het overschrijden van de termijn niet-ontvankelijk: zie ECHR (2000-07-19), *De Ibanez & Rojas*.

³³⁶ Evenmin van ECA binnen de Britse rechtsmacht. UK High Court (2004), *Al Skeini ea* (*High Court*), § 284-285; en UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini ea* (*Appeal*), § 142. Zie ook hierna (ECA).

³³⁷ En evenmin op basis van ECA.

judgment be thoroughly undesirable for questions about the applicability of the ECHR to turn for their resolution on sophisticated arguments of this kind. The soldiers, for instance, might have found they were by no means in control of the house if they had all been shot dead by hostile gunfire after they had broken in. It is essential, in my judgment, to set rules which are readily intelligible. If troops deliberately and effectively restrict someone's liberty he is under their control. This did not happen in any of these five cases.³³⁸

In de kwestie *Bankovic* wees het ECHR jurisdictie vanwege een luchtaanval op een radiostation in Belgrado af.³³⁹ In de recente *Solomou* zaak stelde het ECHR juist weer wel vast dat er sprake was van jurisdictie vanwege SAA: het betrof een demonstrant die door Noord-Turkse militairen werd neergeschoten.³⁴⁰ In *Isaak* oordeelde het ECHR dat de mishandeling van een demonstrant (tijdens de begrafenis van Solomou) buiten het grondgebied jurisdictie vanwege SAA genereerde.³⁴¹ In de zaak *Pad* concludeerde dat personen die door een Turkse helikopter onder vuur waren genomen, maar zich mogelijk buiten Turks grondgebied bevonden, binnen de Turkse jurisdictie vielen.³⁴²

Cruciaal voor het ontstaan en bestaan van jurisdictie in de zin van het EVRM is de situatie waarin de overheid in staat is, over het vermogen beschikt, "to secure the rights and freedoms to [persons] under its actual authority and responsibility".³⁴³ Bepalend is of de slachtoffers zich binnen de jurisdictie, dat wil in dit verband zeggen, onder het effectieve gezag of controle van de strijdkrachten vallen, waardoor de staat ook de aan die gezagsuitoefening verbonden rechten en verplichtingen onder het EVRM kan verzekeren. Daarvoor is – in ieder geval tijdelijk en plaatselijk – effectief gezag nodig, zoals dat bijvoorbeeld tijdens een aanhouding en detentie ook aanwezig is.³⁴⁴ In Rozakis' beschrijving gaat het om:

The capacity of a State to exercise power through its agents in an unhindered manner in a specific area outside its territory and furthermore, for a period of time allowing for the 'effective' deployment of this power.³⁴⁵

Rozakis' typering leidt tot een driedeling. Er zijn enerzijds omstandigheden waarin – net als tijdens aanhouding en detentie – een staat over voldoende *effective control* beschikt zodat zij de situatie – tijdelijk en plaatselijk – ongehinderd beheerst. Dit genereert tevens jurisdictie in de zin van het EVRM, zodat mensenrechten moeten worden gerespecteerd.

Anderzijds zijn er omstandigheden waarbij van *effective control* geen sprake zal zijn. Er kan te weinig gezag zijn, of gezag dat niet (lang genoeg) bestendig is, dan wel gehinderd wordt door invloeden van buitenaf. Tussen deze twee uitersten bevindt zich een grijs gebied.³⁴⁶

Daarbij moet gewaakt worden voor misbruik. Een staat zou zich aan zijn verantwoordelijkheden kunnen onttrekken door te weinig macht te projecteren terwijl het daartoe wel in staat is. Ook zou een staat bewust buiten haar grondgebied kunnen opereren om jurisdictie te ontlopen. Wat dat betreft is de ratio voor extraterritoriale jurisdictie van het VN-

³³⁸ UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini ea (Appeal)*, § 110.

³³⁹ ECHR (2001-12-12), *Bankovic ea*, § 82.

³⁴⁰ ECHR (2008-06-24), *Salomou*, § 51. het betrof nota bene een zaak die zich afspeelde in het door Turkije bezette deel van Cyprus. Zwanenburg (2009), p. 7-8, stelt terecht de vraag waarom het EHRM geen jurisdictie vanwege ECA (bezetting Noord-Cyprus) aannam.

³⁴¹ ECHR (2006-09-28), *Isaak (admissibility)*, p. 21. Voor een annotatie: Zwanenburg, 2009 #2673}8-10.

³⁴² ECHR (2007-06-28), *Pad*, § 54.

³⁴³ Conform: ECommHR (1975-05-26), *Cyprus/Turkey (1)*, § 8, verwijzend naar ECommHR (1965-09-25), *X./Germany*, p. 168-169.

³⁴⁴ Ducheine (2008), p. 400.

³⁴⁵ C.L. Rozakis, 'How far can we go? Recent developments of Strasbourg case-law on the concept of jurisdiction', in: L. Caflisch (eds.), *Liber Amicorum Jose Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, Universidad Complutense, 2005, p. 213.

³⁴⁶ Ducheine (2008), p. 400.

Mensenrechtencomité zoals het die tot uitdrukking bracht in de zaak *Lopez Burgos/Uruguay* cruciaal:

In line with this, it would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory.³⁴⁷

Het ECHR nam deze gedachtegang over in de zaken *Issa* en *Isaak* zaak.³⁴⁸

6.3.2.4. Ratio SAA

Dat extraterritoriale jurisdictie op basis van SAA een valide en geaccepteerde uitzondering is, blijkt vooral ook uit *Issa*,³⁴⁹ waarbij het ECHR uitgebreid verwijst naar vergelijkbare kwesties die door het VN-Mensenrechtencomité en de Inter-Amerikaanse Commissie voor de Rechten van de Mens behandeld zijn.³⁵⁰ Het ECHR verwijst in *Issa* expliciet naar de ratio om de extraterritoriale werking van mensenrechten te accepteren:

a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State [see fn.].³⁵¹ Accountability in such situations stems from the fact that Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory (see *ibid.*).³⁵²

Zwanenburg wijst er op dat deze redenering niet al te letterlijk opgevat kan worden: de redenering valt moeilijk te rijmen met *Banković* en zou ook tot devaluatie van artikel 1 EVRM leiden.³⁵³

6.3.3. ECA

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

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

³⁴⁷ HRC (1981, Jul 29b), *Lopez Burgos*, § 12.3. Conform: Warbrick (2004), p. 998, de Franse aanslag op de Rainbow Warrior in Nieuw-Zeeland (1985, *Operation Satanique*) als voorbeeld nemend: "it is a counter-intuitive result that a state might be able to avoid the application of Conventions obligations by stepping outside its territory to execute its plans".

³⁴⁸ ECHR (2004-11-16), *Issa ea*, § 71, resp. ECHR (2006-09-28), *Isaak (admissibility)*.

³⁴⁹ Er bestaat enige discussie *Issa* op SAA, ECA, danwel op beide betrekking heeft. Zie hiervoor: Gondek (2005), p. 374-375, en UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini ea (Appeal)*, § 92.

³⁵⁰ Ducheine (2008), p. 395-396.

³⁵¹ Verwijzend naar ECommHR (1992-10-14), *W.M./Denmark*, p. 193; ECommHR (1996-06-24), *Sanchez Ramirez ('Carlos')*, p. 155, maar vooral ook naar de jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité en de Inter-Amerikaanse Commissie voor de rechten van de Mens, respectievelijk HRC (1981, Jul 29b), *Lopez Burgos*, § 12.3; HRC (1981, Jul 29a), *Celiberti de Casariego*, § 10.3; en IACCommHR (1999, Sep 29), *Coard*, § 37, 39, 41 en 43.

³⁵² ECHR (2004-11-16), *Issa ea*, § 71.

³⁵³ Zwanenburg (2009), p. 9.

such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration.³⁵⁴

In dit geval betrof het oordeel van het ECHR de Turkse bezetting van Noord-Cyprus. Het uitoefenen van ECA kent verschillende modaliteiten.³⁵⁵

Op de eerste plaats als een bezettende mogendheid in de zin van het Landoorlogsreglement. Dit was hierboven het geval (Turkije in Noord-Cyprus). Ten tweede is er ook sprake van ECA als een staat met instemming van (*consent*), of op uitnodiging van een andere staat publiek gezag uitoefent dat normaliter door die andere staat zelf wordt uitgeoefend, dan wel indien die andere staat hierin berust.³⁵⁶

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

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

[2] through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government.³⁵⁷

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

The following day, [...] UNSC Resolution 1244 was adopted. KFOR was mandated to exercise complete military control in Kosovo. UNMIK was to provide an interim international administration and its first Regulation confirmed that the authority vested in it by the UNSC comprised all legislative and executive power as well as the authority to administer the judiciary [...] Kosovo was, therefore, [...] under the effective control of the international presences which exercised the public powers normally exercised by the Government of the FRY [...].³⁵⁸

In de eerder genoemde *Al Skeini* zaak maakte het Britse *Court of Appeal* duidelijk dat de status van bezettende mogendheid onder het oorlogsrecht, niet automatisch ECA in de zin van het EVRM impliceert.³⁵⁹

It is quite impossible to hold that the UK, although an occupying power for the purposes of the Hague regulations and Geneva IV, was in effective control of Basrah City for the purposes of ECHR jurisprudence at the material time. [...] I reject the arguments by the claimants to the effect that occupation for the purposes of the Hague Regulations must necessarily be equated with effective control of the occupied area for ECHR purposes.³⁶⁰

Het VK bezat rechtsprekende, noch wetgevende of executieve jurisdictie.³⁶¹ Bovendien gold de Amerikaans gedomineerde *Coalition Provisional Authority* (CPA) als de autoriteit die het tijdelijke bestuur over Irak in handen had.³⁶²

³⁵⁴ ECHR (1995-03-23), *Loizidou (Preliminary objections)*, § 62.

³⁵⁵ Duchêne (2008), p. 405.

³⁵⁶ Deze situatie is hiervoor als derde normale uitzondering genoemd: supra § 6.3.1.

³⁵⁷ ECHR (2001-12-12), *Banković ea*, § 71.

³⁵⁸ ECHR (2007-05-31), *Bebrami & Saramati*, § 70.

³⁵⁹ Contra: Altıparmak (2004), p. 243. Zie ook zijn nuance op p. 241, waar hij opmerkt dat ten tijde van het beleg van Basra (26 maart 2003) dat enkele weken duurde, de Britten nog geen bezettende mogendheid waren in de zin van art. 42 H IV R (LOR), maar vanwege het beleg wel effectieve controle over de stad hadden. Dat laatste valt overigens te betwijfelen.

³⁶⁰ UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini ea (Appeal)*, resp. § 124 en 127.

³⁶¹ Die bij de Iraakse justitie lag. Zie Ibid., § 124.

³⁶² Zie de vergelijking met het gedeelde bestuur over de Spandau-gevangenis in Berlijn: ECommHR (1975-05-28), *Hess*.

ECA *kan* dus aan de orde zijn bij militaire operaties die voortvloeien uit bezetting of uit een VN-Veiligheidsraad mandaat, dan wel die met instemming of op verzoek van het gastland worden uitgevoerd. Of er sprake is van ECA moet worden beoordeeld aan de hand van de feitelijke omstandigheden.³⁶³

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

The Court does not exclude the possibility that, as a consequence of this military action, the respondent State could be considered to have exercised, temporarily, effective overall control of a particular portion of the territory of northern Iraq.³⁶⁴

6.3.4. Saramati opnieuw bezien: ISAF versus KFOR?

De analyse van de vraag naar de toepasselijkheid van het EVRM op (extraterritoriale) militaire operaties wordt onweersproken beïnvloed door de uitspraak van het Europese Hof voor de rechten van de Mens (ECHR) in de zaak *Behrami & Saramati*. Dat is in ieder geval zo bij door de VN-Veiligheidsraad geautoriseerde operaties. We stelden hiervoor (§ 6.1) al dat er goede redenen waren om desondanks – los van deze zaak – het leerstuk van jurisdictie en extraterritoriale werking van het EVRM te analyseren.

Op de *eerste plaats* is de casus van Saramati zeer specifiek en betreft het een detentie in de context van de missie van KFOR in Kosovo. Saramati was aangehouden (“arrestend”) door de internationale politiemacht van UNMIK. De opdracht daartoe kwam van (de Noorse) Commandant KFOR. Zijn detentie werd meermalen verlengd door (de Noorse en later de Franse) Commandant van KFOR. De praktijk in Afghanistan leert daarentegen dat (Nederlandse) ISAF-eenheden niet slechts op last van Commandant ISAF tot detentie overgaan. De (Nederlandse) ISAF-eenheden detineren daarnaast individuen zonder de tussenkomst van anderen: de Saramati constructie via de UNMIK politiemacht is in Afghanistan niet aan de orde.

Ten tweede is de Afghaanse context een andere dan de Kosovaarse. Niet alleen de voorgeschiedenis van het conflict wijkt af, maar ook de rechtsgrondslag van de missie van ISAF. ISAF is niet alleen een VN-geautoriseerde missie, maar geniet ook de instemming van de Afghaanse overheid.³⁶⁵ In dit verband is ook de Britse uitspraak in de zaak *Al-Jedda* relevant. De hoogste Britse rechter komt tot daarin tot de conclusie dat de detentie van Al-Jedda in de Iraakse context van november 2004 niet aan de VN, maar aan het Verenigd Koninkrijk moest worden toegekend.³⁶⁶

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

³⁶³ Ducheine (2008), p. 406-407.

³⁶⁴ Vergelijk: Ibid. p. 407 en ECHR (2004-11-16), *Issa ea*, § 74.

³⁶⁵ Supra § 2.4.

³⁶⁶ Zie in die zin ook: UK House of Lords (2007a), *Al-Jedda*. Zie hierover: Zwanenburg (2008), p. 136-137, en 138-140.

Als kan worden aangetoond dat het troepenleverende land zich in een concrete situatie mengde – letterlijk eigenmachtige beslissingen nam – da[n] vormt dat een argument om het optreden niet aan de VN toe te rekenen.³⁶⁷

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

The Court does not find any suggestion or evidence of any actual TCN orders concerning, or interference in, the present operational (detention) matter.³⁶⁸

In de Afghaanse context blijkt dat nationale ISAF-contingenten en de TCN de facto een grote beleidsvrijheid hebben inzake het detineren van personen.³⁶⁹ Uiteraard opereren (Nederlandse) ISAF eenheden onder formeel gezag van Commandant ISAF, maar feitelijk is het reëel te concluderen dat de VN minder, en de TCN meer invloed hebben op detentie in de Afghaanse context dan het ECHR in de Kosovoarse context aanneemt.³⁷⁰ We lichten deze verschillen kort toe. Allereerst sluiten TCN zelf zogeheten Memoranda of Understanding (MOU's) af met andere TCN én de Afghaanse overheid inzake de overdracht en behandeling van *detainees*.³⁷¹ ISAF ontbreekt hierin als partij.³⁷² Ten tweede geven, naast Commandant ISAF de TCN (aanvullende) dwingende nationale aanwijzingen over de wijze waarop *detainees* behandeld (en overgedragen) moeten worden. Ten derde bestaat de kans dat sommige *detainees* met troepen uit slecht één enkele nationaal contingent geconfronteerd worden. Anders geformuleerd: de feitelijke contacten zijn regelmatig puur nationaal.³⁷³ Ook de invloed van 'lead-nations' in samengestelde eenheden is niet onbelangrijk.³⁷⁴ De Bijl's opmerking over de dubbele 'allegiance' van (Nederlandse) ISAF eenheden lijkt in de Afghaanse context zeker op te gaan:

Niet ondenkbaar is dat de 'dual allegiance' van de nationale contingenten meer doorslaat naar de TCN's dan door het [ECHR] verondersteld wordt.³⁷⁵

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

De vierde reden om voorzichtig te zijn met de toepassing van de 'Saramati-doctrine' is de constatering dat het Europese Hof in de zaak *Behrami & Saramati* niet geconcludeerd dat het EVRM geen normatief kader bood voor de kwestie van de mensenrechten. Het ECHR laat de vraag naar jurisdictie in de zin van EVRM onbeantwoord, want voor zover de klagers

³⁶⁷ Lawson (2008), p. 57.

³⁶⁸ ECHR (2007-05-31), *Behrami & Saramati*, § 139.

³⁶⁹ Lawson (2008), p. 55.

³⁷⁰ Conform: Bijl (2008a), p. 57-58.

³⁷¹ Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II 2006-06*, 27 925, nr. 205, bijlage (MOU Afghansitan - Nederland); (*Memorandum of Understanding between the Minister of Defence of the Islamic Republic of Afghanistan and the Minister of Defence of the Kingdom of the Netherlands, concerning the transfer of persons by Netherlands military forces in Afghanistan to Afghan authorities*), preamble: "Desiring to establish procedures in the event of the transfer by the military forces of the Netherlands to Afghan authorities of persons detained in Afghanistan", en § 3 "The Afghan authorities will accept the transfer of persons detained by the Netherlands armed forces [...]". *Kamerstukken II 2006-06*, 27 925, nr. 205, bijlage (MOU Afghansitan - Nederland)[Accent: PD&EP] Voor een overzicht van deze MOU's, zie Amnesty International (2007), p. 21: onderlinge MOU's (estland-Verenigd Koninkrijk en Nederland-Australië); MOU's met G1RoA (Canada, Denemarken, Nederland, Noorwegen en het Verenigd Koninkrijk).

³⁷² Een uitzondering hierop is de *MTA ISAF-Afghanistan*, die als raamovereenkomst kan worden gezien: NATO (2002, Jan 4), p. 1.

³⁷³ Vergelijk: Bijl (2008a), p. 61: "KFOR wordt uitdrukkelijke niet gezien als 'context' waarin de TCN's eigen bevoegdheden uitoefenen".

³⁷⁴ Conform: Ibid. p. 57.

³⁷⁵ Ibid. p. 58.

zich binnen de jurisdictie van de TCN, in casu KFOR, zouden bevinden, is dat de VN toe te rekenen.³⁷⁶

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

The Commission is of the opinion that the joint authority cannot be divided into four separate jurisdictions and that therefore the United Kingdom's participation in the exercise of the *joint* authority and consequently in the administration and supervision of Spandau Prison is not a matter "within the jurisdiction" of the United Kingdom, within the meaning of Art. 1 of the Convention.³⁷⁷

Naar analogie zou een vergelijkbare ondeelbare gezamenlijke verantwoordelijkheid voor *detainees* in de context van ISAF aan jurisdictie onder het EVRM in de weg kunnen staan.³⁷⁸ Of er daadwerkelijk sprake is van ondeelbare gezamenlijke verantwoordelijkheid bij ISAF detenties zal dan uiteindelijk aan de hand van de feiten moeten worden vastgesteld.

De conclusie luidt dat de 'Saramati-doctrine' zeker relevant kan zijn voor ISAF-operaties in Afghanistan, maar dat geenszins vaststaat dat zij bij voorbaat haar schaduw vooruit werpt. Uiteindelijk een toekomstige klacht door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens op grond van de specifieke omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld.

6.3.5. Subconclusie drempel

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

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

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

Directe, gerichte militaire acties, leveren soms wel, soms geen jurisdictie op. Daarbij moet gewaakt worden voor misbruik. Een verdragspartij zou zich aan zijn verantwoordelijkheden kunnen onttrekken door te weinig macht te projecteren, terwijl het daartoe wel in staat is. Ook zou een Verdragspartij bewust buiten haar grondgebied kunnen opereren om jurisdictie te ontlopen.

³⁷⁶ Bijl (2008b), p. 56, die vaststelt dat het "common ground" is dat een persoon die "aangehouden" wordt, zich in de jurisdictie bevindt van de Staats wiens 'agents' die "aanhouding" verrichten (p. 57).

³⁷⁷ ECommHR (1975-05-28), *Hess*; Bevestigd in ECommHR (1989-01-18), *Vearncombe ea*, waarbij geen uitspraak wordt gedaan over de klacht m.b.t. een Britse schietbaan in Berlijn: *inadmissible* vanwege andere redenen. [Accent: PD&EP].

³⁷⁸ Zie in dit verband de opmerking in UK High Court (2004), *Al Skeini ea* (*High Court*), § 140. Deze kwestie kwam in ECHR (2007-05-31), *Behrami & Saramati* niet aan de orde.

Zodra ISAF eenheden individuen aanhouden of detineren, is er sprake van extraterritoriale jurisdictie op grond van SAA. Binnen de ISAF-bases is er sprake van jurisdictie op grond van (geografisch beperkte) ECA.³⁷⁹ Het EVRM is in die gevallen van toepassing.

6.4. Regime

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

Omdat het wezenskenmerk van militaire operaties bestaat uit het vermogen om geweld aan te wenden, zullen we ons qua mensenrechtenregime concentreren op het meest fundamentele van alle rechten van de mens,³⁸⁰ het recht op leven. Dat neemt niet weg dat daarnaast ook andere rechten in het geding kunnen zijn:³⁸¹ het recht op vrijheid van foltering, onmenselijke en vernederende behandeling,³⁸² of recht op persoonlijke vrijheid dat beschermt tegen vrijheidsberoving door de staat.³⁸³

6.4.1. Recht op leven

Het recht op leven dat hier centraal staat, is een recht dat qua inhoud, reikwijdte, in het verdrag begrensd is. Het is daarmee geen absoluut, maar een relatief recht.³⁸⁴ Het recht wordt “niet in alle gevallen en te allen tijde beschermd”.³⁸⁵

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

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

Het recht op leven omvat op basis van jurisprudentie een aantal negatieve en positieve verplichtingen voor de overheid.³⁸⁶ Negatieve plichten dwingen een staat zich te onthouden van bepaalde handelingen. Positieve dwingen een staat juist tot het verrichten van bepaalde handelingen.

We bezien allereerst een aantal negatieve plichten die uit het recht op leven voortvloeien. Nederland heeft de doodstraf in 1991 afgeschaft.³⁸⁷ In de rest van het EVRM-

³⁷⁹ Dat er sprake is van jurisdictie, en het EVRM van toepassing is, betekent niet automatisch dat een staat ook aansprakelijk is voor overtredingen van het EVRM. Zie daarvoor: ECHR (2007-05-31), *Behrami & Saramati*, § 141 en 145, waarbij het EHRM tot de conclusie kwam dat de vermeende schendingen van het EVRM volledig aan KFOR en UNMIK moesten worden toegerekend.

³⁸⁰ Harris, O'Boyle & Warbrick (1995), p. 37.

³⁸¹ Zie voor een overzicht van de behandeling van *detainees* (in Irak, SFIR): Nauta (2008), p. 180-183. Zie ook het ‘Copenhagen process’: Danmark (2007), p. 1.

³⁸² Art. 3 EVRM en art. 7 IVBPR, alsmede het Europees Verdrag ter voorkoming van Foltering en Onmenselijke of Vernederende Behandeling of Bestrafing; Straatsburg, 1987, Nov 26, *Trb.* 1988, 19; en het Verdrag tegen Foltering en andere Wrede, Onmenselijke of Onterende Behandeling of Bestrafing; New York 1984, Dec 10, *Trb.* 1985, 69. De Nederlandse Grondwet kent dit grondrecht niet.

³⁸³ Art. 5 EVRM; art. 9 IVBPR.

³⁸⁴ Vande Lanotte & Haec (2005), p. 92, § 13.

³⁸⁵ Vande Lanotte & Haec (2004), p. 116, fn. 407; Gomien, Harris & Zwaalk (1996), p. 98.

³⁸⁶ Zie in dit verband: Bijl (2006), p. 1; Bijl (2007), p. 97; Bijl (2008b), p. 273.

³⁸⁷ Nederland is partij bij Protocol Nr. 6 bij het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, inzake de afschaffing van de doodstraf; Straatsburg, 1983, Apr 28, *Trb.* 1983, 86; en bij Protocol Nr. 13 bij het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de

verdragsgebied is de doodstraf inmiddels ook in vredetijd niet meer toegestaan.³⁸⁸ Nederland werkt vanwege de negatieve plichten ook niet mee aan uitlevering van personen aan staten waar de doodstraf nog ten uitvoer wordt gelegd als dit een schending van het recht op vrijheid van foltering, onmenselijke en vernederende behandeling (art. 3 EVRM) oplevert,³⁸⁹ of als de verdachte het gevaar loopt zonder gerechtelijk vonnis gedood te worden.³⁹⁰ Deze uit het EVRM voortvloeiende negatieve verplichtingen kunnen de reden voor stringente aanwijzingen met betrekking tot *detainees* en de overdracht aan andere staten zijn. Inbreuken op het recht op leven zijn niet toegestaan. Anders geformuleerd, tenzij van een toegelaten uitzondering sprake is, geldt deze negatieve plicht. Dood die het gevolg is van “rechtmatige oorlogshandelingen”, wordt niet als willekeurige levensberoving in de zin van het EVRM gezien.³⁹¹ Ze moet in het licht van het humanitaire oorlogsrecht, het HOR, worden geïnterpreteerd.³⁹² Anders verwoord: zodra er sprake is van een slachtoffer van een rechtmatige oorlogshandeling, is er geen sprake van schending van het recht op leven. Respect voor het recht op leven, met name van gevangenen, is één van de redenen voor de zorgvuldige procedures die betrekking hebben op *detainees*. Het lot van de Iraakse Baha Mousa, onderstreept het belang van dit soort zorgvuldige en gedetailleerde aanwijzingen.

Uit de jurisprudentie vallen procedurele positieve verplichtingen af te leiden in het geval dat individuen door (functioneel) overheids geweld om het leven komen.³⁹³ De positieve verplichtingen zijn enerzijds materieel van aard, zoals de bescherming van gevangenen als deze gevaar loopt.³⁹⁴ Hij of zij zal dus op een verantwoorde wijze uit een situatie van gevaarzetting moeten worden vervoerd. Anderzijds zijn er procedurele verplichtingen. De bescherming van het recht op leven vereist dat de verdragspartij een “effective official investigation” start als er (door overheids geweld) dodelijke slachtoffers vallen.³⁹⁵ De last die op de overheid rust, is als gevolg van de positieve zorgplicht zwaarder, indien een persoon tijdens detentie sterft.³⁹⁶

The essential purpose of such an investigation is to secure the effective implementation in domestic laws which protect the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure accountability for deaths occurring under their responsibility.³⁹⁷

Fundamentele Vrijheden, inzake de afschaffing van de doodstraf onder alle omstandigheden; Vilnius, 2002, May 3, *Trb.* 2002, 119.

³⁸⁸ Heringa, Schokkenbroek & Velde (1998), p. art. 2/3.2-8; ECHR (2005-05-12), *Öcalan*, § 163. Op de Russische Federatie (wel getekend) na, hebben alle lidstaten het zesde protocol inmiddels geratificeerd. Zie <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=114&CM=7&DF=5/4/2007&CL=ENG> (benaderd: 1-12-2007).

³⁸⁹ Het verbod op uitlevering is af te leiden uit ECommHR (1994-01-20), *Aylor-Davis*; en ECHR (1989-07-07), *Soering*, § 104 e.v. Conform: Vande Lanotte & Haeck (2004), p. 79.

³⁹⁰ Heringa, Schokkenbroek & Velde (1998), p. art. 2/3.2-7.

³⁹¹ Pejic (2005a), p. 82. Uitgebreid; Ducheine (2008), p. 422-442.

³⁹² Vande Lanotte & Haeck (2004), p. 117; Naert (2006), p. 9; Heinze (2004), p. 797. Voor de kritiek op de wijze waarop het ECHR dit uitvoert: Ducheine (2008), p. 433-439. Zie: ECHR (2005-02-24a), *Isayeva II*; ECHR (2005-02-24b), *Isayeva I*, en de annotatie van Bijl (2007), p. 104. Idem: ECHR (2008-01-17), *Khat-siyeva*, en de annotatie van Bijl (2008b), p. 278. Voor een andere benadering: IACommHR (1997, Nov 18), *Abella case*.

³⁹³ Overzichtelijk samengevat in ECHR (2002-03-14), *Edwards*, § 69-70.

³⁹⁴ ECHR (1998-10-28), *Osman*, § 116.

³⁹⁵ ECHR (1995-09-05), *McCann ea*, § 161.

³⁹⁶ Zoals in het geval van Baba Mousa in *Al Skeini e.a.* Idem: ECHR (2004-04-06), *Özkan*, § 323.

³⁹⁷ ECHR (2001-05-04), *McKerr*, § 111.

Het gaat om (1) een onafhankelijk onderzoek,³⁹⁸ dat (2) doelmatig moet zijn, dat wil zeggen: een onderzoek dat moet kunnen leiden tot de vaststelling of het geweld gerechtvaardigd was en tot de eventuele identificatie en bestraffing van de verantwoordelijken.³⁹⁹ Het onderzoek moet verder (3) onverwijld en voortvarend worden uitgevoerd. Bovendien moet er (4) voldoende publieke controle op het onderzoek zijn, waarbij de nabestaanden – automatisch⁴⁰⁰ – bij het onderzoek betrokken worden.⁴⁰¹ Deze eisen gelden eveneens bij extraterritoriale operaties waarop het EVRM van toepassing is.⁴⁰²

Los van het feit dat het vanuit staatsrechtelijk perspectief uitermate evident is dat overheidspersoneel na functioneel geweldgebruik daarover ook verantwoording aflegt,⁴⁰³ volgt deze eis dus ook uit de verplichtingen onder het EVRM. Noodtoestand of (burger)oorlog doen daar niets aan af.⁴⁰⁴ Het ECHR heeft een gereduceerde onderzoeksplicht in dit soort omstandigheden consequent afgewezen.⁴⁰⁵

6.4.2. Gewoonterecht

Behalve de hiervoor besproken internationale verdragsrechtelijke regimes, zijn staten (in toenemende mate) gebonden aan internationaal gewoonterecht en aan algemene beginselen van internationaal recht. Dat geldt zowel voor (fundamentele beginselen van) mensenrechten als humanitair recht.

Een aantal mensenrechten heeft inmiddels de status van internationaal gewoonterecht, dan wel de status van algemeen rechtsbeginsel,⁴⁰⁶ bereikt.⁴⁰⁷ Het betreft allereerst het verbod op slavernij, genocide, foltering/marteling of andere onmenselijke of vernederende behandeling.⁴⁰⁸ Daarnaast betreft dit het uitvoeren, aanmoedigen of toestaan van moord of gedwongen verdwijningen, langdurig willekeurige detentie, systematische discriminatie op basis van ras en een consistent patroon van omvangrijke schendingen van internationaal erkende mensenrechten.⁴⁰⁹ Schachter voegt daar aan toe: het recht op zelfbeschikking van volkeren; het recht om terug te keren naar land van herkomst, *non-refoulement* van vluchtelingen.⁴¹⁰ Meron vult deze opsomming aan met: het recht op humane behandeling van gedetineerden, verbod van strafoplegging met terugwerkende kracht, elementen van het recht op *due process* (o.a. onschuldpresumptie, berechting in persoon, *ne bis in idem*).⁴¹¹ Het ziet er naar uit dat deze lijst toeneemt.⁴¹²

³⁹⁸ Zie bijvoorbeeld ECHR (2005-11-10), *Ramsabai ea*, § 407-408, en ECHR (2007-05-15), *Ramsabai ea*, § 295, als gevolg waarvan onderzoek naar politiek vuurwapengebruik niet door (directe) collegae van de betrokken politieagenten wordt uitgevoerd, maar door de Rijksrecherche.

³⁹⁹ ECHR (2001-05-04), *McKerr*, § 113.

⁴⁰⁰ Niet slechts op verzoek: ECHR (2004-10-27), *Slimani v. France*.

⁴⁰¹ Heringa, Schokkenbroek & Velde (1998), p. art. 2/3.2-15.

⁴⁰² Zie bijvoorbeeld uitvoerig en overzichtelijk: UK High Court (2004), *Al Skeini ea (High Court)*, § 318-325, m.n. § 322; en UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini ea (Appeal)*, § 150-179.

⁴⁰³ Zie o.a. Militaire Spectator (Redactie) (2005), p. 46-47; Ducheine & Walgemoed (2005), p. 48.

⁴⁰⁴ Zie Reidy (1998), p. 525-529; ECHR (1998-07-28), *Ergi*, § 85 en 98.

⁴⁰⁵ Zie hierover: UK High Court (2004), *Al Skeini ea (High Court)*, § 324.

⁴⁰⁶ Schachter (1991), p. 337.

⁴⁰⁷ Hierover bestaat overeenstemming. Zie o.a. Meron (1989), p. 79-135; Schachter (1991), p. 334-345; Brownlie (2003), p. 537-538; Shaw (2003), p. 257; Cassese (2005), p. 393-396. Over de vraag welke rechten die status hebben bestaat minder eenduidigheid.

⁴⁰⁸ Zie de voornoemde bronnen (supra noot 407).

⁴⁰⁹ Zie American Law Institute (1987), p. 161-175, m.n. 161-162, 167-168, § 702.

⁴¹⁰ Schachter (1991), p. 339.

⁴¹¹ Meron (1989), p. 96-97.

⁴¹² Schachter (1991), p. 340.

Delen van de Universele verklaring voor de rechten van de mens hebben de status van gewoonterecht.⁴¹³

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

NATO members and partners are bound by the Universal Declaration of Human Rights. [...] In principle, applicable Human Rights provisions *shall be applied to the extent possible*. Human Rights may, by order, be set fully or partially aside depending on the level and character of the crisis. However, *fundamental human rights can never be set aside even in full scale war*. The prohibition on torture is one example that applies under any circumstance.⁴¹⁴

Dat delen van de Universele verklaring voor de rechten van de mens de status van gewoonterecht hebben, wordt ook onderstreept in het Amerikaanse *Operational Law Handbook* waarin de Verklaring geldt als “one of the most significant statements of human rights law, *some portions* of which are regarded as customary international law”.⁴¹⁵

6.4.3. Mensenrechten tijdens gewapend conflict.

Mensenrechten gelden namelijk zowel in vredes- als oorlogstijd.⁴¹⁶ Het Internationaal Gerechtshof (IGH) bevestigde dit in de *Advisory Opinion* over de Muur in Palestijnse gebied.⁴¹⁷ In dit soort crisissomstandigheden werken de regimes op twee verschillende manieren. Mensenrechtenregimes houden enerzijds rekening met het feit dat er bijzondere of uitzonderlijke omstandigheden kunnen ontstaan waardoor rechten tijdelijk ingeperkt of opgeschort (derogatie) moeten worden. Anderzijds zullen (inperkingen van) mensenrechten in voorkomend geval moeten worden uitgelegd aan de hand van, of met behulp van het *ius in bello*.

Mensenrechtshoven passen het mensenrechten ook toe bij burgeroorlogen, zij het soms impliciet of indirect. Het ECHR hanteert zo’n indirecte benadering.⁴¹⁸ In de zaken van *Isayeva e.a* tegen Rusland, beziet het ECHR, gebruik makend van de normen uit het oorlogsrecht, of de inbreuk op het recht van leven terecht was of niet.⁴¹⁹

Er bestaat in beginsel geen belemmering om mensenrechten ook in een internationaal gewapend conflict toe te passen.⁴²⁰

6.5. Conclusie mensenrechten

Welke rechtsregimes zijn op de missie van ISAF van toepassing? In deze paragraaf hebben we gezien of het EVRM als rechtsregime op ISAF van toepassing is. We hebben daarbij de

⁴¹³ Nollkaemper (2005), p. 239: zie: International Law Association, (1994), *Final report on the status of the universal declaration of Human rights in national and international law*, Report of the sixty-sixth Conference, p. 525.

⁴¹⁴ NATO (2007), p. IV-2. [Accent: PD&EH].

⁴¹⁵ US Department of Defense (2006), p. 48, [Accent: PD&EP].

⁴¹⁶ Zie ICJ (1996a), *Nuclear Weapons case*, § 25; ICJ (2004), *Palestinian Wall case*, § 106. Conform: o.a. Gillard (2004), p. 35. Contra: Dennis (2005), p. 141.

⁴¹⁷ ICJ (2004), *Palestinian Wall case*, § 106.

⁴¹⁸ Het ECHR heeft tot nu toe nagelaten burgeroorlogen als zodanig te typeren. Zie: Ducheine (2008), p. 433-442.

⁴¹⁹ ECHR (2005-02-24b), *Isayeva I*; en ECHR (2005-02-24a), *Isayeva II*. Voor een directe toetsing: IACommHR (1997, Nov 18), *Abella case*.

⁴²⁰ Gillard (2004), p. 35. Dit zou aan de orde geweest zijn in de *Banković case*, ware het niet dat deze zaak vanwege andere elementen nooit op dit punt is beland. Het ECHR verwierp de toepasselijkheid van EVRM omdat er geen sprake was jurisdictie, en niet vanwege de eventuele onverenigbaarheid van het EVRM met (het regime van) een internationaal gewapend conflict.

toepassing van de ‘Saramati-doctrine buiten beschouwing gelaten. Deze doctrine is van toepassing om de omstandigheden van casus van Saramati in de setting van Kosovo en KFOR. Daardoor vielen de handelingen van KFOR niet aan de troepenleverende landen toe te rekenen. De toerekening aan de VN stond een verdere beoordeling door het Hof in de weg. De Afghaanse omstandigheden lijken op een aantal significante punten af te wijken, waardoor het niet uit te sluiten valt dat het Europese Hof voor de rechten van de Mens in een later oordeel een ‘Afghaanse’ zaak anders beoordeelt.

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

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

Directe, gerichte militaire acties leveren soms wel, soms geen jurisdictie op. De omstandigheden van het geval zijn daarbij van doorslaggevend belang. Daarbij moet gewaakt worden voor misbruik. Een verdragspartij zou zich aan zijn verantwoordelijkheden kunnen onttrekken door te weinig macht te projecteren, terwijl het daartoe wel in staat is. Ook zou een Verdragspartij bewust buiten haar grondgebied kunnen opereren om jurisdictie te ontploen. Zodra ISAF eenheden individuen aanhouden/arresteren of detineren, is er sprake van extraterritoriale jurisdictie op grond van SAA. Binnen de ISAF-bases is er bovendien sprake van jurisdictie op grond van (geografisch beperkte) ECA.⁴²¹ Het EVRM is in die gevallen van toepassing.

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

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

⁴²¹ Dat er sprake is van jurisdictie, en het EVRM van toepassing is, betekent niet automatisch dat een staat ook aansprakelijk is voor overtredingen van het EVRM. Zie daarvoor: ECHR (2007-05-31), *Behrami & Saramati*, § 141 en 145, waarbij het ECHR tot de conclusie kwam dat de vermeende schendingen van het EVRM volledig aan KFOR en UNMIK moesten worden toegerekend.

7. Conclusies

De vragen die in dit onderzoek centraal stonden waren: Wat is de rechtsbasis van ISAF, en welke rechtsregimes zijn op (de Nederlandse eenheden van) ISAF van toepassing?

ISAF blijkt een dubbele rechtsgrondslag, rechtsbasis te hebben. Enerzijds berust zij op instemming van de (interim) regering van Afghanistan, zoals onder meer blijkt uit de MTA-ISAF. Daarnaast is de missie gebaseerd op een autorisatie van de VN-Veilighedsraad onder Hoofdstuk VII van het VN-Handvest. Op basis van een (reeks van) resolutie(s) van de Raad is het de troepenleverende landen van ISAF toegestaan – binnen de grenzen van het door de VN-Veilighedsraad vastgestelde mandaat – militair geweld in Afghanistan aan te wenden.

Qua rechtsregime zijn Rules of Engagement (ROE), het oorlogsrecht en mensenrechten bepalend. ROE zijn van toepassing op alle militaire operaties zoals ISAF. Naast de ROE speelt het humanitaire oorlogsrecht (HOR) als rechtsregime een uiterst belangrijke rol in het Afghaanse conflict. *Ten eerste*, vanwege beleidsmatige overwegingen passen Nederland en andere NAVO-lidstaten het oorlogsrecht *de facto* toe in militaire operaties, óók als het HOR formeel niet van toepassing is. *Ten tweede*, is het HOR als rechtsregime formeel (*de jure*) van toepassing op militaire operaties zoals ISAF, zodra (en zolang) het er sprake is van een gewapend conflict. De aanwezigheid van een gewapend conflict moet via een feitelijke toets worden vastgesteld. Er dient sprake te 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. Uit de jurisprudentie van het ICTY zijn verschillende indicatoren voor deze voorwaarden aan de Afghaanse context en de missie van ISAF getoetst. Daarbij dringt zich de conclusie op dat aan de beide voorwaarden voor het bestaan van een gewapend conflict is voldaan.

Het Afghaanse conflict betreft (sinds 19 juni 2002) een intrastatelijk, niet-internationaal gewapend conflict (NIGC) tussen de Afghaanse regering en ISAF enerzijds, en OMF anderzijds. ISAF is partij bij dit conflict. Op dit conflict is het rechtsregime voor *niet-internationaal gewapende conflicten* van toepassing. Dit bestaat in de Afghaanse situatie uit twee delen: het Gemeenschappelijk Artikel 3 bij de Geneefse Conventies van 1949 (GA 3), aangevuld met het internationale gewoonterecht dat op NIGC van toepassing is.

Voor zover het Afghaanse conflict zich niet als een gewapend conflict zou kwalificeren, kan er desondanks sprake zijn van een “tijdelijk en plaatselijk” gewapend conflict, waarop het oorlogsrecht voor die duur formeel (*de jure*) van toepassing is. De gevechten rondom Chora (2007) zouden hiervoor in ieder geval in aanmerking komen. Het regime komt overeen met het hiervoor geduide GA 3 en het internationaal gewoonterecht voor niet-internationaal gewapende conflicten.

Mensenrechten zijn in een aantal gevallen van toepassing op extraterritoriale militaire operaties. Deze extraterritoriale werking ligt gecompliceerd in VN-gemandateerd missies zoals ISAF. Los van deze problematiek, lijkt het aannemelijk dat het EVRM in twee gevallen van toepassing is op de handelingen van Nederlandse ISAF-eenheden. Ten eerste, zodra zij individuen aanhouden/arresteren of detineren is er sprake van extraterritoriale jurisdictie op grond van effectief gezag over personen (*State Agent Authority*). Ten tweede, binnen de Nederlandse ISAF-bases is er sprake van jurisdictie op grond van effectief gezag over een (geografisch beperkt) grondgebied (*Effective Control of an Area*).

