

# Status-based targeting in niet-internationaal gewapend conflict

**In een hedendaags gewapend conflict worden militairen in toenemende mate geconfronteerd met een tegenstander wiens fysieke verschijning niet langer afwijkt van die van de beschermde burger. Dit speelde bijvoorbeeld in Afghanistan, waar Nederlandse troepen te maken kregen met leden van georganiseerde gewapende groepen die zich als kameleons verscholen onder de burgerbevolking. Hierdoor lopen enerzijds meer burgers het risico om slachtoffer te worden van een militaire aanval. Anderzijds lopen reguliere gevechtstroepen, die niet in staat zijn om hun tegenstander naar behoren te kunnen identificeren, een sterk verhoogd risico slachtoffer te worden van een aanval. Dit artikel schetst aan de hand van een fictief scenario het juridische probleem dat hiermee aan bod komt. Welke implicaties heeft deze ontwikkeling voor het doelselectieproces? En hoe valt de tegenstander te onderscheiden van de beschermde burger? Deze vragen raken de kern van het probleem in het oorlogsrecht.**

*LTZ2 J.J. Schut, LL.M.\**

**S**telt u zich het volgende voor. Op enkele duizenden kilometers afstand vliegt een luchtvaartuig waar u de directe controle over heeft. Het vliegtuig is onbemand, vervoert een scala aan wapens die gereed zijn voor inzet en heeft een camera aan boord die omgevingsbeelden van hoogwaardige kwaliteit in kleur, live, op het beeldscherm voor u projecteert.

U ziet het Pakistaanse landschap veranderen. De woestijn maakt plaats voor groene valleien en u ziet hoe de zijtakken van de Indus het land doorkruisen. De majestueuze bergen in de verte, bedekt met eeuwige sneeuw, trekken voorbij. Op deze hoogte steken de steden onnatuurlijk af tegen het land; van grenzen geen spoor. Dit zijn de federaal bestuurde stamgebieden. De sociaal-politieke structuur van dit deelgebied in het noordwesten van Pakistan karakteriseert zich door de afstand die het inneemt ten opzichte van het centrale Pakistaanse gezag. De hier gewortelde tribale samenleving wordt bestuurd vanuit sociale, ethische en gewoonterechtelijke normen. Hier zijn het stamouderen die bijeen komen om geschillen bindend te beslechten. U laat het luchtvaartuig afdalen tot een hoogte is bereikt waarop de mens nu duidelijk te onderscheiden is van zijn omgeving. U heeft

\* Jilles Schut is als mijnenjachtsofficier geplaatst op Zr. Ms. Schiedam. Hij studeerde de bachelor krijgswetenschappen aan de Faculteit Militaire Wetenschappen te Breda met daarin de minor Militair Recht, en studeerde International and European Law: Public International Law aan de Universiteit van Amsterdam. Zijn master's thesis over status-based targeting schreef hij onder begeleiding van prof. dr. T.D. Gill. De auteur bedankt brigade-generaal prof. dr. P.A.L. Duchaine en kapitein der mariniers M.P. Roorda voor waardevolle suggesties en aanvullingen op een eerdere versie van dit artikel.



FOTO US AIR FORCE

*Pre-flight inspectie van een bewapende Amerikaanse MQ-1B Predator UAV voor gebruik tegen 'critical and perishable targets' in de Global War on Terrorism. De legitimiteit van de inzet van 'bewapende drones' is onderwerp van debat*

direct zicht op een decor waar de samenleving is gestoeld op tradities, en religie een grote rol speelt in het dagelijks leven. Veelal bebaarde mannen dragen lange, traditionele gewaden. Hun hoofd wordt bedekt met een tulband of enig ander hoofddeksel. Hoewel wapens in groten getale aanwezig zijn, vertoont de monitor voor u haarscherpe beelden van wat oogt als een ontmoeting van gelijkgezinden. U onderkent meerdere leden van de georganiseerde gewapende groep die als strijdende partij in het gewapend conflict betrokken is. Op order van uw commandant opent u het vuur, waarop u de dood van negen mannen kunt bevestigen.<sup>1</sup>

#### **Fictief scenario**

Het geschetste scenario is fictief van karakter. Het is echter niet zomaar ontsproten aan de fantasie van de auteur van het artikel

dat voorligt. Een dergelijke bijeenkomst van stamouderen aldaar wordt van oudsher aangeduid met de term 'jirga'. Het is te omschrijven als een traditioneel instituut voor besluitvorming en het beslechten van geschillen. Stamouderen komen bijeen om consensus te bereiken over een heersend dispuut. Wat hier overeengekomen wordt, bindt alle aanwezige partijen.<sup>2</sup>

- 1 In het scenario is Pakistan binnen de grenzen van zijn grondgebied verwickeld in een niet-internationaal gewapend conflict met een georganiseerde gewapende groep. De staat heeft daar instemming verleend aan een derde staat voor de toepassing van geweldgebruik op diens grondgebied. De derde staat voorkomt hiermee een schending van het geweldsverbod, zoals vastgelegd in artikel 2 (4) van het Handvest van de Verenigde Naties. Ter illustratie heeft Nederland als onderdeel van ISAF, naast het mandaat van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties, gesteund op de instemming van de Afghaanse overheid om geweld op haar grondgebied toe te passen.
- 2 Jirga System in Pakhtun Society: An Informal Mechanism for Dispute Resolution. *Pakistan Journal of Criminology*. Volume 5, No. 2, July-Dec 2013, 45 – 60.



FOTO MCD. S. HILCKMANN

*Mariniers verzorgen een Basic Infantry Skills Course voor Peshmarga's in Noord-Irak (2015). Militairen moeten zich ervan bewust zijn dat tegenstanders er uit kunnen zien als beschermde burgers en zich onder de bevolking verschuilen*

Op 17 maart 2011 vond een soortgelijke jirga plaats in het dorp Datta Khel, in het noordwesten van Pakistan vlakbij de grens met Afghanistan. Een onbemand luchtvaartuig zou daar het vuur hebben geopend op de bijeenkomst, waarbij ten minste veertig personen zouden zijn omgekomen. Tegenover de *New York Times* verklaarde een anonieme Amerikaanse inlichtingenfunctionaris dat de groep veelal bestond uit *'heavily armed men, some of whom were clearly connected to Al Qaeda and all of whom acted in a manner consistent with Al Qaeda-linked militants'*.<sup>3</sup>

### **Onschuldige burgers?**

In september 2012 publiceerde Stanford Law School in samenwerking met New York University School of Law echter een onderzoek dat een geheel ander geluid liet horen.

