

Handboek Internationaal Recht

Redactie

Nathalie Horbach
René Lefeber
Olivier Ribbelink

Hieronder treft u aan hoofdstuk 16 uit het *Handboek Internationaal Recht*:

Internationaal humanitair recht

Liesbeth Lijnzaad en Marten Zwanenburg

Voor de publicatie op de Asser website van de afzonderlijke hoofdstukken van het handboek is in 2014 toestemming verleend door de auteurs en de uitgever, T.M.C. Asser Press.

Dit boek biedt een bundeling van het merendeel van de in Nederland aanwezige specialismen op internationaalrechtelijk gebied bijgewerkt tot het jaar van publicatie 2007.

Het *Handboek Internationaal Recht* is een initiatief van het T.M.C. Asser Instituut te Den Haag en werd mede mogelijk gemaakt door een subsidie van het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatie Centrum van het Ministerie van Justitie. Voor de ontstaansgeschiedenis van het boek wordt verwezen naar het als aparte PDF bijgevoegde Voorwoord van de redacteuren.

 Hoofdstuk 16

INTERNATIONAAL HUMANITAIR RECHT

 Liesbeth Lijnzaad en Marten Zwanenburg

Dr. E. Lijnzaad is werkzaam bij de directie Juridische Zaken van het ministerie van Buitenlandse Zaken. Dr. M.C. Zwanenburg is werkzaam bij de directie Juridische Zaken van het ministerie van Defensie. Hun bijdrage aan dit hoofdstuk is op persoonlijke titel geschreven en vertegenwoordigt niet noodzakelijkerwijs de opvattingen van het Koninkrijk der Nederlanden. De auteurs zijn Olivia Goldman-Swaak en Hans Boddens Hosang dankbaar voor commentaar op een eerdere versie van dit hoofdstuk.

1.	Inleiding.....	2
2.	Bronnen van het internationaal humanitair recht.....	3
2.1	Het recht van Den Haag.....	5
2.2	Het recht van Genève	5
2.3	De Aanvullende Protocollen.....	6
2.4	Overige verdragen	8
3.	De toepasselijkheid van het internationaal humanitair recht	8
4.	De wijze van oorlogvoering	11
4.1	Middelen.....	11
4.2	Methoden.....	12
5.	Beschermde personen	13
5.1	Combattanten.....	14
5.2	Krijgsgevangenen	15
5.3	Burgerbevolking	16
5.4	Vrouwen	18
5.5	Kinderen	19
6.	Beschermde objecten.....	19
6.1	Cultuurgoederen	20
6.2	Milieuoorlog	22

7.	Bezetting.....	23
8.	De zeeoorlog en de luchtoorlog.....	25
9.	Neutraliteit.....	26
10.	Optreden van internationale organisaties.....	28
11.	Naleving.....	29
11.1	Vredestijd.....	30
11.2	Gewapend conflict.....	30
12.	Nationale regels over de oorlog.....	33
12.1	Staatsrechtelijke aspecten.....	33
12.2	'Rules of Engagement'.....	35
13.	Epiloog.....	35

1. INLEIDING

Tijdens gewapend conflict zijn staten en combattanten gebonden aan de regels van het recht. In tegenstelling tot de populaire opvatting dat in de oorlog 'alles is toegestaan', kent het recht een complex stelsel van regels dat aangeduid wordt als oorlogsrecht, dan wel internationaal humanitair recht (hierna: IHR). Deze regels zien op de wijze van oorlogvoering, de toegestane strijdmethoden en de bescherming van de personen die al dan niet deelnemen aan vijandelijkheden.

Het oorlogsrecht staat los van de regels over vrede en veiligheid zoals onder andere te vinden in het Handvest van de Verenigde Naties.¹ Terwijl de regels van het *ius ad bellum* gaan over de rechtmatigheid van het gebruik van geweld, is het irrelevant voor de toepassing van het IHR (*ius in bello*) of de betrokken partij terecht naar de wapens heeft gegrepen. Het gaat om regels die van toepassing zijn tijdens de vijandelijkheden, ongeacht hoe die vijandelijkheden ontstaan zijn.

De gedachte dat ook in gewapende conflicten normen gehandhaafd dienen te worden is op zich niet nieuw. Sinds de oudheid zijn verschillende religieuze en filosofische opvattingen aan te wijzen die de boodschap inhielden dat in gewapend conflict niet alles is toegestaan en dat respect voor de tegenstander noodzakelijk is.

De doelgerichte ontwikkeling van het IHR begon met de rol van de Zwitser Henri Dunant. In 1862 publiceerde hij het boek '*Un souvenir de Solferino*'² waarin hij zijn afschuw over de gruwelen tijdens de slag bij Solferino (Italië) in 1859 verwoordde. De ervaringen van Dunant leidden in eerste instantie tot het oprichten van de voorlo-

1. Zie hfdst. 12.

2. J. Henry Dunant, *Un Souvenir de Solferino*, 1862.

per van het Internationale Comité van het Rode Kruis dat zich tot taak stelt de humaniteit tijdens gewapend conflict te waarborgen. Zij vormde ook de aanzet voor de codificatie van het IHR. Deze begon met de Overeenkomst voor de verbetering van het lot van de gewonden bij de legers te velde van 1864.³ Ook werden in die periode de fundamenteën gelegd voor veel nationale Rode Kruis en Rode Halve Maan verenigingen die een belangrijke nationale rol hebben op het gebied van de naleving van het oorlogsrecht.

In de ontwikkeling van het internationaal humanitair recht heeft het Internationaal Comité van het Rode Kruis (International Committee of the Red Cross, ICRC) een doorslaggevende rol gespeeld.⁴ Het ICRC speelt een centrale rol in de ontwikkeling en naleving van het internationaal humanitair recht, en bestaat uit een groep Zwitserse burgers. Inmiddels is rond het ICRC een geheel eigensoortige organisatie ontstaan waarvan wordt aangenomen dat dit een *sui generis* internationale organisatie is.⁵

2. BRONNEN VAN HET INTERNATIONAAL HUMANITAIR RECHT

De bronnen van IHR zijn de bronnen van het internationale recht, nu het eerste een tak van het laatste vormt.⁶ De belangrijkste bronnen voor het IHR zijn het gewoonterecht en verdragen.

De vaststelling van statenpraktijk die nodig is voor de vorming van gewoonterecht is problematisch in het geval van IHR. Gewapende conflicten kenmerken zich door de 'fog of war', waardoor het moeilijk is statenpraktijk te observeren. Om deze reden wordt er in het geval van het IHR relatief veel waarde gehecht aan het tweede element van gewoonterechtvorming, de *opinio iuris sive necessitatis*.

Veel van de verdragsrechtelijke bepalingen in het IHR worden ook beschouwd als gewoonterechtelijke regels. Dit geldt met name voor de bepalingen van de vier Verdragen van Genève van 1949 (hierna: GC's).⁷ Het Internationaal Gerechtshof heeft zelfs gesuggereerd dat een aantal van deze regels *ius cogens* vormen door deze te

3. Overeenkomst voor de verbetering van het lot der gewonde krijgslieden in de legers te velde 1864, *Stb.* 1865, 85 (i.w.tr. 22 juni 1865; Nederland 22 juni 1865). Vele IHR-verdragen en documenten zijn te vinden in de ICRC treaty database <www.icrc.org/ihl>.

4. Zie o.a. F. Bugnion, 'The role of the Red Cross in the development of international humanitarian law', *CJIL* (5) 2004, p. 191.

5. Zie hfdst. 2.

6. Zie hfdst. 4.

7. Verdrag (I) van Genève voor de verbetering van het lot der gewonden en zieken, zich bevindende bij de strijdkrachten te velde 1949, *Trb.* 1951, 72 (i.w.tr. 21 oktober 1950; Nederland 3 februari 1955) (hierna: GC I); Verdrag (II) van Genève voor de verbetering van het lot der gewonden, zieken en schipbreukelingen bij de strijdkrachten ter zee 1949, *Trb.* 1951, 73 (i.w.tr. 21 oktober 1950; Nederland 3 februari 1955) (hierna: GC II); Verdrag (III) van Genève betreffende de behandeling van krijgsgevangenen 1949, *Trb.* 1951, 74 (i.w.tr. 21 oktober 1950; Nederland 3 februari 1955) (hierna: GC III); Verdrag (IV) van Genève betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd 1949, *Trb.* 1951, 75 (i.w.tr. 21 oktober 1950; Nederland 3 februari 1955) (hierna: GC IV).

bestempelen als ‘intransgressible principles of international customary law.’⁸ Daarnaast heeft het Hof in de zaak betreffende de Muur lidstaten van de Verenigde Naties opgedragen om de onrechtmatige situatie die ontstond door schending van het IHR niet te erkennen, en geen hulp en bijstand te verlenen aan de bouw van de Muur.⁹ Dit zijn verplichtingen die volgens de Ontwerpartikelen betreffende staatsaansprakelijkheid van de International Law Commission (ILC) ontstaan wanneer er sprake is van een schending van *ius cogens*. Delen van de Aanvullende Protocollen van 1977 (hierna: AP I en AP II) vormen geen gewonterecht.¹⁰ Daarvoor zijn de vereiste statenpraktijk en *opinio iuris* onvoldoende aanwezig. Dit komt onder andere doordat voor een aantal staten, zoals de Verenigde Staten, de rechtsontwikkeling ten aanzien van sommige onderwerpen in deze instrumenten niet aanvaardbaar was.¹¹

In 2005 publiceerde het ICRC een uitgebreide studie naar gewonterechtelijke regels van IHR.¹² Hiertoe deed het ICRC onder meer onderzoek naar de uitingen van een aantal landen en hun praktijk. De studie concludeert dat een aantal regels gewonterecht is, hoewel zij niet in verdragen zijn neergelegd. Het gaat daarbij met name om regels die wel verdragsrecht vormen in internationale gewapende conflicten maar niet in interne gewapende conflicten. Ook in deze studie wordt relatief veel verwezen naar *opinio iuris*, en relatief weinig naar *usus* om vast te stellen of een bepaalde regel een gewonterechtelijk karakter heeft.

Algemene rechtsbeginselen vormen een derde bron van het internationale recht. In dit verband is de zogenoemde ‘Martens clause’ van belang.¹³ Deze werd voor het eerst opgenomen in de preambule van het Haags Landoorlogverdrag van 1899¹⁴ en is terechtgekomen in AP I. De clause houdt in dat alles wat niet expliciet is verboden daarmee niet zonder meer toegestaan is en speelt een rol bij de interpretatie van regels van IHR.

In de codificatie van het IHR kan een onderscheid worden gemaakt tussen verdragen die zich in eerste instantie richten op de wijze van oorlogvoering, het zogenoemde recht van Den Haag, en verdragen die de bescherming van de personen be-

8. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *ICJ Rep.* 1996, p. 226, par. 79. Zie ook V. Chetail, ‘The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law’, *IRRC* (85) 2003, p. 250-251.

9. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, *ICJ Rep.* 2004, p. 136, par. 159.

10. Aanvullend Protocol bij de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949, betreffende de bescherming van slachtoffers van internationale gewapende conflicten (Protocol I) 1977, *Trb.* 1980, 87 (i.w.tr. 7 december 1978; Nederland 26 december 1987) (hierna: AP I); Aanvullend Protocol bij de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949, betreffende de bescherming van slachtoffers van niet-internationale gewapende conflicten (Protocol II) 1977, *Trb.* 1980, 88 (i.w.tr. 7 december 1978; Nederland 26 december 1987) (hierna: AP II).

11. Zie o.m. G.H. Aldrich, ‘Prospects for the United States ratification of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions’, *AJIL* (85) 1991, p. 1.

12. J.-M. Henckaerts & L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, 2005.

13. Het ICJ verwees hiernaar in *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *supra* n. 8, par. 78.

14. Verdrag (IV) nopens de wetten en gebruiken van den oorlog te land, met bijbehorend Reglement 1907, *Stb.* 1910, 73 (i.w.tr. 26 januari 1910; Nederland 26 januari 1910).

trokken bij gewapend conflict centraal stellen, het zogenoemde recht van Genève. Deze historische ontwikkelingen verliepen ten dele parallel en leidden uiteindelijk tot instrumenten waarin beide aspecten samenvloeien. Hieronder wordt aan de verschillende stromingen in hoofdlijnen aandacht besteed.

2.1 Het recht van Den Haag

Algemeen wordt de Verklaring van Sint Petersburg uit 1868 tot het Haagse oorlogsrecht gerekend.¹⁵ In dit instrument werd het gebruik van lichte explosieve projectielen verboden. De afweging hierbij was een humanitaire: het gebruik van het projectiel was weliswaar net zo doelmatig als andere munitie die in die tijd beschikbaar was, doch die andere munitie leverde aanmerkelijk minder schade voor de slachtoffers op. Dit is een karakteristieke overweging in het IHR: doel van het militaire optreden is het uitschakelen van de tegenstander maar het toebrengen van overbodig leed moet voorkomen worden.

Oorspronkelijk was het doel van de Haagse Vredesconferentie van 1899, die op initiatief van Rusland en Nederland georganiseerd werd, het voorkomen van oorlog door het opzetten van een systeem van verplichte arbitrage. Dat doel werd echter niet gerealiseerd, en de conferentie concentreerde zich op het formuleren van de wetten en gebruiken van de oorlog. Zo kwamen tijdens de twee Vredesconferenties in Den Haag van resp. 1899 en 1907 verschillende verdragen tot stand. Deze instrumenten stellen regels voor de wijze van de oorlogvoering. Dit betekende met name het reguleren van het optreden tijdens de oorlog, het stellen van regels voor de zeeoorlog en de neutraliteit. Veel van deze verdragen zijn naar de huidige maatstaven gedateerd, maar sommige instrumenten hebben de tand des tijds doorstaan. Vooral van belang is het Haagse Landoorlogreglement (hierna: LOR), de bijlage bij het IVe Haagse Verdrag van 1907.¹⁶ Dit reglement bevat met name ten aanzien van de bezetting nog immer relevante rechtsregels.