Lijst van afkortingen

ANA	Afghan National Army
ANP	Afghan National Police
ANSF	Afghan National Security Forces
API	Aanvullend Protocol (I) bij de Verdragen van Genève (1949), betreffende de bescherming van slachtoffers van internationale gewapende conflicten
AP II	Aanvullend Protocol (II) bij de Verdragen van Genève (1949), betreffende de bescherming van slachtoffers van niet-internationale gewapende conflicten
ATF	Air Task Force (van ISAF)
BG	Battlegroup (van TFU)
ECA	effective control of an area
ECHR	European Court of Human Rights (Europees Hof voor de Rechten van de Mens)
ECommHR	European Commission of Human Rights (Europese Commissie voor de Rechten van de Mens)
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden
GA	General Assembly (of the UN)
GA 2	Gemeenschappelijk Artikel 2 van de Verdragen van Genève (G I-IV)
GA 3	Gemeenschappelijk Artikel 3 van de Verdragen van Genève (G I-IV)
GIRoA	Government of the Islamic Republic of Afghanistan
HOR	humanitair oorlogsrecht (syn. IHL, LOAC)
IACHR	Inter-American Court of Human Rights
IACommHR	Inter-American Commission of Human Rights
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
ICJ	International Court of Justice (syn: IGH)
ICRC	International Committee of the Red Cross
IGC	internationaal gewapend conflict
ISAF	International Security Assistance Force (for Afghanistan)
KFOR	Kosovo Force
MOU	Memorandum of Understanding
MTA	Military Technical Agreement
NIGC	niet-internationaal gewapend conflict
OEF	Operation Enduring Freedom
OMF	Opposing Militant Forces
PE	Peace Enforcing
PK	Peacekeeping
PRT	provinciaal reconstructie team (van TFU)
RC-South	Regional Command South (van ISAF)
RDAV	rechtstreeks deelnemen aan de vijandelikheden
ROE	Rules of Engagement

SAA	state agent authority
SC	Security Council (of the UN)
TCN	troop contributing nation
TFU	Task Force Uruzgan, 1(NLD/AUS) TFU, 1 (Netherlands/Australian) Task Force Uruzgan
TIC	troops in contact
VN	Verenigde Naties
UK	United Kingdom (of Great Britain and Northern Ireland)
UN	United Nations
US	United States (of America)
VK	Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland
VN	Verenigde Naties
VR	VN-Veiligheidsraad
VS	Verenigde Staten van Amerika

Literatuuroverzicht

- Advocatenkantoor Steijnen, Olof & Stelling
2007 *Beroep op voet van art 12 Sv. inzake weigering van het OM om over te gaan tot vervolging wegens strafrechtelijke verantwoordelijkheid (command responsibility en/of aider and abettor liability) inzake schendingen van het humanitair oorlogsrecht en andere ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht door nederlandse troepen in Afghanistan*, <www.omslag.nl/artikel/hofa/>, (benaderd: 1-12-2009).
- Altiparmak, K.
2004 Bankovic: an obstacle to the application of the European Convention on Human Rights in Iraq?, in: 9 *Journal of Conflict and Security Law* (2), p. 213-251.
- American Law Institute
1987 *Third Restatement of the Law. Foreign Relations Law of the United States (Vol 2)*. St. Paul (Minn.): ALI Publishers.
- Amersfoort, H.
2005 *'Ik had mijn Roode-Kruis band afgedaan'*. Oorlogsrecht en gedragingen van Nederlandse en Duitse militairen in gevecht, mei 1940. Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Amnesty International
2007 *Afghanistan - Detainees transferred to torture: ISAF complicity?*, (November 2007)
<www.amnesty.org/en/library/asset/ASA11/011/2007/en/c0abadf1-d36f-11dd-a329-2f46302a8cc6/asa110112007en.pdf> en
<www.amnestyusa.org/document.php?id=ENGASA110112007&lang=e> (benaderd: 12-3-2009).
- Bartels, R.
2008 Gewapend conflict is geen eenduidig begrip, in: 4 *Internationaal Humanitair Recht in de kijker*, p. 69-82.
- Bartels, R. & Boogaard, Jeroen v.d.
2008 Definitie van gewapend conflict. Hoe 'binnenlands' is 'niet-internationaal'?, in: *Nederlands Juristenblad* (38), p. 2414-2418.
- Bijl, D.F. de
2006 *De toepassing van dodelijk geweld door 'Law Enforcement Officials': rechtvaardiging onder artikel 2 EVRM*. Master thesis, UvA.
2007 Recht op leven voor 'opposing forces?': rechtvaardiging van geweldstoepassing in vredesmissies onder artikel 2 EVRM, in: 100 *Militair Rechtelijk Tijdschrift* (4), p. 97-110.
2008a De toepassing van het EVRM in militaire missies: ineffectieve theorie of onpraktische illusie? (Annotatie bij Behrami & Saramati), in: 101 *Militair Rechtelijk Tijdschrift* (1), p. 47-63.
2008b Nogmaals recht op leven voor 'opposing forces' voor het EHRM: Isayeva bevestigd? (Annotatie bij EHRM 17-1-2008 Khatsiyeva a.o. v. Russia), in: 101 *Militair Rechtelijk Tijdschrift* (9), p. 273-285.
- Blokker, N.
2000 Is the authorization authorized? Powers and practice of the UN Security Council to authorize the use of force by 'coalitions of the able and willing', in: 11 *European Journal of International Law* (3), p. 541-568.
- Boddens Hosang, J.F.R.
2009 Aandachtspunten in de ISAF ROE vanuit het strategisch-juridische kader, in: 102 *Militair Rechtelijk Tijdschrift* (5), p. 219-226.
- Brownlie, I.
2003 *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Bulterman, M.
2007 Noot bij Behrami & Saramati, in: 111 *EHRC 2007*, p. 1096-1125.
- Cassese, A.
2005 *International Law*. Oxford: Oxford University Press.

- Coenen, R.E.H.
2009 De Taliban in Uruzgan. Het karakter van de vijand en een aantal heroverwegingen om hem effectiever te bestrijden, in: 178 *Militaire Spectator* (3), p. 168-175.
- Commissie van den Berg
2007 *Rapport van de commissie van onderzoek naar de betrokkenheid van Nederlandse militairen bij mogelijke misstanden bij gesprekken met gedetineerden in Irak* (18-6-2007) www.mindef.nl.
- Coomans, F. & M.T. Kamminga (red.)
2004 *Extraterritorial Application of Human Rights*. Oxford: Intersentia.
- Cryer, R.
2002 The fine art of friendship: jus in bello in Afghanistan, in: 7 *Journal of Conflict and Security Law* (1), p. 37-83.
- CTIVD
2007 *Toezichtsrapport inzake het onderzoek naar het optreden van MIVD-medewerkers in Irak bij het ondervragen van gedetineerden in Irak*, Commissie van Toezicht betreffende de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten, (18-6-2007) www.ctivd.nl.
- Danmark
2007 *Non-Paper on legal framework and aspects of detention*, Copenhagen Conference on "The Handling of Detainees in International Military Operations", 11 - 12 October 2007, Denmark, <www.ambottawa.um.dk/NR/rdonlyres/F5364962-DC30-4333-9EFC-1B612B43DC28/0/NonpaperCopenhagenConference.pdf> (benaderd: 13-3-2009).
- Dennis, M.J.
2005 Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation (Agora: ICJ Advisory Opinion on Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory) in: 99 *American Journal of International Law* (1), p. 119-141.
- DEU Bundesregierung
2009a *Rede des Bundesministers der Verteidigung, Dr. Karl-Theodor Freiherr zu Guttenberg, im Rahmen der Aussprache zur Regierungserklärung der Bundeskanzlerin vor dem Deutschen Bundestag am 10. November 2009 in Berlin (Bulletin 112-4)*, <www.bundesregierung.de/nn_1514/Content/DE/Bulletin/2009/11/112-4-bmvg-bt.html>, (benaderd: 01-12-2009).
2009b *zu Guttenberg: Kriegsähnliche Zustände in Teilen Afghanistan*, <www.bundesregierung.de/Content/DE/Interview/2009/11/2009-11-03-interview-guttenberg-bild,layoutVariant=Druckansicht.html>, (benaderd: 29-11-2009).
- Diepenbrugge, J.A. v.
2003 Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties, in: 96 *Militair Rechtelijk Tijdschrift* (9), p. 371-375.
- Dinstein, Y.
2003 Ius ad Bellum aspects of the 'War on Terrorism', in: Heere, W.P. & International Society for Military Law and the Law of War (Netherlands National Group) (red.), *Terrorism and the military: international legal implications*, The Hague: T.M.C. Asser Press, p. 13-23.
2004 *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflicts*. Cambridge: Cambridge University Press.
2005 *War, Aggression and Self-Defence*. Cambridge: University Press.
2006 The ICRC Customary International Humanitarian Law Study, in: 36 *Israel Yearbook on Human Rights*, p. 1-15.
- Dolman, M.M., P.A.L. Ducheine, T.D. Gill & G.F. Walgemoed
2005 Functioneel geweldgebruik in internationale operaties: een spiegel van rechtspraak en rechtspraktijk, in: 98 *Militair Rechtelijk Tijdschrift* (10), p. 369-420.
- Ducheine, P.A.L.
2008 *Krijgsmacht, Geweldgebruik & Terreurbestrijding: een onderzoek naar juridische aspecten van de rol van strijdkrachten bij de bestrijding van terrorisme*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers (diss. UvA).
2009a ISAF en oorlogsrecht: 'Door het juiste te doen, vreest gij niemand', in: 102 *Militair Rechtelijk Tijdschrift* (6), p. 277-xxx.
2009b Rechtsregimes tijdens militaire operaties, in: 58 *Ars Aequi* (jul/aug), p. 490-497.
2009, Jan 26 *Missie Uruzgan wordt bepaald door zowel Afghanistan als VN*, <www.uva.nl/nieuwsbriefuva-actueel-uruzgan>, (benaderd: 26-1-2009).

- Ducheine, P.A.L. & G.F. Walgemoed
 2004 Militairen na 'rake' zaken: de strafrechtelijke positie van militairen na functioneel geweldgebruik, in: 97 *Militair Rechtelijke Tijdschrift* (7), p. 309-324.
- 2005 De strafrechtelijke positie van militairen na functioneel geweldgebruik, in: 174 *Militaire Spectator* (2), p. 48-67.
- Ebbelaar, F.A.
 2009 Leiderschap onder extreme omstandigheden, in: 32 *Carre* (1), p. 21-26.
- Gasser, H.-P.
 1983 Internationalized non-international armed conflicts: Case studies of Afghanistan, Kampuchea, and Lebanon, in: *American University Law Review* (Fall), p. 145-160.
- 2002 Acts of terror, "terrorism" and international humanitarian law, in: 84 *International Review of the Red Cross* (847), p. 547-570.
- GE Bundesministerium der Verteidigung
 1992 *Humanitarian Law in Armed Conflicts - Manual (DSK VV207320067)*(vertaling)
- Gill, T.D.
 2002 De gedetineerden in Guantánamo en het internationale humanitaire recht, in: 95 *Militair Rechtelijke Tijdschrift* (3), p. 125-127.
- Gill, T.D. & E.v. Sliedregt
 2005 Guantánamo Bay: a reflection on the legal status and rights of 'unlawful enemy combatants', in: 1 *Utrecht Law Review* (1), p. 28-54.
- Gillard, E.-C.
 2004 International Humanitarian Law and Extraterritorial State Conduct, in: Coomans, F. & M.T. Kamminga (red.), *Extraterritorial Application of Human Rights*, Oxford: Intersentia, p. 25-39.
- Gomien, D., D. Harris & L. Zwaalk
 1996 *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*. Strasbourg: Council of Europe Publishing.
- Gondek, M.
 2005 Extraterritorial Application of The European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?, in: 52 *Netherlands International Law Review* (3), p. 349-387.
- Harris, D.J., M. O'Boyle & C. Warbrick
 1995 *Law of the European Convention on Human Rights*. London: Butterworths.
- Häussler, U.
 2009 's ist Krieg?,
 <www.faz.net/s/RubD5CB2DA481C04D05AA471FA88471AEF0/Doc~ECAEA473ADB0B4319ACC3F8CF3E79EC3F~ATpl~Ecommon~Scontent.html>, (benaderd: 4-9-2009).
- Heinzte, H.-J.
 2004 On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law, in: 86 *International Review of the Red Cross* (856), p. 789-814.
- Henckaerts, J.-M. & L. Doswald-Beck
 2005 *Customary International Humanitarian Law (Volume I: Rules)*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Henkin, L.
 1971 The Reports of the Death of Article 2(4) Are Greatly Exaggerated, in: 65 *American Journal of International Law* (3), p. 544-548.
- Heringa, A.W., J.G.C. Schokkenbroek & J.v.d. Velde (red.)
 1998 *Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens: Rechtspraak & Commentaar*. Lelystad: Koninklijke Vermande.
- HRC
 2004, March 29 *General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant at its 2187th meeting*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004).
- Human Rights Watch
 2007 *The Human Cost - The Consequences of Insurgent Attacks in Afghanistan*, (April 2007)
 <www.hrw.org/reports/2007/afghanistan0407/afghanistan0407webwecover.pdf> (26-10-2008).
- 2008 *Troops in Contact - Airstrikes and Civilian Deaths in Afghanistan*, (September 2008)
 <hrw.org/reports/2008/afghanistan0908/afghanistan0908web.pdf> (26-10-2008).

- ICOS
2008 *Struggle for Kabul: The Taliban Advance*, The International Council on Security and Development (former Senlis Council), (December)
<www.icosgroup.net/documents/Struggle_for_Kabul_ICOS.pdf> (benaderd 22-1-2009).
- ICRC
2003 *International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts (Report prepared by the ICRC, 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2 to 6 December 2003)*, ICRC, 03/IC/09 (december)
<www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5XRDCC/\$File/IHLcontemp_armedconflicts_FINAL_ANG.pdf> (20070119).
- 2008b *ICRC Opinion paper (March 2008) - How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law?*, <www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/armed-conflict-article-170308> (benaderd: 17-9-2008).
- IIHL
2006 *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict*, International Institute of Humanitarian Law (IIHL), printed in: 36 Israel Yearbook of Human Rights (2006)
<www.michaelschmitt.org/images/Manual%5B1%5D.Final.Brill..pdf> (benaderd: 12-12-2006).
- International Law Association (ILA) - Committee on the Use of Force
2008 *Initial Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, <www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1022> (accessed: Oct 1, 2009).
- Jazeera.net, Al
2009 *Taliban issues code of conduct*, <english.aljazeera.net/news/asia/2009/07/20097278348124813.html>, (benaderd: 3-12-2009).
- Jinks, D.
2003 *The temporal scope of application of international humanitarian law in contemporary conflicts*, Harvard University, (January 2003)
- Jones, S.G.
2008a *Counterinsurgency in Afghanistan*, RAND Corporation, RAND Counterinsurgency Studies,
2008b *The Rise of Afghanistan's Insurgency*, in: 32 *International Security* (4), p. 7-40.
- Kalshoven, F. & L. Zegveld
2001 *Constraints on the waging of war. An introduction to International Humanitarian Law*. Geneva: ICRC.
- Karskens, A.
2007 *Afghanistan steunen ISAF niet meer*, in: *NRC Handelsblad* (7-12-2007), p. 7.
- Koninklijke Landmacht
2003 *Landmachtdoctrinepublicatie II: Gevechtsoperaties, gevechtsoperaties tegen een irregulier optredende tegenstander (LDP II Deel C)*. Zwolle: PlantijnCasparie.
- 2005 *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht*
- Kooijmans, P.H.
1991 *In the shadowland between civil war and civil strife: some reflections on the standard-setting process*, in: Delissen, A.J.M. & G.J. Tanja (red.), *Humanitarian law of armed conflict challenges ahead (Essays in honour of Frits Kalshoven)*, Dordrecht: Nijhoff Publishers, p. 225-248.
- Lawson, R.
2008 *Mission Impossible. Het EVRM is niet van toepassing op VN-vredesmissies*, in: 33 *NJCM-Bulletin* (1), p. 39-63.
- Lijnzaad, L.
2004 *How not to be an occupying power: some reflections on UN Security Council Resolution 1483 and the contemporary law of occupation*, in: Lijnzaad, L., J.v. Sambeek, B. Tahzib-Lie, et al. (red.), *Making the voice of humanity heard. Essays on humanitarian assistance and international humanitarian law in honour of HRH Princess Margriet of the Netherlands*, Leiden: Martinus Nijhof, p. 291-305.
- Lorenz, D.
2005 *Der territoriale Anwendungsbereich der Grund- und Menschenrechte. Zugleich ein Beitrag zum Individualschutz in bewaffneten Konflikten*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag.
- Loucaides, L.
2006 *Determining the extra-territorial effect of the European Convention: Facts, jurisprudence and the Bankovic case*, in: *European Human Rights Law Review* (4), p. 391-407.

- McCourtbrey, H. & N.D. White
1996 *The Blue Helmets: Legal Regulation of United Nations Military Operations*. Aldershot: Dartmouth.
- Meron, T.
1989 *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Militaire Spectator (Redactie)
2005 De krijgsmacht: Geweldsinstrument, in: 174 *Militaire Spectator* (2), p. 46-47.
- Ministerie van Defensie
2007 *Periodiek overzicht Uruzgan (7-6-2007)*, (benaderd: 7-6-2007).
2009a *Belangrijke stap vooruit in Chora*,
<www.defensie.nl/missies/nieuws/isaf/2009/02/26/46128145/Belangrijke_stap_vooruit_in_Chora>, (benaderd: 26-02-2009).
2009b *Grote militaire operatie in Uruzgan (Tura Ghar)*,
<www.defensie.nl/missies/nieuws/isaf/2009/01/16/46126397/grote_militaire_operatie_in_uruzgan_video> (benaderd: 22-1-2009).
2009c *Raketten op Kamp Holland*,
<www.defensie.nl/missies/nieuws/isaf/2009/01/27/46126841/Raketten_op_Kamp_Holland> (benaderd: 27-1-2009).
- Ministerie van Defensie (Commandant der Strijdkrachten)
2008 *Professioneel optreden militairen Chora*,
<www.mindef.nl/actueel/nieuws/2008/06/20080630_geweld_chora_rechtmatig.aspx> (benaderd: 30-6-2008).
- Moir, L.
2002 *The Law of Internal Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MOU Nederland-Afghanistan
2005, Nov 21 *Memorandum of Understanding between the Minister of Defence of the Islamic Republic of Afghanistan and the Minister of Defence of the Kingdom of the Netherlands, concerning then transfer of persons by Netherlands military forces in Afghanistan to Afghan authorities*,
- Naert, F.
2006 *Detention in Peace Operations: The Legal Framework and Main Categories of Detainees*, in: Studiecentrum voor Militair Recht en Oorlogsrecht (red.), *Gevangengenomen personen*. Studiedag van 18 mei 2005. Proceedings, Brussel, 2006 (zie ook working paper Nr 94) <www.law.kuleuven.ac.be/iir/nl/instituut/Fred.html> (benaderd: 12-12-2006).
- NATO
2002, Jan 4 Military Technical Agreement (MTA) Between the International Security Assistance Force (ISAF) and the Interim Administration of Afghanistan ('Interim Administration'), 2002, Jan 4, in: 41 *ILM* (5), p. 1032.
2006, Aug 21 *Standard Operating Procedures 362 Detention of Non-ISAF Personnel*, SOP 362 3rd edition 2006-8-21. Bron: Roberts, Adam, (2006), Human rights obligations of external military forces, in: *The rule of law in peace operations*, *Receuil XVII International Congress ISMLLW*, p. 448, fn. 27.
2006, Nov 21 *International Security Assistance Force (ISAF). How did this operation evolve?*, <www.nato.int/issues/isaf/evolution.htm>, (benaderd: 15-1-2006).
2006, Oct 16 *Revised operational plan for NATO's expanded mission in Afghanistan*, <www.nato.int/issues/afghanistan_stage3/index.html>, (benaderd: 15-1-2006).
2007 *Operational Staff Handbook*. Stavanger: NATO.
2009, Jan 12 *ISAF Troops in Numbers*, <www.nato.int/isaf/docu/epub/pdf/isaf_placemat.pdf>, (benaderd: 21-4-2009).
2009, Jan 14 *ISAF takes additional measures to avoid civilian casualties*, <www.nato.int/docu/update/2009/01-january/e0114b.html>, (benaderd: 16-1-2009).
- NATO Commander ISAF
2008, Dec 30 *Tactical Directive (HQ ISAF)*, <www.nato.int/isaf/docu/official_texts/Tactical%20Directive_090114.pdf>, (benaderd: 16-1-2009).
- Nauta, D.R.D.
2008 De behandeling van gevangengenomen personen tijdens counter-insurgency missies, in: 101 *Militair Rechtelijke Tijdschrift* (6), p. 173-183.
- Nollkaemper, P.A.

- Nollkaemper, P.A.
2005 *Kern van het internationaal publiekrecht*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Nolte, G.
1999 *Eingreifen auf Einladung. Zur völkerrechtlichen Zulässigkeit des Einsatzes fremder Truppen im internen Konflikt auf Einladung der Regierung*. Berlin: Springer.
- O'Boyle, M.
2004 The European Convention on Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction: A Comment on Life after 'Bankovic' in: Coomans, F. & M.T. Kamminga (red.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford: Intersentia, p. 125-140.
- O'Connell, M.E.
2009 Defining Armed Conflict, in: 13 *Journal of Conflict & Security Law* (3), p. 393-400.
- Openbaar Ministerie
2008 OM: *gewelddaanvendingen Chora rechtmatig*, <www.om.nl/organisatie/@148343/om/>, (benaarder: 30-6-2008).
- Orakhelashvili
2003 Restrictive interpretation of Human Rights treaties in the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights, in: 14 *European Journal of International Law* (3), p. 529-568.
- Paust, J.J.
2003 War and enemy status after 9/11: Attacks on the Laws of War, in: 28 *Yale Journal of International Law* (Summer 2003), p. 325-335.
- Pejic, J.
2005a Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence, in: 87 *International Review of the Red Cross* (858), p. 375-391.
2005b Terrorist acts and groups: A role for international law, in: 75 *British Year Book of International Law* (2004), p. 71-100.
- Pictet, J.S. (red.)
1958 *Commentary (Volume IV) on the Geneva Convention of 12 August 1949, relative to Protection of Civilian Persons in Time of War*. Geneva: ICRC.
- Pouw, E.H. & P.A.L. Ducheine
2009 *ISAF en de rol van het humanitair oorlogsrecht in doelbestrijding tijdens een 'counterinsurgency'*. NLDA, Operaties in Afghanistan (ISAF),
- Quénivet, N.
2005 The Applicability of International Humanitarian Law to Situations of a (Counter-)Terrorist Nature, in: Arnold, R. & P.-A. Hildbrand (red.), *International Humanitarian Law and the 21st Century's Conflicts. Changes and Challenges*, Lausanne: Editions interuniversitaire suisse (Edis), p. 25-61.
- Reidy, A.
1998 The approach of the European Commission and Courts of Human Rights to international humanitarian law, in: 80 *International Review of the Red Cross* (324), p. 513-529.
- Reisman, W.M. & J. Silk
1988 Which Law applies to the Afghan Conflict?, in: 82 *American Journal of International Law* (3), p. 459-486.
- Riggs, R.M.
1985 The Grenada Intervention: A Legal Analysis', in: 109 , 1, in: 109 *Military Law Review* (Summer), p. 1-81.
- Roberts, A.
2006 Human rights obligations of external military forces, in: International Society for Military Law and the Law of War (red.), *The rule of law in peace operations, Recent XVII International Congress ISMLLW*, Bruxelles: ISMLLW, p. 429-450.
- Roberts, A. & R. Guelff (red.)
2000 *Documents on the Laws of War*. Oxford: Oxford University Press.
- Rona, G.
2003 Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the 'War on Terror', in: 27 *Fletcher Forum of World Affairs* (2), p. 55-74.
- Roscini, M.

- Roscini, M.
2007 Threats of armed force and contemporary international law, in: 54 *Netherlands International Law Review* (2), p. 229-277.
- Sadurska, R.
1989 Threats of Force, in: 82 *American Journal of International Law* (2), p. 239-268.
- Sandoz, Y., C. Swinarski & B. Zimmerman (red.)
1987 *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva: Martinus Nijhof.
- Sands, P.
2008 *Torture Team: Rumsfeld's Memo and the Betrayal of American Values*. New York [Etc.]: Palgrave MacMillan.
- Schachter, O.
1991 *International law in theory and practice*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.
- Schrijver, N.
2006 The Future of the Charter of the United Nations, in: 10 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, p. 1-34.
- Senlis Afghanistan
2007 *Stumbling into chaos: Afghanistan on the brink* Senlis Council, (November)
<www.senliscouncil.net/modules/publications> (benaderd: 22-11-2007).
- Shaw, M.N.
2003 *International law*. Cambridge: University Press.
- Simma, B.
1999 NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects, in: 10 *European Journal of International Law*, p. 1-22.
- Soldaat, P. & A.T. Vermeij
2007 Wederopbouw in Zuid-Afghanistan, in: 175 *Militaire Spectator* (2), p. 61-72.
- Soldaat, P.B.
2009 Observaties over operaties in Afghanistan, in: 178 *Militaire Spectator* (4), p. verwacht-xx.
- Stürchler, N.
2007 *The Threat of Force in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- UK Ministry of Defence
2004 *The manual of the Law of Armed Conflict*. Oxford: Oxford University Press.
- UN
2006, Sep 11 *The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*, UN Doc. A/61/326, S/2006/727.
2008, Nov 10 *Report of the Secretary-General on children and armed conflict in Afghanistan*, UN Doc. S/2008/695.
2008, Sep 23 *The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*, UN Doc. A/63/372, S/2008/617.
- UN GA
1968, Dec 19 *GA Resolution 2444: respect for human rights in armed conflicts*, UN Doc. A/Res/2444 (XXIII) (1968).
1970, Dec 9 *GA Resolution 2675: Basic principles for the protection of civilian populations in armed conflicts*, UN Doc. A/Res/2675 (XXV) (1970).
- UN SC
1990, Nov 29 *SC Resolution 678*, UN Doc. S/RES/678 (1990).
1992, Dec 3 *SC Resolution 794*, UN Doc. S/RES/794 (1992).
2001, Dec 20 *SC Resolution 1386*, UN Doc. S/RES/1386 (2001).
2003, Oct 13 *SC Resolution 1510*, UN Doc. S/RES/1510 (2003).
2006, Feb 15 *SC Resolution 1659*, UN Doc. S/RES/1659 (2006).
2006, Sep 12 *SC Resolution 1707*, UN Doc. S/RES/1707 (2006).
2008, Sep 22 *SC Resolution 1833*, UN Doc S/RES/1833 (2008).
- US Department of Defense
2006 *Operational Law Handbook*. Charlottesville: Judge Advocate General's Legal Center and School.
- US Department of State & US Department of Defense
2006 *US Government's initial reactions to ICRC's study on customary international humanitarian law. Letter from John B. Bellinger III, Legal Advisor Department of State and William J. Haynes II, General Coun-*

- US Department of State & US Department of Defense
 2006 *US Government's initial reactions to ICRC's study on customary international humanitarian law. Letter from John B. Bellinger III, Legal Advisor Department of State and William J. Haynes II, General Counsel of the Department of Defense to Dr. J. Kellenberger, ICRC, (3-11-2006)*
 <www.state.gov/s/l/rls/82630.htm> (benaderd: 12-12-2007).
- Vande Lanotte, J. & Y. Haeck (red.)
 2004 *Handboek EVRM. Deel 2-I Artikelsgewijs commentaar.* Antwerpen: Intersentia.
 2005 *Handboek EVRM. Deel 1 Algemene beginselen* Antwerpen: Intersentia.
- Velde, P., ter
 2008 *Kabul & Kamp Holland. Over stad en de oorlog.* Schoorl: Uitgeverij Conserve.
- Warbrick, C.
 2002 Publication Review "The Law of Internal Armed Conflict, Lindsay Moir", in: *European Human Rights Law Review* (5), p. 707-709.
 2004 The European Response to Terrorism in an Age of Human Rights, in: 15 *European Journal of International Law* (5), p. 989-1018.
- White, N.
 1997 *Keeping the peace: The United Nations and the maintenance of international peace and security.* Manchester: Manchester University Press.
- Wilde, R.
 2005 The 'Legal Space' or 'Espace Juridique' of the European Convention on Human Rights: is it relevant to extraterritorial state action, in: *European Human Rights Law Review* (2), p. 115-124.
- Wippman, D.
 1996 Military intervention, regional organizations, and host-state consent, in: 7 *Duke Journal of Comparative and International Law*, p. 209-239.
- Zwanenburg, M.C.
 2007 Pieces of the Puzzle: Peace operations, occupation and the use of force, in: 100 *Militair Rechtelijke Tijdschrift* (3), p. 65-72.
 2008 De Lords, het EVRM en het Handvest: de zaak Al-Jedda, in: 101 *Militair Rechtelijke Tijdschrift* (5), p. 133-144.
 2009 Isaak v. Turkije en Salomou v. Turkije, in: 102 *Militair Rechtelijke Tijdschrift* (1), p. 2-14.

Jurisprudentieoverzicht

ECHR

- 1988-11-29 *Brogan and others v. the United Kingdom*, 29-11-1988, A145-B
1989-07-07 *Soering v. the United Kingdom*, 7-7-1989, 11 EHRR 439.
1992-06-26 *Drozd and Janousek v. France and Spain*, 26-6-1992, 12747/87, 14 EHRR 745.
1995-03-23 *Loizidou v. Turkey (Preliminary objections)*, 23-3-1995, 40/1993/435/514, 20 EHRR 99.
1995-09-05 *McCann and others v. the United Kingdom*, 5-9-1995, 18984/91, 17/1994/464/545, A324.
1998-07-28 *Ergi v. Turkey*, 28-7-1998, 66/1997/850/1057.
1998-10-28 *Osman v. the United Kingdom*, 28-10-1998.
2000-07-19 *Romero De Ibanez and Rojas v. the United Kingdom*, 58692/00, 11 Human Rights Case Digest (7-8), p. 435.
2001-01-11 *Xhavara et Autres c. l'Italie et l'Albanie*, 11-01-2001, 39473/98.
2001-05-04 *McKerr v. the United Kingdom*, 4-5-2001, 28883/95.
2001-12-12 *Banković and others v. Belgium and 16 other contracting states*, 12 december 2001, 52207/99.
2002-03-14 *Paul & Audrey Edwards v. the United Kingdom*, 14-3-2002, 46477/99, RJ&d 2002-III.
2003-03-23 *Öcalan v. Turkey*, 23 March 2003, 46221/99.
2004-04-06 *Özkan v. Turkey*, 6-4-2004, 21689/93.
2004-10-27 *Slimani v. France*, 57671/00.
2004-11-16 *Issa and others v. Turkey*, 16-11-2004, 31812/96.
2005-02-24a *Isayeva v. Russia*, 24-2-2005, 57950/00.
2005-02-24b *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, 24-2-2005, 57947/00, 57948/00, 57949/00.
2005-05-12 *Öcalan v. Turkey*, 12-5-2005, 46221/99.
2005-11-10 *Ramsabai and others v. The Netherlands*, 10-11-2005, 52391/99.
2006-03-14 *Saddam Hussein v. Albania and 20 other contracting states (admissibility)*, 14-3-2006, 23276/04.
2006-09-28 *Isaak v. Turkey (admissibility)*, 28-09-2006, 44587/98.
2007-05-15 *Ramsabai and others v. The Netherlands*, 15-5-2007, 52391/99.
2007-05-31 *Behrami and Behrami v. France & Saramati v. France, Germany and Norway*, 31-5-2007, 71412/01 resp. 78166/01.
2007-06-28 *Pad and others v. Turkey (admissibility)*, 28-06-2007, 60167/00.
2008-01-17 *Khasiyeva and others v. Russia*, 17-01-2008, 5108/02.
2008-06-24 *Salomou and others v. Turkey*, 24-06-2008, 36832/97.
2008-07-10 *Medvedyev and others v. France*, 10-7-2008, 3394/03.
2009-06-30 *Al-Saadoon and Mufidbi v. the United Kingdom*, 30-06-2009, 61498/08.

ECommHR

- 1965-09-25 *X. v. Federal Republic of Germany*, 25-9-1965, 8 Yb of ECHR 158-169.
1975-05-26 *Cyprus v. Turkey*, 26-5-1975, 6780/74, 6950/75, 2 DR 125.
1975-05-28 *Ilse Hess v. the United Kingdom*, 28-5-1975, 6231/73, 18 Yb ECHR (1975) 174 2 DR 73 73.
1980-10-07 *Freda v. Italy*, 7-10-1980, 8916/80.
1989-01-18 *George Vearncombe and Others v. the United Kingdom and the Federal Republic of Germany*, 18-1-1989, 12816/87.
1989-10-12 *Stocké v. Germany (Report)*, 12-10-1989.
1992-10-14 *W.M. v. Denmark*, 14-10-1992, 17392/90.
1994-01-20 *Aylor-Davis v. France*, 20-1-1994, 22742/93, 76-B DR 164-173.
1996-06-24 *Illich Sanchez Ramirez v. France*, 24-6-1996, 28780/95, 86 DR 155.

Hoge Raad

- 2004 *Uitlevering PKK bestuurslid*, 5-5-2004, LJN: AF6988, 02853/02 U (parketnr.).

HRC

- 1981, Jul 29a *Celiberti de Casariego v. Uruguay*, 56/1979, 68 ILR 41.

1981, Jul 29b *Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguay*, 29-7-1981, R.12/52 (6 June 1979), Un Doc A/36/40, p. 176, CCPR/C/OP/1 68 ILR 29.

IACommHR

1997, Nov 18 *Juan Carlos Abella v. Argentina*, 18-11-1997, 11.137, Report No. 55/97, OEA/Ser.L/V/II.98.

1999, Sep 29 *Coard and others v. the United States* ('US military intervention in Grenada'), 10.951, N° 109/99.

ICJ

1949 *The Corfu Channel Case (Merits)*, 9-4-1949, 1 ICJ Rep. p. 4.

1986 *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits*, 27-6-1986, 70 p. 14.

1996a *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8-7-1996, 95.

1996b *Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*[Preliminary objections], 11-7-1996, p. 91.

2004 *Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 9-7-2004, 131.

ICTR

1998 *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, 2-9-1998, ICTR-96-4-T.

ICTY

1995 *Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule"* (Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction), 2-10-1995, IT-94-1-AR72, ILM 35 35.

1998 *Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*, 16-11-1998, IT-96-21-T.

1999 *Prosecutor v. Dusko Tadic (Judgement)*, 15-7-1999, IT-94-1-A.

2000 *Prosecutor v. Zoran Kupreskic e.a.*, 14-1-2000, IT-95-16-T.

2003 *Prosecutor v. Stanislav Galic* 5-12-2003, IT-98-29-T.

2005a *Prosecutor v. Enver Hadzibasanovic, Mehmed Alagic Amir Kubura (Decision on Interlocutory Appeal)*, 2-10-1995, Case IT-01-47, ILM 35.

2005b *Prosecutor v. Limaj e.a.*, 30-11-2005, IT-03-66-T.

2006 *Prosecutor v. Stanislav Galic* 30-11-2006, IT-98-29-A.

2008a *Prosecutor v. Boskoski & Tarculovski*, 10-7-2008, IT-04-82-T.

2008b *Prosecutor v. Ramush Haradinai ea*, 3-4-2008, IT-04-84-T.

Rb Den Haag

1991 *Art. 96 Grondwet (oorlogsverklaring) 2e Golfoorlog*, 11-1-1991, NJ 1993/340, KG 1991/51

Rb Rotterdam

2003 *Hulpverlening aan de vijand in tijd van oorlog of genapend conflict*, 5 juni 2003, AF9546 (LJN); 10/000063-02 (parketnr.).

UK Court of Appeal

2005 *The Queen - on the Application of - Mazin Jumaa Gatteb Al Skeini and others v. the Secretary of State for Defence*, 21-12-2005, Case No: C1/2005/0461, C1/2005/0461B.

2009-01-21 *The Queen - on the application of (1) Faisal Attiyah Nasser Al-Saadoon (2) Kha Laf Hussain Mufldhi and the Secretary of State for Defence*, 21-1-2009, [2009] EWCA Civ 7.

UK High Court

2004 *The Queen - on the Application of - Mazin Jumaa Gatteb Al Skeini and others v. the Secretary of State for Defence*, 14-12-2004, CO/2242/2004.

2008-12-19 *The Queen - on the application of (1) Faisal Attiyah Nasser Al-Saadoon (2) Kha Laf Hussain Mufldhi and the Secretary of State for Defence*, 19-12-2008, [2008] EWHC 3098 (Admin).

UK House of Lords

2007a *Opinions of the Lords of Appeal, for judgement in the cause of Al-Jeddar. Secretary of State for Defence*, 11-12-2007, 2007 UKHL 58.

2007b *Opinions of the Lords of Appeal, for judgement in the cause of Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, 13-7-2007, 2007 UKHL 26.

US Military Tribunal (Nuremburg)

1948 *Wilhelm List and Others*, 19 February 1948, Case No. 215, Annual Digest 15 633.

US Supreme Court

2006 *Hamdan v. Rumsfeld*, 548

91 Research Paper

Operaties in Afghanistan: Rechtsbases en rechtsregimes

P.A.L. Ducheine & E.H. Pouw

December 2009

Publication of the Faculty of Military Sciences
Netherlands Defence Academy

Operaties in Afghanistan: Rechtsbases en rechtsregimes

Operaties in Afghanistan: Rechtsbases en rechtsregimes

P.A.L. Ducheine & E.H. Pouw

Researchpaper no. 91

Faculteit Militaire Wetenschappen

Nederlandse Defensie Academie

Operaties in Afghanistan: Rechtsbases en rechtsregime
P.A.L. Ducheine & E.H. Pouw

Researchprogramma Krijgswetenschappen
Project Operaties in Afghanistan (ISAF)

Nederlandse Defensie Academie (NLDA)
Faculteit Militaire Wetenschappen (FMW)
Postbus 90.0002
4800 PA Breda

©2009 P.A.L. Ducheine & E.H. Pouw

Vormgeving tekst: Paul Ducheine, Lenny Hazelbag & Peter van den Aker
Omslag ontwerp: Eric Franken, bureau Multimedia NLDA
Drukwerk: Thieme MediaCenter Zwolle

Voor het opnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere complicatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de auteur(s) te wenden.
p.ducheine@nllda.nl / p.a.l.ducheine@uva.nl en eh.pouw@nllda.nl

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

ISBN: 978-90-8892-030-1
NUR code 689, 828

Nederlandse samenvatting

In dit research paper gaan we in op twee aspecten van het juridisch raamwerk dat operaties van ISAF omgeeft. De onderzoeksvraag luidt: wat is de rechtsbasis van ISAF en welke rechtsregimes zijn op (de Nederlandse eenheden van) ISAF van toepassing?

Expeditionaire militaire missies – ISAF is daarop geen uitzondering – zullen vanwege de juridische legitimiteit aan een tweetal eisen moeten voldoen. Er zal ten eerste sprake moeten zijn van een adequate rechtsbasis en ten tweede zullen tijdens de operatie de vigerende internationale en nationale rechtsregimes gerespecteerd moeten worden. Enig gebrek aan een van deze leidt allereerst tot onrechtmatig gedrag van Nederland en/of Nederlandse militairen en leidinggevend. Bovendien tasten dergelijke gebreken de sociale legitimiteit – het draagvlak – van deze operaties aan én brengen ze imago-schade voor Nederland en zijn krijgsmacht teweeg.

De rechtsbasis van ISAF wordt bepaald door het *ius ad bellum*. Het *ius ad bellum* is dat deel van het volkenrecht dat extraterritoriaal, transnationaal of interstatelijk geweldgebruik reguleert. Zonder adequate rechtsgrondslag zou die missie – inclusief de Nederlandse bijdrage daaraan – in strijd met de hoofdregel van het *ius ad bellum* zijn: het geweldsverbod.

ISAF blijkt een dubbele rechtsbasis te hebben. Enerzijds berust zij op instemming van de (interim) regering van Afghanistan, zoals onder meer blijkt uit de MTA-ISAF. Daarnaast is de missie gebaseerd op een autorisatie van de VN-Veiligheidsraad onder Hoofdstuk VII van het VN-Handvest. Op basis van een (reeks van) resolutie(s) van de Raad is het de troepenleverende landen van ISAF toegestaan – binnen de grenzen van het door de VN-Veiligheidsraad vastgestelde mandaat – militair geweld in Afghanistan aan te wenden.

Op de ISAF-operaties kunnen – naast de strafwetgeving – in beginsel drie andere rechtsregimes van toepassing zijn. Het gaat daarbij om (1) Rules of Engagement (ROE) in samenhang met het mandaat en de opgedragen taken, (2) het oorlogsrecht (*ius in bello*), en (3) mensenrechten.

Uit het onderzoek blijkt dat in het geval van ISAF – net als bij nagenoeg alle militaire operaties – allereerst ROE van toepassing te zijn.

Het oorlogsrecht is als rechtsregime formeel (*de jure*) van toepassing tijdens militaire operaties zodra (en zolang) er sprake is van een gewapend conflict. Het conflict tussen de Afghaanse overheid en ISAF enerzijds en OMF anderzijds, lijkt op basis van de uitgevoerde analyse te voldoen aan de twee criteria om als gewapend conflict te kunnen gelden: (1) feitelijke vijandelijkheden van een zekere intensiteit, bestaande uit aan elkaar gerelateerd gewapende 'incidenten', die (2) uitgevoerd worden door tegenover elkaar staande georganiseerde gewapende groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen.

Het Afghaanse conflict betreft (sinds 19 juni 2002) een intrastatelijk, niet-internationaal gewapend conflict tussen de Afghaanse regering (en ISAF) enerzijds, en OMF anderzijds. ISAF is partij bij dit gewapende conflict. Op dit conflict is het HOR ter zake van niet-internationaal gewapende conflicten van toepassing. Dit bestaat uit twee delen: het Ge-

meenschappelijk Artikel 3 bij de Geneefse Conventies van 1949, aangevuld met het internationale gewoonterecht dat op niet-internationaal gewapende conflicten van toepassing is. Het oorlogsrecht is ook om een andere reden uiterst relevant. Bij militaire operaties waarin er geen sprake is van een (tijdelijk en plaatselijk) gewapend conflict, wordt het oorlogsrecht door Nederland en de NAVO op beleidsmatige gronden *de facto* toegepast.

Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens is van toepassing op een ieder “die ressorteert onder de rechtsmacht” van een Verdragspartij. Normaliter betreft dit territoriale jurisdictie. In toenemende mate is daarnaast extra-territoriale jurisdictie doorslaggevend. Daarbij doen zich overigens een aantal complicaties voor.

We hebben de toepassing van de ‘Saramati-doctrine’ buiten beschouwing gelaten. Deze doctrine is van toepassing op extra-territoriale jurisdictie in de omstandigheden van de *Saramati-case* in de context van Kosovo en KFOR. Daardoor konden handelingen van KFOR niet aan de troepenleverende landen worden toegerekend. De Afghaanse omstandigheden lijken op een aantal significante punten af te wijken, waardoor het niet uit te sluiten valt dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in een later oordeel een ‘Afghaanse’ zaak anders beoordeelt.

In een aantal gevallen blijkt het EVRM extraterritoriale werking te hebben tijdens militaire operaties. Dit kan allereerst vanwege *State Agent Authority* (SAA). Deze jurisdictie ontstaat omdat via de handelingen van overheidsorganen personen (tijdelijk) binnen de jurisdictie van een verdragspartij vallen, omdat die staat via haar organen een vorm van effectief gezag over deze personen uitoefent of uit kan oefenen. Zodra ISAF eenheden individuen aanhouden/arresteren of detineren, is er sprake van extraterritoriale jurisdictie op grond van SAA.

