

# De berechting van oorlogsmisdrijven anno 2008

**De berechting van oorlogsmisdrijven is sinds halverwege de jaren negentig in een stroomversnelling geraakt. Er bestaan nu diverse Tribunalen, er is een Statuut van het Internationaal Strafhof en in Nederland is de Wet Internationale Misdrijven van kracht geworden. Allemaal signalen dat oorlogsmisdrijven vervolgd dienen te worden. De diverse ontwikkelingen zijn relevant voor militairen, met name officieren. Zij hebben een speciale verantwoordelijkheid als het gaat om de verspreiding en naleving van het oorlogsrecht en de preventie van oorlogsmisdrijven.**

*Mr. E. Dinjens, mr. dr. R. Kok en mr. D.-J. Laman\**

**D**e berechting van oorlogsmisdrijven is sinds halverwege jaren '90 in een stroomversnelling geraakt. Met de oprichting van het Joegoslavië-tribunaal in 1993<sup>1</sup> en het Rwanda-tribunaal in 1994,<sup>2</sup> heeft de VN Veiligheidsraad duidelijk gemaakt dat oorlogsmisdrijven niet langer ongestraft kunnen worden gepleegd. Al snel daarop is het initiatief tot de oprichting van een Internationaal Strafhof, waarover men al in de nasleep van het Neurenberg-tribunaal speculeerde, nieuw leven ingeblazen door de International Law Commission én de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties.<sup>3</sup> Na de aanneming van het Statuut voor het Internationaal Strafhof in 1998 trad het Hof op 1 juli 2002 in werking.<sup>4</sup>

Inmiddels bestaan er ook drie geïnternationaliseerde tribunalen. Dit zijn tribunalen waarin zowel internationale als nationale rechters zitting hebben: de *Panels* in Oost-Timor,<sup>5</sup> opgericht in 2000; het *Special Court* in Sierra Leone,<sup>6</sup> opgericht in 2002; en ten slotte de *Extraordinary*

*Chambers* in Cambodja,<sup>7</sup> opgericht in 2005. Tegelijkertijd is een groot aantal landen tengevolge van het zogeheten complementariteitsbeginsel, verankerd in artikel 17 van het Statuut van het Internationaal Strafhof, overgegaan tot de berechting van internationale misdrijven.<sup>8</sup> Zo heeft de berechting van oorlogsmisdrijven in Nederland aanzienlijk meer prioriteit gekregen door de inwerkingtreding van de Wet Internationale Misdrijven (WIM) in 2003.<sup>9</sup>

De oprichting van deze internationale en geïnternationaliseerde tribunalen, alsmede de verruimde bevoegdheden van de nationale rechter ten aanzien van oorlogsmisdrijven, heeft geresulteerd in een scala aan internationale en nationale uitspraken op het gebied van het oorlogsrecht. Met deze bijdrage beogen wij inzicht te geven in de ontwikkelingen op dit vlak. Militairen, met name officieren, hebben immers een speciale verantwoordelijkheid als het gaat om de verspreiding en naleving van het oorlogsrecht, en de preventie en aanpak van oorlogsmisdrijven.<sup>10</sup>

Na een korte uiteenzetting van de toepasselijke regelgeving in paragraaf twee, volgen paragrafen drie tot en met zeven met een

\* Mr. Els Dinjens, mr. Ruth Kok en mr. Dirk-Jan Laman zijn allen werkzaam (geweest) bij de Rechtbank 's-Gravenhage, Kabinet rechter-commissaris, Sectie Wet Internationale Misdrijven. Mr. Laman werkt thans als legal officer bij de *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea*. Mr. Kok werkt thans bij het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

uiteenzetting van de vereisten van oorlogsmisdrijven. Er kan pas worden gesproken van een oorlogsmisdrijf indien aan drie eisen is voldaan: het misdrijf in kwestie is begaan ten tijde van een internationaal of een niet-internationaal gewapend conflict (paragraaf drie); er sprake is van voldoende *nexus*, ofwel verband tussen het gewapend conflict en het misdrijf (paragraaf vier) én; het misdrijf is begaan tegen een beschermd persoon (paragraaf vijf); en/of object (paragraaf zes); of als verboden methoden of strijdmiddelen worden gebruikt (paragraaf zeven). Een conclusie volgt in paragraaf acht.

## Regelgeving voor oorlogsmisdrijven

### Internationale regelgeving

Onder oorlogsmisdrijven wordt verstaan: ernstige schendingen van internationaal gewoonterecht of, indien van toepassing, van verdragsbepalingen behorende tot het internationale humanitaire recht van het gewapend conflict.<sup>11</sup> Deze misdrijven betreffen het gebruik van verboden methodes en middelen om oorlog te voeren (verankerd in de Haagse Conventies) en van schendingen van het recht van beschermde personen (verankerd in de Geneefse Verdragen).<sup>12</sup> De Haagse Conventies van 1907 voorzien in verschillende categorieën van rechtmatige strijders door het reguleren van de gewapende strijd, de behandeling van burgers, gewonde en zieke strijders en krijgsgevangenen.<sup>13</sup> De in 1949 gesloten Geneefse Conventies en de daarbij behorende Aanvullende Protocolen van 1977 zijn speciaal overeengekomen om de

behandeling van personen die niet langer deelnemen aan het conflict te reguleren.<sup>14</sup> Oorlogsmisdrijven zijn eveneens strafbaar gesteld in artikelen 2 en 3 van het Statuut van het Joegoslavië-tribunaal, artikel 4 van het Statuut van het Rwanda-tribunaal en de artikelen 2 en 4 van het Statuut van het Internationaal Strafhof.

Voor internationale gewapende conflicten bestaat traditioneel meer regelgeving dan voor niet-internationale gewapende conflicten. Dit heeft niet alleen te maken met het feit dat de Verdragen van Genève vlak na de Tweede Wereldoorlog, een internationaal gewapend conflict, zijn opgesteld. Ten tijde van het opstellen van de Verdragen was men ook van mening dat het opstellen van teveel regels voor niet-internationale gewapende conflicten een inbreuk zou betekenen op de soevereiniteit van staten.