2.2 Het recht van Genève

Het eerste Rode Kruisverdrag kwam tot stand in 1864, en zag op de bescherming van de zieken en gewonden tijdens de landoorlog. Dit was immers het onderwerp dat in eerste instantie de aandacht van Henri Dunant had getrokken. Dit verdrag werd in 1899 gevolgd door een verdrag waarin naast de bescherming van zieken en gewonden, ook de schipbreukelingen aan de orde kwamen.¹⁷ Deze verdragen werden in

15. Verklaring nopens de afschaffing van het gebruik te velde, enz., de ontplofbare kogels (Verklaring van St. Petersburg) 1868, *Stb.* 1869, 16 (i.w.tr. 11 december 1868; Nederland 11 december 1868).

16. Reglement nopens de wetten en gebruiken van den oorlog te land, behorende bij Verdrag (IV) nopens de wetten en gebruiken van den oorlog te land, *supra* n. 14.

17. Verdrag (III) nopens de toepassing op de zeeoorlog van de beginselen der Conventie van Genève van 22 augustus 1864, 1899, *Stb.* 1900, 163 (i.w.tr. 4 september 1900; Nederland 4 september 1900).

resp. 1906 en 1907 herzien.¹⁸ Rechtsontwikkeling wordt vaak gestimuleerd door de ontwikkelingen op het slagveld. Zo was de Eerste Wereldoorlog een belangrijke reden voor het opstellen van een nieuw verdrag in 1929 over de bescherming van zieken en gewonden tijdens landoorlog.¹⁹ Ook kwam in dat jaar een verdrag over de positie van krijgsgevangenen tot stand.²⁰ De positie van deze militairen was tot dan toe geregeld in het LOR, doch na de Eerste Wereldoorlog werd de noodzaak gevoeld de regelgeving voor de krijgsgevangenschap uit te breiden.

Na de Tweede Wereldoorlog, waarin burgers in ongekeerde aantallen slachtoffer waren geworden van het oorlogsgeweld, kwam in 1949 het Vierde Geneefse Verdrag tot stand dat ziet op de bescherming van de burgerbevolking. Ook werden de verdragen over zieken en gewonden, over schipbreukelingen en over krijgsgevangenen herzien. Hiermee was de kern van de Rode Kruisverdragen tot stand gebracht. In al deze verdragen staat steeds de bescherming van het individu tegen de gruwelen van het oorlogsgeweld centraal.

Ofschoon er in het verleden dus met enige regelmaat verdragen tot stand zijn gebracht die herziene en verbeterde versies waren van eerdere Rode Kruisverdragen is het huidige inzicht dat het heronderhandelen van het bestaande recht met het oog op een uitbreiding van de bescherming niet verstandig zou zijn. In tijden waarin het oorlogsrecht onder druk staat is het geen goed idee het bestaande recht ter discussie te stellen, dit brengt immers een afbreukrisico met zich mee. Om die reden hebben verbeteringen en vernieuwingen van de Rode Kruisverdragen nadien plaatsgevonden in de vorm van aanvullende protocollen.

2.3 De Aanvullende Protocollen

Beide lijnen in de ontwikkeling van het IHR komen in 1977 samen in de Aanvullende Protocollen bij de Geneefse Verdragen van 1949 waarin zowel verbeterde en nauwkeuriger regels zijn te vinden die zien op de bescherming van personen in gewapende conflicten als ook regels die zien op de wijze van oorlogvoering. Het Eerste Aanvullende Protocol bevat regels die ten dele al gewoonterechtelijke gelding hadden, en die van toepassing zijn in internationale gewapende conflicten. Het veel kortere Tweede Protocol bevat regels die specifiek zijn voor niet-internationale gewapende conflicten. Dit laatste protocol was een belangrijke innovatie omdat het recht zich tot dan toe slechts in de vorm van één artikel, gemeenschappelijk artikel 3 GC's, bezig had gehouden met de niet-internationale conflicten. Gemeenschappelijk artikel 3 luidt:

18. Tractaat tot verbetering van het lot der gewonden en zieken zich bevindende bij de legers te velde 1906, *Stb.* 1909, 14 (i.w.tr. 9 augustus 1907; niet meer in werking); Verdrag (X) voor de toepassing op de zeeoorlog der beginselen van het Verdrag van Genève, 1907, *Stb.* 1910, 73 (i.w.tr. 26 januari 1910; Nederland 26 januari 1910).

19. Verdrag inzake de verbetering van het lot der gewonden en zieken, die zich bevinden bij de legers te velde 1929, *Stb.* 1932, 514 (i.w.tr. 19 juni 1931; Nederland 5 april 1933).

20. Verdrag betreffende de behandeling van krijgsgevangenen 1929, *Stb.* 1932, 514 (i.w.tr. 19 juni 1931; Nederland 5 april 1933).

'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 rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelnemen, met inbegrip van personeel van strijdkrachten dat de wapens heeft neergelegd, 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 ont-rendehandeling;

(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.

Een onpartijdige humanitaire organisatie, zoals het Internationale Comité van het Rode Kruis, kan haar diensten aan de Partijen bij het conflict aanbieden. De Partijen bij het conflict zullen er verder naar streven door middel van bijzondere overeenkomsten de andere of een deel der andere bepalingen van dit Verdrag van kracht te doen worden. De toepassing van bovenstaande bepalingen zal niet van invloed zijn op de juridische status van de Partijen bij het conflict.'

In 2005 kwam het Derde Aanvullend Protocol tot stand dat de uitbreiding van de door de Rode Kruis beweging te gebruiken emblemen regelt. Gezien de bescherming die verbonden is aan de emblemen (Rode Kruis en Rode Halve Maan) is AP III²¹ een belangrijke toevoeging die verschillende nationale Rode Kruis en Rode Halve Maan organisaties betere bescherming moet geven in gewapend conflict.²² Ook biedt het organisaties die noch het Rode Kruis, noch de Rode Halve Maan willen hanteren een neutraal symbool. Dit symbool wordt aangeduid als het Rode Kristal.

21. Aanvullend Protocol bij de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949, betreffende de aanvaarding van een aanvullend onderscheidend embleem (Protocol III) 2005, *Trb.* 2006, 46 (i.w.tr. 14 januari 2007; Nederland 13 juni 2007).

22. Over de kwestie van het embleem, zie F. Bugnion, *Towards a Comprehensive Solution to the Question of the Emblem*, 2006.

2.4 Overige verdragen

Naast de regelgeving die opgenomen is in de Geneefse Verdragen en Protocollen zijn er ook onderwerpen die om verschillende redenen geleid hebben tot specifieke regelgeving. Het betreft verdragen op het terrein van de wapenbeheersing, de bescherming van cultuurgoederen en het natuurlijk leefmilieu. Deze verdragen komen aan de orde bij de bespreking van het onderwerp waarop zij betrekking hebben.

3. DE TOEPASSELIJKHEID VAN HET INTERNATIONAAL HUMANITAIR RECHT

Het internationaal humanitair recht is van toepassing in een situatie van gewapend conflict. Voor de toepasselijkheid van het IHR zijn met name vier aspecten van belang: is er sprake van een internationaal of niet-internationaal gewapend conflict; het geografische bereik van de vijandelijkheden; de duur van het gewapend conflict; en de partijen bij het gewapend conflict.

Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen internationale conflicten, dat wil zeggen conflicten tussen staten, en niet-internationale conflicten, dus conflicten waarbij een van de partijen géén staat is. Het IHR kent voor deze twee soorten conflicten verschillende regimes.

De vier Verdragen van Genève van 1949 zijn van toepassing op internationale gewapende conflicten. Gemeenschappelijk artikel 2 GC's stelt dat zij van toepassing zijn ingeval een oorlog is verklaard of bij ieder ander gewapend conflict dat ontstaat tussen twee of meer van de Hoge Verdragsluitende Partijen, zelfs indien de oorlogstoestand door één der verdragspartijen niet wordt erkend. Daarnaast zijn de verdragen van toepassing ten tijde van bezetting ook als die bezetting niet op gewapend verzet is gestoten. Aanvullend Protocol I voegt daar aan toe dat het eveneens van toepassing is in gewapende conflicten, waarin volkeren vechten tegen koloniale overheersing en vreemde bezetting en tegen racistische regimes, in de uitoefening van hun recht op zelfbeschikking.²³

Het begrip gewapend conflict is een feitelijke beschrijving van een situatie. Anders dan in het verleden ligt de nadruk op de feitelijke waarneming dat de vijandelijkheden een bepaalde drempel hebben overschreden, en de intensiteit van de schermutselingen dusdanig is dat het oorlogsrecht van toepassing wordt. De traditionele aanduiding van gewapend conflict is oorlog. Om verschillende redenen wordt dit begrip inmiddels zelden meer gebruikt. In het verleden was een formele oorlogsverklaring noodzakelijk voordat van een gewapend conflict gesproken kon worden. Oorlog duidde op een rechtstoestand die het gebruik van geweld legitimeerde. Dit bracht het risico met zich mee dat indien een oorlogsverklaring ontbrak, ook geredeneerd zou kunnen worden dat er geen reden voor de toepassing van het IHR was. Door het gebruik van het

23. Art. 1 lid 4 AP I.

begrip gewapend conflict wordt dit ondervangen. Het is overigens van belang in de gaten te houden dat regelmatig het woord oorlog gebezigd wordt zonder dat in juridische zin sprake is van gewapend conflict. Een voorbeeld daarvan is het verwijzen naar een 'war on terror', zonder dat sprake is van een gewapend conflict in de zin van het oorlogsrecht.

Het regime voor niet-internationale conflicten is veel beperkter dan dat voor internationale conflicten. De reden daarvoor is dat staten huiverig zijn om zichzelf beperkingen op te leggen in hun optreden tegen hun eigen onderdanen, indien deze in verzet komen tegen de regering. Traditioneel was het IHR niet van toepassing op interne conflicten, tenzij de niet-statelijke partij als 'belligerent' was erkend. Aan deze situatie kwam een einde door gemeenschappelijk artikel 3 GC's. Dit artikel bevat een aantal regels die gelden 'in geval van een gewapend conflict op het grondgebied van één der Hoge Verdragsluitende Partijen, hetwelk geen internationaal karakter draagt.' Pas met de totstandkoming van AP II in 1977 kwam er een apart verdrag voor niet-internationale conflicten. Het toepassingsbereik van dit protocol is beperkter dan dat van gemeenschappelijk artikel 3, omdat een aantal extra eisen worden gesteld voor toepasselijkheid. Daarin staat vooral de organisatiegraad van de troepen van de opstandelingen centraal.

Niet elke situatie van interne onrust is in juridische zin een niet-internationaal gewapend conflict waarop AP II van toepassing zou kunnen zijn. AP II verlangt van de opstandelingen een zekere mate van organisatie: er moet sprake zijn van georganiseerde gewapende groepen met een verantwoordelijke commandostructuur die over een zodanige controle over het territorium beschikken dat zij in staat zijn duurzaam samenhangende militaire operaties uit te voeren en in staat zijn het protocol na te leven. Deze eisen die gesteld worden aan de organisatie van de opstandelingen leggen de lat hoger dan het geval is in gemeenschappelijk artikel 3, en het gevolg is dan ook dat er twee verschillende regimes zijn ontstaan: het algemene systeem van gemeenschappelijk artikel 3 GC's, en het meer gedetailleerde systeem van AP II voor conflicten (en met name groepen opstandelingen) die kwalificeren onder artikel 1 lid 1. Ook betekent artikel 1 lid 1 dat het protocol niet van toepassing is in niet-internationale conflicten tussen twee of meer gewapende groepen onderling waarbij geen sprake is van betrokkenheid van de staat zelf. Ofschoon dit verklaarbaar is in de volkenrechtelijke systematiek kan dit zeer nadelig zijn voor de bescherming van personen die in dergelijke situaties betrokken raken. Verder is er sprake van een vanzelfsprekende drempel voor de toepassing van AP II die te vinden is in het tweede lid van artikel 1: het protocol is niet van toepassing als sprake is van rellen en losstaande gevallen van geweld.

Lastig is, en dat geldt zowel voor gemeenschappelijk artikel 3 GC's als voor AP II, dat staten gebonden kunnen zijn, maar dat de opstandelingen dat formeel niet kunnen zijn omdat zij geen verdragsluitende bevoegdheid hebben. Er zijn echter gevallen bekend waarin de opstandelingen zelf een unilaterale verklaring aflegden zich gebon-

den te achten aan het IHR.²⁴ Artikel 1 AP II zelf bepaalt dat de toepassing van deze bepaling geen invloed heeft op de status van de partijen bij het niet-internationale conflict.

Een verdere vraag is waar het conflict zich afspeelt, wat het geografische bereik van de vijandelijkheden is en in hoeverre die het gehele territorium van de strijdende partijen bestrijken.²⁵ Weliswaar is het uitgangspunt dat er in geval van gewapend conflict sprake is van een conflict dat de betrokken staten voor hun gehele territorium raakt, doch dit is vaak niet de realiteit. Indien de oorlog gevoerd wordt in een overzees gebiedsdeel, zoals dat in de Falkland oorlog het geval was, kan moeilijk worden gesteld dat de feitelijke oorlogshandelingen zich ook uitstrekken tot de rest van de staat. Hetzelfde zal het geval zijn als het conflict de vorm heeft van een invasie zoals dat in de oorlog in Irak in 2003 het geval was. Ten aanzien van bezetting moet opgemerkt worden dat het heel goed mogelijk is slechts een deel van het grondgebied van de tegenstander te bezetten. Voor de toepassing van het bezettingsrecht is slechts vereist dat een deel van het gehele territorium bezet is.

Evenzeer van belang is de vraag naar de duur van het gewapende conflict in de tijd. Het IHR wordt van toepassing zodra er sprake is van een gewapend conflict.²⁶ Volgens de Verdragen van Genève houden zij op van toepassing te zijn op het grondgebied van de partijen bij het conflict bij de algemene beëindiging van de militaire operaties. Dit kan gebeuren door middel van een vredesverdrag, maar een verdrag is niet per se nodig. Voldoende is dat de vijandelijkheden definitief worden gestaakt. Daarbij speelt de wilsovereenstemming van de partijen een rol: het Korea conflict bijvoorbeeld is formeel nog niet beëindigd omdat deze wilsovereenstemming ontbreekt. Nu de wilsovereenstemming om de vijandelijkheden definitief te staken ontbreekt, blijft het IHR van toepassing.