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

Directe, gerichte militaire acties leveren soms wel, soms geen jurisdictie op. De omstandigheden van het geval zijn daarbij van doorslaggevend belang. Daarbij moet gewaakt worden voor misbruik. Een verdragspartij zou zich aan zijn verantwoordelijkheden kunnen onttrekken door te weinig macht te projecteren, terwijl het daartoe wel in staat is. Ook zou een Verdragspartij bewust buiten haar grondgebied kunnen opereren om jurisdictie te ontlopen.

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

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

Inhoudsopgave

Nederlandse samenvatting	v
Inhoudsopgave.....	vii
Operaties in Afghanistan: Rechtsbases en rechtsregimes	1
1. Inleiding	1
1.1. Aanleiding: ISAF en de gewapende opstand in Afghanistan.....	1
1.2. Onderzoeksvraag en doel.....	3
1.3. Opzet	4
1.4. Afbakening.....	4
2. Rechtsbases voor extraterritoriale militaire operaties	5
2.1. Hoofregel 'ius ad bellum': geweldverbod.....	5
2.2. Uitzondering 1: Toestemming gastland ('consent')	6
2.3. Uitzondering 2: autorisatie VN-Veiligheidsraad.....	7
2.4. Conclusie: rechtsbasis	9
3. Rechtsregimes	11
4. Rechtsregimes: ROE.....	11
5. Rechtsregimes: oorlogsrecht.....	13
5.1. HOR beleidsmatig toepassen ('de facto')	14
5.1.1. Aanleiding	14
5.1.2. Ratio.....	15
5.1.3. Consequenties.....	15
5.1.4. Regime.....	16
5.2. HOR formeel van toepassing ('de jure')	16
5.2.1. Drempel: gewapend conflict	19
5.2.1.1. Intensiteit van geweld.....	20
5.2.1.2. Organisatie	21
5.2.2. Gewapend conflict in Afghanistan?	22
5.2.2.1. Gewapende opstand	23
5.2.2.2. GIRoA en ISAF	24
5.2.2.3. OMF.....	25
5.2.2.4. Geweld en intensiteit vijandelijkheden.....	26
5.2.2.5. Organisatie OMF	29
5.2.2.6. Een gewapend conflict dus?	33
5.2.2.7. Tijdelijk en plaatselijk gewapend conflict?.....	34
5.2.3. Regime.....	35
5.2.3.1. Type gewapend conflict	36
5.2.3.2. Deelregime	40
5.2.3.3. GA 3.....	40
5.2.3.4. Gewoonterecht.....	42
5.2.4. Subconclusie oorlogsrechtelijke regime.....	44
5.3. Conclusie oorlogsrecht.....	45
6. Rechtsregimes: mensenrechten	46
6.1. Vooraf: de schaduw van de 'Saramati-doctrine'	46
6.2. Inleiding: mensenrechten en jurisdictie.....	47
6.3. Drempel: jurisdictie.....	48

6.3.1. Territoriale en extraterritoriale jurisdictie	49
6.3.2. SAA	50
6.3.2.1. Detentie.....	50
6.3.2.2. Aanhouding	53
6.3.2.3. Directe militaire actie	53
6.3.2.4. Ratio SAA	55
6.3.3. ECA.....	55
6.3.4. Saramati opnieuw bezien: ISAF versus KFOR?.....	57
6.3.5. Subconclusie drempel.....	59
6.4. Regime.....	60
6.4.1. Recht op leven.....	60
6.4.2. Gewoonterecht.....	62
6.4.3. Mensenrechten tijdens gewapend conflict.....	63
6.5. Conclusie mensenrechten.....	63
7. Conclusies	65
 Lijst van afkortingen.....	 67
Literatuuroverzicht	69
Jurisprudentieoverzicht	77

Operaties in Afghanistan: Rechtsbases en rechtsregimes

Door: P.A.L. Ducheine & E.H. Pouw¹

1. Inleiding

*‘Goed gesproken, ridder’, zei de nar. ‘Als u maar onthoudt dat u, als u tegen het kwaad vecht, zelf nog niet goed bent! Goed en kwaad zijn elkaanders vijanden, maar ze kunnen dicht bij elkaar liggen’.*²

1.1. Aanleiding: ISAF en de gewapende opstand in Afghanistan

Nederland participeert sinds 2002 met enige onderbreking in de International Security Assistance Force for Afghanistan (ISAF). Sinds de zomer van 2006 is Nederland een van de Troop Contributing Nations in Regional Command South (RC-South). Zij levert onder meer een in de provincie Uruzgan gestationeerde taakgroep (Task Force Uruzgan, TFU),³ bestaande uit een Battlegroup (BG) en een provinciaal reconstructie team (PRT). Tevens levert Nederland een Air Task Force (ATF) en individuele militairen die in de verschillende hoofdkwartieren werken.⁴

Sinds de val van het Taliban-regime in november 2001, maar in ieder geval na de installatie van de regering Karzaï in 2002, is er sprake van een gewapende opstand tegen de Afghaanse regering. Zogeheten *Opposing Militant Forces* (OMF) verzetten zich met geweld tegen het lokale en nationale overheidsgezag dat ondersteund wordt door ISAF. De vijandelijkheden vinden aldus plaats tussen de Afghaanse regering en ISAF enerzijds en opstandelingen, (OMF) anderzijds. Het gewapende verzet van de OMF richt zich ook op ISAF en de Nederlandse eenheden in Zuid-Afghanistan.⁵ De gewapende opstand heeft – in ieder geval in het zuiden – onmiskenbare karakteristieken van een intrastatelijk gewapend conflict.⁶

Door haar taak – het ondersteunen van de Afghaanse overheid met de op- en uitbouw van overheidsgezag en inrichting van de Afghaanse veiligheidsdiensten – is ISAF bij deze strijd

¹ Kolonel dr. Paul Ducheine en majoor mr. Eric Pouw zijn militair jurist en als Universitair Hoofddocent, respectievelijk onderzoeker werkzaam bij de sectie Militair Recht, Faculteit Militaire Wetenschappen, NLDA. De auteurs zijn: Charlie Engels, mrs. Jeroen van den Boogaard, Rogier Bruin, Jan de Bruijn, Bas van Hoek, Gert Walgemoed, alsmede profs. N. Keijzer, J.J.C. Voorhoeve en T.D. Gill erkentelijk voor hun opmerkingen en suggesties. Dit onderzoek werd medio juni 2009 afgesloten. Een separaat deel van dit onderzoek verscheen eerder als: Ducheine (2009b), p. 490-497 en Ducheine (2009a), p. 277 e.v..

² Tonke Dragt, *De brief voor de koning*. 's-Gravenhage: Leopold (1987, 10^e dr.), p. 305.

³ In samenwerking met partnerland Australië, vandaar: 1 (Netherlands/Australian) Task Force Uruzgan, 1(NLD/AUS) TFU, of kortweg TFU.

⁴ Nederland levert sinds november 2008 ook de Commandant van RC-South, generaal-majoor Mart de Kruif. In een eerdere periode was dit generaal-majoor Ton van Loon.

⁵ Bijvoorbeeld: Ministerie van Defensie (2009c).

⁶ Vóór de start van *Enduring Freedom* (8-10-2001) was er reeds sprake van een intrastatelijk gewapend conflict tussen het Taliban-regime en de Noordelijke Alliantie. Tussen 8 oktober 2001 en 19 juni 2002 was er sprake van een interstatelijk, internationaal gewapend conflict tussen Afghanistan en een door de VS geleide coalitie van staten. Zie uitgebreid: Ducheine (2008), p. 467-550.

betrokken.⁷ De internationale troepenmacht ISAF mag, op basis van een autorisatie van de VN-Veilighedsraad onder Hoofdstuk VII van het VN-Handvest, gewapend geweld gebruiken om haar taak binnen Afghanistan uit te voeren.⁸ Voor ISAF is het van cruciaal belang dat geweldgebruik volstrekt legitiem, proportioneel en terughoudend is, waarbij het aantal burgerslachtoffers minimaal is, en dat ISAF respect toont voor de 'rule of law', het primaat van het nationale en internationale recht.⁹ Commandant ISAF benadrukte deze principes in een (openbare) *Tactical Directive*:

We must clearly apply and demonstrate proportionality, requisite restraint, and the utmost discrimination in our application of firepower. [...] Do not hesitate to pursue the enemy, but stay true to the values of integrity and respect for human life.¹⁰

Expeditionaire militaire missies - ISAF is daarop geen uitzondering - zullen vanwege de juridische legitimiteit aan een tweetal eisen moeten voldoen. Er zal ten eerste sprake moeten zijn van een adequate rechtsgrondslag,¹¹ en ten tweede zullen tijdens de operatie de vigerende internationale en nationale rechtsregels gerespecteerd moeten worden.

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

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

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

Dat ROE in alle militaire operaties van belang zijn, is in ieder geval sinds de zaak *Eric O.* algemeen bekend. Ook binnen ISAF gelden uiteraard ROE.

De vraag die zich daarnaast opdringt, is of het oorlogsrecht op de gewelddadige confrontaties van ISAF van toepassing is. Met andere woorden, of het oorlogsrecht normstellend is binnen de (*counter-insurgency*) operatie van ISAF.¹² De vervolgvraag is welk deel van het oorlogsrecht het hier betreft. Het antwoord op deze vragen is afhankelijk van de kwestie of de situatie waarin zich in (Zuid-)Afghanistan de gewapende opstand en vijandelijkheden voordoen, als een gewapend conflict kan worden getypeerd. En als dat zo is, betreft het dan een internationaal of een niet-internationaal gewapend conflict?

Respect voor de vigerende rechtsregimes is allereerst voor een staat en haar krijgsmacht van belang. Maar daarnaast is de beoordeling van functioneel geweldgebruik uiterst relevant voor individuele militairen. Tijdens een gewapend conflict zou een aantal overtredingen van

⁷ UN Doc. S/RES/1386 (2001) (*SC Resolution 1386*). Zie ook de vervolgresoluties: 1413, 1444, 1510, 1563, 1623, 1659, 1707, 1776 en 1833.

⁸ Daarnaast opereert ISAF met instemming van de Afghaanse overheid, zie infra § 2.2.

⁹ NATO (2009, Jan 14); NRC Handelsblad (15-1-2008), *Strengere regels ISAF*.

¹⁰ NATO Commander ISAF (2008, Dec 30).

¹¹ Ter illustratie: zie de discussie over de Nederlandse (politieke) steun aan de inval in Irak, operatie *Iraqi Freedom* (2003), NRC Handelsblad (17-1-2008), *Memorandum DJZ/IR/2003/158. Juristen van Buitenlandse Zaken achten Irak-oorlog van meet af aan onrechtmatig*.

¹² Zie in deze serie *Operaties in Afghanistan (ISAF)*, NILDA Research Paper nr. 98: Pouw & Ducheine (2009), *ISAF en de rol van het humanitair oorlogsrecht in doelbestrijding tijdens een 'counterinsurgency'*.

het oorlogsrecht immers als een oorlogsmisdrijf opgevat kunnen worden.¹³ In een situatie waarin geen gewapend conflict bestaat, en het oorlogsrecht daarom dus niet van toepassing is, is zo'n kwalificatie onmogelijk. Eventuele overtredingen zullen dan naar het reguliere (militaire) straf (en tuchtrecht) worden beoordeeld.

Dat deze kwesties actueel zijn, demonstren de reacties naar aanleiding van de gevechten in Chora (2007),¹⁴ waarbij ook Nederlandse ISAF-eenheden betrokken waren. Over die gevechten concludeerde het Openbaar Ministerie het volgende:

Het Openbaar Ministerie Arnhem heeft de geweldsaanwendingen door Nederlandse militairen in de periode 16 tot en met 20 juni 2007 [in de omgeving van Chora: PD&EP] beoordeeld en concludeert dat het geweld is aangewend binnen de grenzen van het humanitair oorlogsrecht en de geldende geweldsinstructie.¹⁵

De Commandant der Strijdkrachten reageerde als volgt:

In een zojuist gepubliceerd persbericht van het Openbaar Ministerie is bekend gemaakt dat het door Nederlandse militairen gebruikte geweld, tijdens die dagen gebruikt om de Taliban te verdrijven, binnen de grenzen van het humanitair oorlogsrecht en de voor de Nederlandse ISAF-militairen geldende geweldsinstructies is gebleven.¹⁶

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

De achterliggende vraag die het OM zichzelf ongetwijfeld ook heeft gesteld, is op welke rechtsbasis de Nederlandse eenheden in Afghanistan opereerden. Deze rechtsbasis onder het *ius ad bellum* is, of kan, in belangrijke mate richtinggevend zijn voor de antwoorden op de eerder genoemde vraag naar de rechtsregimes.

In datzelfde licht staan vragen die gerelateerd zijn aan mensenrechten. Zijn Nederlandse ISAF-eenheden bij hun optreden in Afghanistan gebonden aan het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)? Of: voldoet de behandeling van gedetineerden aan de normen van het EVRM? Het mag duidelijk zijn dat dit soort vragen ook in militaire operaties jegens gedetineerden van belang is.¹⁷

1.2. Onderzoeksvraag en doel

Als instrument van de democratische rechtsstaat dient de Nederlandse krijgsmacht zich binnen de grenzen van het (inter)nationale recht te bewegen. Daarbij is allereerst van belang dat ISAF over een adequate rechtsbasis – rechtsgrondslag – beschikt, die bekend moet zijn. Daarnaast dienen ISAF en de Troop Contributing Nations (TCN) zich aan de geldende rechtsregels te houden; rechtsregimes dien eveneens onderkend moeten zijn. Een andere opstelling zou niet alleen tot verlies van legitimiteit leiden, maar belangrijker nog, ook conflicteren met de doelstelling van ISAF als geheel. Hoe zou ISAF legitiem de Afghaanse

¹³ Zie de Wet van 19 juni 2003, houdende regels met betrekking tot ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht (Wet internationale misdrijven), 19 juni 2003, *Stb.* 2003, 270 (wijz *Stb.* 2005, 595). Voor zo'n aantijging, zie: Karskens (2007), p. 7; en Advocatenkantoor Steijnen Olof & Stelling (2007).

¹⁴ *Kamerstukken II 2007-08*, 27 925, nr. 272 bijlage; Karskens (2007), p. 7.

¹⁵ Openbaar Ministerie (2008). Toevoeging: EP&PD.

¹⁶ Ministerie van Defensie (Commandant der Strijdkrachten) (2008).

¹⁷ Zie hierna de zaak *Al Skeini* (infra § 6.3.2.1). Zie ook het vermeende 'martelen' van gevangenen tijdens de operatie van SFIR in Irak (2003-2004).

overheid (met haar *counter-insurgency* operatie) moeten ondersteunen, als ISAF geen rechtsbasis had, of zichzelf niet aan de vigerende (inter)nationale rechtsregels zou houden?

De hiervoor gememoreerde twee vragen – wat is de rechtsbasis van ISAF en welke rechtsregimes zijn op (de Nederlandse eenheden van) ISAF van toepassing – worden in deze bijdrage beantwoord.

Deze twee onderzoeksvragen zijn relevant voor *iedere* militaire operatie, en dus ook voor officieren die hieraan, of daarin, leiding geven. Dit onderzoek levert daarom niet alleen een bijdrage aan het onderzoeksprogramma van de faculteit Militaire Wetenschappen van de Nederlandse Defensie Academie, maar draagt ook bij aan het onderwijsprogramma van de NLDA.

Het doel van deze bijdrage is vast te stellen op welke wijze (militair) recht voor de Nederlandse eenheden van ISAF een rol speelt. Een voorafgaande vraag is op welke volkenrechtelijke grondslag (Nederlandse) ISAF-troepen geweld in Afghanistan kunnen gebruiken.

1.3. Opzet

In deze bijdrage zullen we de prealabele kwestie van de rechtsbasis, de rechtsgrondslag voor ISAF en de deelnemende Nederlandse troepen als eerste bezien (§ 2). Daarna analyseren we achtereenvolgens de toepasselijkheid van ROE (§ 4), het oorlogsrecht (§ 5) en mensenrechten (§ 6). We sluiten af met conclusies.

In een tweede en separate bijdrage zullen we inhoudelijk ingaan op de invloed van oorlogsrechtelijke beginselen op de *counter-insurgency* operatie van ISAF. We doen dat aan de hand van de oorlogsrechtelijke beginselen onderscheid (*distinction*) en proportionaliteit, inclusief voorzorgsmaatregelen.¹⁸

1.4. Afbakening

Deze bijdragen maken deel uit van een breder krijgswetenschappelijk onderzoek naar (Nederlandse) ISAF-operaties in Afghanistan. Onze analyse beperkt zich dan ook tot de missie van ISAF. Het Afghaanse deel van Operatie *Enduring Freedom* (OEF) laten we om deze reden buiten beschouwing.¹⁹

¹⁸ Supra voetnoot 12, Pouw & Ducheine (2009), p. 1 e.v..

¹⁹ Dat neemt niet weg dat voor (de Nederlandse bijdrage aan) deze missie een vergelijkbare analyse zou kunnen worden uitgevoerd, zie bijvoorbeeld: Ducheine (2008), p. 1 e.v. (m.n. Hoofdstuk 3 en 5).

2. Rechtbases voor extraterritoriale militaire operaties

In deze paragraaf beantwoorden we de eerste onderzoeksvraag: Op welke volkenrechtelijke basis, rechtsbasis of rechtsgrondslag, is de extraterritoriale militaire operatie ISAF gebaseerd?

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

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

Hoewel een liberale opvatting over de omvang en strekking van het geweldverbod wel gehoord wordt, hanteren we hier – in lijn met de gangbare opvatting – een extensieve interpretatie van dit interstatelijk geweldverbod: het dreigen met of gebruiken van ieder militair geweld is in het internationale verkeer verboden.²⁰ Dit absolute verbod heeft overigens ook een gewoonterechtelijk én een *ius cogens* karakter.²¹

De grondslagen, de rechtbases, voor de ISAF-missie zullen we hierna analyseren. Allereerste bezien we kort de betekenis van het interstatelijke geweldverbod. Daarna behandelen we de hierboven geïntroduceerde uitzonderingen op de hoofdregel: interventie met instemming en autorisatie van de VN-Veiligheidsraad.²²

2.1. Hoofdregel ‘ius ad bellum’: geweldverbod

De betekenis en reikwijdte van het interstatelijke geweldverbod vormt de basis voor alle discussies in het *ius ad bellum* over de rechtmatigheid van extraterritoriale militaire operaties. Het geweldverbod is vastgelegd in artikel 2(4) van het VN-Handvest. Dit artikel wordt ook wel het ‘hart van het Handvest’ genoemd;²³ het verbod geldt als ‘de hoeksteen’ van het hedendaagse *ius ad bellum*.²⁴

In hun internationale betrekkingen onthouden alle Leden zich van bedreiging met of het gebruik van geweld tegen de territoriale integriteit of de politieke onafhankelijkheid van een staat, en van elke andere handelwijze die onverenigbaar is met de doelstellingen van de Verenigde.²⁵

De heersende – en hier toegepaste – interpretatie van het geweldverbod is dat *ieder* gebruik van (of dreiging met) grensoverschrijdende gewapend (lees: militair) geweld door VN-lidstaten, voor welke reden dan ook, verboden is, tenzij het VN-Handvest of het volkenrecht in

²⁰ Voor een overzicht van de verschillende standpunten verwijzen we korthedshalve naar: Ibid. p. 127, voetnoot 37.

²¹ *Ius cogens* of *peremptory norm* is een term uit het internationaal recht die verwijst naar regels die door (bijna) alle staten aanvaard worden en voor de internationale gemeenschap van een fundamenteel belang zijn. *Ius cogens* is dwingend recht: rechten en verdragen die altijd gelden, ook al heeft een staat daar niet expliciet mee ingestemd.

²² Interventie met instemming is strikt genomen geen uitzondering op het geweldverbod. Het geldt als een zelfstandige grondslag in het volkenrecht. We scharen ‘instemming’ hier gemakshalve onder de term uitzonderingen.

²³ Henkin (1971), p. 44.

²⁴ Dinstein (2003), p. 13.

²⁵ Art. 2(4) VN-Handvest.

een uitzondering op deze regel voorziet.²⁶ Ook het dreigen met geweld is verboden als dat geweldgebruik zelf niet geëgitimeerd kan worden.²⁷

Gewapend of militair geweldgebruik kan vele vormen en middelen omvatten. De essentie betreft de toepassing van fysiek geweld. De omvang van dit geweld speelt daarbij geen rol.

Hoewel het geweldverbod primair interstatelijke verhoudingen regardeert, valt ook extraterritoriaal geweldgebruik tegen niet-statelijke actoren zoals de Taliban, Al Qa'ida of andere OMF onder het verbod. Zo'n operatie raakt namelijk in potentie de territoriale integriteit van de staat waar die niet-statelijke actor (NSA) zich ophoudt.²⁸

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

De grondslag van de missie zal daarom in een of meerdere uitzonderingen op dit geweldverbod gevonden moeten worden.

2.2. Uitzondering 1: Toestemming gastland ('consent')

Een soevereine staat mag – binnen de grenzen van het volkenrecht²⁹ – een andere staat toestemming verlenen voor het uitvoeren van militaire operaties op haar grondgebied. Dit speelt bijvoorbeeld in Afghanistan, waar Nederlandse ISAF strijdkrachten (mede) met instemming van de Afghaanse regering aldaar opereren en – indien noodzakelijk – OMF bestrijden (zie Figuur 1). Hoewel interventie met instemming niet als uitzondering op het geweldverbod wordt gezien, is zij wel een omstandigheid die de onrechtmatigheid van een extraterritoriale militaire actie wegneemt.³⁰ Toestemming impliceert ook dat de buitenlandse troepen niet in strijd met de territoriale integriteit en politieke onafhankelijkheid van de soevereine staat aldaar aanwezig zijn.

Interventie met instemming vindt plaats binnen het domein en de randvoorwaarden van een gaststaat. De toestemming voor de interventie moet aan voorwaarden voldoen, zodat misbruik kan worden uitgesloten.³¹ Toestemming moet authentiek, niet afdgedwongen en valide (dat wil zeggen toe te rekenen aan de staat) zijn. Bovendien dient de toestemming door het bevoegde staatsorgaan te zijn verleend.³²

²⁶ Dinstein (2005), p. 88; Simma (1999), p. 2: "[I]t is clear, on the basis of both teleological and historical interpretation of Article 2(4), that the prohibition enacted therein was, and is, intended to be of a comprehensive nature".

²⁷ Zie hiervoor het klassieke voorbeeld van ICJ (1949), *Corfu Channel case*, p. 31. Over dreiging: Sadurska (1989), p. 242; Stürchler (2007), p. 252; Roscini (2007), p. 229.

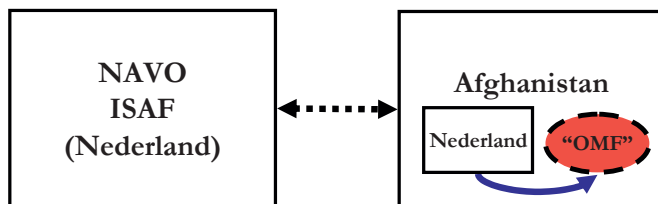
²⁸ Voor een overzicht van de afwijkende opvattingen op dit punt: Ducheine (2008), p. 135-138.

²⁹ Algemene eisen zoals het geweldsverbod en specifieke eisen 'consent' betreffende (zie infra).

³⁰ Zo geheten 'circumstances precluding wrongfulness'.

³¹ Bijvoorbeeld de afdgedwongen Oostenrijkse instemming met de Anschluss van 1938. Zie Wippman (1996), p. 211 voor voorbeelden van misbruik: de voormalige Sovjet-Unie in Hongarije (1956), Tsjechoslowakije (1968) en Afghanistan (1997). De Verenigde Staten in de Dominicaanse republiek (1965), Grenada (1983), waarvan Nolte (1999), p. 584, betoogt dat de VS deze grondslag naast andere hanteerde. Zie o.a. Riggs (1985), p. 1 e.v., de Sovjet interventie in Afghanistan (1979).

³² Uitgebreid: Nolte (1999), p. 1 e.v..



Figuur 1: Interventie met instemming

Sinds de installatie van de regering Karzai in 2002 bestaat valide instemming met de ISAF-missie.³³ Deze instemming is tot uitdrukking gebracht in de Military Technical Agreement tussen de NATO (in casu ISAF) en de Afghaanse interim-overheid³⁴ aangaande de missie van ISAF:

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

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

The Interim Administration understands and agrees that the ISAF Commander will have the authority, without interference or permission, to do all that the Commander judges necessary and proper, including the use of military force, to protect the ISAF and its Mission.³⁵

De regering Karzaï wordt, zeker na de verkiezingen van 2004, door de internationale gemeenschap als legitiem gezien. Na zijn verkiezing heeft president Karzaï zijn instemming met de missie van ISAF herhaald.³⁶

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

2.3. Uitzondering 2: autorisatie VN-Veilighedsraad

Hoewel staten zich bij internationaal geweldgebruik meestal – al dan niet terecht – beroepen op het statelijke recht van zelfverdediging, betreft de primaire uitzondering op het geweldverbod zoals we dat sinds 1945 kennen, geweldgebruik krachtens een besluit van de VN-Veilighedsraad. Dit orgaan heeft binnen het collectieve veiligheidssysteem van de VN het primaat voor de handhaving (en herstel) van de internationale vrede en veiligheid.³⁷ In voorkomend geval zal de VN-Veilighedsraad een situatie als “een bedreiging van de vrede, verbreking van de vrede of daad van agressie” kwalificeren³⁸ Zo’n vaststelling opent de weg naar, en is een *conditio sine qua non* voor, het autoriseren van geweldgebruik tegen statelijke of niet-statale actoren. Deze autorisatie is gebaseerd op de bevoegdheden die de VN-Veilighedsraad zijn toegekend onder (artikel 42 van) Hoofdstuk VII van het VN-Handvest.

³³ Ducheine (2008), p. 345.

³⁴ Kortweg de MTA-ISAF.

³⁵ NATO (2002, Jan 4), p. , resp. Art. I(2), Art. IV(1) en Art. IV(2).

³⁶ In zijn inaugurele rede van 7 december 2004 heeft president Hamid Karzai zijn instemming met de militaire interventie tot uitdrukking gebracht.

³⁷ Art. 24(1) VN-Handvest.

³⁸ Art. 39 VN-Handvest.

De autorisatie voor geweldgebruik is de rechtsbasis voor een of meerdere staten, of een regionale organisatie, om geweld te gebruiken tegen de aangewezen statelijke of niet statelijke actor(en) om de wil van de internationale gemeenschap aan die actoren op te leggen.³⁹ Deze autorisatie bevat meestal de tekst “to use all necessary means” of “to take all necessary measures”, hetgeen – in voorkomend geval – ook militair geweldgebruik omvat.

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

The Security Council, acting for these reasons under Chapter VII of the Charter of the United Nations, Authorizes, [...] the establishment for 6 months of [ISAF];⁴⁰

Het Veiligheidsraad-mandaat autoriseerde ISAF aanvankelijk:⁴¹

to assist the Afghan Interim Authority in the maintenance of security in Kabul and its surrounding areas, so that the Afghan Interim Authority as well as the personnel of the United Nations can operate in a secure environment.⁴²

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

[The Security Council], [a]uthorizes expansion of the mandate of the [ISAF] to allow it, as resources permit, to support the Afghan Transitional Authority and its successors in the maintenance of security in areas of Afghanistan outside of Kabul and its environs, so that the Afghan Authorities as well as the personnel of the United Nations and other international civilian personnel engaged, in particular, in reconstruction and humanitarian efforts, can operate in a secure environment, and to provide security assistance for the performance of other tasks in support of the Bonn Agreement;⁴³

Daarmee werd niet alleen ISAF's werkgebied uitgebreid, maar kreeg ze ook mandaat voor aanvullende taken ter ondersteuning van het Bonn-akkoord.⁴⁴ In de periode februari-maart 2005 nam de NAVO ook de verantwoordelijkheid over in West-Afghanistan (fase II).⁴⁵

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

[The Security Council] [w]elcomes the adoption by NATO of a revised Operational Plan allowing the continued expansion of the ISAF across Afghanistan, closer operational synergy with the Operation Enduring Freedom (OEF), and support, within means and capabilities, to Afghan security forces in the military aspects of their training and operational deployments;⁴⁶

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

³⁹ Blokker (2000), p. 544.

⁴⁰ UN Doc. S/RES/1386 (2001) (*SC Resolution 1386*).

⁴¹ Zie voor de evolutie van ISAF: NATO (2006, Nov 21).

⁴² UN Doc. S/RES/1386 (2001) (*SC Resolution 1386*). Zie ook de vervolgresoluties: 1413, 1444, 1510, 1563, 1623, 1659, 1707, 1776 en 1833.

⁴³ UN Doc. S/RES/1510 (2003) (*SC Resolution 1510*).

⁴⁴ Bonn Agreement: Agreement on provisional arrangements in Afghanistan pending the re-establishment of permanent government institutions, december 2001, , Annex I (ISAF): “the participants request the assistance of the international community in helping the new Afghan authorities in the establishment and training of new Afghan security and armed forces”.

⁴⁵ NATO (2006, Nov 21).

⁴⁶ UN Doc. S/RES/1659 (2006) (*SC Resolution 1659*), § 6.

stelde operatieplan aan ISAF de mogelijkheid robuuster op te treden indien de omstandigheden dat vereisen.⁴⁷

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

[The Security Council] [e]xpressing, in this context, its support for the Afghan Security Forces, with the assistance of ISAF and the Operation Enduring Freedom (OEF) coalition in contributing to security in Afghanistan and in building the capacity of the Afghan Security Forces, and welcoming the extension of ISAF into Southern Afghanistan, with effect from 31 July 2006, the planned further ISAF expansion into Eastern Afghanistan and the increased coordination between ISAF and the OEF coalition,⁴⁸

De huidige Nederlandse bijdrage past in deze fase III van de operatie.⁴⁹ Eind september 2006 werd het geografische werkterrein uitgebreid tot de oostelijke provincies (fase IV), waarmee ISAF nu in geheel Afghanistan actief is.

Om de verschillende onderdelen van haar mandaat te kunnen vervullen, is ISAF geautoriseerd “to take all necessary measures”. ISAF heeft dit mandaat in een campagneplan naar primaire en secundaire militaire taken vertaald.⁵⁰ Deze zijn in operatiebevelen van ondercommandanten nader ingevuld en uitgewerkt. De rol van ISAF komt neer op de taken zoals weergegeven in Tabel 1.⁵¹

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

Tabel 1: Taken ISAF, cfm. (Ducheine:2008332).

Daarnaast heeft ISAF, net als andere missies, in ieder geval (impliciet dan wel expliciet) als (afgeleide) bijkomende taak om zich zelf te beschermen, zogeheten *force protection*.⁵²

2.4. Conclusie: rechtsbasis

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

ISAF blijkt een dubbele rechtsbasis te hebben. Enerzijds berust zij op instemming van de (interim) regering van Afghanistan, zoals onder meer blijkt uit de MTA-ISAF. Daarnaast is de missie gebaseerd op een autorisatie van de VN-Veiligheidsraad onder Hoofdstuk VII van het VN-Handvest. De VN-Veiligheidsraad heeft overigens de bevoegdheid – óók zonder

⁴⁷ *Kamerstukken II 2005-06a*, 27 925, nr. 193 ('Besluit' ISAF (TFU)), p. 13-14.

⁴⁸ UN Doc. S/RES/1707 (2006) (*SC Resolution 1707*).

⁴⁹ Zie o.a. *Kamerstukken II 2005-06a*, 27 925, nr. 193 ('Besluit' ISAF (TFU)).

⁵⁰ NATO (2007), p. II-1 e.v.

⁵¹ NATO (2006, Oct 16).

⁵² Ducheine & Walgemoed (2005), p. 58.

instemming van de Afghaanse regering – een missie als ISAF gestalte te geven.⁵³ Op basis van een (reeks van) resolutie(s) van de Raad is het de troepenleverende landen van ISAF toegestaan – binnen de grenzen van het door de VN- Veiligheidsraad vastgestelde mandaat – militair geweld in Afghanistan aan te wenden.

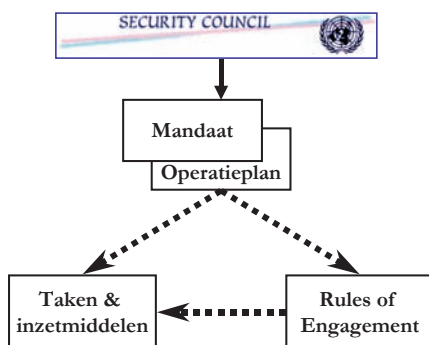
⁵³ Zie ook: Ducheine (2009, Jan 26).

3. Rechtsregimes

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

4. Rechtsregimes: ROE

De militaire contingenten van de in ISAF participerende staten ontleen geweldsbevoegdheden aan het mandaat van de VN-Veiligheidsraad en de daarin vermelde ruime formule “to take all necessary measures”.⁵⁴ Met deze frase wordt tot uitdrukking gebracht dat het mandaat onder Hoofdstuk VII VN-Handvest zonnodig met militair geweld mag worden afgedwongen.⁵⁵ De geweldsbevoegdheden zijn voor de (internationale) troepenmacht vervat in zogeheten *Rules of Engagement* (ROE). Deze ROE dienen in samenhang met het mandaat én de opgedragen en impliciete taken⁵⁶ te worden gelezen, zoals de driehoeksrelatie in Figuur 2 tot uitdrukking brengt.⁵⁷



Figuur 2: Driehoeksrelatie Mandaat – ROE – Taken (& inzetmiddelen), cfm. (Ducheine:2008333).

Zolang er geen sprake is van een (tijdelijk en plaatselijk) gewapend conflict, worden de ISAF-operaties tegen de OMF beheerst door het mandaat, de militaire opdracht en de ROE.⁵⁸ De ROE – in samenhang met mandaat en taken bezien – begrenzen het door de VN-Veiligheidsraad gelegitimeerde geweldgebruik: de “all necessary means”. Anders geformuleerd: zolang er geen sprake is van een gewapend conflict, bestaat het op ISAF van toepassing zijnde rechtsregime uit de ROE die in relatie tot het mandaat en de militaire opdracht moeten worden geïnterpreteerd. De Nederlandse regering over de ISAF-ROE:

De ROE voor de voorgenomen missie in Uruzgan zijn [...] direct afgeleid van het operatieplan, dat rechtstreeks is gebaseerd op het door de Veiligheidsraad verleende mandaat. In dit

⁵⁴ UN Doc. S/RES/1707 (2006) (*SC Resolution 1707*) Ook wordt wel “all necessary means” gebruikt: zie bijvoorbeeld UN Doc. S/RES/678 (1990) (*SC Resolution 678*)(*Desert Storm*); UN Doc. S/RES/794 (1992) (*SC Resolution 794*) (*Restore Hope*, Somalië).

⁵⁵ Schrijver (2006), p. 20; White (1997), p. 128.

⁵⁶ Zoals bijvoorbeeld *Force Protection*.

⁵⁷ Zie Dolman, Ducheine, Gill, *et al.* (2005), p. 381 en Diepenbrugge (2003), p. 372.

⁵⁸ Ducheine (2008), p. 531. Zie hierover ook Dolman, Ducheine, Gill, *et al.* (2005), p. 380-382.

mandaat wordt de bevoegdheid verleend tot het aanwenden van alle noodzakelijke middelen («all necessary measures») om het mandaat tot uitvoer te brengen.⁵⁹

Het militaire optreden kan via meerdere begrippenparen geduid worden. Op basis van het mandaat, de daarvan afgeleide (impliciete) taken én de ROE kan ISAF allereerst reactieve en defensieve acties ondernemen. In het kader van *force protection* is dit aan de orde als OMF ISAF-troepen bedreigen. ISAF kan ook pro-actief en offensief optreden tegen OMF, zodat bijvoorbeeld een bedreiging zich niet verder ontwikkelt, of om het initiatief te hernemen. Het betreft dus een combinatie van reactief en pro-actief optreden.⁶⁰

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

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

Het uitvoeren van zogenaamde «counter-insurgency operations» (COIN) is geoorloofd onder de toepasselijke Rules of Engagement (ROE). Voor het uitvoeren van dergelijke acties is niet noodzakelijk dat sprake is van een gewapend conflict, laat staan van een oorlog, noch heeft het uitvoeren van dergelijke acties als zodanig gevolgen voor de aanduiding van de ISAF operatie. De ROE zijn in lijn met het [Operatieplan], waarin robuuster optreden mogelijk is.⁶¹

Wat binnen een COIN-operatie van cruciaal belang is - zoals hiervoor ook bleek uit de *Tactical Directive* van ISAF-⁶² is de mate waarin, de omstandigheden waaronder en de wijze waarop militair geweld wordt aangewend. Binnen de grenzen van hetgeen juridisch toelaatbaar is, worden om diplomatieke, politiek/militair strategische of operationele redenen strengere grenzen getrokken op basis van beleidsafwegingen.⁶³ Dat doet niets af aan het juridisch afdwingbare karakter van die grenzen. Geweld, defensief en offensief, reactief en proactief, kinetisch en non-kinetisch militair optreden, moet te allen tijde binnen de grenzen van de vastgestelde en vigerende ROE blijven.

⁵⁹ *Kamerstukken II 2005-06c*, 27 925, nr. 202, p. 2.

⁶⁰ Vgl.: Ducheine (2008), p. 331-334.

⁶¹ *Kamerstukken II 2007-08*, 27 925, nr. 287, p. 140.

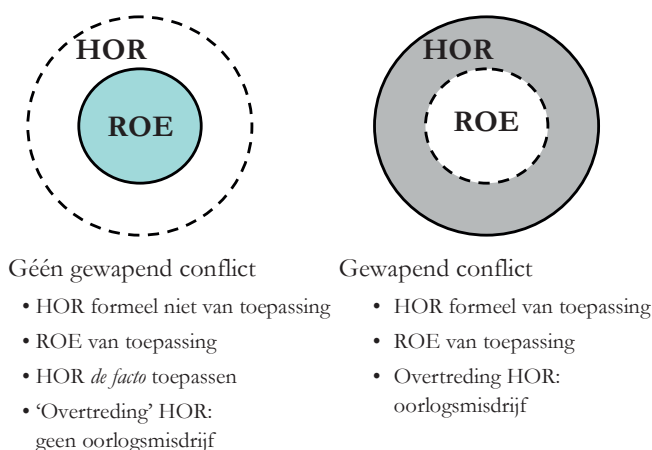
⁶² Supra voetnoot 10.

⁶³ Zie ook onze tweede bijdrage: Pouw & Ducheine (2009), p. 1.e.v..

5. Rechtsregimes: oorlogsrecht

Het humanitaire oorlogsrecht (HOR)⁶⁴ is in twee gevallen een relevant rechtsregime voor militaire operaties. *Ten eerste* kan het regime op beleidsmatige gronden *de facto* worden toegepast tijdens missies waarbij de status van gewapend conflict ontbreekt of waar deze vraagtekens oplevert. We gaan hierna (§ 5.1) op deze situatie in. *Ten tweede*, en dat is ook de oorsprong van het HOR, is het oorlogsrecht automatisch en formeel (*de jure*) van toepassing op een militaire operatie zodra (en zolang) deze als een gewapend conflict moet worden aangemerkt. We werken dit uit in § 5.2.

In beide gevallen spelen óók de hiervoor beschreven ROE een rol. In de *eerste* situatie – de beleidsmatige toepassing – zijn de ROE bevoegdhedenverlenend. In aanvulling daarop moeten – vanwege vast Nederlands en NAVO beleid dat via een (schriftelijk) dienstbevel of dienstvoorschrift kenbaar is gemaakt – naast de ROE óók de regels en beginselen van het HOR gerespecteerd worden, hoewel dit laatste niet formeel van toepassing is. Dit kunnen we aanduiden als het *de facto* toepassen van het HOR. In de *tweede* situatie is het HOR *de jure* van toepassing (omdat er sprake is van een gewapend conflict), waarbinnen de ROE een nadere invulling van het door het HOR gelegitimeerde geweld aangeven. Deze verschillen zijn in Figuur 3 schematisch weergegeven.



Figuur 3: Relatie HOR en ROE in operaties⁶⁵

We bezien hierna eerst de situatie waarin er geen sprake is van een gewapend conflict, waarbij het oorlogsrecht op beleidsmatige gronden feitelijk als rechtsregime wordt toegepast. Vervolgens beschouwen we de situatie waarin het oorlogsrecht formeel van toepassing is, omdat er een gewapend conflict is.

⁶⁴ Ook wel: oorlogsrecht, *ius in bello*. Alternatieve termen zijn: humanitair oorlogsrecht (HOR), (internationaal) humanitair recht, recht der gewapende conflicten, *Law of Armed Conflict* (LAOC), *international humanitarian law* (IHL), *international humanitarian law of (international) armed conflict* en *Law(s) (and Customs) of War*.

⁶⁵ Wij maken onderscheid tussen enerzijds “formeel van toepassing (*de jure*)” en “feitelijk toepassen (*de facto*)”. Het eerste is het gevolg van een juridische imperatief, de laatste van een vrijwillige beleidskeuze.

5.1. HOR beleidsmatig toepassen ('de facto')

5.1.1. Aanleiding

Zolang onduidelijkheid bestaat of er sprake is van een gewapend conflict, of wanneer deze kwalificatie om (politieke) redenen achterwege blijft, maakt, naar vast Nederlands en NAVO-beleid, het oorlogsrecht feitelijk deel uit van het rechtsregime dat tijdens militaire operaties zoals ISAF wordt toegepast. Deze beleidsmatige keuze wordt naar de achtergrond gedrukt, zodra staten van oordeel zijn dat er wel sprake van een gewapend conflict en het oorlogsrecht ook *de jure* van toepassing is. Het oordeel of *de jure* sprake is van een gewapend conflict, is uiteindelijk aan de rechter.⁶⁶

Moderne militaire 'crisisbeheersingsoperaties' kunnen diverse vormen aannemen. Ze variëren van *peacekeeping*, zoals de klassieke monitormissies die een wapenstilstand controleren (bijvoorbeeld UNFICYP), tot *peace-enforcing* en *enforcing* operaties die de wil van de VN-Veilighedsraad aan een niet-statelijke of statelijke actor opleggen. (*Peace*)*enforcing* operaties kunnen zelfs het karakter van een gewapend conflict aannemen, zoals bijvoorbeeld de Korea-oorlog en operatie *Desert Storm*.⁶⁷

Moderne (*peace*)*enforcing* operaties zoals SFIR⁶⁸ en ISAF worden om diplomatieke en politieke redenen door de deelnemende staten niet snel als een gewapend conflict aangemerkt.⁶⁹ Daar staat tegenover dat de NAVO volgens vast beleid – in operaties zoals ISAF – de beginselen en principes van het HOR *de facto* toepast. Deze beleidsmatige keuze houdt in dat – naast de ROE – ook de regels van het HOR worden toegepast, zonder dat deze laatste formeel van toepassing zijn. Dit is vast beleid, aldus de Nederlandse regering:

Binnen de NAVO, maar ook nationaal in Nederland, geldt als vaststaand beleid dat ook in operaties waarop het humanitair oorlogsrecht formeel niet van toepassing is, de restricties uit [het humanitair oorlogsrecht] [...] zullen worden nageleefd.⁷⁰

Specifiek voor de vredesoperatie SFIR in Irak herhaalde de regering dit, met een klein nuancesverschil: "Nederlandse militairen dienen zich volgens vast gebruik bij operaties steeds te houden aan de regels van het internationaal humanitair oorlogsrecht".⁷¹ In de *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht* is dit beleid als volgt vastgelegd: "Ook bij inzet waarbij in meer of mindere mate gevechtskracht wordt ontplooid [lees: gevechtsacties worden uitgevoerd, PD&EP] moeten de regels van het humanitaire oorlogsrecht worden toegepast".⁷² In de praktijk kan toepassing van het HOR – vanwege het *sui generis* karakter van vredesoperaties – problematisch zijn.⁷³

⁶⁶ Al dan niet in het kader van de vervolging van oorlogsmisdrijven, of andere strafbare feiten 'in tijd van oorlog', dan wel vanwege een rechterlijk oordeel in andere kwesties. Zie infra voetnoot 104.