Het traditionele onderscheid tussen de Haagse en Geneefse Conventies is tegenwoordig minder zichtbaar. Na het opstellen van de Verdragen in 1949 hebben zich meer niet-internationale dan internationale gewapende conflicten voorgedaan. Het (oorlogs)recht van deze niet-internationale gewapende conflicten is volop in ontwikkeling.<sup>15</sup> Met name door de jurisprudentie van het Joegoslavië-tribunaal bestaat er thans aanzienlijk meer duidelijkheid over de interpretatie van dit veelomvattende regelstelsel. Aan te nemen is dat de regels die op dit moment gelden voor internationale gewapende conflicten, uiteindelijk via het internationale gewoonterecht ook van kracht zullen worden tijdens niet-internationale gewapende conflicten.<sup>16</sup> Voorsnog blijft het verschil tussen internationale en niet-internationale gewapende conflicten echter onverkort gehandhaafd.<sup>17</sup>

### Nationale regelgeving

In de meeste staten zijn oorlogsmisdrijven in het nationale recht strafbaar gesteld.<sup>18</sup> In 1952 nam de Nederlandse wetgever de Wet Oorlogsfraude aan, die voorziet in de strafbaarstelling van alle schendingen van de wetten en gebruiken naar Nederlands recht.<sup>19</sup> Met het inwerkingtreden van de WIM zijn deze bepalingen gehercodificeerd. De oorlogsmisdrijven



FOTO: MSU UNIVERSITY, S. NICHOLS

Houtsnede ter nagedachtenis aan 36.000 genocide-slachtoffers bij Butare, Rwanda, 1994

gepleegd in een niet-internationaal gewapend conflict zijn opgenomen in art. 6, terwijl art. 7 een vangnetbepaling bevat voor oorlogsmisdrijven gepleegd in een al dan niet internationaal gewapend conflict, die in het internationale recht nog niet helemaal zijn uitgekristalliseerd. De rechtbank en het gerechtshof 's-Gravenhage, ingevolge artikel 15 van de WIM bevoegd tot de berechting van oorlogsmisdrijven, hebben zich de afgelopen jaren regelmatig uitgelaten over de precieze elementen van oorlogsmisdrijven.

Een voormalige Afghaanse onderminister en een hooggeplaatste militair binnen de Afghaanse militaire inlichtingendienst zijn veroordeeld tot respectievelijk twaalf en negen jaar gevangenisstraf voor het medeplegen van oorlogsmisdrijven tegen vermeende tegenstanders van het destijds heersende communistische regime.<sup>20</sup> Ook in de zaak tegen de Nederlandse zakenman Frans van A. oordeelde het gerechtshof dat er sprake was van (het medeplegen van) oorlogsmisdrijven, te weten het leveren aan het Iraakse regime van een grondstof voor het mosterdgas waarmee deze misdrijven werden gepleegd. De verdachte is veroordeeld tot een gevangenisstraf van zeventien jaar.<sup>21</sup> Over genoemde zaken moet de Hoge Raad zich overigens nog uitspreken.

In een andere Afghaanse zaak is de verdachte, eveneens vermeend voormalig functionaris van genoemde inlichtingendienst, vrijgesproken van de hem tenlastegelegde oorlogsmisdrijven. In deze zaak is volgens de rechtbank (onder meer) niet komen vast te staan dat verdachte *superior responsibility* droeg voor de vermeende misdrijven.<sup>22</sup> Deze zaak is inmiddels aanhangig bij het gerechtshof in Den Haag. Ook de Nederlandse zakenman Guus K. werd vrijgesproken van oorlogsmisdrijven. In deze zaak was, aldus de rechtbank, de feitelijke betrokkenheid van verdachte bij genoemde feiten niet komen vast te staan.<sup>23</sup> Ook deze zaak is inmiddels aanhangig bij het gerechtshof in Den Haag.

Uit de hiervoor genoemde zaken blijkt dat de criteria voor oorlogsmisdrijven ook in de Nederlandse rechtspraak nog altijd strikt

worden toegepast. Daarom volgt hieronder een overzicht van de vereisten die bestaan ten aanzien van oorlogsmisdrijven.

## Gewapende conflicten – vereisten

In de zaak-Tadić overwoog het Joegoslavië-tribunaal dat in drie verschillende gevallen van conflicten sprake kan zijn van een gewapend conflict: (1) tussen staten onderling; (2) tussen de staat en georganiseerde gewapende groeperingen; en (3) tussen georganiseerde gewapende groeperingen onderling.<sup>24</sup> Het oorlogsrecht maakt onderscheid tussen internationale en niet-internationale gewapende conflicten;

Recente uitspraken maken de contouren van het oorlogsrecht steeds zichtbaarder

ook gemengde internationale gewapende conflicten zijn mogelijk. Onderstaand worden deze drie conflicten besproken.

### Internationale gewapende conflicten

In de volgende gevallen is er een internationaal gewapend conflict:<sup>25</sup>

- Een conflict tussen twee of meer staten. Ieder geschil tussen staten dat leidt tot interventie door de gewapende strijdkrachten, is aan te merken als een internationaal gewapend conflict. Hoe lang het conflict duurt of hoe uitgebreid het conflict is, doet niet ter zake;<sup>26</sup>
- Een militaire bezetting. Dit geldt ook als deze bezetting geen gewapende weerstand ontmoet;<sup>27</sup>
- In geval van een conflict waarin een volk vecht tegen koloniale overheersing en vreemde bezetting of tegen een racistisch regime, in de uitoefening van het recht op zelfbeschikking.

Het internationale gewapende conflict eindigt met het bereiken van de vrede.<sup>28</sup> Tot dat moment is het internationale humanitaire recht van toepassing en kunnen bepaalde misdrijven worden aangemerkt als oorlogsmisdrijven.