Wat betreft het bezettingsrecht bepalen de Verdragen van Genève dat zij ophouden te gelden een jaar na de algemene beëindiging van de militaire operaties, met uitzondering van een aantal bepalingen die blijven gelden zolang de bezetting blijft bestaan. AP I breidt de toepassing van de verdragen en het protocol in bezet gebied uit tot de beëindiging van de bezetting. Deze wijziging kwam voort uit ervaringen met langdurige bezettingen, met name de Israëlische bezetting van de Palestijnse gebieden.

Een laatste vraag is tenslotte wie eigenlijk de partijen bij een bepaald conflict zijn. Daarbij moet er rekening mee worden gehouden dat het model van het oorlogsrecht dat is van een overzichtelijke oorlog, met in beginsel slechts twee partijen. Realisme gebiedt echter vast te stellen dat dit soort oorlogen niet veel meer voorkomt – vaak zal er sprake zijn van conflicten waarin ten dele staten tegenover elkaar staan, doch

24. Een voorbeeld is de verklaring van het African National Congress (ANC) van 28 november 1980, ANC persbericht, Londen, 28 november 1980.

25. Voor een belangrijke rechterlijke uitspraak van het Joegoslavië Tribunaal die op deze vragen ingaat, zie *Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, ICTY Appeals Chamber, 2 October 1995.

26. *Ibid.*, par. 70.

waarin ook sprake is van deelname door georganiseerde groepen opstandelingen die in relatie tot een van de betrokken staten staan.²⁷

4. DE WIJZE VAN OORLOGVOERING

Een centraal uitgangspunt in het oorlogsrecht is dat tijdens gewapend conflict niet alles wat mogelijk is ook is toegestaan. Dit is onder andere neergelegd in artikel 22 LOR, en is direct verwant aan de oorsprong van het recht, namelijk de wens de humaniteit van invloed te laten zijn op de wijze waarop gevochten wordt. Een ander basisbeginsel is dat het verboden is wapens, projectielen en stoffen alsmede methoden van oorlogvoering te gebruiken die naar hun aard overbodig letsel of onnodig leed veroorzaken. Letsel verwijst daarbij naar lichamelijk letsel, leed naar psychisch leed. Deze twee beginselen, die neergelegd zijn in artikel 35 AP I, vormen de basis voor beperkingen die het IHR oplegt aan middelen en methoden.

Zij zijn vertaald in concrete regels over de wijze van oorlogvoering. Er zijn beperkingen aangebracht op zowel de middelen als de methoden van oorlogvoering. Bij middelen moet met name worden gedacht aan wapen(-systemen), bij methoden aan manieren om de vijand te bestrijden.

4.1 Middelen

In de loop van de tijd is per verdrag een aantal specifieke wapens verboden, met name omdat gemeend werd dat deze overbodig letsel of onnodig leed veroorzaken. Het betreft de volgende wapens:

- a. projectielen die minder dan 400 gram wegen die hetzij ontplofbaar zijn, hetzij geladen met brandende of ontplofbare stoffen;
- b. kogels die zich in het menselijk lichaam gemakkelijk uitzetten of afplatten (dumdumkogels, zo genoemd omdat ze waren ontwikkeld in het Dum-dum arsenaal van de Britten in India);
- c. projectielen en ontplofbare stoffen die worden afgegooid uit luchtballons;
- d. vergif; en
- e. verstikkende of giftige gassen.

Hieraan zijn verboden toegevoegd door middel van het Conventionele wapenverdrag van 1980 en de protocollen daarbij. Deze worden elders besproken.²⁸ Tenslotte is in

27. Voor uitspraken van de Nederlandse rechter over verschillende soorten conflicten, zie bijv. Rb. 's-Gravenhage 23 december 2005, *LJN* AV6353 (Iran-Irak), en Rb. 's-Gravenhage 14 oktober 2005, *LJN* AU4347 (Afghanistan).

28. Ook wel Dubieuze wapenverdrag genoemd. Zie hfdst. 17.

1997 het Verdrag van Ottawa tot stand gekomen.²⁹ Dit verdrag verbiedt aan de staten die partij zijn anti-personeelmijnen te gebruiken, ontwikkelen, produceren, anderszins te verwerven, voorraden daarvan aan te leggen, onder zich te houden of aan wie dan ook direct of indirect over te dragen.

Deze specifieke verboden doen niet af aan het verbod in artikel 35 AP I op wapens die overbodig letsel of onnodig leed veroorzaken. Ook als er geen verdrag is aangenomen om een wapen te verbieden, is het gebruik van een wapen verboden wanneer het overbodig letsel of onnodig leed veroorzaakt.³⁰

Het Internationaal Gerechtshof sprak zich over middelen van oorlogvoering uit in zijn advies in de *Nuclear Weapons* zaak. Het Hof was gevraagd zich uit te spreken over de vraag of het dreigen met of het gebruik van kernwapens in enig geval toegestaan is onder internationaal recht. Het Hof kwam tot de conclusie dat dit in het algemeen in strijd zou zijn met het IHR. Er kon echter niet definitief worden geconcludeerd dat het dreigen met of gebruik van kernwapens in een extreem geval van zelfverdediging, waarin het bestaan van de staat op het spel staat, onrechtmatig zou zijn. In het advies analyseerde het Hof een aantal regels van IHR en stelde onder meer vast dat het verbod op het gebruik van wapens die naar hun aard overbodig letsel of onnodig leed veroorzaken één van de twee 'cardinal principles ... constituting the fabric of humanitarian law' is.³¹

4.2 Methoden

Het LOR, de Verdragen van Genève en AP I bevatten ook een aantal verboden methoden van oorlogvoering. Een daarvan is het nemen van gijzelaars, een praktijk die in de Tweede Wereldoorlog nog vaak was voorgekomen.

In het geval van veel van de andere verboden krijgsmethoden gaat het om het voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van vertrouwen op bescherming door het IHR. Een voorbeeld is het verbod op het doden, verwonden of gevangen nemen van een tegenstander door middel van perfidie. Perfidie betekent een gedraging die het vertrouwen wekt bij een tegenstander ten einde deze te doen geloven dat hij gerechtigd is tot bescherming krachtens de regels toepasselijk in geval van gewapende conflicten of dat hij verplicht is zodanige bescherming te verlenen, met de bedoeling dat vertrouwen te misbruiken. Artikel 37 AP I noemt, op niet-uitputtende wijze, een aantal voorbeelden, waaronder het voorwenden uitgeschakeld te zijn door verwondingen of ziekte. Het louter vertrouwen wekken is niet verboden, alleen het door middel daarvan een tegenstander doden, verwonden of gevangennemen. Het is daarentegen niet verboden om krijgslisten te gebruiken. Ook moet men kunnen vertrou-

29. Verdrag inzake het verbod van het gebruik, de aanleg van voorraden, de productie en de overdracht van anti-personeelmijnen en inzake de vernietiging van deze wapens 1997, *Trb.* 1998, 135 (i.w.tr. 1 maart 1999; Nederland 1 oktober 1999).

30. H. Meyrowitz, 'Le principe des maux superflus: De la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 au Protocol additionnel I de 1977', *IRRC* (76) 1994, p. 107

31. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *supra* n. 8, par. 78.

wen op beschermende tekens: het is verboden om onrechtmatig gebruik te maken van het embleem van het Rode Kruis of andere kentekens, tekens of seinen, als voorzien in de Verdragen van Genève of AP I. Ook verboden is het opzettelijk misbruik maken van de witte vlag en de beschermende kentekens bedoeld ter bescherming van culturele goederen. Ook verboden is het gebruik van de vlaggen of militaire kentekenen, onderscheidingstekens of uniformen van de tegenpartij tijdens aanvallen of met het oogmerk militaire operaties te dekken, te begunstigen, te beschermen of te belemmeren.

Een andere methode van oorlogvoering die is gereguleerd is de represaille. Represailles zijn acties die eigenlijk in strijd zouden zijn met het oorlogsrecht, doch die rechtmatig zijn in de situatie waarin zij een reactie zijn op het onrechtmatig optreden van een andere staat.³² Tegenover de schending van het oorlogsrecht wordt als represaille een schending van het oorlogsrecht door de eerder getroffen staat gezet. De achtergrond van deze mogelijkheid is dat de dreiging van represailles de naleving van het recht door de partijen in een conflict bevordert. Voordat het tot represailles komt moet de tegenstander gewezen zijn op de noodzaak het recht na te leven, en moet er gewaarschuwd zijn. De getroffen stappen moeten proportioneel zijn, en een besluit daartoe kan niet door een individuele militair worden genomen doch moet een beslissing van het politieke niveau zijn. Zodra de schending van het recht door de tegenpartij eindigt, dienen ook de represailles te worden gestaakt.

Represailles dienen aan bovenstaande criteria te voldoen, maar daarnaast kent het recht ook een duidelijke serie verboden ten aanzien van groepen en objecten waartegen een represaille zich niet mag richten. Zo zijn represailles tegen zieken, gewonden en drenkelingen alsook tegen krijgsgevangenen verboden in de eerste drie Geneefse Verdragen, waaraan AP I toevoegt dat ook represailles tegen burgers verboden zijn. Voor wat betreft objecten verbiedt het Haagse Cultuurgoederenverdrag (1954) represailles tegen cultuurgoederen, en AP I voegt daar nog verschillende burgerdoelen aan toe waartegen geen represailles mogen worden getroffen. Dit betekent dat represailles als methode om op onrechtmatig handelen van de tegenstander te reageren in feite zeer beperkt zijn geworden.

5. BESCHERMDE PERSONEN

Een centraal uitgangspunt van het IHR is dat personen die niet of niet langer aan de vijandelijkheden deelnemen bescherming verdienen en niet mogen worden aangevallen. Op grond van dit uitgangspunt bevat het IHR bepalingen over specifieke groepen personen, met name krijgsgevangenen en de burgerbevolking. Voordat kan worden ingegaan op de bescherming van personen die niet of niet langer aan de strijd deelnemen is het van belang te weten wie wel gerechtigd is aan de strijd deel te nemen, en zodoende wel mag worden aangevallen.

32. Over represailles, zie F. Kalshoven, *Belligerent Reprisals*, 2005.

5.1 Combattanten

Om te weten wie combattanten zijn is het noodzakelijk stil te staan bij de verschillende deelnemers aan conflicten. Het recht verplicht tot onderscheid tussen combattanten en burgers, en combattanten mogen als enigen oorlogshandelingen verrichten binnen de kaders van het oorlogsrecht. In de praktijk is de situatie echter niet zo eenduidig.

Traditioneel maakte het IHR een onderscheid tussen twee groepen combattanten, zoals verwoord in artikel 1 LOR. De eerste groep bestaat uit de reguliere strijdkrachten van een staat, met uitzondering van medisch personeel en geestelijke verzorgers. De tweede groep bestaat uit milities en vrijwilligers-korpsen. Deze moeten aan bepaalde voorwaarden voldoen om combattant te worden:

- a. onder leiding staan van een persoon die verantwoordelijk is voor zijn ondergeschikten;
- b. een vast en op enige afstand herkenbaar onderscheidingsteken hebben;
- c. de wapens openlijk dragen; en
- d. het IHR naleven.

API laat dit onderscheid tussen twee groepen combattanten los. Artikel 43 API bevat een alomvattende definitie van de strijdkrachten van een partij bij het conflict. De strijdkrachten worden gedefinieerd als alle georganiseerde strijdkrachten, groepen en eenheden die onder een bevel staan dat tegenover die partij verantwoordelijk is voor het gedrag van zijn ondergeschikten, zelfs indien die partij wordt vertegenwoordigd door een niet door een tegenpartij erkende regering of autoriteit. Deze strijdkrachten dienen te zijn onderworpen aan een intern krijgstuuchtelijk systeem, dat onder andere de nakoming van de regels van het volkenrecht, toepasselijk in geval van gewapende conflicten, dient te verzekeren.

API maakt dus geen onderscheid meer tussen 'reguliere' en 'irreguliere' troepen. De definitie impliceert dat ook de reguliere troepen aan bepaalde voorwaarden moeten voldoen.

Artikel 43 vervolgt door te stellen dat de leden van de strijdkrachten combattant zijn en derhalve het recht hebben om rechtstreeks aan de vijandelijkheden deel te nemen. Het recht ziet de vraag of iemand combattant is dus, wellicht ietwat ongevoel, als een bevoegdheidsvraag. Combattanten zullen niet worden vervolgd voor hun enkele deelname aan de vijandelijkheden. Hun optreden wordt dan ook niet gezien als een individuele keuze maar als het optreden als orgaan van de staat – het is immers hun staat die betrokken is bij een gewapend conflict.

Combattanten zijn verplicht zich te onderscheiden van de burgerbevolking als zij bezig zijn met een aanval of de voorbereiding daarvan. Deze regel ziet uiteraard vooral op de bescherming van de burgerbevolking. API voorziet in artikel 44 lid 3 dat er zich situaties kunnen voordoen waarin het evenwel noodzakelijk kan zijn niet herkenbaar te zijn als combattant, in dergelijke gevallen verliest deze zijn status niet zolang hij zijn wapens zichtbaar draagt tijdens een militaire inzet en tijdens de voor-

bereiding van een aanval waarin hij betrokken zal zijn.³³ Deze bepaling is met name tot stand te komen in de context van de dekolonisatie: de strijders in deze conflicten voerden vaak een guerrillastrijd, overdag als boer en 's nachts als strijder. Zij was uiterst controversieel.

Burgers mogen geen oorlogshandelingen verrichten, nemen zij direct deel aan de vijandelijkheden dan verliezen zij hun bescherming als burger voor zolang zij deelnemen aan de strijd.³⁴ Dit lijkt een heldere regel maar het is niet altijd volstrekt duidelijk wat wel of niet behoort tot deze notie van 'directe deelname'.³⁵ In geval van directe deelname aan feitelijke gevechtshandelingen zal er wellicht niet veel twijfel zijn, maar met het toenemende aantal burgers in ondersteunende functies ten behoeve van het militair apparaat wordt steeds minder duidelijk of hun inspanningen inderdaad kunnen worden gezien als een directe bijdrage aan concrete vijandelijkheden of eerder als een ondersteuning van de krijgsmacht als organisatie of aan de oorlogsinspanning in het algemeen. In dit verband kan worden gewezen op het toenemende gebruik van 'private military companies'. Dergelijke bedrijven voeren een groot aantal verschillende taken uit, waaronder gewapende taken.³⁶ Afhankelijk van de wijze waarop zij optreden kunnen zij hun status van burger verliezen. In bepaalde gevallen kunnen zij zelfs worden gezien als huurling, een categorie omschreven in artikel 47 AP I en strafbaar gesteld in het Internationaal Verdrag tegen rekrutering, gebruik, financiering en training van huurlingen.³⁷ Het zal zaak zijn om in individuele gevallen op basis van feiten te bezien of bepaalde steun door burgers te kwalificeren is als directe deelname aan concrete oorlogsinspanningen en dus als gevolg heeft het verlies van immuniteit.