⁶⁷ Ducheine (2008), p. 319, 526. Voor het onderscheid tussen (*peace*)*enforcing* en andere vredesmissies, zie Ducheine (2008), p. 330 en 522.

⁶⁸ *Stabilization Force in Iraq*.

⁶⁹ Voor een voorbeeld van deze gevoeligheid: Interview Berlijn 12 april 2008 NRC, maar ook Lijnzaad (2004), p. 291 en Zwanenburg (2007), p. 65.

⁷⁰ *Kamerstukken I 2003-04*, 29 200 X, nr. C, p. 3.

⁷¹ *Kamerstukken II 2002-03*, 23 432, nr. 117, p. 22.

⁷² Koninklijke Landmacht (2005), p. 27, § 0217. Zie ook Koninklijke Landmacht (2003), p. 460, § 2243: "Bij het gebruik van geweld tijdens vredesoperaties moeten overigens ook de beginselen van het HOR in acht worden genomen".

⁷³ McCoubrey & White (1996), p. 153. Bijvoorbeeld of gevangen de status van krijgsgevangenen genieten of niet. Ook in de sfeer van bezetting kunnen zich problemen voordoen.

5.1.2. Ratio

Zolang er geen sprake is van een gewapend conflict, is het HOR *de facto*, vanwege een beleidsmatige overweging, desondanks een relevant rechtsregime.⁷⁴ De Nederlandse regering bevestigde deze feitelijke toepassing van het HOR voor de missie van ISAF:

Zoals door de regering onder andere is aangegeven in de notitie over juridische aspecten van vredesoperaties, aan de Eerste Kamer verstuurd in antwoord op de vragen van de heer Van Middelkoop [...],⁷⁵ 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.⁷⁶

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

Wat betreft de beperkingen bestaat reeds lange tijd het beleid binnen de NAVO en, ook buiten het kader van de NAVO binnen Nederland, om deze beperkingen ook wanneer het humanitair oorlogsrecht formeel juridisch niet van toepassing is, als veilige marge te hanteren bij het optreden van de Nederlandse krijgsmacht. Daarmee wordt voorkomen dat onduidelijkheid zou ontstaan over de bevoegdheden, afhankelijk van de soms mogelijk wisselende status van een vredesmacht in een conflictgebied. Door ten minste deze grens te hanteren, en soms zelfs een striktere grens, wordt in ieder geval voorkomen dat (onbedoeld) het handelen van de militairen strijdigheid met het humanitair oorlogsrecht zou opleveren.⁷⁷

Gegeven de terughoudendheid van staten om militaire missies als gewapend conflict aan te merken, voorkomt de beleidsmatige toepassing van het HOR dat onduidelijkheid over de status van de operatie negatieve gevolgen voor de (leden van de) vredesmacht heeft. Daarnaast heeft deze keuze ook een pragmatisch voordeel. Het HOR maakt immers op grond van verdragsrechtelijke verplichtingen deel uit van de (standaard) opleiding van militairen. Anders gezegd: militairen, en vooral officieren, zijn bekend met het HOR. Deze basiskennis kan – per operatie – worden aangevuld met missiegerichte informatie over het mandaat, de opdracht, de ROE en andere aanwijzingen die geweldgebruik regarderden.⁷⁸

Praktisch gezien lijkt de kwestie (of er sprake is van een gewapend conflict) op het eerste gezicht minder relevant. Zolang er geen sprake is van een gewapend conflict, is, naast de ROE (die in relatie met mandaat, opdracht en middelen bezien moeten worden) immers ook het HOR richtinggevend. Deze keuze is op beleidsmatige grond genomen. Een bijkomend praktisch voordeel is dat de opleiding en training van militairen aan een eenduidig rechtsregime voor zowel vredesmissies als gewapend conflict (gevechtsoperaties) is gekoppeld, in plaats van aan twee verschillende.

5.1.3. Consequenties

Strafrechtelijke gezien is er echter wel degelijk een significant onderscheid. Zolang het HOR niet formeel van toepassing is, kan het ook niet overtreden worden. Anders gezegd: tijdens een operatie die geen gewapend conflict is, kunnen geen oorlogsmisdrijven worden begaan.

⁷⁴ De Nederlandse regering kwam tot nu toe tot het oordeel dat er – in relatie tot ISAF – geen sprake was/is van een gewapend conflict: “Daarbij wordt opgemerkt dat ook thans [i.e. december 2007] de situatie in Afghanistan niet kan worden bestempeld als een gewapend conflict tussen ISAF en de OMF.”, zie: *Kamerstukken II 2007-08*, 27 925, nr. 287, p. 121.

⁷⁵ *Kamerstukken I 2005-06b*, 30 300 X, nr. A.

⁷⁶ *Kamerstukken II 2007-08*, 27 925, nr. 287, p. 139.

⁷⁷ *Kamerstukken I 2005-06b*, 30 300 X, nr. A, p. 4-5.

⁷⁸ 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* (SOP’s) of *-Procedures* (SOP’s).

Het overtreden van de ROE of het niet opvolgen van de opdracht het HOR te respecteren zullen als overtreding van een dienstbevel onder het militaire strafrecht, dan wel als gemeen delict worden aangemerkt (bijvoorbeeld mishandeling, geweldpleging).⁷⁹ Ook in strafuitsluitende zin bestaat er (nog) verschil. Op dit moment kan een Nederlandse militair slechts tijdens een gewapend conflict – onder voorwaarden – een beroep doen op de rechtvaardigingsgrond van artikel 38 WMSr, tijdens andere operaties (nog) niet.⁸⁰

5.1.4. Regime

We keren terug naar de tweede deelvraag van deze bijdrage: welk rechtsregime is van toepassing op ISAF? Op de eerste plaats bestaat het regime uit de ROE. Daarnaast moet het HOR op beleidsmatige gronden (*de facto*) gerespecteerd worden. De oorlogsrechtelijke grondbeginselen die feitelijk altijd binnen militaire operaties moeten worden toegepast zijn:

- militaire noodzaak;
- onderscheid tussen militairen en andere personen die direct deelnemen aan de vijandelijkheden en burgers, en tussen militaire objecten en burgerobjecten;
- humaniteit;
- proportionaliteit;⁸¹
- eervol gedrag ('chivalry').⁸²

Daarnaast zullen begrippen zoals 'militair doel' en 'rechtstreeks deelname aan de vijandelijkheden' aan de hand van de verdragsrechtelijke, dan wel gewoonterechtelijke betekenis van die termen worden uitgelegd.⁸³ Dit leidt ertoe dat in operaties waarin het HOR formeel niet van toepassing is, het HOR feitelijk een grote rol van betekenis heeft voor het van toepassing zijnde rechtsregime.

5.2. HOR formeel van toepassing ('de jure')

Zodra er sprake is van een gewapend conflict, is automatisch het HOR formeel (*de jure*) van toepassing op de partijen bij het conflict.⁸⁴ Het oorlogsrecht zoekt van oudsher een evenwicht tussen de realiteit van het fenomeen oorlog enerzijds,⁸⁵ en het beginsel van menselijk-

⁷⁹ Zie hierover Dolman, Ducheine, Gill, *et al.* (2005), p. 396, 397-400.

⁸⁰ Zie hierover het wetsvoorstel ter zake: *Kamerstukken II 2007-08*, 31 487, nr. 3. Op dit moment zou hij zich op een ambtelijk bevel ex. art. 43 Sr kunnen beroepen.

⁸¹ De Nederlandse *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht* hanteert consequent "proportionaliteit en subsidiariteit", terwijl subsidiariteit een zuiver Nederlandse strafrechtelijke term is, die in het oorlogsrecht niet voorkomt en opgaat in militaire noodzaak. Zie hierna.

⁸² Koninklijke Landmacht (2005), p. 30, § 0223. Overigens vgl: Koninklijke Landmacht (2005), p. 162-163, § 1028, hier ontbreekt "onderscheid" als separaat principe.

⁸³ 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).

⁸⁴ ICTY (1995), *Tadić (Appeal: jurisdiction)*, § 70: "International humanitarian law applies from the initiation of [...] armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there."

⁸⁵ Amersfoort (2005), p. 11: "war being what it is". Zo ook Dinstein (2004), p. 1: "War is not a chess game. Almost by definition, it entails human losses, suffering and pain".

heid anderzijds.⁸⁶ Anders gezegd: het oorlogsrecht kent een inwendige balans tussen militaire noodzaak en humaniteit.⁸⁷ Dit komt tot uitdrukking in de dubbele doelstelling:⁸⁸

- het beschermen van diegenen die niet (langer) deelnemen aan de vijandelijkheden (vooral burgers, maar ook combattanten die *bors de combat* zijn gesteld);
- het reguleren van de methoden en middelen van oorlogsvoering.⁸⁹

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

Humanitarian law should apply in all circumstances [of armed conflict: PD&EP] to all persons (and objects) protected by it, without taking into account the nature or origin of the conflict, or the causes actually espoused by or attributed to the Parties to the conflict.⁹⁰

De primaire vraag daarbij is: wat is een gewapend conflict?⁹¹ Dit cruciale begrip is in de oorlogsrechtelijke verdragen niet gedefinieerd. Uit de jurisprudentie van het ICTY kan de volgende omschrijving worden afgeleid:

an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force [1] between States or [2] protracted armed violence between [a] governmental authorities and organized armed groups or [b] between such groups within a State.⁹²

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.⁹³ De mening van de betrokken partijen (omtrent het bestaan van een gewapend conflict) is daarbij *niet* doorslaggevend. Dit blijkt bijvoorbeeld ook uit een verklaring van de Nederlandse regering:

de opvatting van de strijdende partijen aangaande de status van het conflict [is] niet relevant [...] voor de toepassing van het recht. [...] Deze benadering voorkomt dat staten om welke reden dan ook de werking van het recht zouden kunnen beletten door toepassing van creatieve juridische interpretaties van het recht of van de feitelijke situatie. De toepassing van het

⁸⁶ Conform: Koninklijke Landmacht (2005), p. 18, § 0117. Rona (2003), p. 57: “The aims of humanitarian law are humanitarian, namely, to minimize unnecessary suffering by regulating the conduct of hostilities and the treatment of persons in the power of the enemy. But humanitarian law is a compromise. In return for these protections, humanitarian law elevates the essence of war – killing and detaining people without trial – into a right, if only for persons designated as ‘privileged combatants’, such as soldiers in an army”.

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

⁸⁷ Dinstein (2004), p. 16. Zo ook Warbrick (2002), p. 707, waarin hij beschrijft dat de Appeal Chambers in *Tadic* beginselen van humaniteit en mensenrechten liet prevaleren boven “the balancing of military purposes and humanitarian protection which has been the characteristic of [IHL]”.

⁸⁸ Zie ook bijvoorbeeld: Koninklijke Landmacht (2005), p. 18, § 0118; UK Ministry of Defence (2004), p. 3, § 1.8: het beschermen van combattanten en niet-combattanten tegen onnodig leed; het waarborgen van fundamentele rechten van diegenen die niet (meer) deelnemen aan het conflict; of Kalshoven & Zegveld (2001), p. 12: “to humanize war”.

⁸⁹ Gillard (2004), p. 25-26.

⁹⁰ Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), p. 29, § 32. Vergelijk hierbij de preambule van AP I: 5: “Reaffirming further that the provisions of the Geneva Conventions [...] and of this Protocol must be fully applied in all circumstances to all persons who are protected by those instruments, without any adverse distinction based on the nature or origin of the armed conflict or on the causes espoused by or attributed to the Parties to the conflict.”

⁹¹ Zie ICRC (2008b).

⁹² ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 70.

⁹³ Zie bijvoorbeeld: Bartels & Boogaard (2008), p. 2416.

humanitair oorlogsrecht is dan ook niet afhankelijk van formele juridische verklaringen maar ontstaat door de *feitelijke* vaststelling van het bestaan van een conflict.⁹⁴

Een gewapend conflict is dus een feitelijke toestand,⁹⁵ waarbij er sprake is van openlijke vijandelijkheden – gevechtshandelingen – tussen in meer of mindere mate georganiseerde “armed forces”,⁹⁶ reguliere of irreguliere strijdkrachten.⁹⁷

The concept of armed conflict, in principle, requires the existence of organized armed groups that are capable of and actually do engage in combat and other military operations against each other.⁹⁸

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 toegestaan. Denk bijvoorbeeld aan de Tweede Golfoorlog (1991). In een groot aantal gevallen ontbreekt die duidelijkheid.⁹⁹ Denk bijvoorbeeld aan terreuracties, of bij extraterritoriale militaire terreurbestrijdingsoperaties, maar ook als een vredesmacht betrokken raakt bij gevechtsacties.¹⁰⁰ Deze onduidelijkheid kan verschillende redenen hebben. Enerzijds kan er onduidelijkheid bestaan over de feiten. Dit regardeert zowel partijen (wie?) als het geweld (wat?). Zo zal geweldgebruik een zekere drempelwaarde moeten overschrijden; deze drempelwaarde is echter geen absolute en ge-fixeerde waarde.

Anderzijds kan één van de betrokken partijen – in weerwil van de hierboven beschreven theorie – om hem moverende redenen terughoudend zijn met het duiden van het geweldgebruik als een gewapend conflict.¹⁰¹ Daarvoor kunnen meerdere redenen bestaan. De psychologische effecten van een dergelijke kwalificatie mogen niet onderschat worden. De strafrechtelijke gevolgen kunnen terughoudendheid in de hand werken. Tijdens een gewapend conflict kunnen immers schendingen van het oorlogsrecht – kortweg: oorlogsmisdrijven – worden gepleegd;¹⁰² daarbuiten zijn oorlogsmisdrijven per definitie onmogelijk.¹⁰³ Het duiden van een gedraging als oorlogsmisdrijf heeft waarschijnlijk invloed op de organisatie én de psyche van de militair(en).

Indien er onduidelijkheid over het bestaan van een gewapend conflict bestaat, zal de (straf)rechter moeten vaststellen of er sprake is van zo’n situatie.¹⁰⁴

⁹⁴ *Kamerstukken I 2005-06b*, 30 300 X, nr. A, p. 4. [Accent: PD&EP].

⁹⁵ In klassieke zin bestond er ook (de jure) oorlog na een oorlogsverklaring. Deze praktijk is echter inmiddels achterhaald. Anders dan velen gebruikt Dinstein (2005), p. 15, nog steeds de term ‘war’ (in een specifieke betekenis).

⁹⁶ Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), p. 1319, § 4341.

⁹⁷ *Armed forces* dient ruim te worden opgevat. Dit kunnen ook gewapende opstandelingen, rebellen, paramilitaire groepen etc. zijn. Zie ook: Ibid. p. 1352, § 4462.

⁹⁸ IACommHR (1997, Nov 18), *Abella case*, § 152.

⁹⁹ In andere gevallen bestaat duidelijkheid over het gewapende conflict, bijvoorbeeld *Enduring Freedom*, maar heerst verschil van mening over soort en het van toepassing zijnde deelregime. Zie bijvoorbeeld de discussie over de status van Al Qa’ida verdachten in Afghanistan: Gill & Sliedregt (2005), p. .

¹⁰⁰ Zie over deze problematiek: Ducheine (2008), p. 470 e.v..

¹⁰¹ Zie bijvoorbeeld de Britse positie die het bestaan van een gewapend conflict met de IRA (in Noord-Ierland) consequent afwees.

¹⁰² Zie bijvoorbeeld het beroep van verdediging in ICTY (1995), *Tadić (Appeal: jurisdiction)*; en ICTY (2008a), *Boškoski*, § 174, waarbij de verdediging het bestaan van een gewapend conflict in twijfel trok.

¹⁰³ Zie o.a. art. 8 Statuut van Rome (ICC Verdrag), en artt. 5-7 Wet internationale misdrijven. Zie ook art. 1 Wet oorlogstrafrecht, waarin – naast het gewapende conflict – ook nog de volkenrechtelijke term oorlog wordt gebruikt.

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

¹⁰⁴ Niet alleen in commune strafzaken zoals Rb Rotterdam (2003), *Hulpverlening aan de vijand in tijd van oorlog of gewapend conflict*, maar ook in zaken waarin de status van een gevangene ter discussie staat, zie bijvoorbeeld

De vraag die we hier dus allereerst moeten stellen, is wanneer geweldgebruik als een gewapend conflict kan worden aangemerkt. Of anders geformuleerd: wanneer overschrijdt geweldgebruik de drempel van een gewapend conflict (§ 5.2.1)? Als eenmaal vaststaat dat het conflict een gewapend conflict is, moeten we vervolgens – ten tweede – bepalen welk deel van het oorlogsrecht als rechtsregime geldt (§ 5.2.3).¹⁰⁵

5.2.1. 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.¹⁰⁶ Beneden de ondergrens is er *geen* sprake van een gewapend conflict én is het oorlogsrecht dus ook *niet* van toepassing.¹⁰⁷

Wil er sprake zijn van een gewapend conflict, dan moet, zo blijkt uit de jurisprudentie van het ICTY, aan twee cumulatieve voorwaarden zijn voldaan.¹⁰⁸ 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.¹⁰⁹

Deze voorwaarden zullen we kort bezien. We analyseren op basis van met name jurisprudentie van internationale strafhoven het intensiteitscriterium (§ 5.2.1.1) en het organisatievereiste (§ 5.2.1.2). Uiteindelijk moeten die bevindingen op ISAF worden toegepast (§ 5.2.2). We nemen daarbij voorlopig aan dat er sprake is van geweldgebruik tussen de strijdkrachten van Afghaanse overheid – gesteund door de internationale troepenmacht ISAF¹¹⁰ – enerzijds en de OMF anderzijds.

US Supreme Court (2006), *Hamdan v. Rumsfeld*. Zie ook: Rb Den Haag (1991), *Art. 96 Grondwet (oorlogsverklaring) 2e Golfoorlog*; en Hoge Raad (2004), *Uitlevering PKK bestuurslid*.

¹⁰⁵ Zie de discussie over Quantanamo Bay: Gill (2002), p. 125 en Sands (2008), p. 1 e.v..

¹⁰⁶ Ducheine (2008), p. 472. Strikt genomen zijn er twee ondergrenzen: voor een niet-internationaal gewapend conflict en voor een internationaal gewapend conflict.

¹⁰⁷ Zie bijvoorbeeld art. 1(2) AP II: “Dit [Tweede Aanvullende] Protocol is niet van toepassing op situaties van interne ongeregeldeheden en spanningen, zoals rellen, op zichzelf staande en sporadisch voorkomende daden van geweld en andere handelingen van soortgelijke aard, die niet zijn te beschouwen als gewapende conflicten”.

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

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

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

¹⁰⁸ Zie uitgebreid: Ducheine (2008), p. 474. Conform: ICRC (2003), p. 18-19: “Armed conflict of any type requires a certain intensity of violence and, among other things, the existence of opposing parties”; Bartels (2008), p. 78; O’Connell (2009), p. 396; International Law Association (ILA) - Committee on the Use of Force (2008), p. 22-23.

¹⁰⁹ ICRC (2003), p. 18-19: “Armed conflict of any type requires a certain intensity of violence and, among other things, the existence of opposing parties”. Zie in dit verband ook: IACommHR (1997, Nov 18), *Abella case*, ICTY (1999), *Tadić (Appeal: judgement)*; ICTY (2008b), *Haradinaj*.

¹¹⁰ Zie de MTA-ISAF en het ISAF-mandaat, supra voetnoot 34, resp. voetnoot 40.

5.2.1.1. Intensiteit van geweld

Uit de jurisprudentie van het ICTY blijkt dat – in tegenstelling tot binnenlandse criminaliteit of onrust – de nadruk bij een (intrastatelijk) gewapend conflict ligt op “the protracted extent of the armed violence and the extent of organisation of the parties involved”.¹¹¹ 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.¹¹² Het feit dat (binnenlands) oorlogsgeweld “protracted” is, onderscheidt het derhalve van ‘gewonere’ vormen van incidenteel (binnenlands) geweld.

In een recente uitspraak gaf het ICTY aan dat het “protracted armed violence” criterium meer door de intensiteit van het geweld, dan door de duur daarvan bepaald wordt.¹¹³ Dat lijkt ook aan te sluiten bij de tekst van het Statuut van Rome (ICC Verdrag), zoals het ICTY zelf ook vaststelt.¹¹⁴

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

These indicative factors include the *number, duration and intensity* of individual confrontations; the *type of weapons and other military equipment* used; the *number and calibre of munitions* fired; the *number of persons and type of forces* partaking in the fighting; the number of *casualties*; the extent of *material destruction*; and the number of *civilians fleeing* combat zones. The involvement of the UN Security Council may also be a reflection of the intensity of a conflict.¹¹⁵

In de *Boskoski case* was het Hof uitgebreider:

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

At a more systemic level, an indicative factor of internal armed conflict is the way that organs of the State, such as the police and military, use force against armed groups.¹¹⁶

Zoals uit deze uitspraken blijkt, is er sprake van een combinatie van kwalitatieve en kwantitatieve criteria. We hebben ze in onderstaande tabel bijeengebracht.

¹¹¹ ICTY (1998), *Celibici (Trial)*, § 185.

¹¹² Jinks (2003), p. 6; Quénivet (2005), p. 34.

¹¹³ ICTY (2008b), *Haradinaj*, § 49. Zie in dat verband ook: IACommHR (1997, Nov 18), *Abella case*, waarin er gedurende dertig uur sprake was van een gewapend conflict.

¹¹⁴ ICTY (2008a), *Boskoski*, § 186, verwijzend naar art. Article 8(2)(d) van het Statuut van Rome.

¹¹⁵ ICTY (2008b), *Haradinaj*, § 49. [Accent: PD&EP].

¹¹⁶ ICTY (2008a), *Boskoski*, § 177-178.

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

Tabel 2: Kwalitatieve en kwantitatieve indicatoren intensiteit

5.2.1.2. Organisatie

De tweede eis betreft tegenover elkaar staande gewapende georganiseerde groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen.¹¹⁷ Dit is de organisatie eis: “an armed conflict can exist only between parties that are sufficiently organized to confront each other with military means”.¹¹⁸

The [Tadic Appeals] Chamber observed that “an organised group [...] normally has a structure, a chain of command and a set of rules as well as the outward symbols of authority” and that its members do not act on their own but conform “to the standards prevailing in the group” and are “subject to the authority of the head of the group”. Thus, for an armed group to be considered organised, it would need to have *some hierarchical structure* and its leadership requires the *capacity to exert authority* over its members.¹¹⁹

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

De kwestie van hiërarchie staat los van de kwestie van discipline in relatie tot het vermogen om het HOR te respecteren. Dit gezag hoeft niet van dien aard te zijn dat de groep zich daadwerkelijk conform het oorlogsrecht gedraagt. Het gaat veeleer over het *vermogen* om zich conform het oorlogsrecht te gedragen, los van de kwestie of dat feitelijk ook zo is. Het feit dat de groep het oorlogsrecht respecteert wordt als een uiting van adequaat gezag gezien.¹²⁰ Het feit dat een groep het oorlogsrecht – bewust en planmatig – schendt, kan eveneens een uiting van gezag over de groep zijn.¹²¹

¹¹⁷ Zie ook M. Sassoli, XXXIst Round Table on "International Humanitarian Law and Human Rights in Peace Operations (4-6 september 2008, San Remo), <www.iihl.org>.

¹¹⁸ ICTY (2008b), *Haradinaj*, § 60.

¹¹⁹ ICTY (2008a), *Boskoski*, § 195, verwijzend naar ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 120.

¹²⁰ ICTY (2008a), *Boskoski*, § 196.

¹²¹ Ibid., § 205: “However, so long as the armed group possesses the organisational ability to comply with the obligations of international humanitarian law, *even a pattern of such type of violations would not necessarily suggest that the party did not possess the level of organisation* required to be a party to an armed conflict. The Chamber cannot merely infer a lack of organisation of the armed group by reason of the fact that international humanitarian law was frequently violated by its members. In assessing this factor the Chamber needs to examine how the attacks were planned and carried out – that is, for example, whether they were

Reguliere strijdkrachten, zoals die van de NAVO-lidstaten en zoals de *Afghan National Army* (ANA), worden geacht aan deze voorwaarden qua organisatie te voldoen.¹²² Voor irreguliere strijdkrachten, 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.¹²³

In de *Boskoski case* ordende het ICTY deze criteria in vijf categorieën, die we hier tot vier terugbrengen:

- Factoren die op een commandostructuur duiden (aanwezigheid van staf, hoofdkwartier, opperbevel, interne orders, communiqués, woordvoerder, bevelsverhoudingen, rangen en functiebeschrijvingen), inclusief eenhoofdige vertegenwoordiging;¹²⁴
- Factoren die het militaire operationele vermogen duiden (vermogen om strategie te bepalen, omvangrijke militaire operaties uit te voeren, terrein te beheersen, vermogen om gecoördineerde operaties uit te voeren, bevelvoering);
- Logistieke indicatoren (o.a. training en werving personeel, bevoorradings, verbindingen);
- Discipline en het *vermogen* om het oorlogsrecht te implementeren (disciplinair systeem, training).¹²⁵

5.2.2. Gewapend conflict in Afghanistan?

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

We beschouwen daartoe eerst kort de gewapende opstand (§ 5.2.2.1). Vervolgens bezien we de betrokken partijen, de Afghaanse overheid en ISAF enerzijds (§ 5.2.2.2) en de OMF anderzijds (§ 5.2.2.3). Vervolgens analyseren we het geweld en de geweldsintensiteit (§ 5.2.2.4), waarna we de organisatie van de OMF nader bezien (§ 5.2.2.5). Ten slotte beantwoorden we de vraag of er sprake is van een gewapend conflict in (Zuid-)Afghanistan (§ 5.2.2.6 – 5.2.2.7).

primarily the result of a military strategy ordered by those leading the group or whether they were perpetrated by members deciding to commit attacks of their own accord”. [Accent: PD&EP].

¹²² ICTY (2008b), *Haradinaj*, § 60: “State governmental authorities have been presumed to dispose of armed forces that satisfy this criterion”.

¹²³ Ibid., § 60. Zie ook ICTY (2008a), *Boskoski*, § 194-206; en ICTY (2005b), *Limaj*. [Accent: PD&EH]

¹²⁴ Deze laatste toevoeging komt voor onze rekening: PD&EP.

¹²⁵ ICTY (2008a), *Boskoski*, § 204: “The Chamber accepts that a high number of international humanitarian law violations by the members of an armed group may be indicative of poor discipline and a lack of hierarchical command in the group in some instances. It is noted that one national court has held that a pattern of violations of rules of international humanitarian law such as terrorist attacks indicates a lack of responsible command under Article 1 of Additional Protocol II, although the court nonetheless found that Common Article 3 applied. However, the Chamber also recognises that some terrorist attacks actually involve a high level of planning and a coordinated command structure for their implementation.”

5.2.2.1. Gewapende opstand

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

Sinds de val van het Taliban-regime in november 2001 is er sprake van een gewapende opstand tegen de Afghaanse regering die daarbij ondersteund wordt door (onder andere) ISAF. Human Rights Watch onderzocht de consequenties van de gewapende opstand (*insurgency*) en beschreef de situatie als volgt:

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

International and Afghan military forces have carried out extensive military operations against these insurgent forces, in many cases causing large numbers of civilian casualties. [...] The most intense fighting to date occurred in 2006, including major hostilities in southern provinces around Kandahar, and in and around Kunar province, on the eastern border with Pakistan.¹²⁶

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

Recognizing that the responsibility for providing security and law and order throughout the country resides with the Afghan Authorities, stressing the role of the International Security Assistance Force (ISAF) in assisting the Afghan Government to improve the security situation and welcoming the cooperation of the Afghan Government with ISAF,¹²⁷

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

The overall situation in Afghanistan has become more challenging since my previous report. Despite the enhanced capabilities of both the Afghan National Army and the international forces, the security situation has deteriorated markedly. The influence of the insurgency has expanded beyond traditionally volatile areas and has increased in provinces neighbouring Kabul. Incidents stemming from crossborder activities from Pakistan have increased significantly in terms of numbers and sophistication. The insurgency's dependence on asymmetric tactics has also led to a sharp rise in the number of civilian casualties. [...] Another worrying development is the fact that attacks on aid-related targets and non-governmental organizations have become more frequent and more deadly.¹²⁸

Deze penibele veiligheidssituatie die door de gewapende opstand veroorzaakt wordt, komt ook tot uitdrukking in resoluties van de VN-Veiligheidsraad,¹²⁹ rapporten van Human

¹²⁶ Human Rights Watch (2007), p. 12.

¹²⁷ UN Doc S/RES/1833 (2008) (*SC Resolution 1833*)

¹²⁸ UN Doc. A/63/372, S/2008/617 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 2.

¹²⁹ UN Doc S/RES/1833 (2008) (*SC Resolution 1833*): "Expressing its strong concern about the security situation in Afghanistan, in particular the increased violent and terrorist activities by the Taliban, Al-Qaida, illegally armed groups, criminals and those involved in the narcotics trade, and the increasingly

Rights Watch,¹³⁰ The Senlis Council (nu: ICOS)¹³¹ en het *Annual Report* van het International Committee of the Red Cross (ICRC).¹³²

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

5.2.2.2. GIRoA en ISAF

Het doel van ISAF is de Afghaanse overheid (*Government of the Islamic Republic of Afghanistan*, GIRoA) bij te staan in het verbeteren van de veiligheidssituatie:

Het centrale doel van de ISAF-missie is de Afghaanse overheid te helpen zelf de veiligheidsproblemen in haar land ter hand te nemen.¹³³

Vanwege deze doelstelling treedt ISAF in beginsel samen met de Afghaanse autoriteiten, en met name de ANSF (in casu ANA en Afghan National Police, ANP) op. “Zo neemt de ANA thans landelijk deel aan bijna 70% van alle ISAF-operaties”, aldus de Nederlandse regering in de meest recente voortgangsrapportage.¹³⁴

De Afghaanse strijdkrachten, de ANA, verkeren nog steeds in groeifase, en zijn vanwege gebrek aan ‘enablers’,¹³⁵ zware middelen, of qua opleiding en training, slechts beperkt (zelfstandig) inzetbaar. De ANA heeft op dit moment een sterkte van zo’n 63.000 man.¹³⁶ Zij treedt doorgaans in samenwerking met ISAF (en OEF) eenheden op. In RC-South bevindt zich 205^e ANA Corps, in Uruzgan 4^e ANA Brigade (1400 man).¹³⁷ Operational Mentoring and Liaison Teams (OMLT’s) van ISAF (en OEF) verzorgen niet alleen de opleiding en begeleiding van de ANA, zij leveren ook de *enablers* zoals verbindingen, luchtsteun, genie en geneeskundige steun/afvoer. Qua uitrusting, ervaring en opleiding kan het jonge ANA slechts beperkt zelfstandig opereren tegen OMF:

De inzetbaarheid en zelfstandigheid van de Afghaanse troepen neemt gestaag toe. [...] De inzetbaarheid van de aanwezige bataljons van de 4^e ANA Brigade in Uruzgan verbetert nog steeds. Samen met de OMLT’s werd deelgenomen aan verscheidene operaties in de afgelopen periode. Op dit moment zijn zowel het eerste als het tweede bataljon in staat tot het plannen en uitvoeren van counter-insurgency operaties op pelotonsniveau.¹³⁸

strong links between terrorism activities and illicit drugs, resulting in threats to the local population, including children, national security forces and international military and civilian personnel”.

¹³⁰ Human Rights Watch (2007), p. 1.

¹³¹ Senlis Afghanistan (2007), p. 1.; ICOS (2008), p. 7.

¹³² ICRC (2008a), p. 18: “The armed conflict in Afghanistan spread considerably in 2007, [...], fighting between armed groups and national and international forces occurred regularly in more than half of Afghanistan’s provinces, while provinces not directly affected by fighting endured roadside bombs, targeted killings, suicide bombings and deliberate intimidation of civilians. Military operations by international forces included aerial bombardments in the south and east. While the south remained the region worst affected by the conflict, the south-eastern provinces of Ghazni, Paktia, Paktika and Zabul saw a marked deterioration in the security situation. Fighting between national and international forces and armed groups also spread into western and central areas”.

¹³³ *Kamerstukken II 2008-09*, 27 925, nr. 325, p. 5.

¹³⁴ *Ibid.* p. 21.

¹³⁵ Zie hierna.

¹³⁶ *Kamerstukken II 2008-09*, 27 925, nr. 325, p. 21; UN Doc. A/63/372, S/2008/617 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 23.

¹³⁷ Alsmede 1300 Afghan National Police (ANP): *Kamerstukken II 2008-09*, 27 925, nr. 325, p. 22.

¹³⁸ *Ibid.* p. 21.

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

ISAF heeft thans een sterkte van 55.100 manschappen.¹³⁹ In Zuid-Afghanistan, het operatiegebied van RC-South dat de provincies Daikundi, Helmand, Kandahar, Nimruz, Uruzgan en Zabul omvat,¹⁴⁰ zijn dat 23.000 man/vrouw. In Uruzgan bevinden zich zo'n 2.000 ISAF militairen. ISAF beschikt over: grondtroepen; infanteriegevechtsvoertuigen en tanks (Canada en Denemarken); gevechtssteun waaronder artillerie (mortieren, houwitsers, raketsystemen)¹⁴¹ en genie; luchtsteun in de vorm van gevechtsvliegtuigen, bommenwerpers, gevechtshelikopters, speciale vliegtuigen voor luchtsteun aan grondtroepen (A-10 en AC-130 *Spectre Gunship*)¹⁴² en onbemande vliegtuigen.

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

Daarbij zal desnoods door het uitvoeren van offensieve veiligheidsoperaties een gewapende tegenstander in een bepaald gebied worden bestreden met als doel in dat gebied de veiligheidssituatie te verbeteren.¹⁴³

Reguliere strijdkrachten zoals ANA en ISAF voldoen qua organisatie per definitie aan de eis die in doctrine en jurisprudentie (zie hiervoor § 5.2.1.2) aan gewapende partijen bij het conflict is gesteld.

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

5.2.2.3. OMF

De 'andere' zijde van het conflict wordt gevormd door 'gewapende opstandelingen'. De opstandelingen bestaan uit meerdere groeperingen. De verzamelnaam is Opposing Militant Forces, kortweg OMF.¹⁴⁴ Het gaat om Taliban, Al Qa'ida en Hezb-i Islami Gulbuddin (HiG).¹⁴⁵ Het zuiden van Afghanistan, waaronder de provincies Kandahar en Helmand, is een van de gebieden waar de opstand hardnekkig en intensief is.¹⁴⁶ De activiteiten van de OMF in Zuid-Afghanistan concentreren zich op de provincies Uruzgan, Zabul, (Noord)-Kandahar en (Noord)-Helmand.¹⁴⁷ De Nederlandse regering beschreef de situatie eind 2005 als volgt:

¹³⁹ NATO (2009, Jan 12), waarvan ongeveer 23000 in RC-South.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II 2005-06b*, 27 925, nr. 201, p. 7.

¹⁴¹ Zie Soldaat & Vermeij (2007), p. 69, waarin de auteurs wijzen op de HIMARS (High Mobility Artillery Rocket System).

¹⁴² Ebbelaar (2009), p. 24, in casu het relaas van M. Kroon over gevechten in de Baluchivallei en Chora (2007).

¹⁴³ *Kamerstukken II 2005-06a*, 27 925, nr. 193 ('Besluit' ISAF (TFU)), p. 13-14. Zie ook: Ministerie van Defensie (2009b).

¹⁴⁴ OMF is de term die in de Nederlandse kamerstukken wordt gebruikt. Als generiek begrip wordt ook wel 'Taliban' gebruikt (als synoniem voor OMF). Waar dit in de gebruikte bronnen voorkomt hebben wij dit letterlijk overgenomen. Wij zullen dit onderscheid echter voeren.

¹⁴⁵ Voor een gedetailleerdere indeling o.a.: Jones (2008b), p. xi, 37: "A mixed group of insurgents comprised of the Taliban, Hezb-i-Islami, the Haqqani network, foreign fighters, local tribes, and criminal organizations began a sustained effort to overthrow the Afghan government".

¹⁴⁶ Daarnaast betreft het oost-Afghanistan (o.a. provincie Kunar): Human Rights Watch (2007), p. 12.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II 2005-06b*, 27 925, nr. 201, p. 7.

De gewapende strijd van de Opposing Militant Forces (OMF: de Taliban, Al Qa'ida en Hezb-i Islami Gulbuddin) duurt voort en er zijn regelmatig gevechtsacties, vooral in het zuiden en oosten. [...] De veiligheidssituatie in het zuiden en oosten is slecht. Het gezag van de centrale en provinciale overheid is er niet sterk. Voor de stabiliteit van Afghanistan op de langere termijn is het essentieel dat ook in deze gebieden de overheid haar gezag kan uitbreiden en dat de veiligheid en stabiliteit toenemen. Momenteel [22-12-2005] opereren de OMF nog in en vanuit sommige gebieden in het zuiden en oosten en vanuit Pakistan.¹⁴⁸

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

- het verzamelen van inlichtingen over de activiteiten van de coalitiestrijdkrachten van de operatie *Enduring Freedom* en van de Afghaanse autoriteiten;
- het uitvoeren van hinderlagen, overvallen en aanslagen met geïmproviseerde explosieven op patrouilles van de coalitiestrijdkrachten en de Afghaanse veiligheidsorganisaties;
- het met raketten en mortieren beschieten van de bases van coalitiestrijdkrachten;
- het behouden of afdwingen van de steun onder de bevolking met behulp van propaganda en intimidatie;
- het verstoren van de wederopbouw;
- het beperken van de bewegingsvrijheid van de coalitiestrijdkrachten door het aangrijpen van verbindingen over land en door de lucht.¹⁴⁹

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

5.2.2.4. Geweld en intensiteit vijandelikheden

Volgens een recent rapport van ICOS, zou de Taliban een permanente presentie van 72% in het land hebben.¹⁵⁰ Hoewel van de zijde van o.a. de NAVO kritiek is geuit op dit cijfer, blijkt uit het rapport in ieder geval dat de OMF een brede en omvangrijke gewapende strijd voeren.¹⁵¹ ICOS relateert de presentiecijfers aan het aantal aanvallen door de OMF per week.

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

¹⁴⁸ *Kamerstukken II 2005-06a*, 27 925, nr. 193 ('Besluit' ISAF (TFU)), p. 5.

¹⁴⁹ *Kamerstukken II 2005-06b*, 27 925, nr. 201, p. 33.

¹⁵⁰ ICOS (2008), p. 5. In november 2007 ging het nog om 54%: Senlis Afghanistan (2007), p. 7. ICOS baseert haar oordeel op het aantal "insurgent attack per week, according to public records". Daarbij moet de kanttekening geplaatst worden dat een aanval niet per se betekent dat de Taliban het gebied controleert, en het is ook onwaarschijnlijk dat in gebieden waar de Taliban dominant is en overheid en ISAF dientenvolge niet kunnen komen, veel aanvallen plaatsvinden. Hoe dit ook zij, de stijging van het aantal aanvallen en de omvang ervan is evident.

¹⁵¹ Zie bijvoorbeeld Commandant RC-South, die er op wijst dat zestig procent van de Afghaanse bevolking in Zuid-Afghanistan in de vruchtbare valciën woont, die (grotendeels) tot de 'inktvlek' van ISAF behoren. De Volkskrant (14-03-2009), 'Het aantal incidenten zal nog stijgen': *Nederlandse commandant blij met Amerikaanse versterkingen voor gevaarlijke provincies in Zuid-Afghanistan*.

De helft van deze incidenten bestond uit zogenaamde directe aanvallen. Het gaat hier voornamelijk om gevechtscontacten tussen de Taliban en coalitietroepen en/of Afghaanse veiligheidsorganisaties.¹⁵²

Nederland troepen zijn tussen juni 2006 en april 2008, in Uruzgan 648 maal in gevechtscontact – Troops in Contact (TIC) – met OMF geweest.¹⁵³ Dat is ongeveer één keer per dag. Daarbij kwamen ook 70 Afghaanse burgerslachtoffers om. Op dit moment (januari 2009) zou het ondertussen om zo'n 900 TIC's gaan.¹⁵⁴

De OMF hanteren verschillende *modus operandi*. Enerzijds zijn er gewapende aanvallen die tegen burgers, ANSF, ISAF of andere buitenlandse militairen gericht zijn: bomaanslagen, Improvised Explosive Device (IED of 'bermbom'), zelfmoordaanslagen, hinderlagen, brandstichting, overvallen, ontvoering of executies. Anderzijds zijn er vernielingen aan infrastructuur (bruggen, duikers, wegen en scholen).

Human Rights Watch registreerde voor heel Afghanistan in 2006 als gevolg van directe aanvallen door opstandelingen: 189 bomaanslagen met 500 doden; 177 doden bij andere aanslagen, overvallen of hinderlagen. In totaal werden minimaal 669 Afghanen gedood in 350 afzonderlijke gewapende aanvallen door OMF.¹⁵⁵ Dat is dus één per dag. Daarnaast registreerde HRW 190 aanvallen op scholen.¹⁵⁶ Het totale aantal burgerslachtoffers, gewond of gedood als gevolg van OMF aanvallen, bedroeg ruim meer dan 1000.¹⁵⁷ Over zelfmoordaanslagen, rapporteerde HRW het volgende:

Suicide bombings, once very rare in Afghanistan, now occur on a regular basis. At least 136 suicide attacks occurred in Afghanistan during 2006 – a six-fold increase over the previous year. (This count is a subset of the 189 bomb attacks noted above.) At least 803 Afghan civilians were killed or injured in these suicide attacks (272 killed and 531 injured). At least 80 of these attacks – a clear majority – were on military targets, yet these 80 attacks caused significant civilian casualties, killing five times as many civilians as combatants (181 civilians versus 37 combatants).¹⁵⁸

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

[Het] aantal veiligheidsincidenten [is] in heel Afghanistan gestegen in vergelijking met vorig jaar. Volgens ISAF zijn tot en met september 2008 een totaal van 9059 geweldsincidenten geregistreerd. In 2007 waren dat er 8731 en in 2006 waren het er 6577. De Taliban richten zich veelal op het plegen van aanslagen op hoofdwegen en bruggen, om zo de aanvoerlijnen te verstoren en de bewegingsvrijheid van de internationale troepen, maar vooral hulporganisaties en de lokale bevolking te beperken.¹⁵⁹

¹⁵² *Kamerstukken II 2005-06b*, 27 925, nr. 201, p. 24.