Zij stelden dat bij de aanval voornamelijk onschuldige burgers het slachtoffer waren geworden. Wat zich die bewuste dag exact heeft afgespeeld en wie in welke hoedanigheid bij de aanval zijn omgekomen, blijft hier in het midden. Wel komt het juridische probleem aan bod dat hier aan het licht komt. Militairen, gekleed in onderscheidend uniform, worden in een hedendaags gewapend conflict steeds vaker geconfronteerd met een tegenstander wiens fysieke verschijning niet langer afwijkt van die van de beschermde burger.

Hierdoor lopen, zoals aangegeven, meer burgers het risico om op ongegronde basis slachtoffer te worden van een militaire aanval. Anderzijds lopen reguliere gevechtstroepen een sterk verhoogd risico slachtoffer te worden van een aanval door personen die zij niet kunnen onderscheiden van beschermde burgers. Dit raakt het fundament van het oorlogsrechtelijke principe van onderscheid.

De vraag die dan ook in dit artikel wordt onderzocht is: welke implicaties heeft deze contemporaine ontwikkeling voor het doelselectieproces in het moderne landschap van een niet-internationaal gewapend conflict? Oftewel: hoe valt de tegenstander te onderscheiden van de beschermde burger?

### **Oorlogsrecht**

Dit zijn relevante en actuele vragen, die de kern raken van het probleem in het oorlogsrecht. In Afghanistan werden Nederlandse troepen, participierend in ISAF, geconfronteerd met leden van georganiseerde gewapende groepen die als kameleons onder de sluier van de burgerbevolking resideerden. Maar ook niet-Nederlandse gevechtstroepen staan in toenemende mate voor een gelijke uitdaging; zoals in het huidige gevecht tegen ISIS in het Midden-Oosten.

De georganiseerde gewapende groep als tegenstander, als onderwerp van het doelselectieproces, is daarmee actueler dan ooit. Voortbordurend daarop beoogt dit artikel een bijdrage te leveren aan het begrip van het oorlogsrechtelijke principe van onderscheid

<sup>3</sup> Woods, C. 'The fiction of zero civilian casualties'. In: Aaronson, M., Aslam, W., Dyson, T. & Rauxloh, R. (Eds.) *Precision Strike Warfare and International Intervention: Strategic, Ethico-legal and decisional implications*. New York: Routledge, 2015, 99 -101.

door de implicaties van deze hedendaagse ontwikkeling op het doelselectieproces te onderzoeken.

### Opzet artikel

Ik zal in dit artikel allereerst stilstaan bij het principe van onderscheid binnen het humanitair oorlogsrecht. Daarbij zal ik de achtergrond van dit basisbeginsel uiteenzetten en laten zien op welke bronnen dit principe gestoeld is. De focus ligt hierbij op het niet-internationaal gewapend conflict. In dat kader zal duidelijk worden welke personen conform het principe van onderscheid uit elkaar gehouden moeten worden.

Vervolgens richt het artikel zich op het doelselectieproces in niet-internationaal gewapend conflict en legt een de notie van *status-based targeting* onder de loep. Het artikel sluit af met een conclusie en een terugblik op de eerder aangehaalde casuïstiek.

## Het principe van onderscheid

### Theorie versus praktijk

Het humanitair oorlogsrecht (HOR) is het geldende recht in tijd van gewapend conflict. Het zijn alle regels die de schadelijke gevolgen van het gewapend conflict proberen te beperken. Dit geschiedt door personen te beschermen die niet of niet langer aan vijandelijkheden deelnemen en door het gebruik van bepaalde methoden en middelen door de strijdende partijen te begrenzen.<sup>4</sup>

Naast basisprincipes als humaniteit en militaire noodzaak kent het HOR het principe van onderscheid als een van zijn centrale pijlers. Het vereist van de strijdende partijen dat ze een onderscheid maken tussen enerzijds burgers, die te allen tijde gevrijwaard dienen te blijven van een opzettelijke aanval tegen hen, en anderzijds die personen die op een spontane danwel voortdurende basis rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden.

In theorie is de scheidslijn dus eenvoudig te bepalen. De weerbarstige praktijk, zoals hiervoor beschreven, blijkt van een ander laken

een pak. Want hoe verhoudt het principe van onderscheid zich tot het opzettelijk aanvallen van personen die lijken op burgers, die op basis van hun status als lid van een georganiseerde gewapende groep op voortdurende wijze direct deelnemen aan de vijandelijkheden? Dergelijk status-based targeting lijkt een grote druk uit te oefenen op het principe van onderscheid.

### Gewapend conflict

Het HOR geldt formeel in tijd van gewapend conflict. In de klassieke zin van het woord betekende dit dat twee of meer staten elkaar de oorlog verklaarden. Hoewel het woord 'oorlog' in het dagelijks taalgebruik nog ruimschoots aanwezig is, is de term uit het juridisch lexicon verdwenen.<sup>5</sup> Het Kellogg-Briand Pact uit 1928 maakte als laatste internationaal rechtelijke bron notie van de term oorlog. Het Handvest van de Verenigde Naties vermeed de term eveneens, waarop de vier Geneefse Conventies uit 1949 met bijbehorende Aanvullende Protocolen van 1977 voortaan de term 'gewapend conflict' zouden hanteren.

De inhoud van die term volgde uit jurisprudentie van het Joegoslavië-tribunaal in de zaak-Tadić. Een gewapend conflict kan ten eerste bestaan tussen twee of meer staten, ten tweede tussen de staat en georganiseerde gewapende groepen, en tot slot tussen georganiseerde gewapende groepen onderling, binnen het grondgebied van de staat.<sup>6</sup> Op basis van deze interpretatie maakt het HOR een onderscheid tussen internationale en niet-internationale gewapende conflicten.