5.2 Krijgsgevangenen

Combattanten die in handen van de vijand vallen zijn krijgsgevangenen en genieten als zodanig bescherming. De definitie van een krijgsgevangene in artikel 4 Derde Verdrag van Genève (hierna: GC III), en in de artikelen 44 en 45 AP I sluiten dan ook aan bij de definitie van combattant.

Daarnaast bepaalt artikel 4 GC III dat een aantal andere categorieën personen recht heeft op de status van krijgsgevangene, waaronder personen die de gewapende macht volgen zonder daar rechtstreeks deel van uit te maken zoals oorlogscorrespondenten.

Achtergrond van de bescherming van de krijgsgevangenen is dat opgeleide en getrainde militairen waardevol zijn voor hun nationale staat. Het zou dus kapitaalsver-

33. Art. 44 lid 3 AP I.

34. Art. 51 lid 3 AP I.

35. Over het begrip 'directe deelname', zie A.P.V. Rogers, *Law on the Battlefield*, 2004, p. 8-12.

36. Een voorbeeld vormen de bodyguards van president Karzai van Afghanistan. Zie P. Beaumont, 'US pulls out Karzais military bodyguards', *The Observer*, 24 November 2002. Over private military companies, zie P.W. Singer, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, 2003.

37. Internationaal Verdrag tegen rekrutering, gebruik, financiering en training van huurlingen, AV Res. 44/34, VN Doc. A/RES/44/34 (1989); *UNTS* (2163) p. 75. Nederland is geen partij bij dit verdrag.

nietiging zijn als degenen die gevangen genomen zijn vermoord zouden worden. Beter is het hen vast te houden en te gelegener tijd uit te ruilen met de militairen die de tegenpartij heeft vastgenomen.

Indien twijfel bestaat over de vraag of iemand voor die bescherming in aanmerking komt voorziet GC III in artikel 5 in de instelling van een tribunaal waaraan de toetsing van de status van een gevangene kan worden voorgelegd. Totdat over die status is beslist dient betrokkene te worden behandeld als ware hij een krijgsgevangene. Op de vraag wanneer er sprake is van twijfel, is het antwoord van sommige commentatoren dat dit al het geval is op het moment dat een gevangene de status van krijgsgevangene claimt.³⁸ Dit was echter niet het uitgangspunt van de president van de VS toen hij bepaalde dat gevangengenomen Taliban en Al Qaida strijders in het gevangenkamp op Guantanamo Bay geen aanspraak konden maken op de status van krijgsgevangene.³⁹ Volgens de VS genieten Al Qaida strijders geen bescherming van de Verdragen van Genève omdat Al Qaida geen staat is en derhalve geen partij bij de verdragen kan zijn. De verdragen zijn wel van toepassing op de Taliban, maar deze voldoen niet aan de criteria in artikel 4A(2) GC III om als krijgsgevangene te worden aangemerkt.⁴⁰ Deze stap van de VS heeft tot veel kritiek geleid,⁴¹ onder meer omdat de VS voor wat betreft de Taliban ten onrechte niet zouden toetsen aan artikel 4A(1) GC III en omdat een generieke bepaling niet zou voldoen aan het vereiste in artikel 5 van dat verdrag.

Het Derde Geneefse Verdrag kent een uitgebreid stelsel van regels over de wijze van gevangenhouding, over de interne discipline van een krijgsgevangenenkamp en over de regels waarnaar de krijgsgevangenen zich dienen te gedragen tegenover de mogendheid die hen gevangen houdt. Krijgsgevangenen zijn geen gevangenen in de zin van het strafrecht, hun gevangenschap dient er toe te voorkomen dat zij verder deel zullen kunnen nemen aan de strijd.

5.3 Burgerbevolking

Het meest prominente onderdeel van het IHR in de ogen van het publiek zijn de regels aangaande de bescherming van de burgerbevolking. Deze zijn in eerste instantie te vinden in het Vierde Verdrag van Genève inzake de bescherming van de burgerbevolking (hierna: GC IV), en in het Eerste Aanvullend Protocol.

Uitgangspunt is dat de oorlog alleen gevoerd wordt tussen militairen, en dat burgers dus in feite buiten de vijandelijkheden staan. Dit is het 'discriminatiebeginsel',

38. Zie G.F. Aldrich, 'The Taliban, Al Qaeda, and the determination of illegal combatants', *AJIL* (96) 2002, p. 898.

39. White House persbericht, 'Statement by the Press Secretary on the Geneva Convention', 7 februari 2002 <www.state.gov/s/1/38727.htm>.

40. Deze criteria komen overeen met de criteria in art. 1 LOR voor het verkrijgen van de status van combattant, zoals besproken in 5.1.

41. Zie o.m. ICRC persbericht, 'Geneva Convention on prisoners of war', 9 februari 2002 <www.icrc.org/eng>.

dat inhoudt dat onderscheid moet worden gemaakt tussen combattanten en militaire doelen aan de ene kant en burgers en burgerobjecten aan de andere kant. Deze grondregel is duidelijk gecodificeerd in artikel 48 AP I. Hoewel noch het LOR noch het Vierde Verdrag van Genève een dergelijke expliciete regel bevatten, bestaat er geen twijfel dat het discriminatiebeginsel een van de fundamentele principes van het IHR vormt. Dit principe is, met name in AP I, nader uitgewerkt in een aantal specifieke normen langs twee lijnen.

In de eerste plaats bevat AP I een aantal regels die het verbod op het aanvallen van de burgerbevolking uitwerken. In het bijzonder zijn niet-onderscheidende aanvallen verboden in artikel 51 lid 4. Dit zijn:

- '(a) aanvallen die niet op een bepaald militair doel zijn gericht;
- (b) aanvallen waarbij gebruik wordt gemaakt van strijdmiddelen of -methoden die niet op een bepaald militair doel kunnen worden gericht; of
- (c) aanvallen waarbij gebruik wordt gemaakt van strijdmiddelen of -methoden waarvan de gevolgen niet kunnen worden beperkt zoals dit Protocol vereist;

en die derhalve in alle genoemde gevallen naar hun aard, militaire doelen en burgers of burgerobjecten zonder onderscheid kunnen treffen.'

Artikel 51 lid 5 AP I geeft twee voorbeelden van een niet-onderscheidende aanval. Een is het oppervlaktebombardement, het andere is een aanval die, naar kan worden verwacht, bijkomend verlies van mensenlevens onder de burgerbevolking, verwonding van burgers, schade aan burgerobjecten of een combinatie daarvan ten gevolge zullen hebben, in een mate die buitensporig zou zijn in verhouding tot het verwachte tastbare en rechtstreekse militaire voordeel. Dit laatste is de codificatie van het proportionaliteitsbeginsel. In de praktijk is dit beginsel moeilijk toe te passen. Een reden daarvoor is dat het een afweging van appels (militair voordeel) en peren (mensenlevens) vereist. Uiteindelijk zal het beginsel moeten worden toegepast door militairen. Zoals de commissie die onderzoek deed naar de bombardementen door de Noord-Atlantische Verdragsorganisatie (NAVO) op de Federale Republiek Joegoslavië in 1999 voor de aanklager van het Joegoslavië Tribunaal (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY) stelde zal de uitkomst van een proportionaliteitsafweging samenhangen met de achtergrond en het waardensysteem van de beoordelaar.⁴² De commissie suggereerde dat zou moeten worden afgegaan op het oordeel van de 'redelijke commandant'. Deze commandant is uiteraard fictief, net als de 'goede huisvader' in het Nederlands burgerlijk recht. Een tweede reden is dat niet duidelijk is wat precies onder 'militair voordeel' moet worden verstaan. AP I vereist alleen dat dit voordeel tastbaar en rechtstreeks moet zijn, dat wil zeggen dat een mogelijk voordeel in de toekomst er niet onder valt.

42. ICTY, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia*, 2000, par. 50. Het rapport is opgenomen in *ILM* (39) 2000, p. 1257.

De tweede lijn in de bescherming van de burgerbevolking bestaat uit voorzorgen die zij die een aanval voorbereiden, of tot een aanval besluiten, dienen te nemen. Met name moeten zij volgens artikel 57 lid 2(a) AP I: (i) al het praktisch uitvoerbare doen om zich ervan te vergewissen, dat de aan te vallen doelen rechtmatige militaire doelen vormen; (ii) alle praktisch uitvoerbare voorzorgen nemen bij de keuze van de middelen en methoden voor de aanval, ten einde bijkomend verlies van mensenlevens onder de burgerbevolking, verwonding van burgers en schade aan burgerobjecten te voorkomen en deze in elk geval tot het uiterste te beperken; (iii) af te zien van enige aanval die naar kan worden verwacht niet zal voldoen aan het proportionaliteitsbeginsel zoals verwoord in artikel 51 AP I.

Bij de bescherming van de burgerbevolking schenkt het recht bijzondere aandacht aan een aantal te onderscheiden groepen. Voorbeelden daarvan zijn de specifieke regels ter bescherming van journalisten of geestelijken. Meer aandacht is besteed aan de bescherming van vrouwen en kinderen in gewapend conflict.

5.4 Vrouwen

Het IHR kent een aantal regels, verspreid over de verschillende verdragen, die specifiek beogen bescherming te bieden aan vrouwen. Een voorbeeld is artikel 27 GC IV dat bepaalt dat vrouwen in het bijzonder moeten worden beschermd tegen iedere aanslag op hun eer, met name tegen verkrachting, gedwongen prostitutie en iedere aanranding van hun eerbaarheid.

Het IHR kiest in beginsel een formele gelijkheidsbenadering, en voegt daaraan enkele specifieke bepalingen toe die direct gerelateerd zijn aan het biologische feit van het vrouw-zijn: de nadruk ligt op hetzij bescherming tegen (verschillende vormen van) seksueel geweld, hetzij bescherming van het moederschap.⁴³ Deze regels ten aanzien van de bescherming van vrouwen zijn in de afgelopen periode uitgebreid bekritiseerd omdat dit een te zeer beperkte visie is op de positie van vrouwen tijdens gewapend conflict. Het uitsluitend opnemen van een aantal aan het biologische geslacht gerelateerde beschermingsbepalingen doet geen recht aan de realiteit van de levens van vrouwen, en de invloed die gewapend conflict daarop zal hebben.⁴⁴ Daarbij moet met name gedacht worden aan de socio-economische gevolgen van gewapend conflict waar vrouwen, als hoofd van eenoudergezinnen, voor zullen komen te staan tijdens deze situaties.⁴⁵

43. Zie bijv. art. 27 lid 2 GC IV; art. 75 lid 5 en 76 AP I.

44. Voor een overzicht van de feministische kritiek op het IHR, zie o.a. J.G. Gardam & M.J. Jarvis, *Women, Armed Conflict and International Law*, 2001.

45. Ch. Lindsey, *Women Facing War: ICRC Study on the Impact of Armed Conflict on Women*, 2001.

5.5 Kinderen

Ook voor de positie van kinderen ten tijde van gewapend conflict kwam steeds meer aandacht, vooral naar aanleiding van de toename van het aantal kindsoldaten met name in niet-internationale conflicten. De Geneefse Verdragen en Protocolen benaderen kinderen allereerst vanuit een beschermingsperspectief dat specifiek gericht is op het in stand houden van het gezin als beschermende structuur voor kinderen. Artikel 24 GC IV zet de toon met het benadrukken van de zorgplicht voor wezen en kinderen die gescheiden zijn geraakt van hun familie, en onderstreept dat zij zo veel mogelijk binnen hun eigen cultuur moeten worden opgevoed. Opvang van deze kinderen in neutrale staten moet mogelijk gemaakt worden. Artikel 77 AP I onderstreept dat kinderen recht hebben op bescherming tegen aanranding van de eerbaarheid, en dat partijen bij een conflict verantwoordelijk zijn voor zorg en hulp aan kinderen. Staten nemen op zich te voorkomen dat kinderen jonger dan vijftien jaar deelnemen aan de vijandelijkheden en zullen hen ook niet rekruteren voor hun strijdkrachten. In de groep van vijftien tot achttien jarigen zal de voorkeur worden gegeven aan zo oud mogelijke rekruten. Vergelijkbare regels zijn te vinden in artikel 38 van het VN-Kinderrechtenverdrag.⁴⁶ Dit betekent in het algemeen dat het uitgangspunt ten aanzien van kinderen zal moeten zijn dat zij beschermd zijn als burgers, tenzij er overtuigende aanwijzingen zijn dat zij in een concreet geval actief deelnemen aan de strijd.

Overigens is in dit verband van belang te wijzen op het in 2000 tot stand gekomen Facultatief Protocol bij het VN-Kinderrechtenverdrag⁴⁷ dat ziet op dezelfde materie en de leeftijd voor deelname aan de vijandelijkheden stelt op minimaal achttien jaar, en ook de leeftijd voor de dienstplicht stelt op minimaal achttien jaar. Het Facultatieve Protocol stelt dus strengere eisen dan AP I of het Kinderrechtenverdrag. Opmerkelijk aan het Facultatieve Protocol is bovendien dat het zich ook richt tot gewapende groepen (in niet-internationale conflicten), en ook hen opdraagt geen kinderen onder de achttien jaar te rekruteren of in te zetten.