¹⁵³ Interview met general Dick Berlijn: NRC Handelsblad (12-4-2008), *Generaal Dick Berlijn: 'We wisten niet dat we zo vaak moesten knokken'*

¹⁵⁴ Hoofdofficier mr. A.O. van der Kerk, presentatie Militair Rechtelijke Vereniging, 10-12-2008, Amsterdam.

¹⁵⁵ Human Rights Watch (2007), p. 3.

¹⁵⁶ In 2005: 91.

¹⁵⁷ Human Rights Watch (2007), p. 3. Zie ook UN Doc. A/61/326, S/2006/727 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), waarin tussen 1-1-2006 en 11-9-2006 sprake is van 2000 doden, waarvan 1/3 burgers.

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

¹⁵⁸ Human Rights Watch (2007), p. 4.

¹⁵⁹ *Kamerstukken II 2008-09*, 27 925, nr. 325, p. 19.

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

The number of security incidents rose to 983 in August [2008], which is the highest since the fall of the Taliban in 2001 and represents a 44 per cent increase compared with the same month in 2007. While armed clashes between Afghan and international security forces on the one hand, and insurgents on the other, have continued to increase in number and intensity, asymmetric attacks carried out by the insurgents have increased even more.¹⁶⁰

The trend in insurgency tactics observed in 2007 – from armed clashes with security forces to attacks of an asymmetric nature – continued and became more pronounced in 2008, leading to a sharp increase in the number of civilian casualties. Of the more than 3,800 lives lost in insurgency-related violence by the end of July [2008], over one third were civilians.¹⁶¹

Wat duidelijk wordt uit de diverse registraties van geweldgebruik, is dat de vijandelikheden qua tijd, geografisch bereik, omvang en intensiteit sterk variëren. Er zijn de eenvoudige IED, guerrilla-acties met meerdere strijders, maar ook omvangrijke en meer klassiek uitgevoerde operaties. Drie tot de verbeelding sprekende momenten zijn operatie *Medusa* (2006), de strijd bij Chora (operatie *Troy*, 2007) en de aanval op Kandahar (2008).¹⁶²

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

One indication of the increasing strength and boldness of the Taliban is that in 2006 their forces engaged NATO in battalion-sized assaults with sustained logistical and engineering support. [fn 6: During fighting in September 2006 between anti-government forces and Canadian-led NATO troops in the Panjwai region of Kandahar province (dubbed by NATO as "Operation Medusa"), for instance, the Taliban reportedly fielded more than 1,000 troops and used complex trench networks and operated a field hospital. See Noor Khan, "NATO Reports 200 Taliban Killed in Afghanistan," Associated Press, September 3, 2006].¹⁶³

Operatie *Medusa* betrof een door RC-South geleide brigadeactie. Daarbij zouden zo'n duizend strijders zijn uitgeschakeld.¹⁶⁴

Bij de gevechten rondom Chora in de zomer van 2007 zou er sprake zijn geweest van zo'n duizend strijders (OMF) die Chora dreigden te veroveren. ISAF, in casu commandant-TFU, was hierdoor gedwongen een bataljonsoperatie te lanceren. Deze meerdaagse operatie *Troy* werd uitgevoerd door de Nederlandse BattleGroup, Nederlandse *special forces*, de Britse reserve-eenheid van RC-South en tot op zekere hoogte door Australische *special forces*.¹⁶⁵ De operatie werd ondersteund door gevechtssteuneenheden, artillerie, genie, inlichtingenmiddelen, gevechtshelikopters, gevechtsvliegtuigen en bommenwerpers. De Nederlandse journa-

¹⁶⁰ UN Doc. A/63/372, S/2008/617 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 16.

¹⁶¹ Ibid. (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 19.

¹⁶² Let wel: "De Taliban lijken niet in staat tot een grootschalig offensief. Daarnaast hebben zij om effect te sorteren een dergelijk omvangrijk optreden niet nodig. Door aanwezig te zijn en met behulp van kleinere acties zijn zij in staat om de bevolking het gevoel van onveiligheid te geven, waardoor de ontevredenheid over de Afghaanse overheid toeneemt. *Grotere operaties worden door de Taliban alleen uitgevoerd, indien de lokale omstandigheden daarvoor als gunstig worden ingeschat.* Vanuit dit perspectief moet bijvoorbeeld de Taliban-aanval op Chora in juni jl. [2007] worden gezien.", in: *Kamerstukken II 2007-08*, 27 925, nr. 287, p. 83 [Accent: PD&EP].

¹⁶³ Human Rights Watch (2007), p. 14. Zie over operatie *Medusa*: Soldaat & Vermeij (2007), p. 68-70.

¹⁶⁴ Soldaat & Vermeij (2007), p. 70: "gedood, verwond of gevangengenomen".

¹⁶⁵ Velde (2008), p. 159.

list Peter van de Velde was kort na de “slag bij Chora”¹⁶⁶ ter plekke en schetste een van de onderdelen van operatie *Troy* als volgt:

Die nacht [PD & EP: zaterdagochtend 16 juni 2007] wordt een eerste tegenaanval ingezet met artillerie en luchtmacht. De Talibanposities worden bestookt. De Nederlandse militairen vechten aanhoudend. De complete opbouw van de strijdkrachten van de Nederlanders duurt twee dagen. In de tussentijd bombarderen Amerikaanse F-18's en A-10's, Franse Mirages, Britse Harriers en Nederlandse F-16's en Apaches de Taliban. De Pantserhouwitzer vuurt vanaf kamp Holland [...]. In Chora worden mortieren ingezet. Het onbemande Amerikaanse vliegtuig de Predator vliegt boven het gebied. Vanuit Saoedi-Arabië wordt een U2-spionagevliegtuig ingevlogen. Burgers krijgen van de Taliban het bevel mee te vechten. Zij die weigeren worden geëxecuteerd.¹⁶⁷

In 2008 wisten de OMF (i.c. Taliban) wederom Kandahar te bedreigen. Daarbij werden ruim duizend gevangenen uit de lokale gevangenis bevrijd.¹⁶⁸

Hiervoor hebben we uit de jurisprudentie de indicatoren herleid die de intensiteit van de vijandelijkheden regarderend (infra § 5.2.1.1): strijdkrachten, aanvallen, aard van de vijandelijkheden, tijd- en ruimtefactoren, bewapening, effecten en betrokkenheid van externe actoren zoals de VN-Veiligheidsraad en Internationale Organisaties. Wanneer we deze indicatoren afzetten tegen de beschrijving van de vijandelijkheden *over en weer*, dan dringt zich de conclusie op dat het geweld in Zuid-Afghanistan de ondergrens van het *genus* gewapend conflict – op dit intensiteitscriterium – overschrijdt. Er is een vrij duidelijk patroon van feitelijke vijandelijkheden *over en weer* waarneembaar.

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

5.2.2.5. Organisatie OMF

De tweede voorwaarde voor de aanwezigheid van een gewapend conflict, betreft tegenover elkaar staande gewapende georganiseerde groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen. Zoals we hiervoor al opmerkten, kwalificeren de ANA en de verschillende contingenten van ISAF zich per definitie voor dit doeleinde.¹⁶⁹

Of de OMF een georganiseerde gewapende groep is, is minder evident. We zullen een aantal van de indicatoren in kaart brengen. Het gaat op dit punt om (1) factoren die op een commandostructuur duiden, (2) factoren die het militaire operationele vermogen duiden (3) logistieke indicatoren, en (4) discipline en het vermogen om het oorlogsrecht te implemen-

¹⁶⁶ Ministerie van Defensie (2009a).

¹⁶⁷ Velde (2008), p. 159.

¹⁶⁸ NRC Handelsblad (8-8-2007), *Taliban vallen basis van VS in Uruzgan aan*; NRC Handelsblad (14-6-2008), *Talibaan bevrijden 1.150 gevangenen*; NRC Handelsblad (17-6-2008), *Talibaan lanceren aanval op Kandahar*; NRC Handelsblad (19-6-2008), *NAVO-operatie wordt steeds ontregeld*; NRC Handelsblad (18-6-2008), *NAVO begint tegenaanval bij Kandahar*; NRC Handelsblad (19-6-2008), *We moeten plaatselijke Talibaan-succesjes niet opblazen*.

¹⁶⁹ Supra voetnoot 122.

teren. We worden daarbij in onze mogelijkheden beperkt, omdat informatie op een aantal aspecten schaars is, dan wel geclassificeerd.

Waar we hiervoor de OMF beschreven hebben als een heterogeen verband dat uit (ten minste) drie groepen bestaat – Taliban, Al Qa’ida en Hezb-i Islami Gulbuddin – zullen we in deze paragraaf noodzakelijkerwijs ons concentreren op de Taliban. Ten eerste omdat deze in het zuiden de meest actieve deelgroep is. Ten tweede omdat de toegang tot bronnenmateriaal over dit aspect ten dele schaars, dan wel ontoegankelijk is vanwege het geclassificeerde karakter. En ten slotte hanteren openbare bronnen veelal de term ‘Taliban’ waarbij dit synoniem lijkt te staan met OMF.¹⁷⁰

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

Uit (inlichtingen)bronnen blijkt dat er sprake is van een zekere mate van hiërarchie in het leiderschap van OMF, met name bij de Taliban.¹⁷¹ Het topkader zetelt waarschijnlijk in Pakistan, waarbij Quetta frequent genoemd wordt.¹⁷²

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

- het Noordelijke commando (Nangarhar en Laghman);
- Jalaluddin Haqqani’s commando (met name in Khost en Paktia);
- de Wana shura (voor Paktika); en
- het Zuidelijke commando (voor Helmand, Kandahar, Zabul en Uruzgan).¹⁷³

De leiding van de Taliban berust bij Mullah Omar, “the highest leader of the Islamic Emirate of Afghanistan”.¹⁷⁴ Na Mullah Omar is Mullah Dadullah de meest prominente militaire commandant, die tevens als publiek gezicht fungeert:

After Mullah Omar, the most publicly prominent Taliban military commander is Mullah Dadullah, a long-time Taliban fighter who lost a leg while fighting the forces of the Northern Alliance in 1994. The forty-year-old Dadullah is believed to be in charge of the insurgency campaign against the Afghan government and international forces, and he has boasted of training and dispatching suicide bombers, as well as coordinating attacks against government officials. Dadullah is often the public face of Taliban militancy, frequently appearing on propaganda DVDs and issuing press statements.¹⁷⁵

Daarnaast is er sprake van middenkader en lokale Taliban-commandanten ter plekke in Afghanistan. Het leiderschap vertrouwt in sterke mate op “cross-border fighters” uit vluch-

¹⁷⁰ Zie o.a. de verschillende berichten in NRC Handelsbald (infra).

¹⁷¹ Zie o.a. Jones (2008b), p. 30-31; Jones (2008a), p. 37-48.

¹⁷² Coenen (2009), p. 171 ; Jones (2008b), p. 31; Jones (2008a), p. 40; UN Doc. A/61/326, S/2006/727 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 5.

¹⁷³ UN Doc. A/61/326, S/2006/727 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 6.

¹⁷⁴ Human Rights Watch (2007), p. 15-16; Christopher Dickey, ‘The Taliban’s Book of Rules’, *Newsweek*, December 12, 2006, <http://www.msnbc.msn.com/id/16169421/site/newsweek/> (accessed January 10, 2007).

¹⁷⁵ Ibid. p. 15-16; Michael Hirst, ‘Brutal One-legged Fanatic Who Loves the Limelight’, *The Telegraph* (UK), July 2, 2006.

tenlingenkampen en radicale *madrassas* in Pakistan.¹⁷⁶ De harde kern wordt ter plaatse versterkt met lokale strijders. De Taliban maakt gebruik van zogeheten *facilitators* en *enablers* tijdens de verschillende fasen van hun activiteiten. Zo worden onderdelen van IED's aangeleverd en in IED-werkplaatsen geassembleerd. Anderen plaatsen deze IED's of bereiden de plaatsing voor. Zij maken ook gebruik van zogeheten *spotters*, waarnemers die de bewegingen van ISAF gadeslaan en doorgeven.¹⁷⁷

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

In mid-2006, British forces agreed to leave the town of Musa Qala, in Helmand province, if Taliban forces also agreed to withdraw. The much criticized agreement ended in early December 2006 when Taliban forces and NATO troops again engaged in heavy clashes there.¹⁷⁸

Een volgend aspect blijkt uit het feit dat de OMF/Taliban in het zuiden tweederde van de bomaanslagen opeist.¹⁷⁹

Taliban spokesmen have claimed responsibility for over two thirds of recorded bombing attacks – primarily those in the southern and south-eastern provinces – although in some cases their claims may be unfounded boasts.¹⁸⁰

Mediaverklaringen zijn een volgende uiting van de commandostructuur. Als voorbeeld kunnen we wijzen op het doelbewust aanvallen van burgers en medewerkers van internationale civiele organisaties door OMF/Taliban. Dit sluit aan bij een patroon van – bewuste – schendingen van het oorlogsrecht, dat vanwege ideologische motieven wordt afgewezen.¹⁸¹

Media statements by various Taliban commanders and spokesmen, and documents attributed to the Taliban shura (council), indicate that Taliban leaders consider it permissible to attack Afghan government workers and teachers, employees of nongovernmental organizations, or anyone who supports the government of President Hamid Karzai. Taliban spokesmen have claimed responsibility for various kidnappings and killings of foreign humanitarian aid workers, claiming that they are killed because they are “spying for the Americans” or for NATO or coalition forces.¹⁸²

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

[HRW] investigations found that many civilian casualties from insurgent attacks in Afghanistan in 2006 were intentional or avoidable. Insurgent forces regularly targeted civilians, or attacked military targets and civilians without distinction or with the knowledge that attacks would cause disproportionate harm to civilians.¹⁸³

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

¹⁷⁶ UN Doc. A/61/326, S/2006/727 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 8.

¹⁷⁷ Ministerie van Defensie (2009b).

¹⁷⁸ Human Rights Watch (2007), p. 14-15.

¹⁷⁹ Ibid. p. 5.

¹⁸⁰ Ibid. p. 5.

¹⁸¹ Ibid. p. 5.

¹⁸² Ibid. p. 5.

¹⁸³ Ibid. p. 4.

De Taliban bleek tijdens Operatie *Medusa* in staat conventionele en gecoördineerde militaire operaties uit te voeren. De aanval op Kandahar (2008) bevestigt dit beeld.¹⁸⁴ Recent, in oktober 2008, viel de Taliban vanuit drie zijden aan op de hoofdstad van Helmand, Lashkar Gah. Het districtskantoor Nad Ali (Helmand) kon pas na drie dagen vechten op de Taliban worden heroverd.¹⁸⁵

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

Er waren in de periode van april tot en met oktober [2005] niet alleen steeds meer incidenten, maar de aanvallen worden technisch en tactisch ook beter uitgevoerd en beter gecoördineerd. De OMF kenmerken zich in toenemende mate als een standvastige tegenstander die steeds vaker, ondanks een relatief hoog aantal slachtoffers aan eigen kant, een directe confrontatie met de coalitiestrijdkrachten en de ANA niet uit de weg gaat. Tevens blijken de OMF in toenemende mate bereid te zijn gebruik te maken van meer radicale methodes zoals zelfmoordanslagen [...].¹⁸⁶

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

Three trends can be identified in the context of this deterioration: a greater focus by insurgent groups on hitherto stable areas; more sophisticated planning of operations by insurgents, in particular asymmetric attacks; and an increase in civilian casualties. [...] The fact that the insurgents have the ability to carry out operations in the capital [Kabul] shows that they are becoming increasingly sophisticated.¹⁸⁷

De derde groep indicatoren betreft de logistiek: waaronder training en werving personeel, bevoorrading en verbindingen. Zoals we hiervoor beschreven, maken de OMF gebruik van permanente strijders die voor een deel uit het buitenland (Pakistan) komen, en na een actie of operatie weer terugkeren. Daarnaast zijn de OMF in staat, al dan niet onder dwang, (tijdelijke) lokale strijders aan te trekken, bijvoorbeeld *spotters*.¹⁸⁸

De vierde en laatste categorie indicatoren betreft discipline en het *vermogen* om het oorlogsrecht te implementeren. Het gaat om een disciplinair systeem en training. Het doelbewust schenden van het oorlogsrecht is echter een van de kenmerken van organisatie, aldus het ICTY.¹⁸⁹

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

¹⁸⁴ NRC Handelsblad (8-8-2007), *Taliban vallen basis van VS in Uruzgan aan*; NRC Handelsblad (14-6-2008), *Talibaan bevrijden 1.150 gevangenen*; NRC Handelsblad (17-6-2008), *Talibaan lanceren aanval op Kandahar*; NRC Handelsblad (19-6-2008), *NAVO-operatie wordt steeds ontregeld*; NRC Handelsblad (18-6-2008), *NAVO begint tegenaanval bij Kandahar*; NRC Handelsblad (19-6-2008), *We moeten plaatselijke Talibaan-succesjes niet opblazen*.

¹⁸⁵ NRC Handelsblad (13-10-2008), *Talibaan vallen provinciehoofdstad aan: zestig doden*.

¹⁸⁶ Kamerstukken II 2005-06a, 27 925, nr. 193 ('Besluit' ISAF (IFU)), p. 11.

¹⁸⁷ UN Doc. A/63/372, S/2008/617 (*The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*), § 17-18.

¹⁸⁸ Soldaat (2009), p. 252-266; Coenen (2009), p. 170.

¹⁸⁹ Zie ook het 'rulebook' dat door het leiderschap van de Taliban in 2006 is uitgebracht: Human Rights Watch (2007), p. 95, Rulebook for the Mujahidin from the Supreme Leader of the Islamic Emirate of Afghanistan, ongedateerd, gefaxd naar media in Pakistan (november 2006, On file with Human Rights Watch). Het boekwerk verschaft verklaringen waarom Afghaanse burgers aangevallen mogen worden. Idem voor een boekwerk dat in 2009 werd ontdekt: Jazeera.net (2009) (full text op: <www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/obamaswar/etc/mullahomar.pdf>, benaderd 3-12-2009).

some terrorist attacks actually involve a high level of planning and a coordinated command structure for their implementation.¹⁹⁰

Zoals hiervoor uit jurisprudentie bleek, gaat het niet zozeer om de vraag of de OMF zich aan het oorlogsrecht houden, maar om het vermogen om dat te doen.¹⁹¹ Bekend is dat de OMF weinig respect voor het oorlogsrecht opbrengen.¹⁹²

Hiervoor hebben we uit de jurisprudentie de indicatoren herleid die de organisatie van de strijdende partijen regarderen (supra § 5.2.1.2): (1) factoren die op een commandostructuur duiden, (2) factoren die het militaire operationele vermogen duiden (3) logistieke indicatoren, en (4) discipline en het vermogen om het oorlogsrecht te implementeren. Zoals gezegd kwalificeren ANA en ISAF zich per definitie op dit criterium. Voor de OMF is dit minder evident.

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

5.2.2.6. Een gewapend conflict dus?

Het oorlogsrecht is van toepassing (*de jure*) tijdens een gewapend conflict. De hamvraag is of de gewapende opstand in (Zuid-)Afghanistan te kwalificeren valt als een gewapend conflict. Het bestaan daarvan hangt af van een feitelijke toets. Zoals we eerder beschreven en zoals ook door de Nederlandse regering is bevestigd, zijn de standpunten van partijen bij het conflict ter zake van de status van dat conflict niet doorslaggevend.¹⁹³ De “toepassing van het humanitair oorlogsrecht is [...] niet afhankelijk van formele juridische verklaringen” van de partijen bij het conflict; maar “ontstaat door de feitelijke vaststelling van het bestaan van een [gewapend] conflict”.¹⁹⁴ Een finaal oordeel over de status van het conflict zal uiteindelijk door een (straf)rechter (moeten) worden geveld.

Hiervoor concludeerden we – op basis van een feitelijke analyse en toets – dat er duidelijke indicatoren aanwezig lijken te zijn die duiden op de aanwezigheid van (1) feitelijke vijandelikheden van een zekere intensiteit, bestaande uit aan elkaar gerelateerd gewapende ‘incidenten’, die (2) uitgevoerd worden door tegenover elkaar staande georganiseerde gewapende groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen. Anders geformuleerd: in (Zuid-)Afghanistan lijkt sprake te zijn van een gewapend conflict tussen de Afghaanse regering – ondersteund door ISAF – enerzijds en OMF, of in ieder geval de Taliban, anderzijds.¹⁹⁵

¹⁹⁰ ICTY (2008a), *Boskoski*, § 204.

¹⁹¹ Supra voetnoot 125.

¹⁹² Zie voor een beschrijven van de *modus operandi* van de aanvallen door de OMF: Human Rights Watch (2007), p. 25.

¹⁹³ Supra § 5.2, t.ap. voetnoot 94.

¹⁹⁴ *Kamerstukken I 2005-06b*, 30 300 X, nr. A, p. 4.

¹⁹⁵ Conform: Duchaine (2008), p. 334: “In de huidige fase (2007), is de veiligheidssituatie in het Zuiden van Afghanistan van dien aard, dat de ‘vredesmacht’ ISAF als partij bij een gewapend conflict moet worden beschouwd.”

De conclusie dat er in (Zuid-)Afghanistan sprake is van een gewapend conflict, sluit aan bij die van internationale waarnemers en rapporteurs, waaronder de SGVN, die in november 2008 refereerde aan “the ongoing armed conflict in Afghanistan”.¹⁹⁶ ICRC refereert in haar Annual Report 2007 aan het gewapende conflict in Afghanistan:

The armed conflict in Afghanistan spread considerably in 2007, [...], fighting between armed groups and national and international forces occurred regularly in more than half of Afghanistan's provinces [...].¹⁹⁷

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

The parties to the *armed conflict in Afghanistan* are bound by international humanitarian law (the laws of war). These include the forces of the Afghan government, NATO, the US and other coalition members, and the Taliban and other insurgent groups.¹⁹⁸

Recente uitlatingen van de nieuwe Duitse minister van Defensie, Dr. Karl-Theodor Freiherr zu Guttenberg lijken ook op deze conclusie aan te sluiten:¹⁹⁹

In Teilen von Afghanistan herrscht für mich aber ohne Zweifel ein Zustand, um vielleicht auch einmal diesen Zwischenruf aufzugreifen, der in der Sprache des Völkerrechts durchaus als ein nicht internationaler bewaffneter Konflikt beschrieben werden könnte.²⁰⁰

5.2.2.7. Tijdelijk en plaatselijk gewapend conflict?

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

Het is in beginsel mogelijk dat specifieke acties of omstandigheden, een tijdelijke en plaatselijke formeel juridische toepasbaarheid van het HOR tot gevolg hebben. Dit kan het geval zijn als bij een actie of gevecht het geweldsniveau dusdanig escaleert dat er sprake is van een in tijd en omvang beperkte deelname aan een gewapend conflict. Ook dit heeft echter niet tot gevolg dat heel ISAF daardoor partij is geworden bij een gewapend conflict, noch dat de situatie voor de ISAF operatie als geheel het niveau van een gewapend conflict heeft bereikt. Dergelijke situaties zijn naar hun aard niet voorspelbaar en bovendien tijdelijk. Met deze conclusie staat vast dat [tijdelijk en plaatselijk: PD&EP] het oorlogsrecht van toepassing is.²⁰¹

De notie van het “tijdelijke en plaatselijke” gewapende conflict is overigens uiterst waardevol. Ze bevestigt de opvatting dat zich tijdens een militaire missie die zich niet als een gewapend conflict kwalificeert en waarop het oorlogsrecht dus niet *de jure* van toepassing is, tijdelijk en plaatselijk een gewapend conflict kan ontwikkelen waarop het oorlogsrecht wel van toepassing is:²⁰²

Daarnaast [i.e.: naast de beleidsmatige toepassing van het oorlogsrecht, PD & EP] hebben enkele confrontaties in ISAF kader aangetoond dat voor ISAF eenheden in ieder geval tijde-

¹⁹⁶ UN Doc. S/2008/695 (*Report of the Secretary-General on children and armed conflict in Afghanistan*).

¹⁹⁷ ICRC (2008a), p. 181.

¹⁹⁸ Human Rights Watch (2008), p. 34. Vergelijk: Human Rights Watch (2007), p. 78: “All parties to the military conflict in Afghanistan – Afghan government forces, US and other coalition forces, and insurgent groups – are bound by international humanitarian law (the laws of war).”

¹⁹⁹ DEU Bundesregierung (2009b). Zie ook: Häussler (2009)

²⁰⁰ DEU Bundesregierung (2009a)

²⁰¹ *Kamerstukken II 2007-08*, 27 925, nr. 287, p. 121.

²⁰² Zie voor dit pleidooi: Ducheine (2008), p. 524, 527-528, 531.

lijk en plaatselijk het geweldsniveau naar een dusdanig niveau kan stijgen dat voor dat optreden sprake kan zijn van een verplichte toepassing van het humanitair oorlogsrecht.²⁰³

Uitgaande van de voorgaande analyse lijken – in ieder geval – de gevechten rondom Chora (2007) dit niveau van een ‘tijdelijk en plaatselijk’ gewapend conflict hebben gehaald. Over deze gevechten concludeerde het Openbaar Ministerie na een intensief onderzoek in 2008 dat:

Nederlandse militairen in de periode 16 tot en met 20 juni 2007 [...] geweld [hebben] aangewend binnen de grenzen van het humanitair oorlogsrecht en de geldende geweldsinstructie. [...] Het dossier levert ten aanzien van de betrokken Nederlandse militairen geen verdenking van enig strafbaar feit op.²⁰⁴

De Commandant der Strijdkrachten refereerde vervolgens eveneens aan het oorlogsrecht:

In een zojuist gepubliceerd persbericht van het Openbaar Ministerie is bekend gemaakt dat het door Nederlandse militairen gebruikte geweld, tijdens die dagen gebruikt om de Taliban te verdrijven, binnen de grenzen van het humanitair oorlogsrecht en de voor de Nederlandse ISAF-militairen geldende geweldsinstructies is gebleven.²⁰⁵

Aangezien het Openbaar Ministerie in haar persbericht niet expliciet stelt dat er sprake was van een (tijdelijk en plaatselijk) gewapend conflict, valt op basis van deze verklaring sec *niet* af te leiden of zij van mening was dat er tijdens de gevechten in Chora en operatie *Troy* sprake was van het *beleidsmatig* toepassen, dan wel van *de jure* toepassing van het oorlogsrecht. In beide gevallen kan geweld zijn aangewend “binnen de grenzen van het oorlogsrecht”. De door ons hiervoor uitgevoerde analyse lijkt wel te duiden op een (tijdelijk en plaatselijk) gewapend conflict.

Nu we hebben geconstateerd dat er in (Zuid-)Afghanistan sprake lijkt te zijn van een gewapend conflict en het oorlogsrecht daarom *de jure* van toepassing is, moet de vervolgvraag worden beantwoord: welk oorlogsrechtelijke (deel)regime is op de vijandelijkheden van toepassing (§ 5.2.3)?

5.2.3. Regime

Zoals we hier al beschreven, is het oorlogsrecht van toepassing zodra er sprake is van een gewapend conflict.²⁰⁶ Hiervoor hebben we vastgesteld dat er sprake lijkt te zijn van een gewapend conflict tussen de Afghaanse overheid (GIROA), ondersteund door ISAF enerzijds en de OMF anderzijds. Als gevolg hiervan is het oorlogsrecht formeel (*de jure*) op de vijandelijkheden van toepassing. Dit is ook de lijn die het ICTY in de Tadic-case heeft gevolgd:

International humanitarian law applies from the initiation of [...] armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there.²⁰⁷

²⁰³ Boddens Hosang (2009), p. 223.

²⁰⁴ Openbaar Ministerie (2008)

²⁰⁵ Ministerie van Defensie (Commandant der Strijdkrachten) (2008).

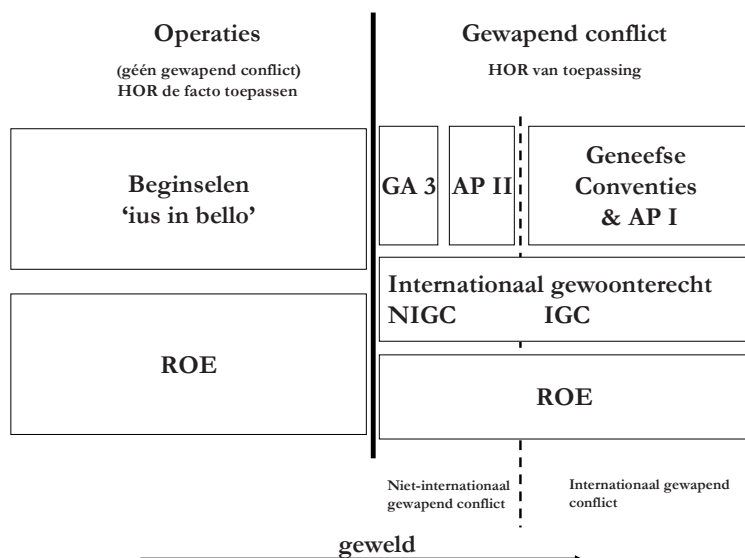
²⁰⁶ Supra § 5.2, voetnoot 84.

²⁰⁷ ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 70.

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

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

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



Figuur 4: ROE en oorlogsrechtelijke deelregimes.

Voor het antwoord op deze kwestie moeten we eerst het gewapende conflict typeren.²⁰⁸ Is er sprake van een internationaal gewapend conflict (IGC), dan wel van een niet-internationaal gewapend conflict (NIGC)?²⁰⁹ Vervolgens zullen we het deelregime daadwerkelijk kunnen bepalen.

5.2.3.1. Type gewapend conflict

Het conflict tussen Afghaanse regering en ISAF enerzijds en OMF anderzijds, betreft een NIGC.²¹⁰ Dit volgt allereerst logischerwijs uit de structuur van het HOR, zoals onlangs

²⁰⁸ Voor die typologie: Duchêne (2008), p. 470-471.

²⁰⁹ Voor een 'derde' categorie, een transnationaal gewapend conflict, zie: Ibid. p. 531. Maar ook deze benadering leidt tot het duiden van een van de voornoemde oorlogsrechtelijke deelregimes.

²¹⁰ Conform: Ibid. p. 504; US Supreme Court (2006), *Hamdan v. Rumsfeld*, p. 6    (ii); p. 67.

bevestigd werd door het US Supreme Court in de zaak *Hamdan v. Rumsfeld*. NIGC zijn alle gewapende conflicten die “geen internationaal karakter” dragen.²¹¹

De conclusie dat het Afghaanse conflict een NIGC betreft, trekken we daarnaast op grond van het uitsluiten van drie andere mogelijkheden. Er is, ten eerste, immers geen sprake van een internationaal gewapend conflict tussen twee statelijke partijen (interstatelijk), zoals vereist is in Gemeenschappelijk Artikel 2 bij de Geneefse Verdragen van 1949 (GA 2),²¹² noch met de aan dit interstatelijk conflict gelijkgestelde situatie van bezetting:

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

Het Verdrag is eveneens van toepassing in alle gevallen van gehele of gedeeltelijke bezetting van het grondgebied van een Hoge Verdragsluitende Partij, zelfs indien deze bezetting geen gewapende tegenstand ontmoet.²¹³

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

De situaties, bedoeld in [GA 2], omvatten [1] mede gewapende conflicten waarin volkeren vechten tegen koloniale overheersing en vreemde bezetting en tegen racistische regimes, [2] in de uitoefening van hun recht op zelfbeschikking zoals neergelegd in het Handvest van de [VN] en in de Verklaring betreffende de beginselen van het volkenrecht inzake vriendschappelijke betrekkingen en samenwerking tussen de Staten overeenkomstig het Handvest van de [VN].²¹⁴

Er is, ten derde, evenmin sprake van een zogeheten geïnternationaliseerd gewapend conflict vanwege de betrokkenheid van ISAF aan de zijde van de Afghaanse regering.²¹⁵ De ondersteuning van de VN-gemandateerde vredesmacht ISAF ten gunste van de Afghaanse regering Karzai in het conflict tussen de Afghaanse regering en OMF (2002-heden) is een voorbeeld van “enkelvoudige directe inmenging aan regeringszijde die *niet* tot internationalisering” leidt.²¹⁶ Het conflict tussen de regering Karzai en de OMF heeft namelijk de feitelijke kenmerken van een intrastatelijk gewapend conflict, een NIGC. ISAF opereert aan regeringszijde, zodat geen statelijke partijen tegenover elkaar staan. Dit betekent dat er *geen* sprake is van een interstatelijk gewapend conflict, een IGC.²¹⁷

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

Aan een burgeroorlog in de zin van AP II worden hoge eisen gesteld.²¹⁸ Er moet sprake zijn van (1) een gewapend conflict.²¹⁹ Het moet gaan om een (2) intrastatelijk gewapend conflict,

²¹¹ Ducheine (2008), p. 475; zie ook: US Supreme Court (2006), *Hamdan v. Rumsfeld*, p. 67 en p. 6, § (ii).

²¹² Conform: ICRC (2008b), p. 5.

²¹³ GA 2 (Art. 2 Geneefse Conventies I-IV).

²¹⁴ Art. 1(4) AP I

²¹⁵ Een geïnternationaliseerd gewapend conflict is een aanvankelijk intrastatelijk NIGC dan vanwege buitenlandse inmenging alsnog als een IGC moeten worden gecategoriseerd.

²¹⁶ Ducheine (2008), p. 504.

²¹⁷ Voor deze kwestie van internationalisering vanwege de betrokkenheid van vredesmachten in een bestaand gewapend intrastatelijk gewapend conflict: Ibid. p. 498-504.

²¹⁸ Art. 1(1) AP II: “Dit Protocol, dat [GA 3] uitbreidt en aanvult, zonder wijziging aan te brengen in de omstandigheden waaronder deze artikelen thans worden toegepast, is van toepassing op alle gewapende conflicten, waarop artikel 1 [van AP I] niet van toepassing is, en die plaatsvinden op het grondgebied van

dat (3) niet bestreken wordt door art. 1 AP I. Dit conflict speelt zich af op (4) het grondgebied van een van de Verdragspartijen: een staat die partij is bij het Protocol.²²⁰

De vijandelijkheden vinden plaats tussen (5) de krijgsmacht²²¹ van een Verdragspartij enerzijds en een opponent in de vorm van (a) een afvallig deel van die strijdkrachten of (b) (een) andere georganiseerde gewapende groep(en), anderzijds.²²²

De opponent van de krijgsmacht (6) staat onder een ‘verantwoordelijk bevel’ dat een bepaalde mate van organisatie impliceert – de organisatorische eis – waardoor hij in staat is (a) aanhoudende en gecoördineerde militaire operaties voor te bereiden (plannen) en uit te voeren, en (b) een bepaalde vorm van discipline op te leggen.²²³ De opponent dient (7) een deel van het grondgebied *zodanig* te beheersen dat hij in staat is (a) aanhoudende en gecoördineerde militaire operaties voor te bereiden (plannen) en uit te voeren, en (b) de bepalingen van AP II toe te passen.²²⁴ De opponent moet (8) aanhoudende en samenhangende – gecoördineerde – militaire operaties uit (kunnen) voeren: de operationele eis.²²⁵ Ten slotte: de opponent moet (9) de bepalingen van AP II kunnen implementeren.²²⁶

De voorwaarden voor een burgeroorlog zijn stringent en cumulatief. Indien aan één of meerdere van de negen voorwaarden *niet* is voldaan, is er geen sprake van een ‘burgeroorlog’ in de zin van AP II.²²⁷

Sommige auteurs kenmerken de situatie in Afghanistan na 19 juni 2002 als een conflict van dit type: de regering Karzai versus Taliban-restanten.²²⁸ Daarmee staat het conflict in het rijtje van de eerste (1994-1996) en de tweede Tsjetsjeense oorlog (1999-2000); El Salvador (FMLN, 1980), Rwanda (RPF, 1990), Bosnië-Herzegovina (1992) en (tot voor kort) de Tamil Tijgers en Sri Lanka.²²⁹ Het conflict tussen de Noordelijke Alliantie en het Taliban-

een Hoge Verdragsluitende Partij tussen de strijdkrachten van die Partij en dissidente strijdkrachten of andere georganiseerde gewapende groepen die, staande onder een verantwoordelijk bevel, het grondgebied van die partij gedeeltelijk beheersen op een zodanige wijze dat zij in staat zijn aanhoudende en samenhangende militaire operaties uit te voeren en de bepalingen van dit Protocol toe te passen.”

²¹⁹ Expliciet vastgelegd in art. 1(2) AP II.

²²⁰ Op dit moment zijn 164 landen partij bij AP II. Vier staten hebben ondertekend, maar zijn (nog) geen partij: Iran, Marokko, Pakistan en de VS.

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

²²¹ De term ‘strijdkrachten van de Verdragspartij’ moet ruim worden uitgelegd. Hiertoe behoren niet alleen de reguliere strijdkrachten, maar ook paramilitaire organen zoals nationale garde, douane, politie of vergelijkbare groepen. Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), p. 1352, § 4462.

²²² Een ‘burgeroorlog’ tussen twee niet-statelijke actoren is – ondanks pogingen van de ICRC in die richting – daarmee in deze situatie bewust uitgesloten. Ibid. p. 1351, § 4460-4461. Desgewenst kunnen in zo’n situatie die bepalingen van AP II via een separate overeenkomst ex GA 3 van toepassing worden verklaard.

²²³ Dat niet persé hiërarchisch of militair dient te zijn: Ibid. p. 1352, § 4463.

²²⁴ Bijvoorbeeld het verzorgen van gewonden of het detineren van gevangenen: Ibid. p. 1352, § 4464-4467.

²²⁵ Ibid. p. 1353, § 4469: Aanhoudend: (VK) *sustained*; (FR) *opérations continues*; voortdurende of continue. Samenhangende: (VK) *concerted*; (FR) *concertées*; “agreed upon, planned and contrived, done in agreement of a plan”.

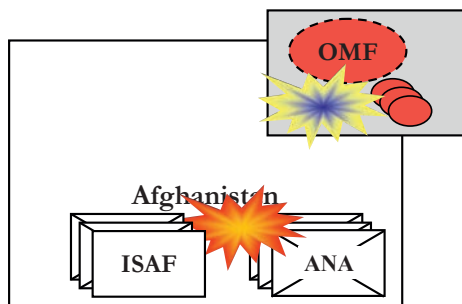
²²⁶ Deze relatief hoge drempel wordt gedragen door het verantwoordelijke commando en de controle over een deel van het grondgebied.

²²⁷ Conform: Gillard (2004), p. 32.

²²⁸ Pejic (2005b), p. 82, neemt de datum waarop de Loya Jirga bijeen werd geroepen en de internationaal erkende regering Karzai werd geïnstalleerd als de einddatum van het IGC tussen de VS (en het VK) enerzijds en Afghanistan anderzijds. Vanaf dat moment is er sprake van een NIGC, waarop doordat Afghanistan geen partij is bij AP II, slechts GA 3 (en internationaal gewoonterecht) als rechtsregime van toepassing is; Ducheine (2008), p. 492.

²²⁹ Abresch (2004), p. 754; Gaeta (1996), p. 568; Moir (2002), p. 127-131. Contra: Sauer & Wagner (2007), p. 65 (1e oorlog; en Quéniwet (2005), p. 39-42.

regime in Afghanistan vóór 11 september 2001 zou eveneens tot deze categorie kunnen behoren.²³⁰



Figuur 5: 'Burgeroorlog'

Afghanistan is echter pas sinds 24 juni 2009 partij bij AP II, hetgeen de formele toepasselijkheid van dit protocol vóór die datum in de weg staat. Er lijkt – ook voor die datum – sprake te zijn van een intrastatelijk conflict dat de drempel van de burgeroorlog overschrijdt.²³¹ Recente rapporten en berichten over de gewapende strijd (met name in Zuid-Afghanistan) onderschrijven deze opvatting.²³² Volgens het eerder genoemde rapport van Senlis/ICOS, zou in 2007 reeds 54% en in 2008 72% van Afghanistan in handen van de Taliban zijn.²³³ Hoe dit ook zij, het valt nauwelijks te ontkennen dat de OMF grote delen van Afghanistan beheersen en controleren.

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

In geval van een gewapend conflict op het grondgebied van één der Hoge Verdragsluitende Partijen, hetwelk geen internationaal karakter draagt [...],²³⁴

Deze kwalificatie komt overeen met die van HRW:

After the fall of the Taliban government in November 2001 and with the creation of a government under President Hamid Karzai, the international armed conflict [Enduring Freedom: PD&EP] ended. Since then, hostilities have comprised a non-international armed conflict in which Afghan government forces and US, NATO, and other coalition partners are

²³⁰ Zie o.a. Cryer (2002), p. 39-40. Voor de geschiedenis van (delen van) dit interne gewapende conflict: Reisman & Silk (1988), p. 466-479; Gasser (1983), p. 145 e.v.

²³¹ Ducheine (2008), p. 492.

²³² Zie hieromtrent: De Volkskrant (25-10-2007), *Al Qaida en Taliban krachtiger*; Senlis Afghanistan (2007), p. 4: "The Taliban has proven itself to be a truly resurgent force. Its ability to establish a presence throughout the country is now proven beyond doubt; research [...] indicates that 54 per cent of Afghanistan's landmass hosts a permanent Taliban presence, primarily in southern Afghanistan, and is subject to frequent hostile activity by the insurgency. The insurgency now controls vast swaths of unchallenged territory including rural areas, some district centres, and important road arteries. The Taliban are the de facto governing authority in significant proportions of territory in the south and are starting to control parts of local economy and key infrastructure such as roads and energy supply."

²³³ Senlis Afghanistan (2007), p. 4; ICOS (2008), p. 6.

²³⁴ Art. 3, aanhef GC I-IV.

fighting against anti-government forces. (The conflict is not an international armed conflict under the conventions, since it is not a conflict between two or more states.)²³⁵

Under International humanitarian law, because the conflict in Afghanistan is between states and non-state armed groups, it is considered a non-international armed conflict.²³⁶

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

5.2.3.2. Deelregime

Omdat Afghanistan geen partij is bij het Tweede Aanvullende Protocol, bestaat het oorlogsrechtelijke regime uit twee delen: het internationale gewoonterecht ter zake van NIGC's en uit GA 3.²³⁷ We bezien beide delen: allereerst GA 3 (§ 5.2.3.3), vervolgens het gewoonte-recht (§ 5.2.3.4).

5.2.3.3. GA 3

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

Artikel 3 GC I-IV:

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

-1. Personen, die niet rechtstreeks²³⁸ aan de vijandelijkheden deelnemen, met inbegrip van personeel van strijdkrachten dat de wapens heeft nedergelegd, en zij die buiten gevecht zijn gesteld door ziekte, verwonding, gevangenschap of enige andere oorzaak, moeten onder alle omstandigheden menslievend worden behandeld, zonder enig voor hen nadelig onderscheid, gegrond op ras, huidskleur, godsdienst of geloof, geslacht, geboorte of maatschappelijke welstand of enig ander soortgelijk criterium.