4 Het humanitair oorlogsrecht is het toepasselijke rechtsregime voor de uitoefening van geweldgebruik in het kader van een gewapend conflict. Alhoewel het regime voor de rechten van de mens naast het HOR bestaat, krijgen de bepalingen uit het HOR bij tegenstrijdigheden tussen de beide regimes voorrang. Dit vloeit voort uit het beginsel *lex specialis derogat legi generali*. Het voorliggende artikel richt zich specifiek op situaties van gewapend conflict en zal dan ook alleen ingaan op de bepalingen uit het HOR. Het mensenrechtenregime wordt buiten beschouwing gelaten.

5 Dit is wellicht tegenstrijdig. Het rechtsregime dat de vijandelijkheden in gewapend conflict immers reguleert, wordt veelvuldig aangeduid als het Humanitair Oorlogsrecht. Het Engels gebruikt de gevestigde termen *International Humanitarian Law of Law of Armed Conflict*. Van oudsher is het 'recht in de oorlog' aangeduid met *ius in bello*.

6 Prosecutor v. Tadić, IT-94-1, ICTY Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, § 70.



FOTO A/NP. H. STEINMEIER

*De Kamer van Beroep van het Joegoslaviëtribunaal veroordeelde Dusko Tadić in 2000 tot twintig jaar cel. De Bosnische Serviër was volgens de rechter schuldig aan twee moorden en medeplichtig aan vijf moorden tijdens de etnische zuiveringen in Noordwest-Bosnië in 1992*

Een gewapend conflict tussen twee of meer staten wordt aangeduid als een internationaal gewapend conflict (IGC). Een gewapend conflict tussen de staat en georganiseerde gewapende groepen of tussen dergelijke groepen onderling binnen de grenzen van de staat wordt aangeduid als een niet-internationaal gewapend conflict (NIGC).

#### **Niet-internationaal gewapend conflict**

Anders dan bij het IGC is meer dan een nacht ijs nodig om het HOR van toepassing te verklaren

op een NIGC. Om een NIGC te onderscheiden van ongeorganiseerde en van korte duur zijnde opstanden of terroristische activiteiten binnen de grenzen van de staat, dienen aan twee criteria voldaan te zijn. Het conflict dient een bepaalde mate van intensiteit in zich te hebben, en de partijen van het conflict dienen een bepaalde mate van georganiseerdheid te vertonen.<sup>7</sup>

De zogeheten 'intensiteitsdrempel' wordt gepasseerd wanneer er op grote schaal sprake is van langdurig geweld tussen de strijdende partijen. Andere indicatieve factoren zijn het gebruikte wapentuig en het ingezette militaire materieel, het aantal en het soort gevechtstroepen dat deelneemt aan de vijandelijkheden, het aantal slachtoffers en de mate van materiële schade in het gebied.

Om te bepalen of de strijdende partijen in voldoende mate georganiseerd zijn, dient men onder meer te kijken naar een bestaande commandostructuur, het vermogen om op georganiseerde wijze militaire operaties uit te voeren, de logistieke solventie, de mate waarin het HOR toegepast kan worden en het vermogen om eendrachtig standpunten naar buiten te brengen.

Juridische bronnen waarop het NIGC gestoeld is, zijn tamelijk dun gezaaid. Zo zijn de Verdragen van Genève hoofdzakelijk gericht op het IGC en richt alleen het Gemeenschappelijk Artikel 3 van de vier Geneefse Conventies zich specifiek op het NIGC.<sup>8</sup> Daarentegen legt het Tweede Aanvullende Protocol bij de Verdragen van Genève (AP II) zich wel geheel toe op het NIGC, maar is de toepasbaarheid daarvan weer beperkt tot grootschalige conflicten die in de volksmond veelal worden aangeduid als burgeroorlogen.<sup>9</sup>

Het internationaal humanitair gewoonterecht biedt echter soelaas. Daar waar het Gemeenschappelijk Artikel 3 bij de Conventies van Genève, toepasbaar in alle vormen van NIGC, slechts voorziet in een 'onder alle omstandigheden menslievende' situatie, breidt dit gewoonterecht met diverse geboden en verboden het geldende juridisch kader sterk uit.

7 Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-T, Opinion and Judgment, 7 may 1997, § 562.

8 Het Gemeenschappelijk Artikel 3 bij de Verdragen van Genève is met opzet een breed en multi-interpretabel artikel. Zoals Fleck stelt: *'The article was deliberately confined to a few minimum rules which would receive the widest scope of application. This limitation in substance enabled states to avoid a more specific definition of the scope of application which otherwise would have been controversial'*. Fleck, D. (2014). *The Law of Non-International Armed Conflict*. In Fleck, D (Ed.). *The Handbook of International Humanitarian law*. Oxford: Oxford University Press, 587.

9 Het betreft die conflicten waar 'georganiseerde gewapende groepen, staande onder een verantwoordelijk bevel, het grondgebied van die partij gedeeltelijk beheersen op een zodanige wijze dat zij in staat zijn aanhoudende en samenhangende militaire operaties uit te voeren en de bepalingen van dit Protocol uit te voeren'. Art. 1 (1) Tweede Aanvullende Protocol bij de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949, betreffende de bescherming van slachtoffers van niet-internationale gewapende conflicten (AP II). Daarnaast is de vraag of de staat waarin het NIGC zich afspeelt überhaupt het Tweede Aanvullende Protocol heeft geratificeerd en ondertekend van groot belang.