6. BESCHERMDE OBJECTEN

Het IHR beschermt niet alleen personen maar ook plaatsen en objecten. Zoals hierboven al aangegeven moet, naast het onderscheid tussen combattanten en burgers, ook onderscheid worden gemaakt tussen militaire doelen en burgerobjecten. Burgerobjecten mogen niet worden aangevallen. De definitie van burgerobject is te vinden in AP I: een burgerobject is ieder object dat geen militair doel is. Artikel 52 AP I bevat de definitie van 'militair doel': die objecten die naar hun aard, ligging, bestem-

46. Verdrag inzake de rechten van het kind 1989, *Trb.* 1990, 46 (i.w.tr. 2 september 1990; Nederland 8 maart 1995).

47. Facultatief Protocol bij het Verdrag inzake de rechten van het kind inzake de betrokkenheid van kinderen bij gewapende conflicten 2000, *Trb.* 2001, 36 (i.w.tr. 12 februari 2002; ondertekening Nederland 7 september 2000).

ming of gebruik een daadwerkelijke bijdrage tot de krijgsv verrichtingen leveren en waarvan de gehele of gedeeltelijke vernietiging, verovering of onbruikbaarmaking onder de omstandigheden van dat moment een duidelijk militair voordeel oplevert. Ook deze definitie is in de praktijk niet altijd makkelijk toe te passen. Met name is de vraag of objecten die bijdragen aan de 'war effort' zonder dat zij direct een bijdrage leveren aan het militair potentieel van de vijand een militair doel vormen.

In dit verband kan genoemd worden het bombarderen door de NAVO van een studio van de Joegoslavische staatszender tijdens operatie Allied Force in 1999. Dit bombardement is bekritiseerd omdat het louter gedaan zou zijn om een halt toe te roepen aan propaganda.⁴⁸ Een comité dat de aanklager van het Joegoslavië Tribunaal moest adviseren over de noodzaak van een onderzoek naar een aantal incidenten tijdens Allied Force kwam echter tot de conclusie dat geen nader onderzoek naar dit incident nodig was.⁴⁹

Het is duidelijk dat de definitie in artikel 52 AP I een subjectieve beoordeling vereist, net als in het geval van het proportionaliteitsbeginsel. Om deze reden is de definitie wel bekritiseerd, en is voorgesteld een lijst op te stellen van militaire doelen. In 1956 stelde het ICRC een lijst van militaire doelen voor, in een bijlage bij de Draft Rules for the Limitation of Dangers incurred by the Civilian Population in Time of War,⁵⁰ maar deze regels en de bijlage zijn nooit geldend recht geworden. Nadeel van een lijst is dat een categorie over het hoofd kan worden gezien aan de ene kant, en het feit dat een lijst geen rekening houdt met de vraag of een object al dan niet door het gebruik of misbruik ervan een bijdrage aan krijgsv verrichtingen levert aan de andere kant.

Aanvullend Protocol I bevat nog een aantal meer specifieke objecten die niet aangevallen mogen worden. Dit zijn voor het overleven van de burgerbevolking onmisbare objecten (zoals voedingsmiddelen) en stuwdammen, dijken en kerncentrales als daardoor gevaarlijke krachten zouden vrijkomen en aldus zware verliezen aan mensenlevens onder de burgerbevolking teweeg zouden worden gebracht. Ook bevat AP I bepalingen ter bescherming van cultuurgoederen en het natuurlijk leefmilieu. Deze categorieën worden hieronder apart besproken omdat zij ook in andere verdragen worden behandeld.

6.1 Cultuurgoederen

Artikel 53 AP I bevat regels over de bescherming van cultuurgoederen. Deze bepaling is summier in vergelijking met de verdragen en protocollen die specifiek zien op de bescherming van cultuurgoederen. In 1954 kwam het Verdrag inzake de bescher-

48. Zie Human Rights Watch Report, *Civilian Deaths in the NATO Air Campaign*, 2000, p. 27-28 <www.hrw.org>.

49. ICTY, *supra* n. 42, par. 50.

50. Report of the ICRC to the XIXth International Conference of the Red Cross, *Draft Rules for the Limitation of Dangers incurred by the Civilian Population in Time of War*, 1957.

ming van cultuurgoederen tijdens gewapend conflict met Protocol⁵¹ onder auspiciën van de VN-Organisatie voor Onderwijs, Wetenschap en Cultuur (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation, UNESCO) in Den Haag tot stand,⁵² aangevuld met een Tweede Protocol in 1999.⁵³ Het Haagse Cultuurgoederenverdrag voorziet in de bescherming van cultuurgoederen op twee niveaus: de algemene bescherming, en de bijzondere bescherming die tot uiting diende te komen in de registratie van bepaalde bijzondere cultuurgoederen op een door UNESCO bij te houden lijst. Partijen zijn verplicht in vredetijd maatregelen te treffen ter bescherming van erfgoed in hun territorium tegen te verwachten gevolgen van gewapend conflict. Ze zijn gehouden zich zowel in eigen land als in het territorium van andere staten te onthouden van gebruik van het erfgoed of de directe omgeving daarvan op een wijze dat een risico kan bestaan dat het erfgoed beschadigd zal raken tijdens gewapend conflict; en dienen zich te onthouden van directe aanvallen. Een belangrijke uitzondering op deze regel is de militaire noodzaak.

Naast deze algemene beschermingsregels kent het verdrag een systeem van zogeheten 'bijzondere bescherming'. Dit houdt een Internationaal Register in, een lijst waarop de schuilplaatsen waarin tijdens gewapend conflict cultuurgoederen van uitzonderlijke waarde worden opgeslagen, alsmede een overzicht van onroerend erfgoed van uitzonderlijk belang zijn opgenomen. De goederen die op de lijst opgenomen zijn verkrijgen immuniteit, dat wil zeggen dat verdragspartijen overeenkomen af te zien van vijandelijkheden tegen deze objecten en ook deze objecten en hun omgeving niet voor militaire doelen te gebruiken. Indien een partij zich niet aan deze verplichting houdt vervalt deze bijzondere bescherming voor zolang deze schending van de immuniteit voortduurt. Uitzondering op de bescherming is een uitzonderlijke situatie van onvermijdelijke militaire noodzaak, alleen voor zolang die noodzaak bestaat.

Het systeem van de bijzondere bescherming heeft nooit goed gewerkt, slechts enkele landen hebben ooit cultuurgoederen geregistreerd. Voorbeelden van zaken die in het Internationale Register terecht kwamen waren de bunker waarin in Nederland het schilderij 'de Nachtwacht' bewaard zou worden, en ook Vaticaanstad als onroerend cultuurgoed kwam op de lijst. Duidelijk was dat de lijst geen succes was, daarbij speelde een rol dat de indruk bestond dat registratie deze cultuurgoederen eerder aan gevaar blootstelde dan dat dit bescherming zou bieden.

51. Verdrag inzake de bescherming van culturele goederen in geval van een gewapend conflict, en Protocol bij het Verdrag inzake de bescherming van culturele goederen in geval van een gewapend conflict 1954, *Trb.* 1955, 47 (i.w.tr. 7 augustus 1956; Nederland 14 januari 1959).

52. Zie hierover uitgebreid J. Toman, *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: Commentary on the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Protocol, Signed on 14 May 1954 in The Hague, and on Other Instruments of International Law Concerning such Protection*, 1996.

53. Tweede Protocol bij het Haags Verdrag van 1954 inzake de bescherming van culturele goederen in geval van een gewapend conflict 1999, *Trb.* 1999, 107 en *Trb.* 2005, 279 (i.w.tr. 9 maart 2004; ondertekening Nederland 17 mei 1999).

Veertig jaar na de totstandkoming van het Haagse Cultuurgoederenverdrag was duidelijk dat het verdrag onvoldoende bescherming had geboden in moderne conflicten, waarin aanvallen op cultuurgoederen deel uitmaakten van een doelbewuste aanval op de culturele identiteit van de tegenpartij. Het Tweede Protocol (1999) bij het Haagse Cultuurgoederenverdrag is tot stand gekomen onder andere als reactie op de verwoestingen in het gewapende conflict in Joegoslavië in de jaren negentig, zoals het vernietigen van de historische Stari Most brug in het centrum van Mostar. Het Tweede Protocol brengt zogeheten versterkte bescherming voor cultureel erfgoed van uitzonderlijk belang tot stand, en introduceert individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het schenden van de bescherming van cultureel erfgoed.

Tijdens een bezetting heeft de bezetter een zorgtaak ten aanzien van de bescherming van het erfgoed. Deze regel was reeds opgenomen in het LOR, en werd in het Haagse Cultuurgoederenverdrag herhaald. Het (eerste) Protocol uit 1954 vult hier op aan dat de bezetter de uitvoer van cultuurgoederen uit bezet gebied moet voorkomen. Op verdragspartijen rust de verplichting goederen die ingevoerd zijn uit bezet gebied in bewaring te nemen. Het protocol schrijft voor dat deze goederen in beslag worden genomen en bewaard worden ten behoeve van de autoriteiten van de bezette staat zodat zij aan het einde van de vijandelijkheden geretourneerd kunnen worden. De bezettende staat, op wie de verplichting rustte om uitvoer te voorkomen, is verplicht om de houders te goeder trouw schadeloos te stellen. Het is een in privaatrechtelijk opzicht opmerkelijke regeling die direct in lijkt te grijpen in privaatrechtelijke verhoudingen. De indruk bestaat dat dit protocol, dat concreet uitgevoerd dient te worden door een niet bij het conflict betrokken staat, nauwelijks geïmplementeerd is door de verdragspartijen. Onduidelijk is of verdragspartijen relevante nationale wetgeving tot stand hebben gebracht die deze inbeslagname mogelijk maakt. Er zijn weinig gevallen van inbeslagname bekend, hoewel het plunderen en stelen van kunstschatten tijdens gewapend conflict en bezetting helaas maar al te vaak voorkomt.

6.2 Milieuoorlog

In de jaren zeventig ontstond grote zorg over het tot doelwit maken van het natuurlijke leefmilieu. De noodzaak werd gevoeld om specifieke regels te formuleren over het verbod het milieu als doelwit te gebruiken. Dit leidde tot het zogenoemde ENMOD-Verdrag van 1977⁵⁴ dat handelt over het verbod van het op vijandige wijze beïnvloeden van de natuurlijke leefomgeving.⁵⁵ In de ontwikkeling van dit instrument heeft de zorg over de milieueffecten van onder andere de Amerikaanse oorlogvoering in Vietnam een belangrijke rol gespeeld.

54. Verdrag inzake het verbod van militair of enig ander vijandelijk gebruik van milieuveranderingstechnieken 1977, *Trb.* 1977, 144 (i.w.tr. 5 oktober 1978; Nederland 15 april 1983).

55. Het ENMOD-Verdrag is door 73 staten geratificeerd.

In samenhang met het ENMOD-Verdrag moet ook gewezen worden op bepalingen in AP I⁵⁶ die handelen over het verbod op het moedwillig beïnvloeden van het leefmilieu als strijdmiddel. Alhoewel de tekst van deze bepalingen min of meer identiek is aan die in het ENMOD-Verdrag, is een lezing dat de regels uit AP I zien op schade aan het leefmilieu, terwijl ENMOD gericht zou zijn op het manipuleren van de kracht van de natuur als strijdmiddel.⁵⁷

7. BEZETTING

Bezetting is de situatie waarin de ene strijdende partij het gezag over (een deel van) het gebied van de tegenpartij heeft overgenomen, aldus artikel 42 LOR. Er dient dus sprake te zijn van feitelijke controle over (een deel van) het grondgebied van een andere staat. Het is niet noodzakelijk dat de bezetter het gezag heeft verworven over het gehele territoir van die staat, maar in het bezette gebied dient sprake te zijn van volledig gezag. Of sprake is van bezetting is een feitelijk oordeel: als het gezag bij de vreemde staat ligt is er een bezetting.⁵⁸ Daarvoor is volgens het Internationaal Ge-rechtshof niet nodig dat er een gestructureerde militaire administratie van het bezette gebied is; vereist is slechts dat het gezag is overgenomen.⁵⁹ Bezettters zelf zullen vaak hun aanwezigheid op het grondgebied van een andere staat anders willen voorstellen, door bijvoorbeeld te suggereren dat sprake is van aanwezigheid op verzoek van de regering van die staat. Het is van belang dat dit oordeel niet bij de bezetter zelf ligt om het ontwijken van de relevante rechtsregels te voorkomen.

De Palestijnse gebieden vormen een voorbeeld van een bezetting die door de bezetter, Israël, erkend wordt. Hiervoor baseert Israël zich op de tekst van artikel 2 GC IV dat luidt:

‘Onverminderd de bepalingen welke reeds in tijd van vrede in werking moeten treden, is dit Verdrag 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.

Indien één der in conflict zijnde Mogendheden geen partij is bij dit Verdrag, blijven de Mogendheden die wel partij zijn, niettemin in hun onderlinge betrekkingen hierdoor gebonden. Bovendien zullen zij door het Verdrag gebonden zijn ten opzichte van bedoelde Mogendheid, indien deze de bepalingen daarvan aanvaardt en toepast.’

56. Art. 35 lid 3 en 55 lid 1 AP I.

57. Zie de inleiding op het ENMOD-Verdrag in A. Roberts & R. Guelff, *Documents on the Laws of War*, 2000, p. 408.

58. Zie A. Roberts, ‘What is a military occupation?’, *BYIL* (55) 1984, p. 249.

59. *Armed Activities on the Territory of the Congo* (DR Congo v. Uganda), *ICJ Rep.* 2005, p. 168, par. 173.

Israël stelt dat de bezette gebieden, voordat Israël deze op Jordanië en Egypte veroverde, niet onder soevereiniteit van de laatste twee staten vielen. Daardoor zouden de gebieden geen 'grondgebied van een Hoge Verdragsluitende Partij' zijn in de zin van de tweede paragraaf van artikel 2. Deze interpretatie werd echter afgewezen door het Internationaal Gerechtshof in zijn advies in de *Muur* zaak.⁶⁰ Daarin stelde het Hof dat het verdrag van toepassing is op grond van de eerste paragraaf van artikel 2. De tweede paragraaf van dat artikel dient niet om de reikwijdte van de eerste paragraaf te beperken, maar om te verduidelijken dat het verdrag ook van toepassing is als de bezetting geen gewapende tegenstand ontmoet.