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

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

[b] het nemen van gijzelaars;

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

²³⁵ Human Rights Watch (2007), p. 79.

²³⁶ Human Rights Watch (2008), p. 34.

²³⁷ Ducheine (2008), p. 504. Conform: Human Rights Watch (2007), p. 79: "Parties to a non-international armed conflict are obligated to observe applicable standards of the four 1949 Geneva Conventions, specifically, article 3 common to the conventions ("common article 3"), which provides standards for non-international armed conflict. All parties must also abide by the rules and obligations of customary law of armed conflict. Much of the customary rules concerning the means and methods of warfare can be found in the two Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions, which are largely considered reflective of customary international humanitarian law".

²³⁸ 'Rechtstreeks' is de officiële vertaling van het Engelse 'active'. Rechtstreekse deelname aan de vijandelijkheden is de vertaling van "active participation in hostilities". Het Engelse *active* is geëvolueerd tot *direct participation in hostilities* (DPIH) dat in het Nederlands ook met 'rechtstreekse deelname aan de vijandelijkheden' (RDAV) wordt vertaald. Het Rwanda Tribunaal stelde vast dat "these phrases are so similar that, for the Chamber's purposes, they may be treated as synonymous" (ICTR (1998), *Akayesu*, § 629). Conform: IHL (2006), p. 4.

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

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

De partijen bij het conflict zullen er verder naar streven door middel van bijzondere overeenkomsten deze miniconventie uit te breiden.²³⁹

GA 3 is automatisch van toepassing zodra de ondergrens van een gewapend conflict is overschreden, en is ook – bewust – losgekoppeld van het reciprociteitsbeginsel.²⁴⁰ Deze miniconventie tast op geen enkele wijze de legitimiteit aan van een overheid om opstand, rebellie etc. te onderdrukken.²⁴¹

Een essentieel onderdeel van het GA 3 is het feit dat de bepalingen alle “[p]artijen bij het conflict” regaderen.²⁴² Daarmee zijn ook niet-verdragspartijen gebonden.²⁴³ Bovendien bestrijkt de bepaling ook niet-statelijke actoren, mits deze tot een van de strijdende partijen bij of in het conflict behoren.²⁴⁴ Of deze niet-statelijke actoren (of andere partijen bij het conflict) de bepalingen van de miniconventie al dan niet nakomen doet niet af aan het feit dat zij van toepassing zijn. Pictet merkt hierover – droog – op:

If an insurgent party applies [Common] Article 3, so much the better for the victims of the conflict. No one will complain. If it does not apply it, it will prove that those who regard its actions as mere acts of anarchy or brigandage are right.²⁴⁵

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

rules which were already recognized as essential in all civilized countries, and embodied in the national legislation of the States in question, long before the [Geneva] Convention was signed.²⁴⁶

Het zijn bovendien de *minimum* eisen: zij nodigen uit tot uitbreiding.²⁴⁷ Het regime beschermt (in feite) slechts burgers, geeft *geen* regels voor de methoden en middelen van oorlogsvoering en kent het fenomeen combattant *niet*.²⁴⁸ Burgers die onder dit regime rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden (RDAV)²⁴⁹ zijn strafbaar naar nationaal strafrecht.²⁵⁰

²³⁹ Zoals bijvoorbeeld het geval was bij het conflict in Jemen (1967), zie ICJ (1986), *Nicaragua case*, § 103.

²⁴⁰ Pictet (1958), p. 34, 37.

²⁴¹ Sandoz, Swinarski & Zimmerman (1987), p. 1323, § 4356.

²⁴² Sandoz maakt dat duidelijk door in navolging van de ICRC Draft Protocols en de Official Records of the 1977 Conference, gebruik te maken van de “Contracting Parties”, Staten, versus “parties to the conflict”.

²⁴³ Pictet (1958), p. 37; Paust (2003), p. 9, 18; Moir (2002), p. 53-54. Zie Kooijmans (1991), p. 234, voor kritische opmerkingen hierbij.

²⁴⁴ Pictet (1958), p. 37: “Until recently it would have been considered impossible in law for an international Convention to bind a non-signatory Party -- a Party, moreover, which was not yet in existence and which need not even represent a legal entity capable of undertaking international obligations. The obligation is absolute for each of the Parties.”

²⁴⁵ Ibid. p. 37.

²⁴⁶ UK Ministry of Defence (2004), p. 385, § 15.3.2.

²⁴⁷ Pictet (1958), p. 37.

²⁴⁸ Ducheine (2008), p. 479.

²⁴⁹ Zie hierover supra voetnoot 12: Pouw & Ducheine (2009).

²⁵⁰ Zie o.a. Cassese (2005), p. 429.

5.2.3.4. Gewoonterecht

Naast GA 3, dat zelf ook de status van internationaal gewoonterecht heeft,²⁵¹ maken de belangrijkste beginselen van het *ius in bello* als internationaal gewoonterecht deel uit van het regime dat op (intrastatelijke) NIGC's van toepassing is.²⁵² Dit blijkt uit meerdere bronnen: de uitspraken van de internationale straftribunalen voor de berechting van oorlogsmisdaden,²⁵³ het Statuut van Rome,²⁵⁴ resoluties van de Algemene Vergadering van de VN,²⁵⁵ de studie van het ICRC naar *Customary International Humanitarian Law*,²⁵⁶ en uit de verschillende militaire handboeken betreffende de LAOC.²⁵⁷

Veel bepalingen uit AP I, dat op internationaal gewapende conflicten toeziet, hebben inmiddels de status van gewoonterecht verkregen.²⁵⁸

Het ICTY concludeerde in de Tadic-zaak dat het gewoonterechtelijke oorlogsrecht als regime voor NIGC's omvangrijker was dan tot dan toe werd aangenomen. Zo omvat het ook de gewoonterechtelijke regels voor methoden en middelen van oorlogsvoering in IGC's. Het Tribunaal baseert zich daarbij op het algemene rechtsbeginsel van humaniteit:

Indeed, elementary considerations of humanity and common sense make it preposterous that the use by States of weapons prohibited in armed conflicts between themselves be allowed when States try to put down rebellion by their own nationals on their own territory. What is

²⁵¹ ICJ (1986), *Nicaragua case*, § 218; ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 98: "Indeed, the interplay between these two sets of rules is such that some treaty rules have gradually become part of customary law. This holds true for common Article 3 of the 1949 Geneva Conventions, as was authoritatively held by the International Court of Justice (*Nicaragua Case*, at para. 218), but also applies [...] to the core of [AP II]".

²⁵² Koninklijke Landmacht (2005), p. 153, § 1002; Ducheine (2008), p. 480-481. Overigens maakt GA 3 zelf deel uit van dat gewoonterecht: zie ICJ (1986), *Nicaragua case*, § 218.

²⁵³ O.a. ICTY, ICTR. Zie met name ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 96-127: § 127 Notwithstanding these limitations [i.e. i) only a number of rules and principles governing international armed conflicts have gradually been extended to apply to internal conflicts; and (ii) the general essence of those rules, and not the detailed regulation they may contain, has become applicable to internal conflicts], it cannot be denied that customary rules have developed to govern internal strife. [Accent: PD&EP]

²⁵⁴ Rome Statute of the International Criminal Court, 7 July 1998, , zie art. 8(2)(e) waarin in de paragrafen (i) – (xii) feiten zijn opgenomen die – in niet-internationale gewapende conflicten – als oorlogsmisdrijven worden aangemerkt.

²⁵⁵ UN Doc. A/Res/2444 (XXIII) (1968) (*GA Resolution 2444: respect for human rights in armed conflicts*) en UN Doc. A/Res/2675 (XXV) (1970) (*GA Resolution 2675: Basic principles for the protection of civilian populations in armed conflicts*).

²⁵⁶ Henckaerts & Doswald-Beck (2005), p. 1 e.v., waarbij moet worden aangetekend dat methode die de auteurs gebruikt hebben om de status van gewoonterecht vast te stellen, aan (steverige) kritiek onderhevig is. Zie hiervoor o.a. US Department of State & US Department of Defense (2006), p. 1; en Dinstein (2006), p. 3-8, 14.

²⁵⁷ Nederland: Koninklijke Landmacht (2005), p. 153; UK Ministry of Defence (2004), p. 386-387, § 15.5; GE Bundesministerium der Verteidigung (1992), p. 26, § 211.

²⁵⁸ Dinstein (2004), p. 11; Human Rights Watch (2008), p. 34: "[AP I], which provides the most detailed and current codification of the conduct of hostilities during international armed conflicts, is thus not directly applicable to the fighting in Afghanistan. Nevertheless, many provisions of Protocol I have been recognized by states, including the United States, to be reflective of customary international law. [...] Customary humanitarian law as it relates to the fundamental principles concerning the conduct of hostilities is now recognized as largely the same whether it is applied to an international or a non-international armed conflict".

inhumane, and consequently proscribed, in international wars, cannot but be inhumane and inadmissible in civil strife.²⁵⁹

Deze regels betreffen, naast de definitie van een militair doel (art. 52(2) AP I)²⁶⁰ verder de:

- protection of civilians from hostilities, in particular from indiscriminate attacks,
- protection of civilian objects, in particular cultural property,
- protection of all those who do not (or no longer) take active part in hostilities, as well as
- prohibition of means of warfare proscribed in international armed conflicts and ban of certain methods of conducting hostilities.²⁶¹

De samenstellers van de Nederlandse *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht* (HOR) hanteren het uitgangspunt dat “de basisbeginselen die ten grondslag liggen aan het humanitair oorlogsrecht” evenzeer van toepassing zijn op NIGC’s als op IGC’s.²⁶² Dit houdt in dat alle militaire operaties moeten worden uitgevoerd met de volledige inachtneming van de beginselen van:²⁶³

- militaire noodzaak;²⁶⁴
- humaniteit;
- onderscheid (tussen militairen en andere personen die direct deelnemen aan de vijandelikheden en burgers, en tussen militaire objecten en burgerobjecten);²⁶⁵
- proportionaliteit;²⁶⁶
- eervol gedrag (‘chivalry’).

Het ICTY is ook van oordeel dat de Martens-clausule deel uitmaakt van het internationale gewoonterecht.²⁶⁷ De Russische gedelegeerde Martens poneerde de clausule als een compromis op de Eerste Haagse Vredesconferentie van 1899 om de impasse rond de kwestie van *franc-tireurs*, gewapend verzet tijdens een vijandelijke bezetting, te doorbreken.²⁶⁸ Deze

²⁵⁹ ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 119. Herhaald in: ICTY (2005a), *Hadzijasovic*, waarbij werd vastgesteld dat de toepasselijkheid van regels voor IGC op NIGC van geval tot geval bezien moeten worden.

²⁶⁰ Zie Rule 8, Henckaerts & Doswald-Beck (2005), p. 29-31.

²⁶¹ ICTY (1995), *Tadic (Appeal: jurisdiction)*, § 127. Waaronder het verbod op “acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population”, dat een gewoonterechtelijk karakter heeft, zie: Henckaerts & Doswald-Beck (2005), p. 8, Rule 2; ICTY (2003), *Galic*, § 769; ICTY (2006), *Galic (Appeal)*, § 101.

²⁶² Koninklijke Landmacht (2005), p. 162-163, § 1028, onder het kopje ‘Algemene beginselen van het humanitaire oorlogsrecht in het kader van interne gewapende conflicten’. Conform: UK Ministry of Defence (2004), p. 387, § 15.5: “while it is not always easy to determine the exact content of the customary international law applicable in non-international armed conflicts, guidance can be derived from the *basic principles* of military necessity, humanity, distinction, and, proportionality”. [Accent: PD&EH].

²⁶³ Zie de beginselen in “interne gewapende conflicten”: Koninklijke Landmacht (2005), p. 162-163, § 1028-1029.

²⁶⁴ US Military Tribunal (Nuremberg) (1948), *Hostages Trial*; Dinstein (2004), p. 18: “Military necessity permits a belligerent, subject to the laws of war, to apply any amount and kind of force to compel the complete submission of the enemy with the least possible expenditure of time, life, and money”.

²⁶⁵ Ongelukkig is dat ‘onderscheid’ slechts in § 1029 wordt besproken, maar niet in § 1028 (‘algemene beginselen’): Koninklijke Landmacht (2005), p. 162-163, § 1028-1029.

²⁶⁶ Aanvallen op militairen doelen zijn legitiem zolang de te verwachten nevenschade niet disproportioneel is ten opzichte van het te verwachten militaire voordeel.

²⁶⁷ ICTY (2000), *Kupreskic (Trial)*, § 525: “More specifically, recourse might be had to the celebrated Martens Clause which, in the authoritative view of the International Court of Justice, has by now become part of customary international law”. Conform: Meron (1989), p. 1. e.v.

²⁶⁸ Kalshoven & Zegveld (2001), p. 22.

zouden in de ogen van de Grote Mogendheden als *unlawful combatants* ter plaatse mogen worden geëxecuteerd. De kleinere staten waren daar op tegen. De Clausule luidt:

Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilised nations, from the laws of humanity, and the requirements of the public conscience.²⁶⁹

Anders dan in een IGC, kent het *ius in bello* in het NIGC *niet* de persoon van geprivilegieerde belligerent: de combattant. Dat betekent dat diegenen die niet aan regeringszijde (als lid van de strijdkrachten) strijden, als “criminals infringing domestic law” worden gezien.²⁷⁰ Dit betreft leden van gewapende groepen en burgers die rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden. Deelname aan de vijandelijkheden *sec* is louter naar nationaal recht onrechtmatig. Zolang rechtstreekse deelname aan de vijandelijkheden (RDAV) binnen de grenzen van het oorlogsrecht plaatsvindt, levert RDAV op zichzelf geen oorlogsmisdrijf op.²⁷¹ RDAV brengt wel verlies van bescherming (als onderdeel van de burgerbevolking) met zich mee.

In een tweede separate bijdrage zullen we uitgebreid bij dit fenomeen stilstaan.²⁷² We kunnen hier volstaan met de opmerking dat de leden van de OMF die rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden (RDAV) mogen worden aangevallen.²⁷³ Dat geldt ook voor hun posities, commandoposten en dergelijke, mits deze voldoen aan de definitie van een militair object. Hierbij kan naar analogie artikel 52 (2) AP I worden gebruikt.²⁷⁴

5.2.4. Subconclusie oorlogsrechtelijke regime

Om de vraag te kunnen beantwoorden of, en zo ja, welk deel van het oorlogsrecht formeel (*de jure*) van toepassing is op het de operaties van ISAF (binnen het huidige Afghaanse conflict) was het nodig dit conflict te kwalificeren. Het oorlogsrecht is immers slechts formeel van toepassing op gewapende conflicten. Dit staat los van de beleidsmatig toepassing van het HOR dat we hiervoor zagen (supra § 5.1). Dit staat ook los van ROE dit in alle operaties van toepassing zijn (§ 4).

Het huidige conflict tussen de Afghaanse overheid (en ISAF) enerzijds en gewapende opstandelingen (OMF) anderzijds, valt sinds 19 juni 2002 als een intrastatelijk, niet-internationaal gewapend conflict (NIGC) aan te merken.

Op dit conflict en de militaire operaties is het oorlogsrechtelijke regime voor NIGC van toepassing. Dit bestaat uit twee delen: het Gemeenschappelijk Artikel 3 bij de Geneefse Conventies van 1949 (GA 3), aangevuld met het internationale gewoonterecht dat op NIGC van toepassing is. Het oorlogsrechtelijke regime (GA 3 en internationaal gewoonterecht ter zake van NIGC) is dus ook formeel (*de jure*) op ISAF van toepassing.

²⁶⁹ Preambule Verdrag (II) nopens de wetten en gebruiken van de oorlog te land, met bijbehorend Reglement; 's-Gravenhage, 1899, .

²⁷⁰ Cassese (2005), p. 429.

²⁷¹ Pejic (2005b), p. 76.

²⁷² Zie binnen dit onderzoeksproject, supra voetnoot 12: Pouw & Duchaine (2009), p. 1 e.v.

²⁷³ Zie Rule 6, Henckaerts & Doswald-Beck (2005), p. 19-24.

²⁷⁴ Duchaine (2008), p. 531.

5.3. Conclusie oorlogsrecht

Welke rechtsregimes zijn op de missie van ISAF van toepassing? In de vorige paragraaf (§ 4) bezagen we de relevantie van ROE. ROE bleken op alle militaire operaties, inclusie ISAF, van toepassing te zijn. In deze paragraaf (§ 5) blijkt dat – naast ROE – het humanitaire oorlogsrecht (HOR) een uiterst belangrijke rol speelt.

Het oorlogsrecht is *ten eerste* als rechtsregime formeel (*de jure*) van toepassing op militaire operaties zoals ISAF, zodra (en zolang) er sprake is van een gewapend conflict. Het conflict tussen de Afghaanse overheid en ISAF enerzijds en OMF anderzijds, lijkt op basis van de uitgevoerde analyse te voldoen aan de twee criteria om als gewapend conflict te kunnen gelden: (1) feitelijke vijandelijkheden van een zekere intensiteit, bestaande uit aan elkaar gerelateerd gewapende ‘incidenten’, die (2) uitgevoerd worden door tegenover elkaar staande georganiseerde gewapende groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen.

Zou men het Afghaanse conflict echter niet als een gewapend conflict (kunnen) kwalificeren, dan kan er desondanks sprake zijn van een “tijdelijk en plaatselijk” gewapend conflict, waarop het oorlogsrecht voor die duur formeel (*de jure*) van toepassing is. De gevechten rondom Chora (2007) zouden hiervoor in ieder geval in aanmerking komen.

Het Afghaanse conflict betreft (sinds 19 juni 2002) een intrastatisch, niet-internationaal gewapend conflict tussen de Afghaanse regering (en ISAF) enerzijds, en OMF anderzijds. ISAF is partij bij dit conflict. Op dit conflict is het rechtsregime voor niet-internationaal gewapende conflicten van toepassing. Dit bestaat uit twee delen: het Gemeenschappelijk Artikel 3 bij de Geneefse Conventies van 1949 (GA 3), aangevuld met het internationale gewoonterecht dat op NIGC van toepassing is.

Het oorlogsrecht is ook om een *tweede reden* uiterst relevant. Bij militaire operaties waarin er geen sprake is van een (tijdelijk en plaatselijk) gewapend conflict, wordt het oorlogsrecht door Nederland en de NAVO op beleidsmatige gronden *de facto* toegepast.

6. Rechtsregimes: mensenrechten

De rechtsregels, de regimes, die militaire operaties zoals ISAF beheersen, vormen het onderzoeksobject van de tweede deelvraag. Na ROE en oorlogsrecht, bezien we als derde regime mensenrechten. De vraag die we hier beantwoorden luidt: zijn mensenrechtenverdragen van toepassing op de missie van ISAF? Een secundaire vraag luidt: welke verplichtingen scheppen mensenrechtenverdragen in het geval ze van toepassing zijn. We zullen ons binnen deze bijdrage beperken tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en fundamentele vrijheden (EVRM).²⁷⁵ Daarbij zullen we vooralsnog de toepassing van de ‘Saramati-doctrine’ buiten beschouwing laten.

6.1. Vooraf: de schaduw van de ‘Saramati-doctrine’

De problematiek van de werking van mensenrechten, in casu het EVRM, in militaire missies die op basis van een mandaat van de VN-Veiligheidsraad tot stand zijn gekomen, is nauw verweven met de bekende uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (ECHR), in de *Behrami & Saramati* zaak.²⁷⁶ De zaak betrof een klacht vanwege de detentie van de Kosovaar Saramati door KFOR. Saramati stelde Frankrijk en Noorwegen aansprakelijk voor een schending van het EVRM omdat de successievelijke commandanten van de internationale troepenmacht KFOR uit die landen afkomstig waren. Het Europese Hof oordeelde – kort gezegd – dat staten niet aansprakelijk kunnen worden gesteld voor het optreden van hun troepen die zij ter beschikking hebben gesteld van een door de VN-Veiligheidsraad gemandateerd vredesmissie. Het Hof was van mening dat de detentie – in dit geval – niet aan Frankrijk en Noorwegen waren toe te rekenen, maar aan de VN, hetgeen een beoordeling van de klacht door het Europese Hof in de weg stond.

De vergelijking met ISAF dringt zich onherroepelijk op. De ‘Saramati-doctrine’ toepassend,²⁷⁷ zou betoogd kunnen worden dat het EVRM niet van toepassing is op de operaties van (Nederlandse) ISAF-eenheden omdat hun handelen niet aan de Troop Contributing Nations (TCN) zoals Nederland valt toe te rekenen, maar aan de VN. De VN-Veiligheidsraad heeft immers de operatie van ISAF onder Hoofdstuk VII van het VN-Handvest geautoriseerd.

Zo’n voor de hand liggende opvatting is echter om een aantal redenen niet vrij van kritiek of twijfel. Op de eerste plaats betreft het een uitspraak in deze specifieke casus en moet maar afgewacht worden of een detentie-kwestie in Afghanistan tot een zelfde conclusie zal leiden.²⁷⁸ De verschillen tussen KFOR en ISAF mogen immers niet uit het oog worden verloren.²⁷⁹ We komen hier later nog op terug (§ 6.3.4). Ten tweede heeft het Europese Hof in de

²⁷⁵ Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en fundamentele vrijheden (EVRM), *Trb.* 1990, 156. Het doel van het EVRM is “de eerste stappen te doen voor de collectieve handhaving van sommige der in de Universele Verklaring [van de Rechten van de Mens] vermelde rechten” (in: Preamble EVRM). Daarnaast is Nederland partij bij het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR), dat niet regionaal beperkt is.

²⁷⁶ ECHR (2007-05-31), *Behrami & Saramati*.

²⁷⁷ Vanwege de feiten van het geval is voor ons doel de zaak Saramati de meest relevante. Lawson (2008), p. 57, gebruikt om begrijpelijke redenen de naam van de eerste klager in deze zaak; de ‘Behrami-doctrine’.

²⁷⁸ Zie bijvoorbeeld: *Ibid.* p. 57.

²⁷⁹ Zie in die zin ook: UK House of Lords (2007a), *Al-Jedda*. De Lords komen tot de conclusie dat de detentie van Al-Jedda in de context van Irak anno november 2004 *niet* aan de VN, maar aan het Verenigd Koninkrijk moest worden toegekend. Zie hierover: Zwanenburg (2008), p. 136-137

zaak *Behrami & Saramati* niet geconcludeerd dat het EVRM geen normatief kader bood voor de kwestie van de mensenrechten. En ten derde is de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens niet vrij gebleven van kritiek.²⁸⁰ Zoals wel vaker is gebeurd, is het Hof in latere uitspraken – mede vanwege de omstandigheden van het geval – ‘omgegaan’ ten opzichte van eerdere uitspraken, of heeft ze eerdere uitspraken genuanceerd. Ten slotte kan ook niet onvermeld blijven dat, hoewel we ons hier op het EVRM concentreren, ook andere mensenrechtenregimes van invloed kunnen zijn op militaire operaties. Nederland is eveneens partij bij het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). Het VN-Mensenrechtencomité stelde vast dat het “IVBPR personen beschermt als zij onder het gezag van een verdragspartij vallen, ook als zij zich niet op het eigen grondgebied van de betreffende staat bevinden”;²⁸¹

This principle also applies to those within the power or effective control of the forces of a State Party acting outside its territory, regardless of the circumstances in which such power or effective control was obtained, such as forces constituting a national contingent of a State Party assigned to an international peace-keeping or peace-enforcement operation.²⁸²

Het lijkt daarom niet alleen verstandig, maar ook opportuun om – los van de problematiek van de Saramati-doctrine – het vraagstuk van de toepasselijkheid van mensenrechten op militaire operaties in beschouwing te nemen. We komen uiteindelijk in een later stadium weer terug op de verschillen tussen ISAF en de KFOR-setting van *Behrami & Saramati* (§ 6.3.4).

6.2. Inleiding: mensenrechten en jurisdictie

Klassieke mensenrechten – burgerrechten²⁸³ – beschermen het individu tegen willekeurig gebruik of misbruik van overheidsbevoegdheden door de autoriteiten van een territoriale staat.²⁸⁴ De staat heeft daarbij een dubbele ‘pet’ op: het is de rechtspersoon die enerzijds door gedrag (van zijn organen) ingrijpt in de rechten van mensen en waartegen deze beschermd moeten worden, terwijl ze anderzijds het lichaam is dat diezelfde rechten moet eerbiedigen en verwezenlijken.²⁸⁵

De verplichtingen die voortvloeien uit de mensenrechtenverdragen zijn, op een aantal uitzonderingen na,²⁸⁶ primair beperkt tot het *territoire* van de verdragspartijen in kwestie. In toenemende mate beïnvloedt echter ook *extraterritoriaal* gedrag van staten de mensenrechten van individuen.²⁸⁷ Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn bij militaire operaties in het buitenland: bijvoorbeeld ISAF.

Het belang van de vraag of mensenrechtenverdragen op de Nederlandse bijdrage van ISAF van toepassing zijn, tonen we aan met twee voorbeelden. Als burgers bij operaties omko-

²⁸⁰ Zie o.a. Lawson (2008), p. 51-63; Bulterman (2007), p. 111; Bijl (2008a), p. 47-63.

²⁸¹ Lawson (2008), p. 40.

²⁸² HRC (2004, March 29), *General Comment No. 31*, § 10.

²⁸³ Dit onderzoek concentreert zich op burgerrechten. Burgerrechten zijn vrijheidsrechten die de burger tegen de staat beschermen (Nollkaemper (2005), p. 245). Politieke rechten, economische, sociale en culturele rechten vallen buiten het bereik van dit onderzoek.

²⁸⁴ Coomans & Kamminga (2004), p. 1.

²⁸⁵ Ducheine (2008), p. 381.

²⁸⁶ Zie b.v. Genocideverdrag; ICJ (1996b), *Genocide case (preliminary objections)*, § 31: “The Court notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the [Genocide] Convention”.

²⁸⁷ Coomans & Kamminga (2004), p. 2. Zie voor een vergelijkbaar onderzoek: Lorenz (2005), p. 1 e.v.

men, is daarbij – mogelijk – het recht op leven in het geding.²⁸⁸ Dat geldt evenzeer als burgers tijdens acties gedetineerd worden; in dat geval speelt het recht op persoonlijke vrijheid een rol. De wijze waarop operaties gepland en uitgevoerd worden, raakt – met andere woorden – regelmatig aan mensenrechten. Mensenrechten beïnvloeden dus waarschijnlijk ook de planning en uitvoering van operaties.

De vraag die hierna centraal staat, is of mensenrechten – waaronder het recht op leven – extraterritoriale werking hebben?²⁸⁹ Net als het oorlogsrecht, kent het EVRM een drempel die overschreden moet worden voordat dit regime überhaupt op militaire operaties van toepassing kan zijn. Deze drempelwaarde, *threshold*, zullen we als eerste vaststellen (§ 6.3). Het betreft de vraag of een persoon zich *onder de rechtsmacht* of *binnen de jurisdictie* van een verdragsstaat bevindt. Als deze ‘hobbel’ is genomen, kunnen we in tweede instantie het van toepassing zijnde regime nader bezien (§ 6.4).

6.3. Drempel: jurisdictie

De reikwijdte van het EVRM wordt bepaald door het toepassingsbereik zoals dat omschreven is in artikel 1 van het Verdrag. Anders dan het hiervoor besproken oorlogsrecht,²⁹⁰ kent het EVRM geen universeel bereik. Het EVRM is (slechts) van toepassing op personen die zich *binnen de jurisdictie* van een verdragspartij bevinden:²⁹¹

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

De Hoge Verdragsluitende Partijen verzekeren een ieder, *die ressorteert onder hun rechtsmacht*, de rechten en vrijheden welke zijn vastgesteld in de Eerste Titel van dit Verdrag.²⁹²

Verdragspartijen zijn gehouden de rechten en vrijheden van het EVRM – mensenrechten – te garanderen aan een ieder die zich ‘binnen hun rechtsmacht’, binnen hun ‘jurisdictie’ bevindt. Dat is niet anders als militaire operaties worden uitgevoerd.²⁹³ Anders gezegd: het toepassingsbereik, dat wordt afgemeten aan de omvang van de jurisdictie van de verdragspartij, bepaalt of het EVRM van toepassing is op militaire operaties of niet. Daarbij is van belang dat jurisdictie hier in een specifieke rol wordt gebruikt, namelijk om de reikwijdte van de verdragsverplichtingen te bepalen.²⁹⁴

De logica hiervan is dat staten pas de mensenrechten kunnen garanderen als ze een afdoende mate van effectief gezag over personen kunnen uitoefenen. Oftewel: als ze feitelijke jurisdictie bezitten.²⁹⁵

²⁸⁸ Zie o.a. art. 3 Universele verklaring van de rechten van de mens: “Een ieder heeft het recht op leven, vrijheid en onschendbaarheid van zijn persoon”. Conform: art. 6 IVBPR, art. 2 EVRM, art. 4 *African Charter on Human and People’s Rights* (ACHPR), art. 4 ACHR. Zie ook art. 11 Grondwet.

²⁸⁹ Zie uitgebreid: Ducheine (2008), p. 380-466.

²⁹⁰ Zie bijvoorbeeld art. 1 GC III: “De Hoge Verdragsluitende Partijen verbinden zich dit Verdrag *onder alle omstandigheden* te eerbiedigen en te doen eerbiedigen” [Accent: PD&EH]. Deze dichotomie is minder scherp dan voorheen. Niet alleen vanwege extraterritoriale werking van mensenrechten, maar ook omdat de toepasselijkheid van het oorlogsrecht genuanceerd gezien moet worden. Zo was Nederland partij bij het gewapende conflict met Afghanistan (*Enduring Freedom*), terwijl in Nederland zelf het oorlogsrecht niet is toegepast.

²⁹¹ Jurisdictie wordt hier als synoniem voor rechtsmacht gehanteerd.

²⁹² Accent: PD&EP.

²⁹³ Ducheine (2008), p. 385.

²⁹⁴ Conform: o.a. Orakhelashvili (2003), p. 540-541; Altiparmak (2004), p. 224: “it might be wrong to transfer the ordinary meaning of ‘jurisdiction’ under general international law to human rights law”.

²⁹⁵ De keerzijde hiervan is dat in een aantal geval het ECHR eerst beziet aan wie handelingen moeten worden toegerekend, en vervolgens vaststelt dat die partij niet aansprakelijk kan worden gehouden, waarmee een oordeel over jurisdictie uit kan blijven (zie: Lawson (2008), p. 54).

6.3.1. Territoriale en extraterritoriale jurisdictie

Jurisdictie in de zin van het EVRM is primair territoriaal bepaald: op het grondgebied van de verdragspartij,²⁹⁶ in casu Nederland. Dit is de hoofdregel. Daarnaast strekt rechtsmacht in de zin van het EVRM zich ook uit over personen onder gezag van de staat in het buitenland:

It is clear from the language, [...], that the High Contracting Parties are bound to secure the rights and freedoms *to all persons under its actual authority and responsibility*, whether this authority is exercised *on its own territory or abroad*. [...].²⁹⁷

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

- de 'koloniale' clausule van art. 56 EVRM (in koloniale gebieden);²⁹⁸
- het vlagbeginsel (aan boord van schepen en vliegtuigen die in de Verdragspartij geregistreerd zijn);²⁹⁹
- 'consent' (wanneer een staat in het buitenland overheidsgezag uitoefent dat normaliter door de gaststaat wordt uitgeoefend).³⁰⁰

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

Naast deze hiervoor genoemde normale, zijn er twee bijzondere uitzonderingen.³⁰¹ Enerzijds zijn dit de handelingen van overheidsorganen waarmee en waardoor personen (tijdelijk) binnen de jurisdictie van de staat vallen, omdat de staat via zijn organen een vorm van effectief gezag over deze personen uitoefent of uit kan oefenen. Dit is aan de orde bij detentie, aanhouding of ontvoering. Deze grondslag duiden we als *State Agent Authority* (SAA).³⁰² Anderzijds zijn er situaties waarin een staat effectieve controle over een gebied buiten het eigen territorium uitoefent:³⁰³ bijvoorbeeld bij bezetting, of tijdens militaire operaties. Dit noemen we *Effective Control of an Area* (ECA).

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

²⁹⁶ ECHR (2001-12-12), *Banković ea*, § 59-61. Nollkaemper (2005), p. 252.

²⁹⁷ ECommHR (1975-05-26), *Cyprus/Turkey (1)*, § 8, verwijzend naar ECommHR (1965-09-25), *X./Germany*, p. 168-169. [Accent: PD&EP]

²⁹⁸ Loucaides (2006), p. 398-399: Het VK breidde het verdragsgebied in 1953 uit tot 45 koloniale gebieden, Nederland deed dit voor Suriname en de Nederlandse Antillen. In die zin meent Altıparmak (2004), p. 243 dat een situatie van bezetting van vreemd grondgebied naar analogie gepaard moet gaan met een dergelijke verklaring voordat er sprake kan zijn van jurisdictie in de zin van art. 1 EVRM.

²⁹⁹ ECHR (2001-12-12), *Banković ea*, § 73. Zie ook: ECommHR (1975-05-26), *Cyprus/Turkey (1)*, p. 136, § 8.

³⁰⁰ ECHR (2001-12-12), *Banković ea*, § 71; ECHR (2001-01-11), *Xhavara ea.*, waarbij Albanië Italië toestemming had gegeven voor het boarden van Albanese schepen met vluchtelingen.

³⁰¹ Zie uitgebreid: Ducheine (2008), p. 392-408. Vanwege de EU-verdragsverplichtingen zijn missie van EU-strijdkrachten aan het EVRM gebonden: Ducheine (2008), p. 409-410. We laten deze situatie hier buiten beschouwing.

³⁰² ECommHR (1975-05-26), *Cyprus/Turkey (1)*, p. 136. Conform: ECommHR (1992-10-14), *W.M./Denmark*, § 3.

³⁰³ ECHR (1995-03-23), *Loizidou (Preliminary objections)*, § 62.

6.3.2. SAA

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

[...] authorised agents of a State, including diplomatic or consular agents and armed forces, not only remain under its jurisdiction when abroad but bring any other persons or property “within the jurisdiction” of that State, to the extent that they exercise authority over such persons or property. Insofar as, by their acts or omissions, they affect such persons or property, the responsibility of the State is engaged.³⁰⁴

Deze grondslag voor extraterritoriale jurisdictie in de zin van het EVRM duiden we hier met ‘*State Agent Authority*’ (SAA). Het maakt daarbij niet uit of de overheidsorganen (*state agents*) wel of geen geldige juridische basis voor hun optreden hebben.³⁰⁵ “Authority” zou volgens Rozakis het volgende omvatten:

The capacity of a State to exercise power through its agents in an unhindered manner in a specific area outside its territory and furthermore, for a period of time allowing for the ‘effective’ deployment of this power.³⁰⁶

De fysieke omvang van deze gezagsuitoefening kan beperkt zijn tot de directe omgeving van de machtsuitoefening, die de vorm kan hebben van bijvoorbeeld een aanhouding, ontvoering of detentie.³⁰⁷ Het gaat in deze situatie (SAA) vooral om de feitelijke uitoefening van de overheidsmacht *sec.* Wanneer er sprake is van effectieve gezagsuitoefening is er ook sprake van jurisdictie in de zin van het EVRM. We bezien hierna achtereenvolgens detentie, aanhouding en ten slotte directe actie.³⁰⁸

6.3.2.1. Detentie

De meest karakteristieke en aansprekende vorm van SAA betreft detentie:

A prisoner is the archetypal example of someone who comes within the jurisdiction of the detaining state which exercises the most extreme type of control over him.³⁰⁹

³⁰⁴ ECommHR (1975-05-26), *Cyprus/Turkey (I)*, p. 136, § 8 en p. 137, § 10. Hoewel de ECommHR deze extraterritoriale grondslag aannam, waren de klachten niet ontvankelijk omdat Turkije de jurisdictie van het Hof nog niet aanvaard had. Herhaald in: ECommHR (1989-10-12), *Stocké*, § 166 en ECommHR (1992-10-14), *W.M./Denmark*.

³⁰⁵ ECHR (2004-11-16), *Issa ea*, § 71: “a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State [see, *mutatis mutandis*, ECommHR (1992-10-14), *W.M./Denmark*, p. 193; ECommHR (1996-06-24), *Sanchez Ramirez ('Carlos')*, p. 155; IACCommHR (1999, Sep 29), *Coard*, § 37, 39, 41 en 43]”. Zie ook de visies in: HRC (1981, Jul 29b), *Lopez Burgos*, § 12.3; en HRC (1981, Jul 29a), *Celiberti de Casariego*, § 10.3.

³⁰⁶ C.L. Rozakis, ‘How far can we go? Recent developments of Strasbourg case-law on the concept of jurisdiction’, in: L. Cafilisch (eds.), *Liber Amicorum Jose Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, Universidad Complutense, 2005, p. 213.

³⁰⁷ ECHR (2006-03-14), *Saddam Hussein*; UK High Court (2004), *Al Skeini ea (High Court)*; UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini ea (Appeal)*; UK House of Lords (2007b), *Al Skeini ea (House of Lords)*.

³⁰⁸ Meerdere andere modaliteiten van overheidshandelen, zoals uitwijzing (zie b.v. ECHR (1989-07-07), *Soering*), of berechting (zie b.v. ECHR (1992-06-26), *Drozd & Janosek*), zijn in het kader van dit onderzoek niet onmiddellijk relevant voor dit deel van de onderzoeksvraag. Zij maken echter wel deel uit van de extraterritoriale jurisprudentie.

³⁰⁹ De raadsman voor de verwerende partijen in *Bankovic*, Chistopher Greenwood QC, in: Verbatim Record of the hearing held in Bankovic, 24 October 2001, p. 10 (in: O'Boyle (2004), p. 138).

We staat kort stil bij een recent voorbeeld: de (Britse) *Al Skeini* zaak.³¹⁰ De Irakees Baha Mousa overleed in gevangenschap in een Britse detentiefaciliteit in Basra (Irak, 2003). Tijdens deze detentie is hij mishandeld.³¹¹ In hoogste instantie oordeelden de *Law Lords* dat Baha Mousa zich vanwege zijn detentie binnen de Britse jurisdictie in de zin van het EVRM bevond,³¹² hetgeen de Britse overheid in de procedure ook zelf toegaf:

The Secretary of State now concedes that the UK had jurisdiction in relation to Baha Mousa throughout the period that led up to his death, because he was being held in a British military prison that was operating in Iraq with the consent of the Iraqi sovereign authorities and contained arrested suspects [ref].³¹³

Het *Court of Appeal* legt het moment waarop jurisdictie gevestigd wordt eerder dan de Britse overheid, namelijk vanaf het moment van zijn aanhouding door de Britse troepen in Basra

In [the Appeals Court's] judgment, Mr Mousa came within the control and authority of the UK from the time he was arrested at the hotel and thereby lost his freedom at the hands of British troops.³¹⁴

In de gevallen van vijf andere Irakezen (waaronder Al Skeini), die in 2003 tijdens (verschillende) Britse patrouilles bij Brits geweldgebruik in Basra om het leven waren gekomen, was er echter geen sprake van SAA.³¹⁵

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

Commanders at all levels are to ensure that detention operations are conducted in accordance with applicable international law and human rights standards and that all detainees are treated with respect and dignity at all times. The strategic benefits of conducting detention operations in a humanitarian manner are significant. Detention operations that fail to meet the high standards mandated herein will inevitably have a detrimental impact on the ISAF Mission.³¹⁶

Het feit dat gedetineerden (in beginsel) niet langer dan 96 uur mogen worden vastgehouden,³¹⁷ impliceert dat een – aan het EVRM ontleende inhoudelijke – norm voor vrijheidsbeneming is overgenomen, dan wel dat deze EVRM-norm van toepassing is.³¹⁸

Nationaal beleid is in dit soort kwesties overigens niet altijd consistent.³¹⁹ In antwoord op kamervragen over de extraterritoriale werking van het EVRM tijdens SFIR (Irak), antwoordde de Nederlandse regering dat:

³¹⁰ UK High Court (2004), *Al Skeini ea (High Court)*; UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini ea (Appeal)*; UK House of Lords (2007b), *Al Skeini ea (House of Lords)*.

³¹¹ UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini ea (Appeal)*, § 28-29.

³¹² UK High Court (2004), *Al Skeini ea (High Court)*, § 288; UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini ea (Appeal)*, § 108 en 143; en UK House of Lords (2007b), *Al Skeini ea (House of Lords)*, § 61, 91, 97, 132.

³¹³ Zie UK High Court (2004), *Al Skeini ea (High Court)*, § 287.

³¹⁴ UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini ea (Appeal)*, § 108.

³¹⁵ Evenmin van ECA binnen de Britse rechtsmacht. UK High Court (2004), *Al Skeini ea (High Court)*, § 284-285; en UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini ea (Appeal)*, § 142. Zie ook hierna (ECA).

³¹⁶ SOP 362 3rd edition 2006-8-21. Bron: Roberts, Adam, (2006), Human rights obligations of external military forces, in: The rule of law in peace operations, Reueil XVII International Congress ISMLLW, p. 448, fn. 27 (*Standard Operating Procedures 362 Detention of Non-ISAF Personnel*); in: Roberts (2006), p. 443. Zie in die zin ook de *Military Technical Agreement (MTA) ISAF - Afghanistan* (in: NATO (2002, Jan 4), p. 1032).

³¹⁷ Ministerie van Defensie (2007): “Opgepakte personen worden, als daar aanleiding toe is, standaard binnen 96 uur vrijgelaten of aan de Afghaanse overheid overgedragen”. Zie ook: Nauta (2008), p. 178.

³¹⁸ Zie Naert (2006), p. 21. Zo is een detentieperiode van vier dagen en zes uren zonder voorgeleiding aan een rechter naar oordeel van het Hof in strijd is met art. 5(3) EVRM, zie: ECHR (1988-11-29), *Brogan*, § 60, 57-58.

Nederland en het Verenigd Koninkrijk [...] in Irak aan het EVRM gebonden [zijn] mits kan worden aangetoond dat de rechtsmacht onder het EVRM zich uitstrekt tot Irak. Dit lijkt onwaarschijnlijk aangezien het EVRM primair in territoriale zin is bedoeld en uitbreiding van de rechtsmacht kan zich alleen uitstrekken over grondgebieden waar het Verdrag reeds gelding heeft. [...].³²⁰

In latere vragen over de extraterritoriale werking van het EVRM in Afghanistan reageerde de regering:³²¹

Het [EVRM] legt uitsluitend verplichtingen op aan Nederland ten aanzien van personen die zich binnen de rechtsmacht van Nederland bevinden. Deze rechtsmacht is primair territoriaal bedoeld, dat wil zeggen in beginsel niet voor optreden buiten Nederland zelf. Het EVRM zou alléén verplichtingen opleggen voor wat betreft optreden in Afghanistan indien Nederland in Afghanistan «effectieve controle» uitoefende.³²²

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

Hoewel onduidelijk is of de regering ECA en/of SAA als extraterritoriale grondslag op het oog heeft, lijkt het taalgebruik op ECA te duiden. Andere reacties van de regering bevestigen dit.³²³

Ook de door de Ministers van Justitie en Defensie ingestelde onderzoekscommissie *Evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij uitzendingen* (de Commissie Borghouts), beperkte zich in haar onderzoek tot extraterritoriale jurisdictie op basis van ECA, en noemde SAA niet.³²⁴

De Commissie van den Berg, ingesteld vanwege het beweerde 'martelen' van Iraakse gedetineerden,³²⁵ kwam – verwijzend naar "jurisprudentie van het European Court of Human Rights [ECHR]" – tot de conclusie dat: "Nederlandse troepen in omgang met Irakezen en zeker met gedetineerden, gebonden [waren] aan de verplichtingen die voortvloeiden uit het EVRM".³²⁶

De Commissie van Toezicht betreffende de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD), die naar dezelfde affaire onderzoek deed, kwam – via een omweg – ook tot de conclusie dat Nederland jurisdictie had over de Iraakse gedetineerden.³²⁷ Deze commissie zag de Neder-

³¹⁹ Ducheine (2008), p. 394.