FOTO MCD. A. SCHOOR

*Verkenningpatrouille door Khanabad, Afghanistan (2013) voor het opbouwen van een speeltuin. Het humanitair oorlogsrecht ziet toe op de bescherming van diegenen die niet (langer) aan vijandelijkheden deelnemen; de term 'burger' wordt geen enkele keer gebruikt*

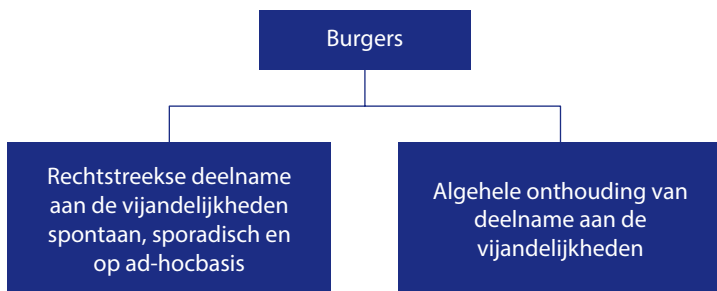
Zo meende het Joegoslavië-tribunaal in de zaak-Tadić dat ook het NIGC aan elementaire regels onderworpen moet zijn.<sup>10</sup> Als een basisprincipe van het HOR mogen 'noch de burgerbevolking als zodanig, noch de afzonderlijke burgers het doelwit van een aanval worden'<sup>11</sup> en dienen de partijen bij het conflict 'te allen tijde onderscheid te maken tussen de burgerbevolking en combattanten'. Uit te voeren militaire operaties dienen uitsluitend gericht te zijn tegen militaire doelen 'ten einde te verzekeren dat de burgerbevolking en burgerobjecten worden ontzien en beschermd'.<sup>12</sup> Basisbeginselen als het principe van onderscheid, proportionaliteit, humaniteit, militaire noodzaak en het voorkomen van onnodig letsel of onnodig leed, staan aan de voet van deze ontwikkeling. Hoewel het Gemeenschappelijk

Artikel 3 nauwelijks concrete regels voor het doelselectieproces bevat, leent het internationaal gewoonterecht zich bij uitstek als een kapstok waar een verscheidenheid van regels aan kunnen worden opgehangen. Het HOR tracht dus het gebruik van bepaalde methoden en middelen in gewapend conflict te beperken en ziet toe op de bescherming van degenen die niet of niet langer aan de vijandelijkheden deelnemen. Wie zijn nu de actoren die de toegestane methoden en

10 ICTY, *Tadić*, Appeals Chamber, § 119.

11 Art. 51 (2) AP I.

12 Art. 48 AP I. De gewoonterechtelijke codificatie van het principe van onderscheid ligt in de eerste regel van de studie naar het internationaal humanitair gewoonterecht belegd. Zie: Henckaerts, J. & Doswald-Beck, L. *Customary International Humanitarian Law*. Vol. (1). Rules. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.



Figuur 1

middelen toepassen? En wie zijn de actoren die beschermd moeten worden tegen het wapengeweld? Kunnen personen die initieel een beschermde status genoten, deze status later nog verliezen? Welke personen mogen onder welke omstandigheden in het doelselectieproces worden opgenomen? Deze vragen zal ik hierna aan de orde stellen.

### Burgers

Het Gemeenschappelijk Artikel 3 bij de vier Verdragen van Genève gebruikt de term ‘burger’ geen enkele keer. Het spreekt daarentegen van ‘personen die niet rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelnemen’. Onder die groep personen verstaat het artikel ook het ‘personeel van de strijdkrachten die de wapens heeft nedergelegd en zij die buiten gevecht zijn gesteld’, oftewel: personen *hors de combat*. Ook het Tweede Aanvullende Protocol bij de Verdragen van Genève geeft geen definitie van ‘burger’. Het refereert daarentegen wel in belangrijke mate aan de ‘burgerbevolking’. Burgers ‘genieten algemene bescherming tegen de uit militaire operaties voortvloeiende

gevaaren’.<sup>13</sup> Het Tweede Aanvullende Protocol maakt duidelijk dat ‘noch de burgerbevolking als zodanig, noch de afzonderlijke burgers’ het doelwit van een aanval mogen worden.<sup>14</sup> De gewoonterechtelijke status van dit basisbeginsel van het HOR weerspiegelt het belang van deze bescherming.<sup>15</sup> Het is dan ook het gewoonterecht waar de term ‘burger’ opgehelderd wordt. Het gewoonterecht trekt een scheidslijn tussen strijders en burgers: strijders zijn leden van de strijdkrachten, dissidente strijdkrachten of (leden van) georganiseerde gewapende groepen. Burgers kunnen dus omschreven worden als die personen in een gewapend conflict die geen lid zijn van een van deze partijen.

Tot slot kunnen burgers weer worden onderverdeeld in twee groepen. Burgers verliezen de bescherming van het HOR wanneer en zolang zij rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden, maar behouden daarbij de status van burger. Het sporadische element in deze directe deelname speelt daarin een centrale rol.<sup>16</sup> Aan de andere kant staan die burgers die zich geheel onthouden van inmenging in de vijandelijkheden en dus altijd bescherming genieten tegen directe aanvallen.

### Strijders

Zoals hiervoor aangehaald, verstaat men onder strijders: strijdkrachten, dissidente strijdkrachten en leden van georganiseerde gewapende groepen. Het is een term zonder enige basis in het verdragsrecht, maar vindt steun in het internationaal humanitair gewoonterecht.<sup>17</sup> Dissidente strijdkrachten zijn gevechtstroepen die zich van de reguliere strijdkrachten hebben losgemaakt. Hoewel ze daarmee niet langer deel uitmaken van de reguliere gevechtstroepen, verwerven ze niet de status van burger. Zij mogen, op gelijke voet met reguliere gevechtstroepen, blijvend worden opgenomen in het doelselectieproces.

De juridische status van een ‘georganiseerde gewapende groep’, lid zijn van een dergelijke groep en de direct gerelateerde (voortdurende) deelname aan de vijandelijkheden is onderwerp van intensief debat. Ook de in 2005

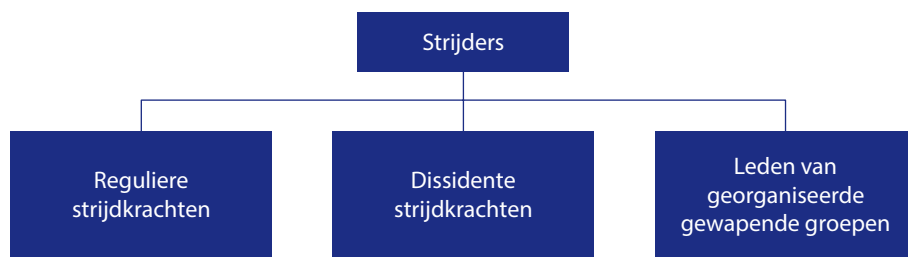
13 Art. 13 (1) AP II.