De bezetter heeft het gebied in bezit genomen om aldus zijn militaire positie te versterken en de tegenstander tot concessies te dwingen. De soevereiniteit over het betreffende gebied gaat niet over naar de bezetter, de bezetter is slechts de tijdelijke bestuurder van het gebied. Dit blijkt onder andere uit het verbod de inwoners te dwingen informatie over de defensie te verstrekken, of te dwingen trouw te zweren aan de bezetter (art. 44-45 LOR). De bezetter dient als een zaakwaarnemer het bestuur over het gebied te voeren op een zodanige wijze dat de situatie in het gebied in beginsel bij het oude wordt gelaten. Dit zal niet in alle omstandigheden mogelijk zijn, het is immers denkbaar dat zich situaties voordoen waarin het ingrijpen in het bestuur van het gebied, of het aanpassen van een bepaalde ontstane situatie noodzakelijk zal zijn. Als beheerder treedt de bezetter op ter vertegenwoordiging van het belang van de bezette staat. Voorbeelden hiervan zijn de verplichting op te treden als administrateur en vruchtgebruiker van onroerend goed in bezit van de bezette staat. Ook het innen van belasting in bezet gebied dient te gebeuren overeenkomstig plaatselijke regels, en de opbrengsten moeten besteed worden aan het beheer van bezet gebied (art. 48-49 LOR). Het is dus niet rechtmatig een bezet gebied te gebruiken als wingewest, de bezetter neemt de taak van de bezette overheid over, hetgeen verschillende verplichtingen en zorgtaken met zich meebrengt.⁶¹ Bezetting is dus ook een last voor de betrokken staat: het vereist inzet en onttrekt mensen en middelen aan de militaire inspanning. Om die reden is bezetting niet per se een nastrevenswaardig doel tijdens een conflict.

Bezetting is naar zijn aard een tijdelijke situatie, ofschoon vaak niet goed te voorspellen zal zijn wanneer er een einde aan de bezetting zal komen. Hoe langer een bezetting duurt hoe ingewikkelder het zal zijn om het conservatoire karakter van de bezetting te handhaven. Situaties zoals de langlopende bezetting van de Palestijnse gebieden door Israël maken duidelijk dat het bezettingsrecht niet geschikt is voor een langdurige situatie waarin veranderingen in de lokale situatie zich onherroepelijk zullen voordoen. Een dergelijke langdurige situatie leidt dus tot complexe vragen over het in die situatie toepasselijke recht.

60. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, supra n. 9, par. 90-101.

61. Zie E. Benvenisti, *The International Law of Occupation*, 2004.

Terwijl het Landoorlogreglement uit 1907 de bezetting vooral beschrijft vanuit het perspectief van hetgeen de bezetter in bezet gebied mag, dan wel moet ondernemen om het gebied als een goed beheerder te besturen, kijkt GC IV vooral naar de bescherming van burgers in bezet gebied. Paragraaf III van deel III besteedt specifieke aandacht aan de situatie van beschermde personen, en handelt nadrukkelijk over de levensbehoeften en de veiligheid van de bevolking in bezet gebied. Artikel 49 GC IV verbiedt de individuele of collectieve overbrenging van burgers uit bezet gebied naar het territorium van de bezetter of naar een andere staat, tenzij er sprake is van dwingende militaire noodzaak of de veiligheid van de bevolking hiertoe noodzaakt. De bezetter heeft een bijzondere zorgtaak ten opzichte van kinderen in bezet gebied, en heeft een taak in het verzorgen van levensmiddelen en medicijnen in geval die in het bezette gebied onvoldoende aanwezig zijn. Er zijn vergelijkbare verplichtingen ten aanzien van medische zorg. Hulpgoederen kunnen van groot belang zijn voor het leven in de bezette gebieden, en de bezetter is gebonden mee te werken aan hulpverlening door andere staten of internationale organisaties als er sprake is van gebrek in het gebied. Daarnaast kent GC IV regels omtrent de toepassing van het strafrecht van de bezette staat, dat in beginsel zijn gelding behoudt tenzij dit de veiligheid van de bezetter direct zou bedreigen of aan de toepassing van het verdrag in de weg zou staan. De betreffende gedetailleerde regeling bevat ook waarborgen ten aanzien van de behandeling van gevangenen door de bezettende mogendheid. Alleen in uitzonderlijke omstandigheden, als sprake is van dwingende veiligheidsredenen kan de bezetter overgaan tot het interneren van inwoners. Dit dient echter te gebeuren op basis van een reguliere procedure, en een beslissing tot internering dient regelmatig te worden herzien.

8. DE ZEEORLOG EN DE LUCHTOORLOG

De regels voor de oorlog ter zee, en de oorlog in de lucht worden in belangrijke mate bepaald door de karakteristieken van de omstandigheden waaronder dit soort conflicten, dan wel acties ter zee of in de lucht worden uitgevochten. Hier zal niet uitgebreid worden ingegaan op de regels voor dit soort gewapende conflicten, doch zullen enkele contouren worden geschetst.⁶²

Voor het recht van de zeeoorlog moet allereerst verwezen worden naar GC II dat de situatie van schipbreukelingen regelt. Zoals ook het Eerste Geneefse Verdrag staat hier de bescherming, en verzorging van de slachtoffers van de zeeoorlog centraal. Het recht richt zich echter niet alleen op de situatie van de slachtoffers, maar treft ook regels met betrekking tot oorlogsschepen van de tegenstander die rechtmatige militaire doelen zijn. Hospitaalschepen daarentegen dienen immuun te zijn voor de vijandelikheden. Onder omstandigheden, vooral betrekking hebbend op de mate van betrokkenheid van het koopvaardij-schip bij de vijandelikheden, kunnen koopvaardij-

62. De regels van het prijsrecht zijn hier buiten beschouwing gelaten.

schepen legitieme militaire doelen worden. Neutrale koopvaardijsschepen kunnen aan een inspectie worden onderworpen door een oorlogsschip van een van de partijen in het conflict ten einde vast te stellen of er inderdaad nog steeds sprake is van neutraliteit. Veel van het zeeoorlogsrecht vindt zijn oorsprong in de Haagse Vredesverdragen van 1899 en 1907,⁶³ doch die zijn voor een deel gedateerd. Om hieraan het hoofd te bieden is in 1994 de San Remo Manual⁶⁴ tot stand gebracht, wat een gezaghebbende compilatie van gewoonterechtelijke regels ten aanzien van de zeeoorlog is.

Voor wat betreft de luchtoorlog zijn uiteraard de regels met betrekking tot bombardementen van belang, naast de regels over het aanvallen van vliegtuigen. De rechtmatigheid van bombardementen zal in grote mate afhangen van de vraag in hoeverre sprake is van nauwkeurigheid. Het maken van onderscheid tussen burgers en militairen, en tussen burgerdoelen en militaire doelen is immers een cruciaal uitgangspunt in het IHR, wat onder andere tot uiting komt in artikel 51 lid 5(a) AP I. Militaire vliegtuigen van de tegenstander zijn rechtmatige doelen, doch het is verboden dalende parachutisten uit onklaar geraakte vliegtuigen aan te vallen.⁶⁵ Civiele vliegtuigen mogen niet worden aangevallen, doch het vliegveld waarop ze staan kan uiteraard wel een militair doel zijn.

9. NEUTRALITEIT

De toestand van de staat die geen deel neemt aan de vijandelijkheden wordt neutraliteit genoemd. In een wereld waarin staten onderling afhankelijk zijn, is het van belang de verplichtingen tussen strijdende partijen enerzijds en degenen die niet deelnemen aan het conflict anderzijds af te bakenen. De neutrale staat verwerft een specifieke positie ten opzichte van de strijdende partijen, die zekere verplichtingen van de neutrale staat jegens hen en van de strijdende partijen tegenover de neutrale staat met zich meebrengen.

Er is overigens enige doctrinaire discussie over de vraag of het neutraliteitsrecht inderdaad tot het oorlogsrecht behoort; een andere opvatting is dat – nu het gaat om het zich onthouden van vijandelijkheden – er eerder sprake is van een zelfstandig

63. Te verwijzen is m.n. naar de VIIe, VIIIe, IXe, XIe en XIIIe Haagse Verdragen uit 1907, alsmede het Londense Proces-verbaal over de onderzeebootoorlog van 1936. Verdrag (VII) nopens de verandering van handelsvaartuigen in oorlogsschepen 1907, *Stb.* 1910, 73 (i.w.tr. 26 januari 1910; Nederland 26 januari 1910); Verdrag (VIII) nopens het stellen van onderzeesche zelfwerkende contactmijnen 1907, *ibid.*; Verdrag (IX) nopens het bombardement door eene scheepsmacht in tijd van oorlog 1907, *ibid.*; Verdrag (XI) nopens zekere beperkingen van de uitoefening van het buitrecht in den zeeoorlog 1907, *ibid.*; Verdrag (XIII) nopens de rechten en verplichtingen der onzijdige Mogendheden in geval van zeeoorlog 1907, *ibid.*; Proces-verbaal bevattende regelen betreffende het optreden van onderzeeboten ten aanzien van koopvaardijsschepen, 1936, *Stb.* 1937, 32 (i.w.tr. 6 november 1936; Nederland 30 september 1937).

64. San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea 1994.

65. Art. 42 AP I, dat overigens nadrukkelijk stelt dat deze regel niet van toepassing is op luchtlandingstroepen die per parachute ter plaatse komen.

rechtsgebied. Ook is er discussie over de vraag of er nog een wezenlijk onderscheid bestaat tussen neutraliteit als rechtstoestand, en de positie van staten die in feitelijke zin niet deelnemen aan de vijandelijkheden (de zgn. non-belligerenten).⁶⁶ In het verleden werden er bij het uitbreken van vijandelijkheden verklaringen van neutraliteit afgelegd, doch dat speelde in een tijd waarin staten de keus hadden wel of niet aan een oorlog deel te nemen. In het licht van de ontwikkeling van het recht van vrede en veiligheid sinds de totstandkoming van het Handvest van de Verenigde Naties, menen sommigen dat het neutraliteitsrecht aan belang verloren heeft.

Verschillende staten hebben een neutraliteitspolitiek gevolgd, zoals Zweden, Finland en Ierland, terwijl andere staten zich ook in juridische zin verplicht hebben tot neutraliteit. Voorbeelden hiervan zijn Zwitserland en Oostenrijk, die eenzijdige neutraliteitsverklaringen aflegden. Concreet betekent dit dat deze staten geen stappen mogen zetten die tot twijfel over hun neutraliteit zouden kunnen leiden, zoals het lidmaatschap aanvaarden van een militair bondgenootschap.

De belangrijkste regels van het neutraliteitsrecht zijn vastgelegd in het Ve Haagse Verdrag inzake de rechten en verplichtingen van neutrale mogendheden en personen in de landoorlog uit 1907,⁶⁷ dat in grote lijnen het gewoonterecht weergeeft. Voor de zeeoorlog is het XIIIe Haagse Verdrag van 1907 over de rechten en plichten van neutrale mogendheden en personen in de zeeoorlog⁶⁸ van belang. Het neutraliteitsrecht⁶⁹ berust op twee belangrijke uitgangspunten: de neutrale staat dient zo min mogelijk met de gevolgen van de vijandelijkheden te maken te hebben (non-participatie), en de strijdende partijen hebben er aanspraak op dat de neutrale staat niet een van de partijen steunt (non-discriminatie), wat ten koste zou kunnen gaan van de andere partij. Deze uitgangspunten hangen direct samen, en zijn in wezen in alle materiële normen van het neutraliteitsrecht terug te vinden.

Het is van belang dat de neutrale staat zich onthoudt van elke actie waaruit betrokkenheid bij, of het bevoordelen van een van de partijen in het conflict zou kunnen worden afgeleid. In de relaties met de strijdende partijen is de neutrale staat gehouden hen gelijk te behandelen om zijn neutraliteit te handhaven. Een neutrale staat moet het leveren van militaire goederen aan de strijdende partijen voorkomen, en moet het eveneens onmogelijk maken dat de partijen in de neutrale staat militairen rekruteren. Soms worden door neutrale staten embargo's afgekondigd, met als gevolg dat de handel tussen de neutrale staat en de strijdende partijen geheel wordt stilgelegd. Het territorium van een neutrale staat is onschendbaar, er mogen geen vijandelijkheden

66. Zie de inleiding op het Ve Haagse Verdrag in A. Roberts & R. Guelff, *Documents on the Laws of War*, 2000, p. 85-87.

67. Verdrag (V) nopens de rechten en verplichtingen der onzijdige Mogendheden en personen in geval van oorlog te land 1907, *Stb.* 1910, 73 (i.w.tr. 26 januari 1910; Nederland 26 januari 1910).

68. Verdrag (XIII) nopens de rechten en verplichtingen der onzijdige Mogendheden in geval van zeeoorlog, *Stb.* 1910, 73 (i.w.tr. 26 januari 1910; Nederland 26 januari 1910).

69. Voor een recente beschrijving van het neutraliteitsrecht, zie E. Chadwick, *Traditional Neutrality Revisited – law, theory and case studies*, 2002; M. Bothe, 'The law of neutrality', in D. Fleck (red.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, 2003, p. 485-515.

plaatsvinden, en doortocht van troepen is evenmin toegestaan. Ook mogen vliegtuigen van de strijdende partijen niet worden toegelaten in het neutrale luchtruim.⁷⁰

Voor neutraliteit in de zeeoorlog kent het recht specifieke regels, neergelegd in het XIIIe Haagse Verdrag. Het is schepen van een strijdende partij toegestaan de territoriale zee van een neutrale staat te doorvaren, of een neutrale haven aan te doen (voor een periode van maximaal 24 uur). Het is uiteraard niet toegestaan in de havens of territoriale zee van een neutrale staat oorlogshandelingen te verrichten. Schepen van de strijdende partijen hebben de bevoegdheid koopvaardijsschepen varend onder neutrale vlag te inspecteren ten einde vast te stellen of de lading en bestemming van die lading inderdaad stroken met de neutraliteitsverplichtingen van de vlaggenstaat. Indien goederen bestemd voor het conflict worden aangetroffen is sprake van contrabande, hetgeen het schip en de lading onder het prijsrecht doet vallen. Dit betekent dat op grond van het prijsrecht schip en lading verbeurdverklaard kunnen worden.