FOTO REUTERS

Ondertekening van het Dayton Akkoord, 1995

### Gemengde gewapende conflicten

Gemengde conflicten spelen zich af binnen de grenzen van één staat, terwijl meerdere staten betrokken zijn. Het toepasbare recht wordt bepaald aan de hand van de onderlinge verhoudingen tussen partijen.<sup>29</sup> De vier Verdragen van Genève van 1949 en aanvullend Protocol I bij die Verdragen zijn in de volgende gevallen van toepassing op deze vorm van conflict:

- een staat interenieert met zijn troepen en komt daarmee binnen de grenzen van de staat waar het conflict zijn oorsprong heeft (een niet-internationaal conflict kan in sommige gevallen dus worden geïnternationaliseerd door de interventie van buitenlandse strijdkrachten); of
- deelnemers aan het niet-internationale gewapende conflict opereren in naam van een andere staat, of één van de partijen is te beschouwen als een *de facto* agent van een interveniërende staat.

De vraag rijst nu hoeveel controle deze andere, derde staat over de aan het conflict deelnemende groepering moet hebben om te kunnen spreken van een gemengd conflict waarop de regels van het internationale gewapende conflict van toepassing zijn. Volgens de Beroepskamer van het Joegoslavië-tribunaal moet zo'n derde staat een allesomvattende controle hebben gehad over de gewapende groepering. Een zodanige

controle betekent dat de derde staat niet alleen een rol heeft gespeeld bij het organiseren, coördineren of plannen van militaire acties van een gewapende groepering, maar deze groep ook financieel ondersteunt, traint, en voorziet van operationele assistentie.<sup>30</sup> Specifieke instructies zijn hierbij niet nodig.

### Niet-internationale gewapende conflicten

Op niet-internationale gewapende conflicten zijn gemeenschappelijk artikel 3 van de Verdragen van Genève van 1949 van toepassing, eventueel aangevuld met het Tweede Aanvullende Protocol bij die Verdragen.<sup>31</sup> Er is een niet-internationaal gewapend conflict als aan de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan (volgens het Gemeenschappelijke Artikel 3 van de Geneefse Conventies):

- er is een gewapend conflict, waarop het eerste Protocol niet van toepassing is (immers, dit Protocol is slechts van toepassing tijdens internationale gewapende conflicten);
- het conflict vindt plaats op het grondgebied van een verdragsluitende partij.

Voor conflicten waar het Tweede Aanvullende Protocol van toepassing is gelden extra cumulatieve eisen:

- het gaat om een conflict tussen de strijdkrachten van de staat enerzijds en dissidente strijdkrachten of andere georganiseerde gewapende groeperingen anderzijds;
- deze dissidente strijdkrachten of andere gewapende groeperingen staan onder een verantwoordelijk bevel;
- deze dissidente strijdkrachten of andere groeperingen beheersen het grondgebied op zodanige wijze dat zij in staat zijn aanhoudende en samenhangende militaire operaties uit te voeren en de bepalingen van het tweede Protocol feitelijk toe te passen; en
- deze gewapende groeperingen zijn in zekere mate georganiseerd.<sup>32</sup>

In 1995 nam de Beroepskamer van het Joegoslavië-tribunaal in de zaak-Tadić een ruimere definitie aan dan de bepaling verankerd in het tweede Protocol.<sup>33</sup> De Beroepskamer overwoog

dat in alle gevallen van voortdurend geweld tussen regeringstroepen enerzijds en georganiseerde gewapende groeperingen anderzijds, of tussen georganiseerde gewapende groeperingen onderling, binnen het grondgebied van de staat, een niet-internationaal gewapend conflict bestaat. Hieruit volgt dat twee criteria bepalend zijn voor de vaststelling of er wel of geen niet-internationaal gewapend conflict is: (1) de mate waarin de strijdende partijen zijn georganiseerd; en (2) de intensiteit van het conflict.<sup>34</sup> Als de partijen niet voldoende zijn georganiseerd, is er wellicht slechts sprake van interne ongeregeldheden, waarop de regels van het internationaal humanitair recht *niet* van toepassing zijn.<sup>35</sup> Om een onderscheid te kunnen maken tussen interne ongeregeldheden en een niet-internationaal conflict zijn de volgende alternatieve criteria van belang:

- de regering erkent de groepering als oorlogvoerende partij;
- de regering heeft op zichzelf de regels van oorlog van toepassing verklaard;
- de regering heeft de groepering als oorlogvoerende partij erkend, zij het alleen met betrekking tot de toepasselijkheid van de Verdragen van Genève; of
- het conflict is verwezen naar de agenda van de Veiligheidsraad of de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties als een bedreiging voor de internationale vrede, een schending van de vrede, of een daad van agressie.<sup>36</sup>

### Nexus tussen misdrijf en gewapend conflict

Er is slechts een oorlogsmisdrijf als er voldoende samenhang bestaat tussen het misdrijf en het gewapend conflict. Dit heet ook wel het vereiste van de nexus. Als er onvoldoende samenhang is tussen het misdrijf en het conflict, gaat het slechts om een 'gewoon' misdrijf, waarop het nationale recht van de staat waar het misdrijf is gepleegd van toepassing is. Ook in tijden van een gewapend conflict kunnen 'gewone' misdrijven plaatsvinden; deze vallen niet onder de reikwijdte van het internationaal humanitaire recht.