14 Art. 13 (2) AP II.

15 Henckaerts & Doswald-Beck, 2009, 3-8, 19-24. Regel 1 en regel 6 van de studie naar het internationaal humanitair gewoonterecht plaatsen de burgers in een beschermde positie, zowel in IGC als in NIGC.

16 Dit wordt ook wel het principe van de ‘*revolving door*’ genoemd. Burgers verliezen de bescherming onder het HOR voor wanneer en zolang zij rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden. Dit betekent dat de burger de bescherming onder het HOR slechts verliest in de tijdspanne dat zijn directe deelname duurt. Zie: Melzer, N. (2009). Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law. Genève: ICRC, 70-71.

17 De afwezigheid van de status van combattant in het NIGC is daar debet aan.



Figuur 2

gepubliceerde studie naar het internationaal humanitair gewoonterecht geeft aan dat de praktijk wispelturig kan zijn. Zijn leden van georganiseerde gewapende groepen strijders, of moeten zij onder de noemer van burger geplaatst worden?<sup>18</sup> De moeilijkheid bij het formuleren van een definitie van een 'georganiseerde gewapende groep' is te wijten aan de grote diversiteit van deze groepen en de complexiteit van het hedendaagse gewapende conflict. Hier zullen deze groepen worden aangeduid als organisaties die een partij bij het gewapend conflict zijn, maar die geen verantwoording afleggen aan een staat en niet worden geleid door een staat.

Hoewel zij formeel gezien geen statelijke connectie hebben, hanteert dit artikel wel het uitgangspunt dat het HOR ook (leden van) georganiseerde gewapende groepen bindt. Zij zijn met andere woorden verplicht de bepalingen van het HOR uit te voeren en te respecteren.<sup>19</sup> Waarom georganiseerde gewapende groepen gebonden zijn aan het HOR kan worden uitgelegd aan de hand van de *legislative jurisdiction theory*. Zodra een overheid binnen de grenzen van haar staat wet- en regelgeving opstelt, doet zij dat niet alleen ten behoeve van de staat, maar ook ten behoeve van al zijn inwoners. Als een staat dus bijvoorbeeld het Tweede Aanvullende Protocol bij de Verdragen van Genève ratificeert en ondertekent, bindt het verdrag niet alleen de staat, maar ook zijn inwoners.<sup>20</sup> Strijders dienen dus onderscheiden te worden van burgers, daar waar strijders zich mengen in de vijandelijkheden waartegen burgers algemene bescherming genieten.<sup>21</sup> Het is een basisbeginsel van het internationaal humanitair

gewoonterecht en weerspiegelt elementaire principes van humaniteit.

## Status-based targeting in NIGC

### Targeting

In zijn beroemd geworden boek *On War* beschreef Von Clausewitz in 1832 oorlog, of gewapend conflict in moderne termen zo u wilt, als een 'duel on an larger scale'. Von Clausewitz illustreerde dit aan de hand van twee worstelaars [who] 'endeavours to throw his adversary and thus render him incapable of further resistance'. In gelijke zin is oorlog, zo schreef hij, 'an act of violence intended to compel our opponent to fulfil our will'.<sup>22</sup>

Het HOR heeft het gebruik van dergelijk geweld in de loop van de jaren aan regels onderworpen. Geweldgebruik dient strikt gelimiteerd te zijn tot militaire doelen en dient onder alle omstandigheden van een onderscheidend karakter te zijn. Doelbestrijding, of *targeting*, staat aan de basis van dit geweldgebruik.

De eerder aangehaalde casuïstiek voerde de hedendaagse problematiek omtrent status-based targeting ten tonele. Het doelselectieproces

18 Henckaerts & Doswald-Beck, 2009, 17.

19 Kleffner, J.K. (2011). The applicability of International Humanitarian Law to Organized Armed Groups. In: Bernard, V. et al. (eds.). *Understanding Armed Groups and the Applicable Law*. International Review of the Red Cross. Vol. 93 (882), 258 – 578, aldaar 443.

20 Sivakumaran, S. (2006). Binding Armed Opposition Groups. *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 55 (2), 369 – 394, aldaar 382.

21 Uitzonderd die burgers die voor de duur van hun rechtstreekse deelname aan de vijandelijkheden het legitiem onderwerp van een aanval mogen worden.

22 Clausewitz, Von, C. (1832). *On War*. Vertaald and bewerkt door Howard, M & Paret, P. New Jersey: Princeton University Press, 75.



aldaar begon met de vraag of de personen in kwestie legitieme militaire doelwitten waren. Het proces begon dus bij de oorsprong: het principe van onderscheid. Dat is de eerste stap in het doelselectieproces. Alleen bij een positief antwoord op deze vraag kunnen commandanten tot de volgende stap in het doelselectieproces overgaan. In die volgende stap dienen zij zich ervan te verzekeren dat de verwachte nevenschade als gevolg van de aanval (*collateral damage*), in de vorm van burgerslachtoffers en schade aan burgerobjecten, niet buitensporig is in verhouding tot het verwachte tastbare en rechtstreekse militaire voordeel.<sup>23</sup>

#### Vorzorgsmaatregelen

Bij de derde en laatste stap, het uitvoeren van militaire operaties, worden commandanten

verplicht om burgers, de burgerbevolking en burgerobjecten te ontzien. Het HOR verplicht commandanten daarmee tot het treffen van voorzorgsmaatregelen, voordat zij besluiten om over te gaan tot het gebruik van geweld.<sup>24</sup> Een voorbeeld van een dergelijke voorzorg is het selecteren van middelen en methoden die bijkomend verlies van mensenlevens, verwonding van burgers en schade aan burgerobjecten kunnen voorkomen of in elk geval tot het uiterste kunnen beperken.