Strijdende partijen hebben de bevoegdheid na te gaan of het inderdaad zo is dat de neutrale staat zich onthoudt van betrokkenheid bij het conflict. Het neutraliteitsrecht is uitsluitend van toepassing zolang de betrokken staat ook inderdaad neutraal blijft – handelingen waaruit betrokkenheid bij een van de partijen blijkt doen de neutraliteit verdwijnen, en zouden kunnen leiden tot represailles. In geval van schending van de neutraliteit door een strijdende partij kan de neutrale staat genoodzaakt zijn de neutraliteit gewapenderhand te verdedigen. Uiteraard is het ook mogelijk dat de neutrale staat zelf besluit de neutraliteit op te geven om deel te gaan nemen aan de strijd.⁷¹

10. OPTREDEN VAN INTERNATIONALE ORGANISATIES

Militaire operaties worden tegenwoordig vaak in het kader van een internationale organisatie zoals de Verenigde Naties of de NAVO uitgevoerd. In veel gevallen gaat het daarbij om vredesoperaties. De vraag of deze organisaties zelf gebonden zijn aan het IHR, en welke regels precies voor hen gelden, is omstrede. Met name in de veertiger en vijftiger jaren van de vorige eeuw is wel betoogd dat de VN niet aan het IHR is gebonden. VN-troepenmachten zouden op een juridisch hoger plan staan dan de agressoren waartegen zij optreden. De ontwikkelingen sindsdien laten een stapsgewijze aanvaarding zien van de binding van de VN aan het IHR.⁷² Omdat de VN geen partij is bij de relevante verdragen berust deze binding op het gewoonterecht. In 1999 vaardigde de Secretaris-Generaal van de VN het Bulletin on the Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law⁷³ uit. Dit interne VN-document bevat een lijst van regels die van toepassing zijn op VN-troepen 'when in situ-

70. Art. 40 Reglement inzake de oorlogvoering in de lucht 1923, *Witboek*, 1923, Ministerie van Buitenlandse Zaken.

71. Een voorbeeld hiervan is de positie van de Verenigde Staten tijdens de Tweede Wereldoorlog, waarin dit land aanvankelijk neutraal was doch later strijdende partij werd.

72. M. Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations*, 2005.

73. VN Doc. ST/SGB/1999/13 (1999).

ations of armed conflict they are actively engaged therein as combatants, to the extent and for the duration of their engagement.' Volgens het Bulletin blijft de bestraffing van militairen die deze regels overtreden een bevoegdheid van de troepenleverende staten.

De keerzijde van de mogelijkheid dat leden van een VN-vredesmacht combattanten kunnen worden, is dat zij door het IHR beschermd worden in die gevallen waarin zij geen combattanten worden. Zij zijn dan immers neutrale personen die niet deelnemen aan een conflict. Omdat dit echter als onvoldoende werd gezien, is in 1994 het VN-Verdrag inzake de veiligheid van VN-personeel en geassocieerd personeel⁷⁴ tot stand gekomen, dat in 1999 in werking is getreden. Dit verdrag verplicht partijen om aanvallen op VN- en geassocieerd personeel strafbaar te stellen in hun nationale recht, tenzij dat personeel combattant is. Het verdrag is echter onduidelijk over wanneer de ene situatie overgaat in de andere.

De vraag naar de binding van andere internationale organisaties aan het IHR wordt meestal afgedaan met de constatering dat de lidstaten van deze organisaties al gebonden zijn. In de *Legality of Use of Force* zaken voor het Internationaal Gerechtshof naar aanleiding van de NAVO-bombardementen is echter wel gesuggereerd dat niet de lidstaten, maar de NAVO verantwoordelijk zou zijn voor eventuele schendingen van het IHR.⁷⁵ De Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken bracht in 2002 een advies uit over de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden tijdens VN-vredesoperaties, waaronder mede inbegrepen schendingen van het IHR. Hierin concludeerde de commissie onder meer dat in algemene zin de VN aansprakelijk is voor onrechtmatige daden tijdens VN-vredesoperaties. Voor dezelfde gedragingen binnen de reikwijdte van de vredesoperatie is in de huidige stand van het recht omstrede of en in welke gevallen lidstaten subsidiair aansprakelijk zijn, volgens de commissie.⁷⁶ Deze conclusie werd in de reactie van de regering op het advies overgenomen.⁷⁷

11. NALEVING

De beelden in de media van de gewapende conflicten die dagelijks uitgevochten worden in verschillende delen van de wereld wekken licht de indruk dat de rechts-

74. Verdrag inzake de veiligheid van VN-personeel en geassocieerd personeel 1994, *Trb.* 1996, 62 (i. w.tr. 15 januari 1999; Nederland 9 maart 2002); en Facultatief protocol bij het Verdrag inzake de veiligheid van VN-personeel en geassocieerd personeel 2005, VN Doc. A/60/518 (2005).

75. *Legality of Use of Force* (Serbia and Montenegro v. France), Oral Pleadings of 20 April 2004, CR 2004/12 <www.icj-cij.org>. Zie ook A. Pellet, 'L'imputabilité d'éventuels actes illicites: Responsabilité de l'OTAN ou des états membres', in C. Tomuschat (red.), *Kosovo and the International Community*, 2002, p. 193.

76. Advies van de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV), *Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden tijdens VN-vredesoperaties*, 2002, par. 3.3.

77. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 V, nr. 68.

regels bij voortdoring worden geschonden. Naleving van het internationaal humanitair recht berust allereerst op de verplichting van staten zich aan regels van internationaal recht te houden, ook al zijn dat in het IHR vaak regels ten behoeve van individuele personen. Als zij dat niet doen en het recht schenden kan dat tot aansprakelijkheid leiden.⁷⁸ Het zou echter onjuist zijn om bij naleving alleen te denken aan de mechanismen om *ex post facto* vast te stellen of het recht geschonden is. Naleving begint met voorbereiding.

11.1 Vredestijd

Zowel de Geneefse Verdragen als de Aanvullende Protocollen onderstrepen het belang van implementatie, disseminatie en voorbereiding in vredestijd. Mechanismen die de naleving van het recht bevorderen zijn van cruciaal belang voor de bescherming van de betrokkenen bij gewapend conflict. Dit betekent dat er verplichtingen bestaan gericht op de disseminatie van kennis over het IHR aan de bevolking in het algemeen⁷⁹ en aan de strijdkrachten in het bijzonder.

De naleving van het oorlogsrecht moet allereerst verzekerd zijn door de troepen in het veld. Dit betekent dat de instructie van het IHR, en het oefenen met deze regels onderdeel uitmaakt van de reguliere opleiding van militairen, zodat zij zich tijdens concrete conflicten bewust zullen zijn van hun verplichtingen. Militairen zullen tijdens hun opleiding en ook daarna instructie moeten krijgen over de regels van het IHR, en de concrete betekenis van deze regels in verschillende conflict situaties.

11.2 Gewapend conflict

Een belangrijk mechanisme dat de naleving van verplichtingen bevordert is dat van de wederkerigheid van verplichtingen. Verplichtingen worden nageleefd ten opzichte van de tegenstander in de veronderstelling dat ook deze tegenstander dezelfde verplichtingen naleeft. Zo hebben beide partijen vat op elkaar: zodra een van beide zich niet aan de regels houdt zal de ander dat ook niet meer doen ten nadele van de eerste partij. *Do ut des*, en dit mechanisme van wederzijds evenwicht betekent dat staten een eigen belang hebben bij het naleven van regels – zouden zij dat niet doen dan worden die regels ook tegenover hen geschonden.

De Geneefse Verdragen spreken op verschillende plaatsen van een mogelijk optreden van een 'beschermende mogendheid', die als onpartijdige staat in verschillende situaties zou kunnen optreden ten behoeve van de belangen van de partijen in een gewapend conflict.⁸⁰ Dit betekende optreden ten behoeve van slachtoffers van mogelijke schendingen en is bij uitstek een rol voor neutrale staten en in de Tweede We-

78. Zie art. 3 Verdrag (IV) nopens de wetten en gebruiken van den oorlog te land 1907, *supra* n. 14; art. 91 API.

79. Zie art. 47 GC I; art. 48 GC II; art. 127 GC III; art. 144 GC IV; art. 83 AP I.

80. Art. 9 GC I-III; art. 10 GC IV.

reldoorlog hebben Zweden en Zwitserland dit soort taken dan ook op zich genomen. Nadien is er in de praktijk van deze rol voor staten niet veel terecht gekomen, waarschijnlijk omdat het door staten toch als te politiek werd gezien om op deze manier op te treden ten behoeve van de naleving. Dit heeft als gevolg gehad dat het ICRC, wier taak in dit verband ook genoemd wordt in de Geneefse Verdragen, deze rol op zich genomen heeft en daarmee een unieke positie heeft verworven om direct in het belang van slachtoffers op te treden. In dat verband is met name het bezoeken van gevangenen door het ICRC van groot belang, dit voorkomt dat mensen in gevangenschap verdwijnen en kan bijdragen aan het toetsen van de rechtmatigheid van de gevangenhouding en de verbetering van gevangeniscondities.

Het IHR kent geen formele toezichhoudende mechanismen die te vergelijken zouden zijn met het toezicht in de sfeer van de rechten van de mens. Een verklaring hiervoor zou zijn dat staten niet goed in staat zijn het toezicht op de naleving van regels van IHR aan een onafhankelijk orgaan over te dragen, omdat defensie en zelfverdediging zozeer raken aan soevereiniteit en verband zouden kunnen houden met het voortbestaan van de staat. Dat betekent dat de voorkeur wordt gegeven aan regels die de nadruk leggen op de autonome verantwoordelijkheid van de staat voor de naleving van het recht, en het toezicht daarop dus niet geïnternationaliseerd is.

In AP I is een stap gezet in de richting van meer internationale bemoeienis met de naleving. Artikel 90 AP I stelt een Internationale Commissie voor feitenonderzoek in waarop door staten een beroep kan worden gedaan. De bevoegdheid van de commissie berust op de afzonderlijke aanvaarding daarvan door de individuele verdragspartijen op grond van artikel 90 lid 2(a), en volgt dus niet uit bekrachtiging van AP I.⁸¹ De commissie bestaat uit vijftien gezaghebbende en onpartijdige experts die voor vijf jaar benoemd zijn, en zij treedt op in de vorm van een kamer van zeven leden. Zij is bevoegd onderzoek te doen naar grove schendingen van het recht zoals vastgelegd in de Geneefse Verdragen en in AP I, op basis van een verzoek daartoe van een partij bij een conflict en met instemming van de andere betrokken partij. Inmiddels heeft de commissie zelf aangegeven bereid te zijn onderzoek te doen met betrekking tot niet-internationale conflicten als de partijen in een dergelijk conflict daarom zouden zoeken.

Hoewel het onderzoek naar de feiten doorgaans slechts het begin is van de beslechting van een geschil, kan deze procedure een belangrijke rol spelen in de zin dat een onpartijdig overzicht van de feiten kan voorkomen dat conflicten op basis van misvattingen over bepaalde gebeurtenissen en situaties uit de hand lopen. Deze procedure zou conflicten kunnen dempen, en kunnen bijdragen aan het herstel van de naleving van het recht. Jammer genoeg is er tot nu toe geen gebruik gemaakt van de mogelijkheden die deze commissie biedt.

Daarnaast is er de laatste jaren sprake geweest van discussie om – gebaseerd op hetgeen gebruikelijk is in de sfeer van de mensenrechten – te komen tot het instellen van toezichhoudende mechanismen. Voorbeelden daarvan zijn een discussie eind

81. Op dit moment hebben 68 partijen bij AP I de verklaring ex art. 90 AP I afgelegd.

jaren negentig over een vrijwillig rapportagesysteem over de verdragen en de protocollen. De gedachte was dat verdragspartijen, analoog aan de reguliere rapportages onder VN-mensenrechtenverdragen, zouden rapporteren over de nationale implementatie van de IHR-verdragen.⁸² Voor dit idee bleek weinig steun te vinden, enerzijds omdat dit voor staten veel werk met zich mee zou brengen, en anderzijds omdat de meerderheid van de staten zeer hecht aan autonomie ten aanzien van de implementatie.

Ook ontstond discussie over de wenselijkheid een individueel klachtrecht tot stand te brengen voor slachtoffers van schendingen van IHR, met een mogelijkheid voor individuele schadevergoeding.⁸³ Deze discussie vestigde opnieuw de aandacht op de kernvraag of inderdaad individuele rechten worden geschonden als er sprake is van schendingen van het IHR. Traditioneel is het uitgangspunt dat het IHR bestaat uit interstatelijke rechtsregels, die weliswaar van groot belang zijn voor individuele personen, doch dat in de verdragen geen individuele rechten worden geschapen. Omdat er geen individuele rechten zijn, zou er dan ook geen reden zijn om een individueel klachtrecht tot stand te brengen. Aansprakelijkheid voor schending wordt op interstatelijk niveau afgehandeld, bij voorbeeld in de vorm van herstelbetalingen zoals dat na de Tweede Wereldoorlog het geval was, en de betrokken personen zouden zich tot hun nationale staat moeten wenden voor eventuele schadevergoeding.

Het is duidelijk dat dit niet in alle gevallen een voldoende oplossing is voor individuele schade als gevolg van de schending van hoogstpersoonlijke rechten. Het geval van de zgn. 'troostmeisjes', slachtoffers van de schending van het oorlogsrechtelijke verbod op seksueel geweld tijdens de Tweede Wereldoorlog in Azië is hier een schrijnend voorbeeld van. Deze vrouwen zijn er tot nu toe niet in geslaagd schadevergoeding te krijgen, onder andere omdat er tussen de betrokken staten reeds herstelbetalingen hebben plaatsgevonden, en de betrokken staten daarmee de inbreuk op de interstatelijke rechten zouden hebben afgehandeld. Daarmee wordt, als gevolg van een interstatelijke rechtsregel, voorbijgegaan aan de hoogstpersoonlijke schade die deze slachtoffers hebben geleden.

Tenslotte is er de strafrechtelijk sanctionering van het oorlogsrecht in de vorm van de strafbaarstelling van oorlogsmisdaden en schendingen van de normen in de Geneefse Verdragen en Aanvullend Protocol I. Daarbij maken de verdragen een onderscheid tussen 'ernstige inbreuken' en andere schendingen van de verdragen. De eerste bestaan uit schendingen van een aantal specifieke bepalingen in de Geneefse Verdragen en AP I, die als zeer ernstig worden beschouwd.⁸⁴ Partijen zijn verplicht om deze

82. Zie het voorstel van de International Law Committee of the Danish Red Cross, 'Voluntary review procedure on national implementation of international humanitarian law', 1998.