In 1997 overwoog het Joegoslavië-tribunaal in

de zaak-Tadić dat dit niet betekent dat de vermeende misdrijven allemaal gepleegd moeten zijn in de regio waarbinnen het gewapend conflict zich afspeelt; het volstaat aan te tonen dat de misdrijven nauw verbonden zijn met de vijandelijkheden.<sup>37</sup> Voor de nexus is het niet relevant of deze vijandelijkheden zich in hetzelfde gebied afspelen. Ze kunnen ook plaatsvinden in andere delen van het gebied dat de partijen in het conflict controleren.<sup>38</sup> In de zaak-Kunarac heeft de Beroepskamer van het Joegoslavië-tribunaal een aantal criteria geformuleerd die deze vereisten aanscherpen.<sup>39</sup> De Beroepskamer overwoog dat de context waarin

### Het onderscheid tussen interne ongeregeldheden en een niet-internationaal gewapend conflict is nader vastgesteld

ze zijn gepleegd bepalend is voor het onderscheid tussen oorlogsmisdrijven en 'gewone' misdrijven. Hieruit leidde de Beroepskamer af dat het gewapend conflict niet de oorzaak van het misdrijf hoeft te zijn, maar wel een substantiële invloed moet hebben gehad op de volgende factoren:

- de beslissing van de dader om het misdrijf te plegen;
- de mogelijkheid van de dader om het misdrijf te plegen;
- de wijze waarop het misdrijf is gepleegd; en
- de reden waarom het misdrijf is gepleegd.

In ieder geval kan voldoende verband worden aangenomen tussen het misdrijf en het gewapend conflict indien de dader het feit pleegde ter bevordering van of onder het mom van het gewapend conflict.<sup>40</sup> De Beroepskamer van het Rwanda-tribunaal in de zaak-Rutaganda legde deze omstandigheid nader uit door te overwegen dat de omstandigheden waarin het misdrijf heeft plaatsgevonden niet hoeven te zijn gecreëerd door het gewapend conflict.<sup>41</sup>

Als een persoon bijvoorbeeld zijn sinds lange tijd gehate buurman om het leven brengt, daarbij gebruik makend van de verslapte aandacht

van de politie ten tijde van het gewapend conflict, levert dit niet zonder meer een oorlogsmisdrijf op.<sup>42</sup> In de zaak-Kunarac benadrukte de Beroepskamer van het Joegoslavië-tribunaal nogmaals dat bij het vaststellen van de nexus verschillende factoren in ogenschouw moeten worden genomen.<sup>43</sup> Bovendien wees de Beroepskamer in deze zaak de volgende nadere factoren aan op grond waarvan de nexus is vast te stellen:<sup>44</sup>

- de pleger van het feit behoort tot één van de strijdende partijen;
- het slachtoffer behoort niet tot een strijdende partij, het slachtoffer is lid van de tegenpartij;
- het misdrijf ondersteunt het ultieme doel van een militaire campagne; en
- het misdrijf is gepleegd als een onderdeel van of in de context van de officiële capaciteiten van de dader.

Een derde vereiste voor het bestaan van een oorlogsmisdrijf is dat het misdrijf moet zijn begaan tegen een beschermd persoon of beschermd objecten tot doelwit moet hebben gehad, of dat er verboden strijdmethodes of strijdmiddelen zijn gehanteerd.

## Misdrijven tegen beschermde personen

### Personen niet-rechtstreeks deelnemend aan vijandelijkheden

Volgens de vier Verdragen van Genève behoren de volgende personen tot de groep van beschermde personen: burgers, krijgsgevangenen, de gewonden en zieken en schipbreukelingen van de strijdkrachten.<sup>45</sup> Ingevolge art. 6 WIM behoren tot deze groep van beschermde personen tijdens een niet-internationaal gewapend conflict eveneens:

*personen die niet rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelnemen, met inbegrip van personeel van strijdkrachten dat de wapens heeft neergelegd, of jegens personen die buiten gevecht zijn gesteld door ziekte, verwonding, gevangenschap of enig andere oorzaak.*

Mede in verband met de onduidelijkheid omtrent de status van irreguliere strijders rijst nu

de vraag wanneer een persoon die niet rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelneemt tot deze groep van beschermde personen behoort. Immers, een irreguliere strijder draagt veelal geen uniform, toont zijn wapens evenmin openlijk en kan derhalve meestal niet worden aangemerkt als strijder. Binnen het internationaal humanitair recht resteert dan de kwalificatie 'burger'. Een burger verliest echter zijn bescherming indien hij 'rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelneemt'. In het internationaal humanitair recht is er geen consensus over de interpretatie van dit bestanddeel.

Duidelijkheid op dit punt verschaft het Hoogerechtshof van Israël in de zaak-Targeted Killings.<sup>46</sup> In deze zaak ging het om de vraag of Israël met het uitvoeren van preventieve aanvallen op terroristen in strijd met het (humanitaire) recht handelde. De vraag rees of dergelijke aanvallen gezien moesten worden als aanvallen op militairen van het 'vijandelijke leger' of dat het wellicht om zogenoemde *unlawful combatants* ging.

Na eerst tot de conclusie te zijn gekomen dat terroristen niet zijn aan te merken als 'strijders' maar als burgers, werd de vraag naar de invulling van het 'rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelnemen' centraal gesteld. Het Hoogerechtshof overwoog allereerst dat de term 'vijandelijkheden' betrekking heeft op handelingen die tot doel hebben schade toe te brengen aan het leger of de burgerbevolking van de tegenstander.<sup>47</sup> Ten aanzien van het rechtstreekse karakter van de deelname stelde het Hof vast dat een heldere en uniforme definitie nog niet is ontwikkeld in de statenpraktijk. Het Hof overwoog dat dit per geval moet worden bekeken en dat handelingen waarover verschil van mening bestaat zoveel mogelijk moeten worden uitgesloten.