### Status-based targeting en het principe van onderscheid

Terug naar de basis: status-based targeting als afgeleide van het principe van onderscheid. De nadruk ligt hier immers op de eerste stap in het doelselectieproces. Meer specifiek: het op directe wijze targeten van personen die op basis van hun status als lid van een georganiseerde gewapende groep op voortdurende wijze rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden. Dit is een volzin die de nodige toelichting behoeft.

Het type gewapend conflict, zij het een IGC dan wel een NIGC, wordt van groot belang wanneer men de ogen richt op het aanvallen van personen.<sup>25</sup> Wie gekwalificeerd kan worden als legitiem militair doelwit is mede een interpretatie van terminologie. Wie geniet een beschermde status tegen een aanval en hoe valt een lid van een georganiseerde gewapende groep te onderkennen? In situaties van gerede twijfel of het beoogde doel een legitiem militair doelwit is, dient de aanval gestaakt te worden.<sup>26</sup>

Een persoon kan een legitiem militair doel vormen zodra vastgesteld is dat de persoon (1) lid is van de strijdkrachten van de staat, (2) deel uitmaakt van de dissidente strijdkrachten van een staat, (3) lid is van een georganiseerde gewapende groep of (4) rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelneemt. De eerste drie categorieën zijn hiervoor reeds beschreven als zijnde strijders. Personen die onder de noemer van de vierde categorie kunnen vallen, zullen hierna van verder cachet worden voorzien. Met name de notie van

Wie gekwalificeerd kan worden als legitiem militair doelwit is mede een interpretatie van terminologie (. . .)  
In situaties van gerede twijfel dient de aanval gestaakt te worden

23 Dit wordt het proportionaliteitsbeginsel genoemd en is vastgelegd in art. 51(5)(b) AP I en wordt herhaald in art. 57(2)(a)(iii) AP I. Conform regel 14 van het internationaal humanitair gewoonterecht is het proportionaliteitsbeginsel een inherent onderdeel van het principe van humaniteit en dus ook van toepassing in het NIGC. Zie: Henckaerts & Doswald-Beck, 2009, 48.

24 Art. 57 (1) AP I. Alhoewel AP II geen expliciete bepaling kent voor het nemen van voorzorgsmaatregelen stelt regel 15 van het internationaal humanitair gewoonterecht het nemen van voorzorgsmaatregelen in zowel IGC als NIGC op gelijke voet.

25 Het ontbreken van de status van combattant in NIGC is daar debet aan.

26 Art. 50 (1) AP I. Het NIGC kent geen verdragsrechtelijke bepaling die ingaat op dergelijke twijfel. De studie naar het internationaal humanitair gewoonterecht stelt echter dat: *'in the case of non-international armed conflicts, the issue of doubt has hardly been addressed in State practice, even though a clear rule on this subject would be desirable as it would enhance the protection of the civilian population against attack. In this respect, the same balanced approach (...) with respect to international armed conflicts seems justified in non-international armed conflicts'*. Henckaerts & Doswald-Beck, 2009, 24.

'rechtstreekse deelname aan de vijandelijkheden' speelt een centrale rol in menig debat.

## Rechtstreekse deelname aan de vijandelijkheden

Burgers genieten 'algemene bescherming tegen de uit militaire operaties voortvloeiende gevaren',<sup>27</sup> behalve wanneer en zolang zij rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelnemen. Vanwege het ontbreken van een definitie in het verdragsrecht publiceerde het *International Committee for the Red Cross* (hierna te noemen: ICRC) in 2009 een richtlijn voor de notie van 'rechtstreekse deelname aan de vijandelijkheden'.<sup>28</sup> Het ICRC beschrijft deze notie in essentie als specifieke gevechtshandelingen van individuen die deel uitmaken van de algehele vijandelijkheden tussen de strijdende partijen bij het gewapend conflict.<sup>29</sup> Het formuleerde drie cumulatieve criteria<sup>30</sup> waaraan moeten worden voldaan om een handeling te kunnen kwalificeren als directe deelname aan de vijandelijkheden.

- De handeling dient een nadelig effect op de militaire operaties van een partij bij het conflict op te leveren of merkbare schade te bewerkstelligen.
- Er moet een direct causaal verband bestaan tussen de handeling en het beoogde effect of de schade van die handeling.
- De handeling moet het beoogde resultaat tot gevolg hebben, waardoor een direct voordeel voor een partij bij het conflict ontstaat.

De burger wiens handelen op basis van deze drie criteria is gekwalificeerd als 'rechtstreekse deelname aan de vijandelijkheden', mag het legitieme onderwerp van een aanval worden voor wanneer en zolang zijn deelname duurt. Van belang is het besef dat deze deelname spontaan, sporadisch en op ad-hoc basis plaatsvindt.

## Georganiseerde gewapende groepen

Hoewel er een algehele consensus over deze drie criteria bestaat, is de richtlijn in zijn geheel niet onomstreden. Waar het ICRC, dat internationaal als hoeder van het HOR wordt beschouwd, een



FOTO ICRC

Mogadishu, Somalië, 1991. Burgers genieten bescherming, behalve 'wanneer en zolang zij rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelnemen'. Hierbij gaat het om specifieke gevechtshandelingen van individuen. Strijders vormen wel een legitiem militair doelwit

gezaghebbende richtlijn publiceerde, bleek vooral de wijze waarop burgers lidmaatschap in een georganiseerde gewapende groep verwerven en daarmee, voor de duur van het lidmaatschap, de bescherming onder het HOR verliezen van controversiële aard.

Het ICRC hanteert een restrictieve benadering van het lidmaatschap in een dergelijke groep. Het stelt dat het lidmaatschap aanvangt op het moment dat een burger *de facto* op doorlopende wijze een gevechtshandeling, een *continuous combat function*, voor de groep uitoefent. De persoon in kwestie neemt daarmee op voortdurende basis rechtstreeks deel aan de vijandelijkheden.<sup>31</sup>

Slechts die groep personen kunnen op basis van hun status als lid van de georganiseerde gewapende groep het voortdurende legitieme onder-

27 13(1) APII.

28 Melzer, 2009.

29 Melzer, 2009, 45. 'The notion of direct participation in hostilities refers to specific hostile acts carried out by individuals as part of the conduct of hostilities between parties to an armed conflict'.