83. J. Kleffner & L. Zegveld, 'Establishing an individual complaints procedure for violations of international humanitarian law', *YIHL* (3) 2000, p. 384-401.

84. Internationale strafbare feiten: art. 50 GC I; art. 51 GC II; art. 130 GC III; art. 147 GC IV; art. 86 API.

ernstige inbreuken strafbaar te stellen in hun nationale rechtsorde.⁸⁵ Ook zijn zij verplicht om personen die verdacht worden van ernstige inbreuken ofwel zelf te vervolgen, ofwel over te leveren ter vervolging aan een andere partij (*aut dedere aut iudicare*). Wat betreft schendingen van de overige bepalingen van de Geneefse Verdragen en van AP I moeten partijen maatregelen nemen die nodig zijn om schendingen tegen te gaan. Deze maatregelen hoeven niet van strafrechtelijke aard te zijn.

Uniek in het IHR is de leer van de aansprakelijkheid van de meerdere ('command responsibility'). Deze houdt in dat een meerdere aansprakelijk kan zijn voor een oorlogsmisdrijf begaan door een ondergeschikte als voldaan is aan drie voorwaarden:

- er bestond een gezagsrelatie tussen de twee;
- de meerdere wist, of beschikte over inlichtingen waardoor hij onder de omstandigheden van dat ogenblik kon begrijpen, dat de ondergeschikte een schending beging of op het punt stond te begaan; en
- de meerdere heeft niet alle praktisch uitvoerbare maatregelen die in zijn vermogen lagen getroffen om de inbreuk te voorkomen of tegen te gaan.

Daarnaast is er eventueel de mogelijkheid van berechting van oorlogsmisdaden door het Internationaal Strafhof, dan wel door een van de ad hoc tribunalen die door de VN zijn ingesteld.⁸⁶

12. NATIONALE REGELS OVER DE OORLOG

12.1 Staatsrechtelijke aspecten

Naar nationaal recht, artikel 96 Grondwet, kan het Koninkrijk eerst in staat van oorlog wordt verklaard nadat de verenigde vergadering der Staten-Generaal hiermee ingestemd heeft. De Staten-Generaal vergaderen hierover in een gezamenlijke vergadering, deze ongewone procedure geeft aan dat sprake is van een buitengewoon ernstige aangelegenheid. Een uitzondering hierop is de situatie waarin het gewapend conflict reeds uitgebroken is, en er geen tijd is om de Staten-Generaal te raadplegen. In dat geval vindt raadpleging achteraf plaats.

Deze bepaling in de Grondwet moet gezien worden als een uitdrukking van het belang van het raadplegen van de volksvertegenwoordiging in geval het Koninkrijk in oorlog zou raken. Zoals eerder beschreven is nauwelijks meer sprake van formele oorlogsverklaringen. De grondwettelijke procedure kan dan ook worden gezien als een historisch overblijfsel uit de tijd waarin voor de rechtmatige aanvang van de oorlog een oorlogsverklaring noodzakelijk was, en de oorlogsverklaring een instrument was in de rechtsrelatie tussen staten. Gezien de betrokkenheid van het parlement

85. Verplichting tot strafbaarstelling in nationale rechtsorde: art. 49 GC I; art. 50 GC II; art. 129 GC III; art. 146 GC IV.

86. Zie hfdst. 15.

bij de totstandkoming van verdragen, ligt betrokkenheid bij de oorlogsverklaring dan ook voor de hand.

Daarnaast kent de Nederlandse Grondwet in artikel 100 een unieke procedure ten aanzien van het uitzenden van Nederlandse troepen naar het buitenland ter handhaving of bevordering van de internationale rechtsorde. Art. 100 Gw luidt:

- ‘1. De regering verstrekt de Staten-Generaal vooraf inlichtingen over de inzet of het ter beschikking stellen van de krijgsmacht ter handhaving of bevordering van de internationale rechtsorde. Daaronder is begrepen het vooraf verstrekken van inlichtingen over de inzet of het ter beschikking stellen van de krijgsmacht voor humanitaire hulpverlening in geval van gewapend conflict.
2. Het eerste lid geldt niet, indien dwingende redenen het vooraf verstrekken van inlichtingen verhinderen. In dat geval worden inlichtingen zo spoedig mogelijk verstrekt.’

Deze bepaling moet gelezen worden in samenhang met artikel 97 lid 1 dat de doelomschrijving van de Nederlandse krijgsmacht definieert als driedelig, namelijk verdediging van het Koninkrijk, bescherming van de belangen van het Koninkrijk en optreden ten behoeve van de internationale rechtsorde.⁸⁷ Het komt met grote regelmaat voor dat Nederlandse troepen in het buitenland worden ingezet voor activiteiten op het terrein van de vredeshandhaving, bijvoorbeeld met een mandaat van de Verenigde Naties.⁸⁸ In het algemeen kan gesteld worden dat deze in 2000 tot stand gekomen bepaling heeft geleid tot een grotere betrokkenheid van het parlement bij uitzendingen.

Voorafgaand aan de uitzending is de regering verplicht hierover inlichtingen te verstrekken aan de Staten-Generaal, hetgeen de vorm heeft gekregen van een zogeheten ‘artikel 100 brief’. In deze brief wordt een schets gegeven van de voorgenomen inzet, en zal ook worden weergegeven wat de volkenrechtelijke grondslag voor dat optreden is. Het optreden van de Nederlandse krijgsmacht in het buitenland moet immers rechtmatig zijn. Dit betekent dat in het daaropvolgende parlementaire debat niet alleen aandacht zal kunnen worden besteed aan de politieke wenselijkheid van die inzet, maar ook aan de juridische onderbouwing daarvan. Indien de tijd het zenden van een voorafgaande brief niet mogelijk maakt, zal dit zo spoedig daarna gebeuren. Artikel 100 houdt uitsluitend een specifieke inlichtingenverplichting voor de regering in, het parlement hoeft de regering niet om informatie te verzoeken. Er is geen formeel instemmingsrecht voor het parlement, er is uitsluitend een recht op informatie beperkt tot één van de doelomschrijvingen van de krijgsmacht, namelijk die ten aanzien van de internationale rechtsorde.

87. Artikel 97 lid 1 Gw luidt: ‘Ten behoeve van de verdediging en ter bescherming van de belangen van het Koninkrijk, alsmede ten behoeve van de handhaving en de bevordering van de internationale rechtsorde, is er een krijgsmacht.’

88. Zie hfdst. 12.

12.2 'Rules of Engagement'

Een belangrijke rol bij de naleving van het IHR spelen de 'Rules of Engagement' (ROE). Deze bestaan uit een lijst met genummerde toestemmingen of verboden gericht aan de aan een operatie deelnemende militairen. ROE worden opgesteld door de (staf van de) hoogste militaire commandant voor een gegeven operatie. De deelnemende landen kunnen vervolgens desgewenst nog nationale restricties toepassen op de ROE voor hun eigen eenheden, maar geen verruiming. ROE worden opgesteld op basis van juridische, politieke en militair-operationele overwegingen. Bij de juridische overwegingen speelt het IHR een belangrijke rol, ook als dat recht formeel niet van toepassing is. Binnen de NAVO, maar ook nationaal in Nederland, geldt als vaststaand beleid dat ook in operaties waarop het IHR formeel niet van toepassing is, de restricties uit dat recht (zoals het verbod op aanvallen op de burgerbevolking als zodanig) zullen worden nageleefd.⁸⁹ De ROE dienen een nadrukkelijk militair operationeel doel en zijn niet in eerste instantie een juridisch document. Zij spelen juridisch in die zin een rol dat schending ervan strafrechtelijk kan worden gesanctioneerd als een schending van een dienstvoorschrift. Aan de andere kant kunnen de ROE een bevoegd gegeven ambtelijk bevel vormen, en als zodanig kan er in het strafrecht een beroep op worden gedaan als strafuitsluitingsgrond.⁹⁰

13. EPILOOG

Het IHR staat niet stil, omdat conflicten voortdurend veranderen. Het meest duidelijke voorbeeld is de noodzaak in te spelen op de technologische ontwikkelingen die een andere wijze van oorlogvoering mogelijk maken. De opkomst van het vliegtuig in het verleden, of de toegenomen rol van de computertechnologie meer recent maken dat de strijd verandert. Uiteraard spelen de technologische mogelijkheden van het moment een belangrijke rol bij de ontwikkeling van met name het Haagse recht, de regels over de wijze van oorlogvoering. Als nieuwe technische mogelijkheden ontstaan, spreekt het voor zich dat daaruit ook nieuwe vragen rond de bescherming van de direct betrokken mensen voortvloeien.

Maar het zijn niet alleen technische veranderingen in de strijdmiddelen waarmee rekening moet worden gehouden, het karakter van de conflicten veranderde ook ingrijpend in de afgelopen eeuw. Na de Tweede Wereldoorlog namen de niet-internationale conflicten toe, hetgeen betekende dat een uitbreiding van de regels voor dit type conflict noodzakelijk was. De totstandkoming van AP II was vanuit de systematiek van het IHR een belangrijke toevoeging aan het recht. Ofschoon beperkt, kwam een stelsel van regels voor een conflict tussen een staat en een groep interne opstandelin-

89. *Kamerstukken I* 2003/04, 29 200 X, nr. C.

90. J.F.R. Boddens Hosang, 'Bevelen en voorschriften in het strafrecht: Het arrest in de zaak O. is geen grondslag voor aanpassing van het militaire strafrecht', *MRT* (98) 2005, p. 335.

gen tot stand. Maar in de werkelijkheid ontstonden weer nieuwe typen conflicten. Aan het eind van de twintigste eeuw deden zich conflicten voor met een nadrukkelijke etnische invalshoek, zoals in Rwanda, Bosnië-Herzegovina of Kosovo. Het uitgangspunt dat de strijd tussen de militairen van beide partijen wordt gevoerd, leek te zijn verlaten en grote aantallen burgerslachtoffers waren het gevolg. Dit leidde tot vragen over de wijze waarop het recht in staat is burgers te beschermen in situaties, waarin zij nadrukkelijk het doelwit van de strijd zijn geworden. Velen meenden dat het recht hierop geen antwoord had, omdat het te passief is in een situatie die actief ingrijpen door derden noodzakelijk lijkt te maken.

Ook ontstonden situaties die ten dele gekwalificeerd konden worden als internationale conflicten en ten dele als niet-internationale conflicten. Het conflict in voormalig Joegoslavië was ten dele interstatelijk, maar er waren ook elementen van niet-internationale conflicten aanwezig. Deze gemengde conflicten waren niet voorzien door de opstellers van de Geneefse Verdragen, die uitgingen van een overzichtelijke tweedeling: een conflict is hetzij internationaal, hetzij niet-internationaal. Concreet betekent deze notie van een gemengd conflict dat vragen rijzen over het toepasselijke recht, gegeven het grote verschil in de toepasselijke materiële normen. Nog ingewikkelder bleek het toepassen van het IHR in conflicten in situaties waarin nauwelijks sprake was van een functionerende staatsstructuur. In disfunctionele staten (zgn. 'failed states'), waarin plaatselijke warlords de dienst uit maken zonder centraal overheidsgezag, ontbreekt het mechanisme waarop naleving van het IHR berust. Het concept van een georganiseerde strijdende partij waarbinnen de individuele combattanten op hun verantwoordelijkheden worden aangesproken is afwezig. De conflicten in Sierra Leone en Somalië maakten duidelijk dat toepassing van het IHR in een dergelijke situatie buitengewoon moeilijk is.

Het optreden van vredes machten met een mandaat van de VN Veiligheidsraad leidde tot weer andere vragen aan het oorlogsrecht, met name als het gaat om de regels die gelden voor troepen die weliswaar bij het conflict betrokken zijn doch formeel niet deelnemen als strijdende partij. En in het zeer recente verleden vielen ook zogeheten asymmetrische conflicten op, die gekenmerkt worden door een groot verschil in de technische en organisatorische militaire mogelijkheden van partijen. In een dergelijk conflict, zoals bijvoorbeeld de oorlog in Afghanistan, strijden hoog ontwikkelde partijen voorzien van 'high tech' militaire middelen tegen partijen die vooral over zeer basale, zelfs primitieve middelen beschikken. Het recht houdt niet echt rekening met dit soort ongelijkheid tussen partijen, conceptueel gaat het uit van min of meer gelijkwaardige tegenstanders.

Moderne conflicten leiden dus tot allerlei vragen die direct raken aan de systematiek en de vooronderstellingen die aan het IHR ten grondslag liggen. De oorlog van nu is niet meer te vergelijken met de in onze ogen nogal overzichtelijke oorlog van de negentiende eeuw, die het model was waarop het IHR gebaseerd werd. Het gewapend conflict van de eenentwintigste eeuw is wezenlijk anders dan de oorlog van de negentiende eeuw toen de fundamenten voor het oorlogsrecht gelegd werden. Dit betekent dat het noodzakelijk is dat het recht zich aanpast aan ontwikkelingen op velerlei gebied. Dat leidt echter niet tot de roep om een algehele vernieuwing van het oorlogs-

recht. Grote revisies zoals die in 1945-1949 en 1974-1977 plaatsvonden zijn op korte termijn niet te verwachten, omdat velen beducht zijn voor het heropenen van het bestel aan de bestaande regels. Er is immers sprake van een reëel risico dat in een onderhandelingsituatie bepaalde deelnemers af zouden willen doen aan bestaande bescherming, wat voorkomen moet worden. Het lijkt er dus op dat in de komende periode de rechtsontwikkeling eerder zal verlopen in de vorm van het opstellen van gezaghebbende overzichten van materiële normen en commentaren daarop, in plaats van het ontwikkelen van concrete verdragsinstrumenten. Op zich biedt een dergelijke betrekkelijk informele methode voldoende mogelijkheden voor hen die bezorgd om de positie van de slachtoffers, willen werken aan de verbetering van bescherming tijdens gewapend conflict.