Vervolgens gaf het Hof een overzicht van de verschillende mogelijkheden waarin sprake is van het 'direct deelnemen aan vijandelijkheden'.<sup>48</sup> Voorts beantwoordde het Hof de vraag wanneer deze deelname begint en eindigt. Het Hof stelde ook hier vast dat er geen consensus bestaat over de interpretatie van dit

bestanddeel. Vervolgens gaf het Hof twee uitersten aan, waarin er enerzijds wel en anderzijds geen deelname aan vijandelijkheden is.<sup>49</sup> Het Hof stelde vast dat het internationaal gewoonterecht onvoldoende houvast geeft op dit terrein; er blijft een grijze zone bestaan waarin nog niet altijd duidelijk is of er sprake is van het 'rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden'. Wel noemde het Hof een aantal volgende factoren die van belang zijn voor het vaststellen wanneer iemand wel of niet heeft deelgenomen aan de vijandelijkheden; hieruit blijkt dat dit van geval tot geval moet worden bekeken.<sup>50</sup>

FOTO ROYAL NAVY, J. GIBSON



Een Britse marinier bewaakt krijgsgevangenen in Irak, 2003

- goed gefundeerde informatie is noodzakelijk voor de vaststelling of een burger wel of niet in een van de categorieën valt;
- een burger die direct deelneemt aan de vijandelijkheden kan niet worden aangevallen op het moment als hij zelf daaraan deelneemt, indien minder schadelijke middelen kunnen worden gebruikt;
- na een aanval op een burger verdacht van actieve deelname aan de vijandelijkheden, moet een grondig onderzoek naar het doel van het geïdentificeerde object en de omstandigheden van de aanval op hem worden uitgevoerd (met terugwerkende kracht). Dat onderzoek moet onafhankelijk zijn; en
- indien de schade niet alleen wordt toegebracht aan personen die direct deelnemen aan de vijandelijkheden, maar eerder aan onschuldige burgers in de buurt, moet de toegebrachte schade de toets van proportioneel gebruik van geweld doorstaan (*collateral damage assessment*).

Zolang er overigens twijfel bestaat over de status van een persoon, moet er van worden uitgegaan dat de persoon een burger is.<sup>51</sup>

### Specifiek beschermde personen

Het internationaal humanitair recht biedt tevens bescherming aan groepen die wel bij de strijd betrokken zijn, maar 'slechts' een hulpverlenende rol spelen. Hierbij valt te denken aan personeel betrokken bij humanitaire hulpverlening of VN vredesmissies. In de zaak tegen Bernard Ntuyahaga voor het Brusselse

Hof van Assisen stond deze groep van specifiek beschermde personen centraal.<sup>52</sup> Het Hof boog zich over de vraag of deze Rwandese kolonel verantwoordelijk was voor de moord op tien Belgische blauwhelmen in Rwanda op 7 april 1994, aan het begin van de genocide. In juli 2007 bevond het Hof Ntuyahaga schuldig aan oorlogsmisdrijven en veroordeelde hem tot twintig jaar gevangenisstraf.<sup>53</sup> Hieruit zou men kunnen afleiden dat VN-blauwhelmen bijzondere bescherming van het humanitaire recht genieten vanwege hun bijzondere rol in een gewapend conflict.

### Misdrijven tegen beschermde objecten

Naast de bescherming van personen strekt het internationaal humanitaire recht zich eveneens uit tot bepaalde objecten. In de WIM zijn onder andere 'burgerobjecten' en 'historische monumenten, kunstwerken of plaatsen van godsdienstige verering die het culturele of geestelijke erfdeel van de volkeren vormen en waaraan bijzondere bescherming is verleend' in een speciale regeling verankerd.<sup>54</sup> In 2005 bevond het Joegoslavië-tribunaal Pavle Strugar schuldig aan misdrijven tegen culturele goederen.<sup>55</sup> Onderwerp van de beschuldiging was de aanval in december 1991 op de oude havenstad Dubrovnik. Het tribunaal overwoog dat, voor het bestaan van beschadiging van cultureel eigendom aan de volgende voorwaarden moet zijn voldaan:<sup>56</sup>

- de schade of vernietiging is toegebracht aan eigendom dat tot het culturele of geestelijke erfdom van een volk behoort;
- het beschadigde of vernietigde eigendom werd niet gebruikt voor militaire doeleinden op het moment dat de vijandelijkheden tegen deze objecten plaatsvonden; en
- het misdrijf werd uitgevoerd met de intentie om het eigendom in kwestie te beschadigen of te vernietigen.

De Trial Chamber overwoog vervolgens dat aan het eerste vereiste was voldaan omdat 52 gebouwen door de aanval beschadigd of vernietigd waren en de oude stad van Dubrovnik in zijn geheel sinds 1979 op de Werelderfgoedlijst van de UNESCO stond. Nu de Kamer verder geen aanwijzingen vond waaruit bleek dat deze objecten voor militaire doeleinden werden gebruikt, en daarnaast de vereiste intentie kon worden vastgesteld, kwam het tribunaal tot een bewezenverklaring van een oorlogsmisdrijf.

## Verboden strijdmiddel of strijdmethode

### Verboden strijdmiddelen

Door gebruik te maken van bepaalde middelen of methodes kan er eveneens sprake zijn van oorlogsmisdrijven. Het gebruik van wapens, projectielen of andere materialen die onevenredige verwondingen of onnodig lijden veroorzaken is verboden. Hiertoehoren onder meer: chemische, biologische en nucleaire wapens en in het lichaam ‘exploderende’ munitie (dum-dum kogels).

De onlangs door het Haagse Gerechtshof veroordeelde Nederlander Frans van A. werd van medeplichtigheid aan dergelijke oorlogsmisdrijven beschuldigd.<sup>57</sup> Van A. werd verdacht van het leveren van TDG, een precursor van mosterdgas, aan het Iraakse regime van Saddam Hoessein. In die periode was het regime in staat van oorlog met Iran en Koerdische verzetsstrijders in Noord-Irak.

Het Gerechtshof achtte medeplichtigheid aan oorlogsmisdrijven bewezen op grond van de bewezenverklaring van de leveringen van TDG,

het (voorwaardelijk) opzet van verdachte op het gebruik van dit TDG voor de productie van mosterdgas en de inzet van dit mosterdgas op het strijdveld.