30 Melzer, 2009, 47-64.

31 Melzer, 2009, 33-34. De richtlijn valt terug op het zogeheten 'revolving door' mechanisme. Het stelt dat 'the "revolving door" of protection starts to operate based on membership. Membership in an organized armed group begins in the moment when a civilian starts *de facto* to assume a continuous combat function for the group, and lasts until he or she ceases to assume such function'. Melzer, 2009, 72.

werp van aanval worden; dit geldt dus ook op het moment dat de persoon in kwestie zijn doorlopende gevechtsfunctie niet in praktijk brengt. Personen die een ondersteunende functie voor de georganiseerde gewapende groep bekleden, maar geen doorlopende gevechtsfunctie uitoefenen, kunnen dus conform deze restrictieve benadering niet worden aangemerkt als leden van de groep. Ze behouden dus de status van burger en mogen dan ook niet worden aangevallen.

## Het debat

Het hanteren van het lidmaatschaps criterium steunend op de doorlopende gevechtsfunctie heeft het nodige stof doen opwaaien. Enerzijds neemt het ICRC de positie in dat de doorlopende gevechtsfunctie een vereiste is om personen op basis van hun status voortdurend aan te mogen vallen. De gedachte daarachter hangt nauw samen met het doel van het HOR: burgers dienen tegen uitwassen van het gewapend conflict beschermd te worden.

Op het hedendaagse strijdtoneel vervaagt het duidelijke fysieke onderscheid tussen burgers en personen die rechtstreeks aan de vijandelikheden deelnemen in toenemende mate. Het hanteren van het lidmaatschaps criterium komt daarmee aan het doel van het HOR tegemoet en stelt burgerlevens voorop. Ook in het geval van gerede twijfel.

Anderzijds is er een kamp in dit debat die deze opvatting als te restrictief beschouwt. Zij dragen bijvoorbeeld aan dat het op het

hedendaagse strijdtoneel praktisch onmogelijk is om op individuele basis te bepalen of een persoon een doorlopende gevechtsfunctie voor de gewapende groep uitoefent. Volgens hen beperkt dit criterium status-based targeting tot exceptionele situaties, waarin met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld dat een individu een doorlopende gevechtsfunctie voor de groep uitoefent. Dit zal bijvoorbeeld slechts het geval zijn bij een aanval op een sleutelfiguur van de groep.<sup>32</sup> Ook dragen zij aan dat de toepassing van het criterium mogelijk een averechtse reactie teweeg zal brengen. Strijders zullen harder gaan werken om beter in de burgerbevolking op te gaan en zich minder onderscheidend op te stellen. Zij zullen immers op de hoogte zijn van het feit dat ze slechts voortdurend onderwerp van een legitieme aanval kunnen worden als de statelijke gevechtstroepen met voldoende zekerheid een doorlopende gevechtsfunctie hebben vastgesteld.

Tot slot zal het handhaven van het criterium een onbalans creëren. Naast personen *hors de combat* mogen, op religieus en medisch personeel na, alle reguliere gevechtstroepen worden aangevallen, terwijl uitsluitend die personen die een doorlopende gevechtsfunctie voor de georganiseerde gewapende groep uitoefenen op gelijke voet worden behandeld. 'Andere' leden van de groep bij wie, door een veelvoud aan redenen, niet met zekerheid kan worden vastgesteld dat zij op doorlopende wijze een gevechtsfunctie uitoefenen, genieten zo een onrechtvaardige bescherming.<sup>33</sup>

## Lidmaatschap van een georganiseerde gewapende groep

Op verzoek van de toenmalige minister van Buitenlandse Zaken Frans Timmermans bracht de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken op 16 juli 2013 een advies uit inzake de legitimiteit van de inzet van 'bewapende drones'. In het advies<sup>34</sup> staat de commissie onder meer stil bij de notie van 'rechtstreekse deelname aan de vijandelikheden' en gaat in op de legitimiteit

32 Henderson I, & Cavanagh, B. (2014). Unmanned Aerial Vehicles. In: Nasu, H. & McLaughlin, R. (eds.). *New Technologies and the Law of Armed Conflict*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 207.

33 Boothby, B. (2010). 'And for such time as': The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities. *New York University Journal of International Law and Politics*. Vol. 42, 741-768, 753. Zie ook: Schmitt, M.N. (2010). The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis. *Harvard National Security Journal*. Vol. 1, 5 – 44, aldaar 23. Zie ook: Watkin, K. (2010). Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC 'Direct Participation in Hostilities' Interpretive Guidance. *New York University Journal of International Law and Politics*. Vol. 42, 641-695, aldaar 675.

34 Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (2013). *Advies nr. 23 inzake bewapende drones*. Den Haag.



*Toenmalig minister van Buitenlandse Zaken Frans Timmermans (links) tijdens een bilaterale bijeenkomst in de VS, september 2013. Timmermans verzocht de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken een advies uit te brengen over de legitimiteit van de inzet van 'bewapende drones'*

van het aanvallen van leden van georganiseerde gewapende groepen in NIGC. De commissie stelt dat zij, naast leden van de krijgsmacht van de staat die de gewapende groepering bestrijdt, legitieme militaire doelwitten vormen, mits zij een doorlopende gevechtsfunctie voor de gewapende groep uitoefenen. De commissie neemt hiermee het uitgangspunt van het ICRC over.<sup>35</sup>

De logische vraag die nu volgt is: hoe wordt lidmaatschap van een georganiseerde gewapende groep vastgesteld? Hoe bepaalt een commandant dat een persoon een doorlopende functie binnen de gevechtsvleugel van de georganiseerde gewapende groep uitoefent?

Gesteld kan worden dat personen die zich op voortdurende wijze bezighouden met het plannen, uitvoeren of leiden van vijandelijke operaties een doorlopende gevechtsfunctie voor de gewapende groep bekleden.

Dit geldt ook voor personen die door de groep worden opgeleid en uitgerust om op voortdurende wijze rechtstreeks aan de vijandelijkheden deel te nemen; zelfs voordat een eerste inmenging in de strijd heeft plaatsgevonden.<sup>36</sup> Individuen die een ondersteunende rol voor de groep uitvoeren, zoals het werven en opleiden van nieuwe rekruten en het financieren van de gewapende groep, vallen buiten deze categorie.