³²⁰ *Kamerstukken II 2002-03*, 23 432, nr. 117, p. 14-15, vraag 45. Zo ook de Britse minister van Defensie, Adam Ingram (MP): "[T]he European Convention on Human Rights is intended to apply in a regional context in the legal space of the Contracting States. It was not designed to be applied throughout the world and was not intended to cover the activities of a signatory in a country which is not signatory to the Convention. The ECHR can have no application to the activities of the UK in Iraq because the citizens of Iraq had no rights under the ECHR prior to the military action by the Coalition Forces." (in: Wilde (2005), p. 116).

³²¹ Ducheine (2008), p. 394.

³²² *Kamerstukken I 2004-05b*, 27 925, nr. B, p. 10.

³²³ *Kamerstukken II 2004-05a*, 27 925, nr. 167, p. 25: "Over het begrip «effectieve controle» behoeven wij ons hoofd niet te buigen. Dat is namelijk een juridisch begrip, waarover jurisprudentie bestaat van het Europese Hof. Het is glashelder dat de omvang en de aard van de inzet van de Nederlandse militairen in Afghanistan niet leiden tot effectieve controle in de zin van de jurisprudentie inzake het EVRM".

³²⁴ *Kamerstukken II 2005-06a*, 30 300 X, nr. 136, bijlage, p. 29-30.

³²⁵ De Volkskrant (17-11-2006), *Nederlanders martelden Irakezen*.

³²⁶ Commissie van den Berg (2007), p. 25, aangeboden via *Kamerstukken II 2006-07a*, 23 432, nr. 228, bijlage. Waarom Nederlandse troepen in zijn algemeenheid "in de omgang met Irakezen" aan het EVRM gebonden waren maakt de commissie niet duidelijk. Verwijzingen naar specifieke jurisprudentie ontbreken eveneens.

³²⁷ CTIVD (2007), p. 41, aangeboden via *Kamerstukken II 2006-07b*, 23 432, nr. 228, bijlage.

landse detentiefaciliteit in Irak echter als een klein gebied waarbinnen Nederland ECA uitoefende.³²⁸

Markant is dat de regering, noch de door haar ingestelde commissies verwijzen naar de jurisprudentie van het ECHR, waarin de extraterritoriale jurisdictie op basis van SAA voor gedetineerden en aanhouding zo duidelijk naar voren komt.³²⁹

6.3.2.2. Aanhouding

Naast (de aanhouding van) *Carlos*³³⁰ toont de *Öcalan* zaak aan dat er sprake was van effectieve controle door Turkije over *Öcalan* zodra deze op het vliegveld van Nairobi door Keniaanse autoriteiten aan Turkse autoriteiten was overgedragen.³³¹ Daardoor bevond *Öcalan* zich – via Turkse overheidsfunctionarissen op buitenlands grondgebied – binnen de Turkse jurisdictie, ook al was deze extraterritoriaal bepaald.³³²

It is common ground that, directly after being handed over to the Turkish officials by the Kenyan officials, the applicant was under effective Turkish authority and therefore within the “jurisdiction” of that State for the purposes of Article 1 of the Convention, even though in this instance Turkey exercised its authority outside its territory.³³³ [...]

6.3.2.3. Directe militaire actie

Een derde mogelijke modaliteit van SAA behelst militaire operaties waarbij er geen sprake is van aanhouding of detentie, maar waarbij door middel van functioneel militair geweldgebruik,³³⁴ bijvoorbeeld tijdens patrouilles, aanvallen, of gevechten, slachtoffers vallen, zonder dat er sprake is van *effective control of an area* (ECA).³³⁵

Zoals hiervoor al bleek wees de Britse rechter in de *Al Skeini* zaak jurisdictie af in die gevallen waarbij Irakezen door Brits geweldgebruik tijdens patrouilles en ‘searches’ om het leven waren gekomen.³³⁶ Anders gezegd: er bestond geen jurisdictie op basis van SAA.³³⁷ Lord Justice Brooke:

None of them were under the control and authority of British troops at the time when they were killed. This is one of the main points that was decided in *Bankovic* [...]. The only case which might give rise to an argument to the contrary is that of *Muhammed Salim* (on the basis that British troops assumed control of the house when they burst in), but it would in my

³²⁸ CTIVD (2007), p. 39-41, onder verwijzing naar *Issa* en *Al Skeini*.

³²⁹ Zie ook de zaken ECHR (2009-06-30), *Al-Saadoon* § 87-89; UK Court of Appeal (2009-01-21), *Al-Saadoon*; en UK High Court (2008-12-19), *Al-Saadoon*.

³³⁰ ‘Carlos’ werd in Soedan aangehouden: ECommHR (1996-06-24), *Sanchez Ramirez* (*‘Carlos’*). Zie ook de vergelijkbare zaken ECommHR (1980-10-07), *Freda*, p. 255 (aangehouden door Costa Rica en ter plekke overgedragen aan Italië); en ECHR (2008-07-10), *Medvedyev*.

³³¹ ECHR (2003-03-23), *Öcalan*, § 91-93.

³³² De kwestie van (het ontbreken van) de toestemming van Kenia doet aan de kwestie van extraterritoriale jurisdictie niets af, wel voor de hier niet aan de orde zijnde vraag betreffende de rechtmatigheid van de arrestatie, die eventueel een schending van het EVRM kan opleveren. Conform: Gondek (2005), p. 374.

³³³ ECHR (2005-05-12), *Öcalan*, § 91.

³³⁴ Voor deze term: zie Ducheine & Walgemoed (2004), p. 309.

³³⁵ O’Boyle (2004), p. 139, wijst er op dat ook de Falklandoorlog geen casus heeft opgeleverd. Contra: Rowe (2006), p. 4, er op wijzend dat een klacht in Straatsburg werd ingediend vanwege het tot zinken brengen van de Argentijnse kruiser General Belgrano. Deze was vanwege het overschrijden van de termijn niet-ontvankelijk: zie ECHR (2000-07-19), *De Ibanez & Rojas*.

³³⁶ Evenmin van ECA binnen de Britse rechtsmacht. UK High Court (2004), *Al Skeini ea* (*High Court*), § 284-285; en UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini ea* (*Appeal*), § 142. Zie ook hierna (ECA).

³³⁷ En evenmin op basis van ECA.

judgment be thoroughly undesirable for questions about the applicability of the ECHR to turn for their resolution on sophisticated arguments of this kind. The soldiers, for instance, might have found they were by no means in control of the house if they had all been shot dead by hostile gunfire after they had broken in. It is essential, in my judgment, to set rules which are readily intelligible. If troops deliberately and effectively restrict someone's liberty he is under their control. This did not happen in any of these five cases.³³⁸

In de kwestie *Bankovic* wees het ECHR jurisdictie vanwege een luchtaanval op een radiostation in Belgrado af.³³⁹ In de recente *Solomou* zaak stelde het ECHR juist weer wel vast dat er sprake was van jurisdictie vanwege SAA: het betrof een demonstrant die door Noord-Turkse militairen werd neergeschoten.³⁴⁰ In *Isaak* oordeelde het ECHR dat de mishandeling van een demonstrant (tijdens de begrafenis van Solomou) buiten het grondgebied jurisdictie vanwege SAA genereerde.³⁴¹ In de zaak *Pad* concludeerde dat personen die door een Turkse helikopter onder vuur waren genomen, maar zich mogelijk buiten Turks grondgebied bevonden, binnen de Turkse jurisdictie vielen.³⁴²

Cruciaal voor het ontstaan en bestaan van jurisdictie in de zin van het EVRM is de situatie waarin de overheid in staat is, over het vermogen beschikt, "to secure the rights and freedoms to [persons] under its actual authority and responsibility".³⁴³ Bepalend is of de slachtoffers zich binnen de jurisdictie, dat wil in dit verband zeggen, onder het effectieve gezag of controle van de strijdkrachten vallen, waardoor de staat ook de aan die gezagsuitoefening verbonden rechten en verplichtingen onder het EVRM kan verzekeren. Daarvoor is – in ieder geval tijdelijk en plaatselijk – effectief gezag nodig, zoals dat bijvoorbeeld tijdens een aanhouding en detentie ook aanwezig is.³⁴⁴ In Rozakis' beschrijving gaat het om:

The capacity of a State to exercise power through its agents in an unhindered manner in a specific area outside its territory and furthermore, for a period of time allowing for the 'effective' deployment of this power.³⁴⁵

Rozakis' typering leidt tot een driedeling. Er zijn enerzijds omstandigheden waarin – net als tijdens aanhouding en detentie – een staat over voldoende *effective control* beschikt zodat zij de situatie – tijdelijk en plaatselijk – ongehinderd beheerst. Dit genereert tevens jurisdictie in de zin van het EVRM, zodat mensenrechten moeten worden gerespecteerd.

Anderzijds zijn er omstandigheden waarbij van *effective control* geen sprake zal zijn. Er kan te weinig gezag zijn, of gezag dat niet (lang genoeg) bestendig is, dan wel gehinderd wordt door invloeden van buitenaf. Tussen deze twee uitersten bevindt zich een grijs gebied.³⁴⁶

Daarbij moet gewaakt worden voor misbruik. Een staat zou zich aan zijn verantwoordelijkheden kunnen onttrekken door te weinig macht te projecteren terwijl het daartoe wel in staat is. Ook zou een staat bewust buiten haar grondgebied kunnen opereren om jurisdictie te ontlopen. Wat dat betreft is de ratio voor extraterritoriale jurisdictie van het VN-

³³⁸ UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini ea (Appeal)*, § 110.

³³⁹ ECHR (2001-12-12), *Bankovic ea*, § 82.

³⁴⁰ ECHR (2008-06-24), *Salomou*, § 51. het betrof nota bene een zaak die zich afspeelde in het door Turkije bezette deel van Cyprus. Zwanenburg (2009), p. 7-8, stelt terecht de vraag waarom het EHRM geen jurisdictie vanwege ECA (bezetting Noord-Cyprus) aannam.

³⁴¹ ECHR (2006-09-28), *Isaak (admissibility)*, p. 21. Voor een annotatie: Zwanenburg, 2009 #2673}8-10.

³⁴² ECHR (2007-06-28), *Pad*, § 54.

³⁴³ Conform: ECommHR (1975-05-26), *Cyprus/Turkey (1)*, § 8, verwijzend naar ECommHR (1965-09-25), *X./Germany*, p. 168-169.

³⁴⁴ Ducheine (2008), p. 400.

³⁴⁵ C.L. Rozakis, 'How far can we go? Recent developments of Strasbourg case-law on the concept of jurisdiction', in: L. Caflisch (eds.), *Liber Amicorum Jose Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, Universidad Complutense, 2005, p. 213.

³⁴⁶ Ducheine (2008), p. 400.

Mensenrechtencomité zoals het die tot uitdrukking bracht in de zaak *Lopez Burgos/Uruguay* cruciaal:

In line with this, it would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory.³⁴⁷

Het ECHR nam deze gedachtegang over in de zaken *Issa* en *Isaak* zaak.³⁴⁸

6.3.2.4. Ratio SAA

Dat extraterritoriale jurisdictie op basis van SAA een valide en geaccepteerde uitzondering is, blijkt vooral ook uit *Issa*,³⁴⁹ waarbij het ECHR uitgebreid verwijst naar vergelijkbare kwesties die door het VN-Mensenrechtencomité en de Inter-Amerikaanse Commissie voor de Rechten van de Mens behandeld zijn.³⁵⁰ Het ECHR verwijst in *Issa* expliciet naar de ratio om de extraterritoriale werking van mensenrechten te accepteren:

a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State [see fn.].³⁵¹ Accountability in such situations stems from the fact that Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory (see *ibid.*).³⁵²

Zwanenburg wijst er op dat deze redenering niet al te letterlijk opgevat kan worden: de redenering valt moeilijk te rijmen met *Banković* en zou ook tot devaluatie van artikel 1 EVRM leiden.³⁵³

6.3.3. ECA

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

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

³⁴⁷ HRC (1981, Jul 29b), *Lopez Burgos*, § 12.3. Conform: Warbrick (2004), p. 998, de Franse aanslag op de Rainbow Warrior in Nieuw-Zeeland (1985, *Operation Satanique*) als voorbeeld nemend: "it is a counter-intuitive result that a state might be able to avoid the application of Conventions obligations by stepping outside its territory to execute its plans".

³⁴⁸ ECHR (2004-11-16), *Issa* *ea*, § 71, resp. ECHR (2006-09-28), *Isaak* (*admissibility*).

³⁴⁹ Er bestaat enige discussie *Issa* op SAA, ECA, danwel op beide betrekking heeft. Zie hiervoor: Gondek (2005), p. 374-375, en UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini* *ea* (*Appeal*), § 92.

³⁵⁰ Ducheine (2008), p. 395-396.

³⁵¹ Verwijzend naar ECommHR (1992-10-14), *W.M./Denmark*, p. 193; ECommHR (1996-06-24), *Sanchez Ramirez* ('Carlos'), p. 155, maar vooral ook naar de jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité en de Inter-Amerikaanse Commissie voor de rechten van de Mens, respectievelijk HRC (1981, Jul 29b), *Lopez Burgos*, § 12.3; HRC (1981, Jul 29a), *Celiberti de Casariego*, § 10.3; en IACCommHR (1999, Sep 29), *Coard*, § 37, 39, 41 en 43.

³⁵² ECHR (2004-11-16), *Issa* *ea*, § 71.

³⁵³ Zwanenburg (2009), p. 9.

such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration.³⁵⁴

In dit geval betrof het oordeel van het ECHR de Turkse bezetting van Noord-Cyprus. Het uitoefenen van ECA kent verschillende modaliteiten.³⁵⁵

Op de eerste plaats als een bezettende mogendheid in de zin van het Landoorlogsreglement. Dit was hierboven het geval (Turkije in Noord-Cyprus). Ten tweede is er ook sprake van ECA als een staat met instemming van (*consent*), of op uitnodiging van een andere staat publiek gezag uitoefent dat normaliter door die andere staat zelf wordt uitgeoefend, dan wel indien die andere staat hierin berust.³⁵⁶

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

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

[2] through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government.³⁵⁷

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

The following day, [...] UNSC Resolution 1244 was adopted. KFOR was mandated to exercise complete military control in Kosovo. UNMIK was to provide an interim international administration and its first Regulation confirmed that the authority vested in it by the UNSC comprised all legislative and executive power as well as the authority to administer the judiciary [...] Kosovo was, therefore, [...] under the effective control of the international presences which exercised the public powers normally exercised by the Government of the FRY [...].³⁵⁸

In de eerder genoemde *Al Skeini* zaak maakte het Britse *Court of Appeal* duidelijk dat de status van bezettende mogendheid onder het oorlogsrecht, niet automatisch ECA in de zin van het EVRM impliceert.³⁵⁹

It is quite impossible to hold that the UK, although an occupying power for the purposes of the Hague regulations and Geneva IV, was in effective control of Basrah City for the purposes of ECHR jurisprudence at the material time. [...] I reject the arguments by the claimants to the effect that occupation for the purposes of the Hague Regulations must necessarily be equated with effective control of the occupied area for ECHR purposes.³⁶⁰

Het VK bezat rechtsprekende, noch wetgevende of executieve jurisdictie.³⁶¹ Bovendien gold de Amerikaans gedomineerde *Coalition Provisional Authority* (CPA) als de autoriteit die het tijdelijke bestuur over Irak in handen had.³⁶²

³⁵⁴ ECHR (1995-03-23), *Loizidou (Preliminary objections)*, § 62.

³⁵⁵ Duchêne (2008), p. 405.

³⁵⁶ Deze situatie is hiervoor als derde normale uitzondering genoemd: supra § 6.3.1.

³⁵⁷ ECHR (2001-12-12), *Banković ea*, § 71.

³⁵⁸ ECHR (2007-05-31), *Bebrami & Saramati*, § 70.

³⁵⁹ Contra: Altıparmak (2004), p. 243. Zie ook zijn nuance op p. 241, waar hij opmerkt dat ten tijde van het beleg van Basra (26 maart 2003) dat enkele weken duurde, de Britten nog geen bezettende mogendheid waren in de zin van art. 42 H IV R (LOR), maar vanwege het beleg wel effectieve controle over de stad hadden. Dat laatste valt overigens te betwijfelen.

³⁶⁰ UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini ea (Appeal)*, resp. § 124 en 127.

³⁶¹ Die bij de Iraakse justitie lag. Zie Ibid., § 124.

³⁶² Zie de vergelijking met het gedeelde bestuur over de Spandau-gevangenis in Berlijn: ECommHR (1975-05-28), *Hess*.

ECA *kan* dus aan de orde zijn bij militaire operaties die voortvloeien uit bezetting of uit een VN-Veiligheidsraad mandaat, dan wel die met instemming of op verzoek van het gastland worden uitgevoerd. Of er sprake is van ECA moet worden beoordeeld aan de hand van de feitelijke omstandigheden.³⁶³

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

The Court does not exclude the possibility that, as a consequence of this military action, the respondent State could be considered to have exercised, temporarily, effective overall control of a particular portion of the territory of northern Iraq.³⁶⁴

6.3.4. Saramati opnieuw bezien: ISAF versus KFOR?

De analyse van de vraag naar de toepasselijkheid van het EVRM op (extraterritoriale) militaire operaties wordt onweersproken beïnvloed door de uitspraak van het Europese Hof voor de rechten van de Mens (ECHR) in de zaak *Behrami & Saramati*. Dat is in ieder geval zo bij door de VN-Veiligheidsraad geautoriseerde operaties. We stelden hiervoor (§ 6.1) al dat er goede redenen waren om desondanks – los van deze zaak – het leerstuk van jurisdictie en extraterritoriale werking van het EVRM te analyseren.

Op de *eerste plaats* is de casus van Saramati zeer specifiek en betreft het een detentie in de context van de missie van KFOR in Kosovo. Saramati was aangehouden (“arrestend”) door de internationale politiemacht van UNMIK. De opdracht daartoe kwam van (de Noorse) Commandant KFOR. Zijn detentie werd meermalen verlengd door (de Noorse en later de Franse) Commandant van KFOR. De praktijk in Afghanistan leert daarentegen dat (Nederlandse) ISAF-eenheden niet slechts op last van Commandant ISAF tot detentie overgaan. De (Nederlandse) ISAF-eenheden detineren daarnaast individuen zonder de tussenkomst van anderen: de Saramati constructie via de UNMIK politiemacht is in Afghanistan niet aan de orde.

Ten tweede is de Afghaanse context een andere dan de Kosovaarse. Niet alleen de voorgeschiedenis van het conflict wijkt af, maar ook de rechtsgrondslag van de missie van ISAF. ISAF is niet alleen een VN-geautoriseerde missie, maar geniet ook de instemming van de Afghaanse overheid.³⁶⁵ In dit verband is ook de Britse uitspraak in de zaak *Al-Jedda* relevant. De hoogste Britse rechter komt tot daarin tot de conclusie dat de detentie van Al-Jedda in de Iraakse context van november 2004 niet aan de VN, maar aan het Verenigd Koninkrijk moest worden toegekend.³⁶⁶

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

³⁶³ Ducheine (2008), p. 406-407.

³⁶⁴ Vergelijk: Ibid. p. 407 en ECHR (2004-11-16), *Issa ea*, § 74.

³⁶⁵ Supra § 2.4.

³⁶⁶ Zie in die zin ook: UK House of Lords (2007a), *Al-Jedda*. Zie hierover: Zwanenburg (2008), p. 136-137, en 138-140.

Als kan worden aangetoond dat het troepenleverende land zich in een concrete situatie mengde – letterlijk eigenmachtige beslissingen nam – da[n] vormt dat een argument om het optreden niet aan de VN toe te rekenen.³⁶⁷

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

The Court does not find any suggestion or evidence of any actual TCN orders concerning, or interference in, the present operational (detention) matter.³⁶⁸

In de Afghaanse context blijkt dat nationale ISAF-contingenten en de TCN de facto een grote beleidsvrijheid hebben inzake het detineren van personen.³⁶⁹ Uiteraard opereren (Nederlandse) ISAF eenheden onder formeel gezag van Commandant ISAF, maar feitelijk is het reëel te concluderen dat de VN minder, en de TCN meer invloed hebben op detentie in de Afghaanse context dan het ECHR in de Kosovaarse context aanneemt.³⁷⁰ We lichten deze verschillen kort toe. Allereerst sluiten TCN zelf zogeheten Memoranda of Understanding (MOU's) af met andere TCN én de Afghaanse overheid inzake de overdracht en behandeling van *detainees*.³⁷¹ ISAF ontbreekt hierin als partij.³⁷² Ten tweede geven, naast Commandant ISAF de TCN (aanvullende) dwingende nationale aanwijzingen over de wijze waarop *detainees* behandeld (en overgedragen) moeten worden. Ten derde bestaat de kans dat sommige *detainees* met troepen uit slecht één enkele nationaal contingent geconfronteerd worden. Anders geformuleerd: de feitelijke contacten zijn regelmatig puur nationaal.³⁷³ Ook de invloed van 'lead-nations' in samengestelde eenheden is niet onbelangrijk.³⁷⁴ De Bijl's opmerking over de dubbele 'allegiance' van (Nederlandse) ISAF eenheden lijkt in de Afghaanse context zeker op te gaan:

Niet ondenkbaar is dat de 'dual allegiance' van de nationale contingenten meer doorslaat naar de TCN's dan door het [ECHR] verondersteld wordt.³⁷⁵

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

De vierde reden om voorzichtig te zijn met de toepassing van de 'Saramati-doctrine' is de constatering dat het Europese Hof in de zaak *Behrami & Saramati* niet geconcludeerd dat het EVRM geen normatief kader bood voor de kwestie van de mensenrechten. Het ECHR laat de vraag naar jurisdictie in de zin van EVRM onbeantwoord, want voor zover de klagers

³⁶⁷ Lawson (2008), p. 57.

³⁶⁸ ECHR (2007-05-31), *Behrami & Saramati*, § 139.

³⁶⁹ Lawson (2008), p. 55.

³⁷⁰ Conform: Bijl (2008a), p. 57-58.

³⁷¹ Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II 2006-06*, 27 925, nr. 205, bijlage (MOU Afghansitan - Nederland); (*Memorandum of Understanding between the Minister of Defence of the Islamic Republic of Afghanistan and the Minister of Defence of the Kingdom of the Netherlands, concerning the transfer of persons by Netherlands military forces in Afghanistan to Afghan authorities*), preamble: "Desiring to establish procedures in the event of the transfer by the military forces of the Netherlands to Afghan authorities of persons detained in Afghanistan", en § 3 "The Afghan authorities will accept the transfer of persons detained by the Netherlands armed forces [...]". *Kamerstukken II 2006-06*, 27 925, nr. 205, bijlage (MOU Afghansitan - Nederland)[Accent: PD&EP] Voor een overzicht van deze MOU's, zie Amnesty International (2007), p. 21: onderlinge MOU's (estland-Verenigd Koninkrijk en Nederland-Australië); MOU's met G1RoA (Canada, Denemarken, Nederland, Noorwegen en het Verenigd Koninkrijk).

³⁷² Een uitzondering hierop is de *MTA ISAF-Afghanistan*, die als raamovereenkomst kan worden gezien: NATO (2002, Jan 4), p. 1.

³⁷³ Vergelijk: Bijl (2008a), p. 61: "KFOR wordt uitdrukkelijke niet gezien als 'context' waarin de TCN's eigen bevoegdheden uitoefenen".

³⁷⁴ Conform: Ibid. p. 57.

³⁷⁵ Ibid. p. 58.

zich binnen de jurisdictie van de TCN, in casu KFOR, zouden bevinden, is dat de VN toe te rekenen.³⁷⁶

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

The Commission is of the opinion that the joint authority cannot be divided into four separate jurisdictions and that therefore the United Kingdom's participation in the exercise of the *joint* authority and consequently in the administration and supervision of Spandau Prison is not a matter "within the jurisdiction" of the United Kingdom, within the meaning of Art. 1 of the Convention.³⁷⁷

Naar analogie zou een vergelijkbare ondeelbare gezamenlijke verantwoordelijkheid voor *detainees* in de context van ISAF aan jurisdictie onder het EVRM in de weg kunnen staan.³⁷⁸ Of er daadwerkelijk sprake is van ondeelbare gezamenlijke verantwoordelijkheid bij ISAF detenties zal dan uiteindelijk aan de hand van de feiten moeten worden vastgesteld.

De conclusie luidt dat de 'Saramati-doctrine' zeker relevant kan zijn voor ISAF-operaties in Afghanistan, maar dat geenszins vaststaat dat zij bij voorbaat haar schaduw vooruit werpt. Uiteindelijk een toekomstige klacht door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens op grond van de specifieke omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld.

6.3.5. Subconclusie drempel

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

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

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

Directe, gerichte militaire acties, leveren soms wel, soms geen jurisdictie op. Daarbij moet gewaakt worden voor misbruik. Een verdragspartij zou zich aan zijn verantwoordelijkheden kunnen onttrekken door te weinig macht te projecteren, terwijl het daartoe wel in staat is. Ook zou een Verdragspartij bewust buiten haar grondgebied kunnen opereren om jurisdictie te ontlopen.

³⁷⁶ Bijl (2008b), p. 56, die vaststelt dat het "common ground" is dat een persoon die "aangehouden" wordt, zich in de jurisdictie bevindt van de Staats wiens 'agents' die "aanhouding" verrichten (p. 57).

³⁷⁷ ECommHR (1975-05-28), *Hess*; Bevestigd in ECommHR (1989-01-18), *Vearncombe ea*, waarbij geen uitspraak wordt gedaan over de klacht m.b.t. een Britse schietbaan in Berlijn: *inadmissible* vanwege andere redenen. [Accent: PD&EP].

³⁷⁸ Zie in dit verband de opmerking in UK High Court (2004), *Al Skeini ea (High Court)*, § 140. Deze kwestie kwam in ECHR (2007-05-31), *Behrami & Saramati* niet aan de orde.

Zodra ISAF eenheden individuen aanhouden of detineren, is er sprake van extraterritoriale jurisdictie op grond van SAA. Binnen de ISAF-bases is er sprake van jurisdictie op grond van (geografisch beperkte) ECA.³⁷⁹ Het EVRM is in die gevallen van toepassing.

6.4. Regime

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

Omdat het wezenskenmerk van militaire operaties bestaat uit het vermogen om geweld aan te wenden, zullen we ons qua mensenrechtenregime concentreren op het meest fundamentele van alle rechten van de mens,³⁸⁰ het recht op leven. Dat neemt niet weg dat daarnaast ook andere rechten in het geding kunnen zijn:³⁸¹ het recht op vrijheid van foltering, onmenselijke en vernederende behandeling,³⁸² of recht op persoonlijke vrijheid dat beschermt tegen vrijheidsberoving door de staat.³⁸³

6.4.1. Recht op leven

Het recht op leven dat hier centraal staat, is een recht dat qua inhoud, reikwijdte, in het verdrag begrensd is. Het is daarmee geen absoluut, maar een relatief recht.³⁸⁴ Het recht wordt “niet in alle gevallen en te allen tijde beschermd”.³⁸⁵

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

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

Het recht op leven omvat op basis van jurisprudentie een aantal negatieve en positieve verplichtingen voor de overheid.³⁸⁶ Negatieve plichten dwingen een staat zich te onthouden van bepaalde handelingen. Positieve dwingen een staat juist tot het verrichten van bepaalde handelingen.

We bezien allereerst een aantal negatieve plichten die uit het recht op leven voortvloeien. Nederland heeft de doodstraf in 1991 afgeschaft.³⁸⁷ In de rest van het EVRM-

³⁷⁹ Dat er sprake is van jurisdictie, en het EVRM van toepassing is, betekent niet automatisch dat een staat ook aansprakelijk is voor overtredingen van het EVRM. Zie daarvoor: ECHR (2007-05-31), *Behrami & Saramati*, § 141 en 145, waarbij het EHRM tot de conclusie kwam dat de vermeende schendingen van het EVRM volledig aan KFOR en UNMIK moesten worden toegerekend.

³⁸⁰ Harris, O'Boyle & Warbrick (1995), p. 37.

³⁸¹ Zie voor een overzicht van de behandeling van *detainees* (in Irak, SFIR): Nauta (2008), p. 180-183. Zie ook het ‘Copenhagen process’: Danmark (2007), p. 1.

³⁸² Art. 3 EVRM en art. 7 IVBPR, alsmede het Europees Verdrag ter voorkoming van Foltering en Onmenselijke of Vernederende Behandeling of Bestrafing; Straatsburg, 1987, Nov 26, *Trb.* 1988, 19; en het Verdrag tegen Foltering en andere Wrede, Onmenselijke of Onterende Behandeling of Bestrafing; New York 1984, Dec 10, *Trb.* 1985, 69. De Nederlandse Grondwet kent dit grondrecht niet.

³⁸³ Art. 5 EVRM; art. 9 IVBPR.

³⁸⁴ Vande Lanotte & Haec (2005), p. 92, § 13.

³⁸⁵ Vande Lanotte & Haec (2004), p. 116, fn. 407; Gomien, Harris & Zwaalk (1996), p. 98.

³⁸⁶ Zie in dit verband: Bijl (2006), p. 1; Bijl (2007), p. 97; Bijl (2008b), p. 273.

³⁸⁷ Nederland is partij bij Protocol Nr. 6 bij het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, inzake de afschaffing van de doodstraf; Straatsburg, 1983, Apr 28, *Trb.* 1983, 86; en bij Protocol Nr. 13 bij het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de

verdragsgebied is de doodstraf inmiddels ook in vredetijd niet meer toegestaan.³⁸⁸ Nederland werkt vanwege de negatieve plichten ook niet mee aan uitlevering van personen aan staten waar de doodstraf nog ten uitvoer wordt gelegd als dit een schending van het recht op vrijheid van foltering, onmenselijke en vernederende behandeling (art. 3 EVRM) oplevert,³⁸⁹ of als de verdachte het gevaar loopt zonder gerechtelijk vonnis gedood te worden.³⁹⁰ Deze uit het EVRM voortvloeiende negatieve verplichtingen kunnen de reden voor stringente aanwijzingen met betrekking tot *detainees* en de overdracht aan andere staten zijn. Inbreuken op het recht op leven zijn niet toegestaan. Anders geformuleerd, tenzij van een toegelaten uitzondering sprake is, geldt deze negatieve plicht. Dood die het gevolg is van “rechtmatige oorlogshandelingen”, wordt niet als willekeurige levensberoving in de zin van het EVRM gezien.³⁹¹ Ze moet in het licht van het humanitaire oorlogsrecht, het HOR, worden geïnterpreteerd.³⁹² Anders verwoord: zodra er sprake is van een slachtoffer van een rechtmatige oorlogshandeling, is er geen sprake van schending van het recht op leven. Respect voor het recht op leven, met name van gevangenen, is één van de redenen voor de zorgvuldige procedures die betrekking hebben op *detainees*. Het lot van de Irakees Baha Mousa, onderstreept het belang van dit soort zorgvuldige en gedetailleerde aanwijzingen.

Uit de jurisprudentie vallen procedurele positieve verplichtingen af te leiden in het geval dat individuen door (functioneel) overheids geweld om het leven komen.³⁹³ De positieve verplichtingen zijn enerzijds materieel van aard, zoals de bescherming van gevangenen als deze gevaar loopt.³⁹⁴ Hij of zij zal dus op een verantwoorde wijze uit een situatie van gevaarzetting moeten worden vervoerd. Anderzijds zijn er procedurele verplichtingen. De bescherming van het recht op leven vereist dat de verdragspartij een “effective official investigation” start als er (door overheids geweld) dodelijke slachtoffers vallen.³⁹⁵ De last die op de overheid rust, is als gevolg van de positieve zorgplicht zwaarder, indien een persoon tijdens detentie sterft.³⁹⁶

The essential purpose of such an investigation is to secure the effective implementation in domestic laws which protect the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure accountability for deaths occurring under their responsibility.³⁹⁷

Fundamentele Vrijheden, inzake de afschaffing van de doodstraf onder alle omstandigheden; Vilnius, 2002, May 3, *Trb.* 2002, 119.

³⁸⁸ Heringa, Schokkenbroek & Velde (1998), p. art. 2/3.2-8; ECHR (2005-05-12), *Öcalan*, § 163. Op de Russische Federatie (wel getekend) na, hebben alle lidstaten het zesde protocol inmiddels geratificeerd. Zie <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=114&CM=7&DF=5/4/2007&CL=ENG> (benaderd: 1-12-2007).

³⁸⁹ Het verbod op uitlevering is af te leiden uit ECommHR (1994-01-20), *Aylor-Davis*; en ECHR (1989-07-07), *Soering*, § 104 e.v. Conform: Vande Lanotte & Haeck (2004), p. 79.

³⁹⁰ Heringa, Schokkenbroek & Velde (1998), p. art. 2/3.2-7.

³⁹¹ Pejic (2005a), p. 82. Uitgebreid; Ducheine (2008), p. 422-442.

³⁹² Vande Lanotte & Haeck (2004), p. 117; Naert (2006), p. 9; Heinzte (2004), p. 797. Voor de kritiek op de wijze waarop het ECHR dit uitvoert: Ducheine (2008), p. 433-439. Zie: ECHR (2005-02-24a), *Isayeva II*; ECHR (2005-02-24b), *Isayeva I*, en de annotatie van Bijl (2007), p. 104. Idem: ECHR (2008-01-17), *Khat-siyeva*, en de annotatie van Bijl (2008b), p. 278. Voor een andere benadering: IACCommHR (1997, Nov 18), *Abella case*.

³⁹³ Overzichtelijk samengevat in ECHR (2002-03-14), *Edwards*, § 69-70.

³⁹⁴ ECHR (1998-10-28), *Osman*, § 116.

³⁹⁵ ECHR (1995-09-05), *McCann ea*, § 161.

³⁹⁶ Zoals in het geval van Baba Mousa in *Al Skeini e.a.* Idem: ECHR (2004-04-06), *Özkan*, § 323.

³⁹⁷ ECHR (2001-05-04), *McKerr*, § 111.

Het gaat om (1) een onafhankelijk onderzoek,³⁹⁸ dat (2) doelmatig moet zijn, dat wil zeggen: een onderzoek dat moet kunnen leiden tot de vaststelling of het geweld gerechtvaardigd was en tot de eventuele identificatie en bestraffing van de verantwoordelijken.³⁹⁹ Het onderzoek moet verder (3) onverwijld en voortvarend worden uitgevoerd. Bovendien moet er (4) voldoende publieke controle op het onderzoek zijn, waarbij de nabestaanden – automatisch⁴⁰⁰ – bij het onderzoek betrokken worden.⁴⁰¹ Deze eisen gelden eveneens bij extraterritoriale operaties waarop het EVRM van toepassing is.⁴⁰²

Los van het feit dat het vanuit staatsrechtelijk perspectief uitermate evident is dat overheidspersoneel na functioneel geweldgebruik daarover ook verantwoording aflegt,⁴⁰³ volgt deze eis dus ook uit de verplichtingen onder het EVRM. Noodtoestand of (burger)oorlog doen daar niets aan af.⁴⁰⁴ Het ECHR heeft een gereduceerde onderzoeksplicht in dit soort omstandigheden consequent afgewezen.⁴⁰⁵

6.4.2. Gewoonterecht

Behalve de hiervoor besproken internationale verdragsrechtelijke regimes, zijn staten (in toenemende mate) gebonden aan internationaal gewoonterecht en aan algemene beginselen van internationaal recht. Dat geldt zowel voor (fundamentele beginselen van) mensenrechten als humanitair recht.

Een aantal mensenrechten heeft inmiddels de status van internationaal gewoonterecht, dan wel de status van algemeen rechtsbeginsel,⁴⁰⁶ bereikt.⁴⁰⁷ Het betreft allereerst het verbod op slavernij, genocide, foltering/marteling of andere onmenselijke of vernederende behandeling.⁴⁰⁸ Daarnaast betreft dit het uitvoeren, aanmoedigen of toestaan van moord of gedwongen verdwijningen, langdurig willekeurige detentie, systematische discriminatie op basis van ras en een consistent patroon van omvangrijke schendingen van internationaal erkende mensenrechten.⁴⁰⁹ Schachter voegt daar aan toe: het recht op zelfbeschikking van volkeren; het recht om terug te keren naar land van herkomst, *non-refoulement* van vluchtelingen.⁴¹⁰ Meron vult deze opsomming aan met: het recht op humane behandeling van gedetineerden, verbod van strafoplegging met terugwerkende kracht, elementen van het recht op *due process* (o.a. onschuldpresumptie, berechting in persoon, *ne bis in idem*).⁴¹¹ Het ziet er naar uit dat deze lijst toeneemt.⁴¹²

³⁹⁸ Zie bijvoorbeeld ECHR (2005-11-10), *Ramsabai ea*, § 407-408, en ECHR (2007-05-15), *Ramsabai ea*, § 295, als gevolg waarvan onderzoek naar politiek vuurwapengebruik niet door (directe) collegae van de betrokken politieagenten wordt uitgevoerd, maar door de Rijksrecherche.

³⁹⁹ ECHR (2001-05-04), *McKerr*, § 113.

⁴⁰⁰ Niet slechts op verzoek: ECHR (2004-10-27), *Slimani v. France*.

⁴⁰¹ Heringa, Schokkenbroek & Velde (1998), p. art. 2/3.2-15.

⁴⁰² Zie bijvoorbeeld uitvoerig en overzichtelijk: UK High Court (2004), *Al Skeini ea (High Court)*, § 318-325, m.n. § 322; en UK Court of Appeal (2005), *Al Skeini ea (Appeal)*, § 150-179.

⁴⁰³ Zie o.a. Militaire Spectator (Redactie) (2005), p. 46-47; Ducheine & Walgemoed (2005), p. 48.

⁴⁰⁴ Zie Reidy (1998), p. 525-529; ECHR (1998-07-28), *Ergi*, § 85 en 98.

⁴⁰⁵ Zie hierover: UK High Court (2004), *Al Skeini ea (High Court)*, § 324.

⁴⁰⁶ Schachter (1991), p. 337.

⁴⁰⁷ Hierover bestaat overeenstemming. Zie o.a. Meron (1989), p. 79-135; Schachter (1991), p. 334-345; Brownlie (2003), p. 537-538; Shaw (2003), p. 257; Cassese (2005), p. 393-396. Over de vraag welke rechten die status hebben bestaat minder eenduidigheid.

⁴⁰⁸ Zie de voornoemde bronnen (supra noot 407).

⁴⁰⁹ Zie American Law Institute (1987), p. 161-175, m.n. 161-162, 167-168, § 702.

⁴¹⁰ Schachter (1991), p. 339.

⁴¹¹ Meron (1989), p. 96-97.

⁴¹² Schachter (1991), p. 340.

Delen van de Universele verklaring voor de rechten van de mens hebben de status van gewoonterecht.⁴¹³

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

NATO members and partners are bound by the Universal Declaration of Human Rights. [...] In principle, applicable Human Rights provisions *shall be applied to the extent possible*. Human Rights may, by order, be set fully or partially aside depending on the level and character of the crisis. However, *fundamental human rights can never be set aside even in full scale war*. The prohibition on torture is one example that applies under any circumstance.⁴¹⁴

Dat delen van de Universele verklaring voor de rechten van de mens de status van gewoonterecht hebben, wordt ook onderstreept in het Amerikaanse *Operational Law Handbook* waarin de Verklaring geldt als “one of the most significant statements of human rights law, *some portions* of which are regarded as customary international law”.⁴¹⁵

6.4.3. Mensenrechten tijdens gewapend conflict.

Mensenrechten gelden namelijk zowel in vredes- als oorlogstijd.⁴¹⁶ Het Internationaal Gerechtshof (IGH) bevestigde dit in de *Advisory Opinion* over de Muur in Palestijnse gebied.⁴¹⁷ In dit soort crisissomstandigheden werken de regimes op twee verschillende manieren. Mensenrechtenregimes houden enerzijds rekening met het feit dat er bijzondere of uitzonderlijke omstandigheden kunnen ontstaan waardoor rechten tijdelijk ingeperkt of opgeschort (derogatie) moeten worden. Anderzijds zullen (inperkingen van) mensenrechten in voorkomend geval moeten worden uitgelegd aan de hand van, of met behulp van het *ius in bello*.

Mensenrechtshoven passen het mensenrechten ook toe bij burgeroorlogen, zij het soms impliciet of indirect. Het ECHR hanteert zo’n indirecte benadering.⁴¹⁸ In de zaken van *Isayeva e.a* tegen Rusland, beziet het ECHR, gebruik makend van de normen uit het oorlogsrecht, of de inbreuk op het recht van leven terecht was of niet.⁴¹⁹

Er bestaat in beginsel geen belemmering om mensenrechten ook in een internationaal gewapend conflict toe te passen.⁴²⁰

6.5. Conclusie mensenrechten

Welke rechtsregimes zijn op de missie van ISAF van toepassing? In deze paragraaf hebben we gezien of het EVRM als rechtsregime op ISAF van toepassing is. We hebben daarbij de

⁴¹³ Nollkaemper (2005), p. 239: zie: International Law Association, (1994), *Final report on the status of the universal declaration of Human rights in national and international law*, *Report of the sixty-sixth Conference*, p. 525.

⁴¹⁴ NATO (2007), p. IV-2. [Accent: PD&EH].

⁴¹⁵ US Department of Defense (2006), p. 48, [Accent: PD&EP].

⁴¹⁶ Zie ICJ (1996a), *Nuclear Weapons case*, § 25; ICJ (2004), *Palestinian Wall case*, § 106. Conform: o.a. Gillard (2004), p. 35. Contra: Dennis (2005), p. 141.

⁴¹⁷ ICJ (2004), *Palestinian Wall case*, § 106.

⁴¹⁸ Het ECHR heeft tot nu toe nagelaten burgeroorlogen als zodanig te typeren. Zie: Ducheine (2008), p. 433-442.

⁴¹⁹ ECHR (2005-02-24b), *Isayeva I*; en ECHR (2005-02-24a), *Isayeva II*. Voor een directe toetsing: IACommHR (1997, Nov 18), *Abella case*.