### Verboden strijdmethodes

Onder verboden strijdmethodes valt onder meer het perfide gebruik van het embleem van het Internationale Rode Kruis, de Rode Halve Maan of andere erkende beschermde tekens. Ook het op ongepaste wijze gebruik maken van een witte vlag, militaire vlag, onderscheidings-teken of uniform van de vijand is strafbaar ingevolge het humanitaire recht. Onduidelijk is wat precies onder ‘perfide gebruik’ en ‘ongepaste wijze gebruik maken’ moet worden verstaan, zeker gezien de dunne scheidslijn met het toegestane gebruik van *ruses* (listen).<sup>58</sup>

## Conclusie

Deze uiteenzetting van recente uitspraken van zowel het Joegoslavië-tribunaal als de nationale rechtspraak laat zien dat de contouren van het oorlogsrecht steeds zichtbaarder worden. Allereerst is het onderscheid tussen interne ongeregelde conflicten en een niet-internationaal gewapend conflict nader vastgesteld. Ten tweede zijn criteria geformuleerd waarmee voldoende nexus tussen het gewapend conflict en het misdrijf kan worden vastgesteld. Ten derde biedt de rechtspraak aanknopingspunten om te bepalen of een persoon al of niet heeft deelgenomen aan de vijandelijkheden. Ten vierde bevat de rechtspraak aanwijzingen waaruit is af te leiden welke personen bijzondere bescherming van het humanitaire recht genieten. Ten vijfde zijn de voorwaarden voor het bestaan van beschadiging van cultureel eigendom nader geformuleerd.

Ten slotte laat de rechtspraak zien in welke gevallen er sprake kan zijn van een oorlogsmisdrijf vanwege gebruikmaking van een verboden strijdmiddel of strijdmethode.

De berechting van oorlogsmisdadigers door de nationale of internationale rechter zal uitwijzen in hoeverre deze jurisprudentie aangaande het internationale humanitaire recht in de toekomst stand zal houden. ■