Hetzelfde geldt voor personen die, buiten specifieke militaire operaties om, wapens voor de groep aankopen, smokkelen en onderhouden.<sup>37</sup> De achterliggende gedachte hierbij is dat dergelijk handelen niet gekwalificeerd kan worden als rechtstreekse deelname aan de vijandelijkheden.

Hoe bepaalt een commandant dat een persoon een doorlopende gevechtsfunctie binnen de gevechtsvleugel van de georganiseerde gewapende groep uitoefent?

<sup>35</sup> De commissie geeft echter wel expliciet aan dat dit geen bindend recht is. Ze neemt slechts het standpunt van het ICRC over. Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken, 2013, 23. Hoewel het Nederlandse uitgangspunt daarmee helder lijkt, blijft deze opvatting internationaal gezien een heikel en niet onomstreden punt.

<sup>36</sup> Melzer, 2009, 34.

<sup>37</sup> Melzer, 2009, 34-35.



FOTO ANP

*Syrische Koerden, gevlucht voor het geweld van IS, wachten bij de grens tot ze Turkije in mogen (september 2014). Burgers dienen ontzien en beschermd te worden tegen de uitwassen van het gewapend conflict, maar de vraag is hoe de tegenstander van de beschermde burger te onderscheiden*

## Operationalisatie van het principe van onderscheid

De interpretatieve richtlijn van de notie 'rechtstreekse deelname aan de vijandelijkheden' van het ICRC stelt tamelijk scherp dat lidmaatschap in georganiseerde gewapende groepen niet consistent wordt uitgedrukt door middel van het dragen van een uniform, onderscheidende emblemen of andere

visuele kenmerken.<sup>38</sup> De richtlijn stelt dat commandanten specifiek en militairen in het algemeen voor een grote uitdaging staan om het doelselectieproces correct te doorlopen, aangezien het uiteindelijke geweldgebruik legitiem dient te zijn.

De complexiteit van de uitdaging wordt gevoed door de geografische, transnationale schaal waarop gewapende groepen opereren, de toegepaste methoden van oorlogvoering en de diversiteit van gewapende groepen.<sup>39</sup> Het behoeft geen betoog dat operationele inlichtingen hierbij een grote rol spelen. Op basis van inlichtingen kan immers worden bepaald wie welke rol binnen de gewapende

38 Melzer, 2009, 33.

39 Vanlandingham, R.E. (2013). Meaningful Membership: Making War a Bit More Criminal. *Cardozo Law Review*. Vol. 35, 79-140, aldaar 119.

groep vervult, of een persoon in hoge mate bij de vijandelijkheden betrokken is, maar bijvoorbeeld ook welke personen zich concentreren op het werven en opleiden van rekruten.

Op basis van inlichtingen kunnen *patterns of life* worden opgebouwd. Daaruit zal moeten blijken of een persoon een doorlopende gevechtsfunctie voor de gewapende groep uitoefent danwel buiten deze categorie valt en de status van burger behoudt. In het eerste geval vormt de persoon een legitiem militair doelwit en mag hij aangevallen worden zolang hij de doorlopende gevechtsfunctie voor de groep heeft. In het tweede geval geniet de burger immuniteit van directe aanval en dient hij ontzien en beschermd te worden tegen de uitwassen van het gewapende conflict.

## Conclusie

U heeft het luchtvaartuig weer in hoogte doen laten toenemen. Nog geen tien minuten geleden opende u, in dat onherbergzame deel van dit land, het vuur op een groep mannen. Nadat het stof was opgetrokken, weerspiegelde de monitor voor u de gevolgen van de aanval in haarscherp detail. Nu strekt het Pakistaanse groen zich weer eindeloos uit, totdat de heuvels weer langzaam veranderen in bergen, bedekt met sneeuw en ijs.

De Indus, ontsprongen in het hooggebergte van Tibet, kronkelt als een permanente blauwe ader door het land. Over enkele ogenblikken kunt u het luchtvaartuig weer aan de grond zetten, waarop het *after-action review* plaats zal vinden.

Eén vraag specifiek, hier van cruciaal belang, zal beantwoord moeten worden: is de eerste stap in het doelselectieproces, het eerbiedigen van het oorlogsrechtelijke principe van onderscheid, correct doorlopen? Is de vijand van de beschermde burger onderscheiden?

De aanval was gericht tegen personen. Het bestaande NIGC maakt het HOR het van toepassing zijnde rechtsregime. Zoals

## Op basis van inlichtingen kunnen 'patterns of life' worden opgebouwd

aangegeven, vormde de uitdaging in het doelselectieproces het feit dat militairen, gekleed in onderscheidend uniform, in het moderne landschap van het niet-internationaal gewapend conflict, in toenemende mate worden geconfronteerd met een tegenstander van wie de fysieke verschijning niet langer afwijkt van die van de beschermde burger. Hoewel de personen op basis van uiterlijke kenmerken voor burgers aangezien konden worden, bevestigde inlichtingenbronnen dat de personen namens de georganiseerde gewapende groep, die als strijdende partij bij het gewapend conflict betrokken is, op voortdurende wijze aan de vijandelijkheden deelnamen.

Dit rijmt met het criterium van het ICRC dat het lidmaatschap van een georganiseerde gewapende groep pas verworven wordt indien de persoon in kwestie op doorlopende wijze een gevechtsfunctie voor de groep uitoefent. Op basis van het uitgangspunt van de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken kan gesteld worden dat de personen op basis van hun status als lid van een georganiseerde gewapende groep in het doelselectieproces opgenomen mochten worden. Als lid van de groep konden de personen dus ook aangevallen worden op het moment dat zij hun doorlopende gevechtsfunctie niet in de praktijk brachten.

Dit uitgangspunt is echter omstreden en is niet gebaseerd op bindend recht. Het vloeit voort uit een richtlijn van het ICRC. Deze richtlijn stelt zowel burgerlevens als de eerbiediging van het principe van onderscheid voorop. Een handreiking aan het humanitair oorlogsrecht. ■