⁴²⁰ Gillard (2004), p. 35. Dit zou aan de orde geweest zijn in de *Banković case*, ware het niet dat deze zaak vanwege andere elementen nooit op dit punt is beland. Het ECHR verwierp de toepasselijkheid van EVRM omdat er geen sprake was jurisdictie, en niet vanwege de eventuele onverenigbaarheid van het EVRM met (het regime van) een internationaal gewapend conflict.

toepassing van de ‘Saramati-doctrine buiten beschouwing gelaten. Deze doctrine is van toepassing om de omstandigheden van casus van Saramati in de setting van Kosovo en KFOR. Daardoor vielen de handelingen van KFOR niet aan de troepenleverende landen toe te rekenen. De toerekening aan de VN stond een verdere beoordeling door het Hof in de weg. De Afghaanse omstandigheden lijken op een aantal significante punten af te wijken, waardoor het niet uit te sluiten valt dat het Europese Hof voor de rechten van de Mens in een later oordeel een ‘Afghaanse’ zaak anders beoordeelt.

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

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

Directe, gerichte militaire acties leveren soms wel, soms geen jurisdictie op. De omstandigheden van het geval zijn daarbij van doorslaggevend belang. Daarbij moet gewaakt worden voor misbruik. Een verdragspartij zou zich aan zijn verantwoordelijkheden kunnen onttrekken door te weinig macht te projecteren, terwijl het daartoe wel in staat is. Ook zou een Verdragspartij bewust buiten haar grondgebied kunnen opereren om jurisdictie te ontploen. Zodra ISAF eenheden individuen aanhouden/arresteren of detineren, is er sprake van extraterritoriale jurisdictie op grond van SAA. Binnen de ISAF-bases is er bovendien sprake van jurisdictie op grond van (geografisch beperkte) ECA.⁴²¹ Het EVRM is in die gevallen van toepassing.

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

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

⁴²¹ Dat er sprake is van jurisdictie, en het EVRM van toepassing is, betekent niet automatisch dat een staat ook aansprakelijk is voor overtredingen van het EVRM. Zie daarvoor: ECHR (2007-05-31), *Behrami & Saramati*, § 141 en 145, waarbij het ECHR tot de conclusie kwam dat de vermeende schendingen van het EVRM volledig aan KFOR en UNMIK moesten worden toegerekend.

7. Conclusies

De vragen die in dit onderzoek centraal stonden waren: Wat is de rechtsbasis van ISAF, en welke rechtsregimes zijn op (de Nederlandse eenheden van) ISAF van toepassing?

ISAF blijkt een dubbele rechtsgrondslag, rechtsbasis te hebben. Enerzijds berust zij op instemming van de (interim) regering van Afghanistan, zoals onder meer blijkt uit de MTA-ISAF. Daarnaast is de missie gebaseerd op een autorisatie van de VN-Veilighedsraad onder Hoofdstuk VII van het VN-Handvest. Op basis van een (reeks van) resolutie(s) van de Raad is het de troepenleverende landen van ISAF toegestaan – binnen de grenzen van het door de VN-Veilighedsraad vastgestelde mandaat – militair geweld in Afghanistan aan te wenden.

Qua rechtsregime zijn Rules of Engagement (ROE), het oorlogsrecht en mensenrechten bepalend. ROE zijn van toepassing op alle militaire operaties zoals ISAF. Naast de ROE speelt het humanitaire oorlogsrecht (HOR) als rechtsregime een uiterst belangrijke rol in het Afghaanse conflict. *Ten eerste*, vanwege beleidsmatige overwegingen passen Nederland en andere NAVO-lidstaten het oorlogsrecht *de facto* toe in militaire operaties, óók als het HOR formeel niet van toepassing is. *Ten tweede*, is het HOR als rechtsregime formeel (*de jure*) van toepassing op militaire operaties zoals ISAF, zodra (en zolang) het er sprake is van een gewapend conflict. De aanwezigheid van een gewapend conflict moet via een feitelijke toets worden vastgesteld. Er dient sprake te 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. Uit de jurisprudentie van het ICTY zijn verschillende indicatoren voor deze voorwaarden aan de Afghaanse context en de missie van ISAF getoetst. Daarbij dringt zich de conclusie op dat aan de beide voorwaarden voor het bestaan van een gewapend conflict is voldaan.

Het Afghaanse conflict betreft (sinds 19 juni 2002) een intrastatelijk, niet-internationaal gewapend conflict (NIGC) tussen de Afghaanse regering en ISAF enerzijds, en OMF anderzijds. ISAF is partij bij dit conflict. Op dit conflict is het rechtsregime voor *niet-internationaal gewapende conflicten* van toepassing. Dit bestaat in de Afghaanse situatie uit twee delen: het Gemeenschappelijk Artikel 3 bij de Geneefse Conventies van 1949 (GA 3), aangevuld met het internationale gewoonterecht dat op NIGC van toepassing is.

Voor zover het Afghaanse conflict zich niet als een gewapend conflict zou kwalificeren, kan er desondanks sprake zijn van een “tijdelijk en plaatselijk” gewapend conflict, waarop het oorlogsrecht voor die duur formeel (*de jure*) van toepassing is. De gevechten rondom Chora (2007) zouden hiervoor in ieder geval in aanmerking komen. Het regime komt overeen met het hiervoor geduide GA 3 en het internationaal gewoonterecht voor niet-internationaal gewapende conflicten.

Mensenrechten zijn in een aantal gevallen van toepassing op extraterritoriale militaire operaties. Deze extraterritoriale werking ligt gecompliceerd in VN-gemandateerd missies zoals ISAF. Los van deze problematiek, lijkt het aannemelijk dat het EVRM in twee gevallen van toepassing is op de handelingen van Nederlandse ISAF-eenheden. Ten eerste, zodra zij individuen aanhouden/arresteren of detineren is er sprake van extraterritoriale jurisdictie op grond van effectief gezag over personen (*State Agent Authority*). Ten tweede, binnen de Nederlandse ISAF-bases is er sprake van jurisdictie op grond van effectief gezag over een (geografisch beperkt) grondgebied (*Effective Control of an Area*).

Lijst van afkortingen

ANA	Afghan National Army
ANP	Afghan National Police
ANSF	Afghan National Security Forces
API	Aanvullend Protocol (I) bij de Verdragen van Genève (1949), betreffende de bescherming van slachtoffers van internationale gewapende conflicten
AP II	Aanvullend Protocol (II) bij de Verdragen van Genève (1949), betreffende de bescherming van slachtoffers van niet-internationale gewapende conflicten
ATF	Air Task Force (van ISAF)
BG	Battlegroup (van TFU)
ECA	effective control of an area
ECHR	European Court of Human Rights (Europees Hof voor de Rechten van de Mens)
ECommHR	European Commission of Human Rights (Europese Commissie voor de Rechten van de Mens)
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden
GA	General Assembly (of the UN)
GA 2	Gemeenschappelijk Artikel 2 van de Verdragen van Genève (G I-IV)
GA 3	Gemeenschappelijk Artikel 3 van de Verdragen van Genève (G I-IV)
GIROA	Government of the Islamic Republic of Afghanistan
HOR	humanitair oorlogsrecht (syn. IHL, LOAC)
IACHR	Inter-American Court of Human Rights
IACCommHR	Inter-American Commission of Human Rights
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
ICJ	International Court of Justice (syn: IGH)
ICRC	International Committee of the Red Cross
IGC	internationaal gewapend conflict
ISAF	International Security Assistance Force (for Afghanistan)
KFOR	Kosovo Force
MOU	Memorandum of Understanding
MTA	Military Technical Agreement
NIGC	niet-internationaal gewapend conflict
OEF	Operation Enduring Freedom
OMF	Opposing Militant Forces
PE	Peace Enforcing
PK	Peacekeeping
PRT	provinciaal reconstructie team (van TFU)
RC-South	Regional Command South (van ISAF)
RDAV	rechtstreeks deelnemen aan de vijandelikheden
ROE	Rules of Engagement

SAA	state agent authority
SC	Security Council (of the UN)
TCN	troop contributing nation
TFU	Task Force Uruzgan, 1(NLD/AUS) TFU, 1 (Netherlands/Australian) Task Force Uruzgan
TIC	troops in contact
VN	Verenigde Naties
UK	United Kingdom (of Great Britain and Northern Ireland)
UN	United Nations
US	United States (of America)
VK	Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland
VN	Verenigde Naties
VR	VN-Veiligheidsraad
VS	Verenigde Staten van Amerika

Literatuuroverzicht

- Advocatenkantoor Steijnen, Olof & Stelling
2007 *Beroep op voet van art 12 Sv. inzake weigering van het OM om over te gaan tot vervolging wegens strafrechtelijke verantwoordelijkheid (command responsibility en/of aider and abettor liability) inzake schendingen van het humanitair oorlogsrecht en andere ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht door nederlandse troepen in Afghanistan*, <www.omslag.nl/artikel/hofa/>, (benaderd: 1-12-2009).
- Altıparmak, K.
2004 Bankovic: an obstacle to the application of the European Convention on Human Rights in Iraq?, in: 9 *Journal of Conflict and Security Law* (2), p. 213-251.
- American Law Institute
1987 *Third Restatement of the Law. Foreign Relations Law of the United States (Vol 2)*. St. Paul (Minn.): ALI Publishers.
- Amersfoort, H.
2005 *'Ik had mijn Roode-Kruis band afgedaan'*. Oorlogsrecht en gedragingen van Nederlandse en Duitse militairen in gevecht, mei 1940. Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Amnesty International
2007 *Afghanistan - Detainees transferred to torture: ISAF complicity?*, (November 2007)
<www.amnesty.org/en/library/asset/ASA11/011/2007/en/c0abadf1-d36f-11dd-a329-2f46302a8cc6/asa110112007en.pdf> en
<www.amnestyusa.org/document.php?id=ENGASA110112007&lang=e> (benaderd: 12-3-2009).
- Bartels, R.
2008 Gewapend conflict is geen eenduidig begrip, in: 4 *Internationaal Humanitair Recht in de kijker*, p. 69-82.
- Bartels, R. & Boogaard, Jeroen v.d.
2008 Definitie van gewapend conflict. Hoe 'binnenlands' is 'niet-internationaal'?, in: *Nederlands Juristenblad* (38), p. 2414-2418.
- Bijl, D.F. de
2006 *De toepassing van dodelijk geweld door 'Law Enforcement Officials': rechtvaardiging onder artikel 2 EVRM*. Master thesis, UvA.
2007 Recht op leven voor 'opposing forces?': rechtvaardiging van geweldstoepassing in vredesmissies onder artikel 2 EVRM, in: 100 *Militair Rechtelijk Tijdschrift* (4), p. 97-110.
2008a De toepassing van het EVRM in militaire missies: ineffectieve theorie of onpraktische illusie? (Annotatie bij Behrami & Saramati), in: 101 *Militair Rechtelijk Tijdschrift* (1), p. 47-63.
2008b Nogmaals recht op leven voor 'opposing forces' voor het EHRM: Isayeva bevestigd? (Annotatie bij EHRM 17-1-2008 Khatsiyeva a.o. v. Russia), in: 101 *Militair Rechtelijk Tijdschrift* (9), p. 273-285.
- Blokker, N.
2000 Is the authorization authorized? Powers and practice of the UN Security Council to authorize the use of force by 'coalitions of the able and willing', in: 11 *European Journal of International Law* (3), p. 541-568.
- Boddens Hosang, J.F.R.
2009 Aandachtspunten in de ISAF ROE vanuit het strategisch-juridische kader, in: 102 *Militair Rechtelijk Tijdschrift* (5), p. 219-226.
- Brownlie, I.
2003 *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Bulterman, M.
2007 Noot bij Behrami & Saramati, in: 111 *EHRC 2007*, p. 1096-1125.
- Cassese, A.
2005 *International Law*. Oxford: Oxford University Press.

- Coenen, R.E.H.
2009 De Taliban in Uruzgan. Het karakter van de vijand en een aantal heroverwegingen om hem effectiever te bestrijden, in: 178 *Militaire Spectator* (3), p. 168-175.
- Commissie van den Berg
2007 *Rapport van de commissie van onderzoek naar de betrokkenheid van Nederlandse militairen bij mogelijke misstanden bij gesprekken met gedetineerden in Irak* (18-6-2007) www.mindef.nl.
- Coomans, F. & M.T. Kamminga (red.)
2004 *Extraterritorial Application of Human Rights*. Oxford: Intersentia.
- Cryer, R.
2002 The fine art of friendship: jus in bello in Afghanistan, in: 7 *Journal of Conflict and Security Law* (1), p. 37-83.
- CTIVD
2007 *Toezietsrapport inzake het onderzoek naar het optreden van MIVD-medewerkeers in Irak bij het onder-vragen van gedetineerden in Irak*, Commissie van Toezicht betreffende de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten, (18-6-2007) www.ctivd.nl.
- Danmark
2007 *Non-Paper on legal framework and aspects of detention*, Copenhagen Conference on "The Handling of Detainees in International Military Operations", 11 - 12 October 2007, Denmark, <www.ambottawa.um.dk/NR/rdonlyres/F5364962-DC30-4333-9EFC-1B612B43DC28/0/NonpaperCopenhagenConference.pdf> (benaderd: 13-3-2009).
- Dennis, M.J.
2005 Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation (Agora: ICJ Advisory Opinion on Construction of a Wall in the Occu-pied Palestinian Territory) in: 99 *American Journal of International Law* (1), p. 119-141.
- DEU Bundesregierung
2009a *Rede des Bundesministers der Verteidigung, Dr. Karl-Theodor Freiherr zu Guttenberg, im Rahmen der Aussprache zur Regierungserklärung der Bundeskanzlerin vor dem Deutschen Bundestag am 10. Novem-ber 2009 in Berlin (Bulletin 112-4)*, <www.bundesregierung.de/nn_1514/Content/DE/Bulletin/2009/11/112-4-bmvg-bt.html>, (benaderd: 01-12-2009).
- 2009b *zu Guttenberg: Kriegsähnliche Zustände in Teilen Afghanistan*, <www.bundesregierung.de/Content/DE/Interview/2009/11/2009-11-03-interview-guttenberg-bild,layoutVariant=Druckansicht.html>, (benaderd: 29-11-2009).
- Diepenbrugge, J.A. v.
2003 Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties, in: 96 *Militair Rechtelijk Tijdschrift* (9), p. 371-375.
- Dinstein, Y.
2003 Ius ad Bellum aspects of the 'War on Terrorism', in: Heere, W.P. & International Society for Military Law and the Law of War (Netherlands National Group) (red.), *Terrorism and the mili-tary: international legal implications*, The Hague: T.M.C. Asser Press, p. 13-23.
- 2004 *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflicts*. Cambridge: Cambridge University Press.
- 2005 *War, Aggression and Self-Defence*. Cambridge: University Press.
- 2006 The ICRC Customary International Humanitarian Law Study, in: 36 *Israel Yearbook on Hu-man Rights*, p. 1-15.
- Dolman, M.M., P.A.L. Ducheine, T.D. Gill & G.F. Walgemoed
2005 Functioneel geweldgebruik in internationale operaties: een spiegel van rechtspraak en rechtspraktijk, in: 98 *Militair Rechtelijk Tijdschrift* (10), p. 369-420.
- Ducheine, P.A.L.
2008 *Krijgsmacht, Geweldgebruik & Terreurbestrijding: een onderzoek naar juridische aspecten van de rol van strijdkrachten bij de bestrijding van terrorisme*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers (diss. UvA).
- 2009a ISAF en oorlogsrecht: 'Door het juiste te doen, vreest gij niemand', in: 102 *Militair Rechtelijk Tijdschrift* (6), p. 277-xxx.
- 2009b Rechtsregimes tijdens militaire operaties, in: 58 *Ars Aequi* (jul/aug), p. 490-497.
- 2009, Jan 26 *Missie Uruzgan wordt bepaald door zowel Afghanistan als VN*, <www.uva.nl/nieuwsbriefuva-actueel-uruzgan>, (benaderd: 26-1-2009).
- Ducheine, P.A.L. & G.F. Walgemoed

- 2004 Militairen na 'rake' zaken: de strafrechtelijke positie van militairen na functioneel geweldgebruik, in: 97 *Militair Rechtelijke Tijdschrift* (7), p. 309-324.
- 2005 De strafrechtelijke positie van militairen na functioneel geweldgebruik, in: 174 *Militaire Spectator* (2), p. 48-67.
- Ebbelaar, F.A.
2009 Leiderschap onder extreme omstandigheden, in: 32 *Carré* (1), p. 21-26.
- Gasser, H.-P.
1983 Internationalized non-international armed conflicts: Case studies of Afghanistan, Kampuchea, and Lebanon, in: *American University Law Review* (Fall), p. 145-160.
- 2002 Acts of terror, "terrorism" and international humanitarian law, in: 84 *International Review of the Red Cross* (847), p. 547-570.
- GE Bundesministerium der Verteidigung
1992 *Humanitarian Law in Armed Conflicts - Manual (DSK VV207320067)(vertaling)*
- Gill, T.D.
2002 De gedetineerden in Guantánamo en het internationale humanitaire recht, in: 95 *Militair Rechtelijke Tijdschrift* (3), p. 125-127.
- Gill, T.D. & E.v. Sliedregt
2005 Guantánamo Bay: a reflection on the legal status and rights of 'unlawful enemy combatants', in: 1 *Utrecht Law Review* (1), p. 28-54.
- Gillard, E.-C.
2004 International Humanitarian Law and Extraterritorial State Conduct, in: Coomans, F. & M.T. Kamminga (red.), *Extraterritorial Application of Human Rights*, Oxford: Intersentia, p. 25-39.
- Gomien, D., D. Harris & L. Zwaalk
1996 *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*. Strasbourg: Council of Europe Publishing.
- Gondek, M.
2005 Extraterritorial Application of The European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?, in: 52 *Netherlands International Law Review* (3), p. 349-387.
- Harris, D.J., M. O'Boyle & C. Warbrick
1995 *Law of the European Convention on Human Rights*. London: Butterworths.
- Häussler, U.
2009 's ist Krieg?,
<www.faz.net/s/RubD5CB2DA481C04D05AA471FA88471AEF0/Doc~ECAEA473ADB0B4319ACC3F8CF3E79EC3F~ATpl~Ecommon~Scontent.html>, (benaderd: 4-9-2009).
- Heinzte, H.-J.
2004 On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law, in: 86 *International Review of the Red Cross* (856), p. 789-814.
- Henckaerts, J.-M. & L. Doswald-Beck
2005 *Customary International Humanitarian Law (Volume I: Rules)*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Henkin, L.
1971 The Reports of the Death of Article 2(4) Are Greatly Exaggerated, in: 65 *American Journal of International Law* (3), p. 544-548.
- Heringa, A.W., J.G.C. Schokkenbroek & J.v.d. Velde (red.)
1998 *Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens: Rechtspraak & Commentaar*. Lelystad: Koninklijke Vermande.
- HRC
2004, March 29 *General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant at its 2187th meeting*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004).
- Human Rights Watch
2007 *The Human Cost - The Consequences of Insurgent Attacks in Afghanistan*, (April 2007)
<www.hrw.org/reports/2007/afghanistan0407/afghanistan0407webwcover.pdf> (26-10-2008).
- 2008 *Troops in Contact - Airstrikes and Civilian Deaths in Afghanistan*, (September 2008)
<hrw.org/reports/2008/afghanistan0908/afghanistan0908web.pdf> (26-10-2008).
- ICOS

- 2008 *Struggle for Kabul: The Taliban Advance*, The International Council on Security and Development (former Senlis Council), (December)
<www.icosgroup.net/documents/Struggle_for_Kabul_ICOS.pdf> (benaderd 22-1-2009).
- ICRC
2003 *International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts (Report prepared by the ICRC, 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2 to 6 December 2003)*, ICRC, 03/IC/09 (december)
<www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5XRDCC/\$File/IHLcontemp_armedconflicts_FINAL_ANG.pdf> (20070119).
- 2008b *ICRC Opinion paper (March 2008) - How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law?*, <www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/armed-conflict-article-170308> (benaderd: 17-9-2008).
- IIHL
2006 *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict*, International Institute of Humanitarian Law (IIHL), printed in: 36 Israel Yearbook of Human Rights (2006)
<www.michaelschmitt.org/images/Manual%5B1%5D.Final.Brill..pdf> (benaderd: 12-12-2006).
- International Law Association (ILA) - Committee on the Use of Force
2008 *Initial Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, <www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1022> (accessed: Oct 1, 2009).
- Jazeera.net, Al
2009 *Taliban issues code of conduct*, <english.aljazeera.net/news/asia/2009/07/20097278348124813.html>, (benaderd: 3-12-2009).
- Jinks, D.
2003 *The temporal scope of application of international humanitarian law in contemporary conflicts*, Harvard University, (January 2003)
- Jones, S.G.
2008a *Counterinsurgency in Afghanistan*, RAND Corporation, RAND Counterinsurgency Studies,
2008b *The Rise of Afghanistan's Insurgency*, in: 32 *International Security* (4), p. 7-40.
- Kalshoven, F. & L. Zegveld
2001 *Constraints on the waging of war. An introduction to International Humanitarian Law*. Geneva: ICRC.
- Karskens, A.
2007 *Afghanistan steunen ISAF niet meer*, in: *NRC Handelsblad* (7-12-2007), p. 7.
- Koninklijke Landmacht
2003 *Landmachtdoctrinepublicatie II: Gevechtsoperaties, gevechtsoperaties tegen een irregulier optredende tegenstander (LDP II Deel C)*. Zwolle: PlantijnCasparie.
- 2005 *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht*
- Kooijmans, P.H.
1991 *In the shadowland between civil war and civil strife: some reflections on the standard-setting process*, in: Delissen, A.J.M. & G.J. Tanja (red.), *Humanitarian law of armed conflict challenges ahead (Essays in honour of Frits Kalshoven)*, Dordrecht: Nijhoff Publishers, p. 225-248.
- Lawson, R.
2008 *Mission Impossible. Het EVRM is niet van toepassing op VN-vredesmissies*, in: 33 *NJCM-Bulletin* (1), p. 39-63.
- Lijnzaad, L.
2004 *How not to be an occupying power: some reflections on UN Security Council Resolution 1483 and the contemporary law of occupation*, in: Lijnzaad, L., J.v. Sambeek, B. Tahzib-Lie, et al. (red.), *Making the voice of humanity heard. Essays on humanitarian assistance and international humanitarian law in honour of HRH Princess Margriet of the Netherlands*, Leiden: Martinus Nijhof, p. 291-305.
- Lorenz, D.
2005 *Der territoriale Anwendungsbereich der Grund- und Menschenrechte. Zugleich ein Beitrag zum Individualschutz in bewaffneten Konflikten*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag.
- Loucaides, L.
2006 *Determining the extra-territorial effect of the European Convention: Facts, jurisprudence and the Bankovic case*, in: *European Human Rights Law Review* (4), p. 391-407.

- McCourtrey, H. & N.D. White
1996 *The Blue Helmets: Legal Regulation of United Nations Military Operations*. Aldershot: Dartmouth.
- Meron, T.
1989 *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Militaire Spectator (Redactie)
2005 De krijgsmacht: Geweldsinstrument, in: 174 *Militaire Spectator* (2), p. 46-47.
- Ministerie van Defensie
2007 *Periodiek overzicht Uruzgan (7-6-2007)*, (benaderd: 7-6-2007).
2009a *Belangrijke stap vooruit in Chora*,
<www.defensie.nl/missies/nieuws/isaf/2009/02/26/46128145/Belangrijke_stap_vooruit_in_Chora>, (benaderd: 26-02-2009).
2009b *Grote militaire operatie in Uruzgan (Tura Ghar)*,
<www.defensie.nl/missies/nieuws/isaf/2009/01/16/46126397/grote_militaire_operatie_in_uruzgan_video> (benaderd: 22-1-2009).
2009c *Raketten op Kamp Holland*,
<www.defensie.nl/missies/nieuws/isaf/2009/01/27/46126841/Raketten_op_Kamp_Holland> (benaderd: 27-1-2009).
- Ministerie van Defensie (Commandant der Strijdkrachten)
2008 *Professioneel optreden militairen Chora*,
<www.mindef.nl/actueel/nieuws/2008/06/20080630_geweld_chora_rechtmatig.aspx> (benaderd: 30-6-2008).
- Moir, L.
2002 *The Law of Internal Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MOU Nederland-Afghanistan
2005, Nov 21 *Memorandum of Understanding between the Minister of Defence of the Islamic Republic of Afghanistan and the Minister of Defence of the Kingdom of the Netherlands, concerning the transfer of persons by Netherlands military forces in Afghanistan to Afghan authorities*,
- Naert, F.
2006 *Detention in Peace Operations: The Legal Framework and Main Categories of Detainees*, in: Studiecentrum voor Militair Recht en Oorlogsrecht (red.), *Gevangengenomen personen*. Studiedag van 18 mei 2005. Proceedings, Brussel, 2006 (zie ook working paper Nr 94) <www.law.kuleuven.ac.be/iir/nl/instituut/Fred.html> (benaderd: 12-12-2006).
- NATO
2002, Jan 4 Military Technical Agreement (MTA) Between the International Security Assistance Force (ISAF) and the Interim Administration of Afghanistan ('Interim Administration'), 2002, Jan 4, in: 41 *ILM* (5), p. 1032.
2006, Aug 21 *Standard Operating Procedures 362 Detention of Non-ISAF Personnel*, SOP 362 3rd edition 2006-8-21. Bron: Roberts, Adam, (2006), Human rights obligations of external military forces, in: *The rule of law in peace operations*, *Receuil XVII International Congress ISMLLW*, p. 448, fn. 27.
2006, Nov 21 *International Security Assistance Force (ISAF). How did this operation evolve?*, <www.nato.int/issues/isaf/evolution.htm>, (benaderd: 15-1-2006).
2006, Oct 16 *Revised operational plan for NATO's expanded mission in Afghanistan*, <www.nato.int/issues/afghanistan_stage3/index.html>, (benaderd: 15-1-2006).
2007 *Operational Staff Handbook*. Stavanger: NATO.
2009, Jan 12 *ISAF Troops in Numbers*, <www.nato.int/isaf/docu/epub/pdf/isaf_placemat.pdf>, (benaderd: 21-4-2009).
2009, Jan 14 *ISAF takes additional measures to avoid civilian casualties*, <www.nato.int/docu/update/2009/01-january/e0114b.html>, (benaderd: 16-1-2009).
- NATO Commander ISAF
2008, Dec 30 *Tactical Directive (HQ ISAF)*, <www.nato.int/isaf/docu/official_texts/Tactical%20Directive_090114.pdf>, (benaderd: 16-1-2009).
- Nauta, D.R.D.
2008 De behandeling van gevangengenomen personen tijdens counter-insurgency missies, in: 101 *Militair Rechtelijke Tijdschrift* (6), p. 173-183.
- Nollkaemper, P.A.

- 2005 *Kern van het internationaal publiekrecht*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Nolte, G.
1999 *Eingreifen auf Einladung. Zur völkerrechtlichen Zulässigkeit des Einsatzes fremder Truppen im internen Konflikt auf Einladung der Regierung*. Berlin: Springer.
- O'Boyle, M.
2004 The European Convention on Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction: A Comment on Life after 'Bankovic' in: Coomans, F. & M.T. Kamminga (red.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford: Intersentia, p. 125-140.
- O'Connell, M.E.
2009 Defining Armed Conflict, in: 13 *Journal of Conflict & Security Law* (3), p. 393-400.
- Openbaar Ministerie
2008 OM: geweldsaanvendingen Chora rechtmatig, <www.om.nl/organisatie/@148343/om/>, (bena-
derd: 30-6-2008).
- Orakhelashvili
2003 Restrictive interpretation of Human Rights treaties in the recent jurisprudence of the Euro-
pean Court of Human Rights, in: 14 *European Journal of International Law* (3), p. 529-568.
- Paust, J.J.
2003 War and enemy status after 9/11: Attacks on the Laws of War, in: 28 *Yale Journal of Interna-
tional Law* (Summer 2003), p. 325-335.
- Pejic, J.
2005a Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed
conflict and other situations of violence, in: 87 *International Review of the Red Cross* (858), p.
375-391.
- 2005b Terrorist acts and groups: A role for international law, in: 75 *British Year Book of International
Law* (2004), p. 71-100.
- Pictet, J.S. (red.)
1958 *Commentary (Volume IV) on the Geneva Convention of 12 August 1949, relative to Protection of
Civilian Persons in Time of War*. Geneva: ICRC.
- Pouw, E.H. & P.A.L. Ducheine
2009 *ISAF en de rol van het humanitair oorlogsrecht in doelbestrijding tijdens een 'counterinsurgency'*. NLDA,
Operaties in Afghanistan (ISAF),
- Quénivet, N.
2005 The Applicability of International Humanitarian Law to Situations of a (Counter-)Terrorist
Nature, in: Arnold, R. & P.-A. Hildbrand (red.), *International Humanitarian Law and the 21st
Century's Conflicts. Changes and Challenges*, Lausanna: Editions interuniversitaire suisse (Edis), p.
25-61.
- Reidy, A.
1998 The approach of the European Commission and Courts of Human Rights to international
humanitarian law, in: 80 *International Review of the Red Cross* (324), p. 513-529.
- Reisman, W.M. & J. Silk
1988 Which Law applies to the Afghan Conflict?, in: 82 *American Journal of International Law* (3), p.
459-486.
- Riggs, R.M.
1985 The Grenada Intervention: A Legal Analysis', in: 109 , 1, in: 109 *Military Law Review* (Sum-
mer), p. 1-81.
- Roberts, A.
2006 Human rights obligations of external military forces, in: International Society for Military
Law and the Law of War (red.), *The rule of law in peace operations, Recueil XVII International Con-
gress ISMLLW*, Bruxelles: ISMLLW, p. 429-450.
- Roberts, A. & R. Guelff (red.)
2000 *Documents on the Laws of War*. Oxford: Oxford University Press.
- Rona, G.
2003 Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the 'War on Terror',
in: 27 *Fletcher Forum of World Affairs* (2), p. 55-74.
- Roscini, M.

- 2007 Threats of armed force and contemporary international law, in: 54 *Netherlands International Law Review* (2), p. 229-277.
- Sadurska, R.
1989 Threats of Force, in: 82 *American Journal of International Law* (2), p. 239-268.
- Sandoz, Y., C. Swinarski & B. Zimmerman (red.)
1987 *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva: Martinus Nijhof.
- Sands, P.
2008 *Torture Team: Rumsfeld's Memo and the Betrayal of American Values*. New York [Etc.]: Palgrave MacMillan.
- Schachter, O.
1991 *International law in theory and practice*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.
- Schrijver, N.
2006 The Future of the Charter of the United Nations, in: 10 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, p. 1-34.
- Senlis Afghanistan
2007 *Stumbling into chaos: Afghanistan on the brink* Senlis Council, (November)
<www.senliscouncil.net/modules/publications> (benaderd: 22-11-2007).
- Shaw, M.N.
2003 *International law*. Cambridge: University Press.
- Simma, B.
1999 NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects, in: 10 *European Journal of International Law*, p. 1-22.
- Soldaat, P. & A.T. Vermeij
2007 Wederopbouw in Zuid-Afghanistan, in: 175 *Militaire Spectator* (2), p. 61-72.
- Soldaat, P.B.
2009 Observaties over operaties in Afghanistan, in: 178 *Militaire Spectator* (4), p. verwacht-xx.
- Stürchler, N.
2007 *The Threat of Force in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- UK Ministry of Defence
2004 *The manual of the Law of Armed Conflict*. Oxford: Oxford University Press.
- UN
2006, Sep 11 *The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*, UN Doc. A/61/326, S/2006/727.
2008, Nov 10 *Report of the Secretary-General on children and armed conflict in Afghanistan*, UN Doc. S/2008/695.
2008, Sep 23 *The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*, UN Doc. A/63/372, S/2008/617.
- UN GA
1968, Dec 19 *GA Resolution 2444: respect for human rights in armed conflicts*, UN Doc. A/Res/2444 (XXIII) (1968).
1970, Dec 9 *GA Resolution 2675: Basic principles for the protection of civilian populations in armed conflicts*, UN Doc. A/Res/2675 (XXV) (1970).
- UN SC
1990, Nov 29 *SC Resolution 678*, UN Doc. S/RES/678 (1990).
1992, Dec 3 *SC Resolution 794*, UN Doc. S/RES/794 (1992).
2001, Dec 20 *SC Resolution 1386*, UN Doc. S/RES/1386 (2001).
2003, Oct 13 *SC Resolution 1510*, UN Doc. S/RES/1510 (2003).
2006, Feb 15 *SC Resolution 1659*, UN Doc. S/RES/1659 (2006).
2006, Sep 12 *SC Resolution 1707*, UN Doc. S/RES/1707 (2006).
2008, Sep 22 *SC Resolution 1833*, UN Doc S/RES/1833 (2008).
- US Department of Defense
2006 *Operational Law Handbook*. Charlottesville: Judge Advocate General's Legal Center and School.
- US Department of State & US Department of Defense
2006 *US Government's initial reactions to ICRC's study on customary international humanitarian law. Letter from John B. Bellinger III, Legal Advisor Department of State and William J. Haynes II, General Coun-*

- sel of the Department of Defense to Dr. J. Kellenberger, ICRC, (3-11-2006)*
 <www.state.gov/s/l/rls/82630.htm> (benaderd: 12-12-2007).
- Vande Lanotte, J. & Y. Haeck (red.)
 2004 *Handboek EVRM. Deel 2-I Artikelsgevijs commentaar*. Antwerpen: Intersentia.
 2005 *Handboek EVRM. Deel 1 Algemene beginselen* Antwerpen: Intersentia.
- Velde, P., ter
 2008 *Kabul & Kamp Holland. Over stad en de oorlog*. Schoorl: Uitgeverij Conserve.
- Warbrick, C.
 2002 Publication Review "The Law of Internal Armed Conflict, Lindsay Moir", in: *European Human Rights Law Review* (5), p. 707-709.
- 2004 The European Response to Terrorism in an Age of Human Rights, in: 15 *European Journal of International Law* (5), p. 989-1018.
- White, N.
 1997 *Keeping the peace: The United Nations and the maintenance of international peace and security*. Manchester: Manchester University Press.
- Wilde, R.
 2005 The 'Legal Space' or 'Espace Juridique' of the European Convention on Human Rights: is it relevant to extraterritorial state action, in: *European Human Rights Law Review* (2), p. 115-124.
- Wippman, D.
 1996 Military intervention, regional organizations, and host-state consent, in: 7 *Duke Journal of Comparative and International Law*, p. 209-239.
- Zwanenburg, M.C.
 2007 Pieces of the Puzzle: Peace operations, occupation and the use of force, in: 100 *Militair Rechtelijke Tijdschrift* (3), p. 65-72.
- 2008 De Lords, het EVRM en het Handvest: de zaak Al-Jedda, in: 101 *Militair Rechtelijke Tijdschrift* (5), p. 133-144.
- 2009 Isaak v. Turkije en Salomou v. Turkije, in: 102 *Militair Rechtelijke Tijdschrift* (1), p. 2-14.

Jurisprudentieoverzicht

ECHR

- 1988-11-29 *Brogan and others v. the United Kingdom*, 29-11-1988, A145-B
1989-07-07 *Soering v. the United Kingdom*, 7-7-1989, 11 EHRR 439.
1992-06-26 *Drozd and Janousek v. France and Spain*, 26-6-1992, 12747/87, 14 EHRR 745.
1995-03-23 *Loizidou v. Turkey (Preliminary objections)*, 23-3-1995, 40/1993/435/514, 20 EHRR 99.
1995-09-05 *McCann and others v. the United Kingdom*, 5-9-1995, 18984/91, 17/1994/464/545, A324.
1998-07-28 *Ergi v. Turkey*, 28-7-1998, 66/1997/850/1057.
1998-10-28 *Osman v. the United Kingdom*, 28-10-1998.
2000-07-19 *Romero De Ibanez and Rojas v. the United Kingdom*, 58692/00, 11 Human Rights Case Digest (7-8), p. 435.

2001-01-11 *Xhavara et Autres c. l'Italie et l'Albanie*, 11-01-2001, 39473/98.
2001-05-04 *McKerr v. the United Kingdom*, 4-5-2001, 28883/95.
2001-12-12 *Banković and others v. Belgium and 16 other contracting states*, 12 december 2001, 52207/99.
2002-03-14 *Paul & Audrey Edwards v. the United Kingdom*, 14-3-2002, 46477/99, RJ&d 2002-III.
2003-03-23 *Öcalan v. Turkey*, 23 March 2003, 46221/99.
2004-04-06 *Özkan v. Turkey*, 6-4-2004, 21689/93.
2004-10-27 *Slimani v. France*, 57671/00.
2004-11-16 *Issa and others v. Turkey*, 16-11-2004, 31812/96.
2005-02-24a *Isayeva v. Russia*, 24-2-2005, 57950/00.
2005-02-24b *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, 24-2-2005, 57947/00, 57948/00, 57949/00.
2005-05-12 *Öcalan v. Turkey*, 12-5-2005, 46221/99.
2005-11-10 *Ramsabai and others v. The Netherlands*, 10-11-2005, 52391/99.
2006-03-14 *Saddam Hussein v. Albania and 20 other contracting states (admissibility)*, 14-3-2006, 23276/04.
2006-09-28 *Isaak v. Turkey (admissibility)*, 28-09-2006, 44587/98.
2007-05-15 *Ramsabai and others v. The Netherlands*, 15-5-2007, 52391/99.
2007-05-31 *Behrami and Behrami v. France & Saramati v. France, Germany and Norway*, 31-5-2007, 71412/01 resp. 78166/01.
2007-06-28 *Pad and others v. Turkey (admissibility)*, 28-06-2007, 60167/00.
2008-01-17 *Khatsiyeva and others v. Russia*, 17-01-2008, 5108/02.
2008-06-24 *Salomou and others v. Turkey*, 24-06-2008, 36832/97.
2008-07-10 *Medvedyev and others v. France*, 10-7-2008, 3394/03.
2009-06-30 *Al-Saadoon and Mufidbi v. the United Kingdom*, 30-06-2009, 61498/08.

ECommHR

- 1965-09-25 *X. v. Federal Republic of Germany*, 25-9-1965, 8 Yb of ECHR 158-169.
1975-05-26 *Cyprus v. Turkey*, 26-5-1975, 6780/74, 6950/75, 2 DR 125.
1975-05-28 *Ilse Hess v. the United Kingdom*, 28-5-1975, 6231/73, 18 Yb ECHR (1975) 174 2 DR 73 73.
1980-10-07 *Freda v. Italy*, 7-10-1980, 8916/80.
1989-01-18 *George Vearncombe and Others v. the United Kingdom and the Federal Republic of Germany*, 18-1-1989, 12816/87.
1989-10-12 *Stocké v. Germany (Report)*, 12-10-1989.
1992-10-14 *W.M. v. Denmark*, 14-10-1992, 17392/90.
1994-01-20 *Aylor-Davis v. France*, 20-1-1994, 22742/93, 76-B DR 164-173.
1996-06-24 *Illich Sanchez Ramirez v. France*, 24-6-1996, 28780/95, 86 DR 155.

Hoge Raad

- 2004 *Uitlevering PKK bestuurslid*, 5-5-2004, LJN: AF6988, 02853/02 U (parketnr.).

HRC

- 1981, Jul 29a *Celiberti de Casariego v. Uruguay*, 56/1979, 68 ILR 41.

1981, Jul 29b *Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguay*, 29-7-1981, R.12/52 (6 June 1979), Un Doc A/36/40, p. 176, CCPR/C/OP/1 68 ILR 29.

IACommHR

1997, Nov 18 *Juan Carlos Abella v. Argentina*, 18-11-1997, 11.137, Report No. 55/97, OEA/Ser.L/V/II.98.
1999, Sep 29 *Coard and others v. the United States* ('US military intervention in Grenada'), 10.951, N° 109/99.

ICJ

1949 *The Corfu Channel Case (Merits)*, 9-4-1949, 1 ICJ Rep. p. 4.
1986 *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits*, 27-6-1986, 70 p. 14.
1996a *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8-7-1996, 95.
1996b *Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*[Preliminary objections], 11-7-1996, p. 91.
2004 *Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 9-7-2004, 131.

ICTR

1998 *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, 2-9-1998, ICTR-96-4-T.

ICTY

1995 *Prosecutor v. Dusko Tadic a/ k/ a "Dule"* (Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction), 2-10-1995, IT-94-1-AR72, ILM 35 35.
1998 *Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*, 16-11-1998, IT-96-21-T.
1999 *Prosecutor v. Dusko Tadic (Judgement)*, 15-7-1999, IT-94-1-A.
2000 *Prosecutor v. Zoran Kupreskic e.a.*, 14-1-2000, IT-95-16-T.
2003 *Prosecutor v. Stanislav Galic* 5-12-2003, IT-98-29-T.
2005a *Prosecutor v. Enver Hadzibasanovic, Mehmed Alagic Amir Kubura (Decision on Interlocutory Appeal)*, 2-10-1995, Case IT-01-47, ILM 35.
2005b *Prosecutor v. Limaj e.a.*, 30-11-2005, IT-03-66-T.
2006 *Prosecutor v. Stanislav Galic* 30-11-2006, IT-98-29-A.
2008a *Prosecutor v. Boskoski & Tarculovski*, 10-7-2008, IT-04-82-T.
2008b *Prosecutor v. Ramush Haradinai ea*, 3-4-2008, IT-04-84-T.

Rb Den Haag

1991 *Art. 96 Grondwet (oorlogsverklaring) 2e Golfoorlog*, 11-1-1991, NJ 1993/340, KG 1991/51

Rb Rotterdam

2003 *Hulpverlening aan de vijand in tijd van oorlog of genapend conflict*, 5 juni 2003, AF9546 (LJN); 10/000063-02 (parketnr.).

UK Court of Appeal

2005 *The Queen - on the Application of - Mazin Jumaa Gatteb Al Skeini and others v. the Secretary of State for Defence*, 21-12-2005, Case No: C1/2005/0461, C1/2005/0461B.
2009-01-21 *The Queen - on the application of (1) Faisal Attiyah Nasser Al-Saadoon (2) Kha Laf Hussain Mufldhi and the Secretaru of State for Defence*, 21-1-2009, [2009] EWCA Civ 7.

UK High Court

2004 *The Queen - on the Application of - Mazin Jumaa Gatteb Al Skeini and others v. the Secretary of State for Defence*, 14-12-2004, CO/2242/2004.
2008-12-19 *The Queen - on the application of (1) Faisal Attiyah Nasser Al-Saadoon (2) Kha Laf Hussain Mufldhi and the Secretary of State for Defence*, 19-12-2008, [2008] EWHC 3098 (Admin).

UK House of Lords

2007a *Opinions of the Lords of Appeal, for judgement in the cause of Al-Jeddar. Secretary of State for Defence*, 112-12-2007, 2007 UKHL 58.
2007b *Opinions of the Lords of Appeal, for judgement in the cause of Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, 13-7-2007, 2007 UKHL 26.

US Military Tribunal (Nuremburg)

1948 *Wilhelm List and Others*, 19 February 1948, Case No. 215, Annual Digest 15 633.

US Supreme Court

2006 *Hamdan v. Rumsfeld*, 548

NETHER
DEFE
ACAD