## Noten

- 1 Statuut van het Joegoslavië-Tribunaal (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, afgekort tot ICTY), SC Res. 808, UN SCOR, 48<sup>th</sup> Sess., Annex, at 20, UN Doc. S/25274 (1993).
- 2 Statuut van het Rwanda-Tribunaal (*International Criminal Tribunal for Rwanda*, afgekort tot ICTR), SC Res., 955, UN SCOR, 49<sup>th</sup> Sess., UN Doc., S/Res/955 (1994).
- 3 Draft Statute for an International Criminal Court. (Report of the ILC on the work of its 46<sup>th</sup> Sess., 2 May-22 July 1994, GAOR, Supp. No. 10 (A/49/10), para. 42-91, pp. 29-161; Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of a Permanent International Criminal Court, GA, 50<sup>th</sup> Sess. (1995), UN Doc. GAOR A/50/22; 1996 Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, UN GA 51<sup>st</sup> Sess. Supp. No. 22, UN Doc. A/51/22 (1996); 1996 Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, 6 mei-26 juli 1996, UN GAOR, Supp. No. 10, UN Doc. A/51/10; Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, 25 maart tot 12 april 1996, UN Doc. /AC.249/CRP.3/Add.I, 8 April 1996; Report of the Inter-Sessional Meeting van 19 - 30 januari 1998 in Zutphen, 4 februari 1998, UN Doc. A/AC.249/1998/L.13; Draft Statute of an International Criminal Court, 14 april 1998, UN Doc. A/Conf.183/2/Add.2.
- 4 Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof, Statuut van 17 juli 1998, Trb 2000, 120 (Rectificatie Trb 2002, 135 jo. Trb 2004, 258). Het Statuut voor het Internationaal Strafhof is thans (september 2007) door 105 staten geratificeerd.
- 5 UNTAET Regulation on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences, UNTAET/Reg./2000/15, 6 juni 2000.
- 6 Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone (16 januari 2002).
- 7 UNGA Res. 57/222B, 13 mei 2003, 'Khmer Rouge Trials', aangenomen gedurende de 85<sup>ste</sup> Vergadering van de 57<sup>ste</sup> zitting van de VN Algemene Vergadering. De overeenkomst tussen de Verenigde Naties en de regering van Cambodja werd op 6 juni 2003 ondertekend, en trad op 29 april 2005 in werking.
- 8 Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof, artikel 17 (1): gelet op het tiende lid van de Preambule en artikel 1 besluit het Hof tot niet-ontvankelijk indien: a) in de zaak onderzoek of vervolging plaatsvindt door een Staat die ter zake rechtsmacht heeft, tenzij de Staat niet bereid of niet bij machte is het onderzoek of de vervolging daadwerkelijk uit te voeren; b) in de zaak een onderzoek is verricht door een Staat die ter zake rechtsmacht heeft en de Staat besloten heeft de betrokken persoon niet te vervolgen, tenzij het besluit het gevolg was van het niet bereid of niet bij machte zijn van de Staat de vervolging daadwerkelijk uit te voeren; [...].
- 9 Wet Internationale Misdriften, 19 juni 2003, Stb. 270, 3 juli 2003, 28337 (hierna: WIM). De WIM trad op 1 oktober 2003 in werking.
- 10 Zie Koninklijke Landmacht, *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht* (2005), Hoofdstuk 11.
- 11 M. Bothe, 'War crimes', in: A. Cassese, P. Gaeta, and J.R.W.D. Jones, *International Criminal Law, a Commentary on the Rome Statute for an International Criminal Court, Volume I* (Oxford: OUP 2001), pp. 379-426; A. Cassese, *International Criminal Law* (Oxford; New York: OUP, 2003), p. 47.
- 12 W.N. Ferdinandusse, *Direct application of international criminal law in national courts* (Den Haag: Asser Press, 2006), verwijzing naar: M. Sassòli and A.A. Bouvier, *How does law protect in war? Cases, documents, and teaching materials on contemporary practice in international humanitarian law* (Geneva: ICRC, 1999), pp. 67-68 and 159.
- 13 A. Cassese, *International Criminal Law* (Oxford; New York: OUP, 2003), p. 48.
- 14 *Ibid.*
- 15 Zie bijvoorbeeld: ICTY, Judgment, *The Prosecutor v. Delalic et al.*, IT-96-21-A, T.Ch., 20 februari 2001: 'To maintain a distinction between the two legal regimes and their criminal consequences in respect of similarly egregious acts because of the difference in nature of the conflicts would ignore the very purpose of the Geneva Conventions, which is to protect the dignity of the human person.'
- 16 Een transplantatie van regels heeft echter nog niet volledig plaatsgevonden. Zie: ICTY, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, *Tadić* (IT-94-1-AR72), A.Ch., 2 oktober 1995, para. 126.
- 17 Ook in artikel 8 van het Statuut voor het Internationaal Strafhof is het verschil tussen de beide soorten gewapende conflicten onverkort gehandhaafd.
- 18 Zie: XVI *Recueils de la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre* (2003), 'Compatibility of national legal systems with the Statute of the Permanent International Criminal Court', Volume I; ICRC National Implementation of International Humanitarian Law, available at: <http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/WebLAW2?OpenView>; Coalition for the International Criminal Court Implementation of the Rome Statute, available at: [www.iccnw.org](http://www.iccnw.org); Amnesty International Project on Implementation, available at: <http://web.amnesty.org/pages/icc-implementation-eng>; mutual legal assistance in criminal matters and extradition, available at: <http://www.oas.org/juridico/mla/index.html>; en R.A. Kok, *Statutory Limitations in International Criminal Law* (Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2007).
- 19 Wet Oorlogsstrafrecht, 10 juli 1952, Stb. 1952, 408.
- 20 Rechtbank 's-Gravenhage 14 oktober 2005, LJN AU 4647; rechtbank 's-Gravenhage, 14 oktober 2005, LJN AU4347 (Afghaanse onderminister).
- 21 Rechtbank 's-Gravenhage, 23 december 2005, LJN AV 6353 (Frans van A).
- 22 Rechtbank 's-Gravenhage, 25 juni 2007, LJN BA7877.
- 23 Rechtbank 's-Gravenhage, 7 juni 2006, AX7098 (Guus K).
- 24 ICTY, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, *Tadić* (IT-94-1-AR72), A.Ch., 2 oktober 1995, para. 70: 'An armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between government authorities and organized armed groups or between such groups within a State.'
- 25 Zie gemeenschappelijk artikel 2 van de Verdragen van Genève en artikel 1, vierde lid van Protocol I.
- 26 ICTY, Judgment, *Delalić et al.* (IT-96-21-T), T.Ch.II, 16 november 1998, para. 208.
- 27 ICTY, Judgment, *Tadić* (IT-94-1-AR72-T), T.Ch.II, mei 1997.
- 28 ICTY, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, *Tadić* (IT-94-1-AR72), A.Ch., 2 oktober 1995; Judgment, *Blaškić* (IT-95-14-T), T.Ch.I, 3 maart 2000.
- 29 G.L. Coolen, *Humanitair oorlogsrecht* (Deventer: Tjeenk Willink, 1998) p. 116.
- 30 ICTY, Judgment, *Tadić* (IT-94-1-A), A.Ch., 15 juli 1999. Dit is bevestigd in: ICTY, Judgment, *Aleksovski* (IT-95-14/1-A), A.Ch., 24 maart 2000; Judgment, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic and others*, IT-96-21-A, 20 februari 2001. De Nederlandse rechter maakt een strikte toetsing ten aanzien van het bestaan van deze controle. Zie: LJN: AZ7147, Gerechtshof 's-Gravenhage, 2200613205. Het gerechtshof overwoog: 'De strijd in Afghanistan in de jaren tachtig van de vorige eeuw (betreft) primair een niet-internationaal gewapend conflict (...) en wel tussen het regiem in Kabul en de 'Mujahedin' die daartegen - ook gewapend - in opstand kwamen. Weliswaar werd dit regiem mede door Russische adviseurs en legeronderdelen (die ook aan gevechten deelnamen) ondersteund, maar doet naar 's Hof's oordeel aan het primair niet-internationale karakter van de strijd geen afbreuk.'
- 31 Gemeenschappelijk artikel 3 van de Verdragen van Genève wordt als gewoonterecht beschouwd en is derhalve ook van toepassing op niet-internationale gewapende conflicten. Zie voorts: Aanvullend Protocol bij de Verdragen van Genève van 12 Augustus 1949 betreffende de bescherming van slachtoffers van niet-internationale gewapende conflicten, 12 december 1977 (Protocol II).
- 32 Artikel 1, eerste lid, Protocol II.

- 33 ICTY, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, *Tadić* (IT-94-1-AR72), A.Ch., 2 oktober 1995, para. 70. De criteria van Protocol II moeten echter wel in aanmerking worden genomen, indien het misdrijf ten laste is gelegd op grond van dat Protocol. Zie eveneens: Sierra Leone Special Court, Trial Chamber, *The Prosecutor v. Moinina Fofana, Allieu Kondewa*, SCSL-04-14-T, T.Ch., 2 augustus 2007, para. 126.
- 34 ICTR, Judgement, *the Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, T.Ch., 2 september 1998, para 625.
- 35 Het tweede lid van artikel 1, tweede Protocol stelt dat interne ongeregelde heden en spanningen niet een niet-internationaal gewapend conflict opleveren. Dit wordt bevestigd in artikel 8, tweede lid, sub d van het Statuut voor het Internationaal Strafhof. Dat op puur interne aangelegenheden het internationaal humanitair recht niet van toepassing is, heeft de Beroepskamer van het Joegoslavië-tribunaal in verschillende uitspraken herhaald. Zie bijvoorbeeld: ICTY, Judgment, Judgment, *Tadić* (IT-94-1-A), A.Ch., 15 juli 1999; Judgment, *the Prosecutor v. Zejnil Delalic and others*, IT-96-21-A, A.Ch., 20 februari 2001
- 36 ICTR, Judgment, *Akayesu* (ICTR-96-4-T), T.Ch.I, 2 september 1998, para. 619.
- 37 ICTY, Judgment, *Tadić* (IT-94-1-AR72-T), T.Ch.II, 7 mei 1997.
- 38 ICTY, Judgment, *Blaškić* (IT-95-14-T), T.Ch.I, 3 maart 2000; Judgment, *Tadić* (IT-94-1-AR72-T), T.Ch.II, 7 mei 1997.
- 39 ICTY, Judgment, *The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.*, IT-96-23, IT-96-23/1-A, A.Ch., 12 juni 2002, para 58.
- 40 *Ibid.*
- 41 ICTR, Judgment, *The Prosecutor v. George Rutaganda*, ICTR-96-3-A, A.Ch., 26 mei 2003, para 570.
- 42 *Ibid.*
- 43 ICTY, Judgment, *The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.*, IT-96-23, IT-96-23/1-A, A.Ch., 12 juni 2002, para 570.
- 44 ICTY, Judgment, *The Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23 en IT-96-23/1-A, A.Ch., 12 juni 2002, paras 58 en 59. Bevestigd onder meer in: Sierra Leone Special Court, Judgment, *The Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, SCSL-04-14-T, T.Ch., 2 augustus 2007, para. 130.
- 45 Zie eveneens artikel 5 WIM.
- 46 Israel, Supreme Court sitting as The High Court of Justice, Judgment, *The Public Committee against Torture in Israel and the Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v. The Government of Israel et al. (Targeted Killings)*, HCJ 769/02, 11 december 2005.
- 47 *Ibid.*, para. 33: 'According to the accepted definition, a civilian is taking part in hostilities when using weapons in an armed conflict, while gathering intelligence, or while preparing himself for the hostilities. Regarding taking part in hostilities, there is no condition that the civilian uses his weapon, nor is their a condition that he bear arms (openly or concealed). It is possible to take part in hostilities without using weapons at all.'
- 48 *Ibid.*, para. 35: 'Against the background of these considerations, the following cases should also be included in the definition of taking a "direct part" in hostilities: a person who collects intelligence on the army, whether on issues regarding the hostilities (see Hays Parks, *Air War and the Law of War*, 32 *Air Force Law Review* 1, 116 (1990), hereinafter "Parks"), or beyond those issues (see Schmitt, at p. 511); a person who transports unlawful combatants to or from the place where the hostilities are taking place; a person who operates weapons which unlawful combatants use, or supervises their operation, or provides service to them, be the distance from the battlefield as it may. All those persons are performing the function of combatants. The function determines the directness of the part taken in the hostilities (see Watkin, at p. 17; Roscini). However, a person who sells food or medicine to an unlawful combatant is not taking a direct part, rather an indirect part in the hostilities. The same is the case regarding a person who aids the unlawful combatants by general strategic analysis, and grants them logistical, general support, including monetary aid. The same is the case regarding a person who distributes propaganda supporting those unlawful combatants. If such persons are injured, the State is likely not to be liable for it, if it falls into the framework of collateral or incidental damage.'
- 49 *Ibid.*, para. 40. 'On the one hand, a civilian who took a direct part in hostilities once, or sporadically, but detached himself from them (entirely, or for a long period) is not to be harmed. On the other hand, the "revolving door" phenomenon, by which each terrorist has "horns of the alter" (1 Kings 1:50) to grasp or a "city of refuge" (Numbers 35:11) to flee to, to which he turns in order to rest and prepare while they grant him immunity from attack, is to be avoided (see Schmitt, at p. 536; Watkin, at p. 12; Kretzmer, at p. 193; Dinstein, at p. 29; and Parks, at p. 118). In the wide area between those two possibilities, one finds the "gray" cases, about which customary international law has not yet crystallized. There is thus no escaping examination of each and every case.'
- 50 *Ibid.*
- 51 CTY, Judgment, *The Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, T.Ch., 5 december 2003.
- 52 Court d'assises de Bruxelles, Arrêt, *Bernard Ntuyahaga*, 5 juli 2007.
- 53 *Ibid.*, p. 15.
- 54 Respectievelijk artikel 5 lid 2, sub c onder 2 en 3 WIM, artikel 6 lid 3 sub c WIM en artikel 5 lid 2 sub d onder 4 WIM, artikel 6 lid 3 sub d WIM.
- 55 ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, IT-01-42-T, T.Ch., 31 januari 2005.
- 56 *Ibid.*, para. 312.
- 57 Gerechtshof 's-Gravenhage, 9 mei 2007, LJN: BA4676.
- 58 Deze onduidelijkheid lijkt ook naar voren te zijn gekomen in een Duitse rechtszaak in 1947 aangaande de Oostenrijkse SS-officier Otto Skorzeny (General Military Government Court of the U.S. Zone of Germany, 18 tot 9 september 1947). In oktober 1944 gaf Hitler persoonlijk officier Skorzeny de opdracht een 'special task force' te organiseren. Deze task force zou zich tijdens het Ardennen offensief in Amerikaanse uniformen moeten hullen, door de aanvalslinies van de Amerikanen dringen en vervolgens in de achterhoede van de Amerikanen verarring moeten zaaien. De uitvoering van het plan was niet erg succesvol: een groot deel van Skorzeny's manschappen werd betrapt en een aantal onmiddellijk geëxecuteerd. In 1947 werden Skorzeny en zijn medeverdachten vervolgd op grond van het perfide gebruik van het uniform van de vijand. Zij werden vrijgesproken. Het gebruik van het uniform van de vijand wordt beschouwd als onrechtmatig zolang er wordt gevochten. Over de rechtmatigheid van het gebruiken van het uniform van de vijand buiten de gevechten om, is geen consensus. Zie: Law Reports of Trials of War Criminals, United Nations War Crimes Commission, vol. IX, 1949.