

**Commentaar inzake preadvies "International
Humanitarian Law and the Laws of War" van
Christopher Greenwood**

Redacteur(en):
A. van Woudenberg

Den Haag
23 december 1998

| Inhoudsopgave | | <i>Pagina</i> |
|---|--|---------------|
| 1 | Ter inleiding | 4 |
| 2 | Algemene opmerkingen ten aanzien van het preadvies | 5 |
| 2.1 | Suggesties ter verbetering | 6 |
| 3 | Structuur van het preadvies | 7 |
| 4 | Commentaar van meer algemene aard ten aanzien van de diverse secties | 7 |
| 4.1 | Sectie I | 7 |
| 4.2 | Sectie II | 7 |
| 4.3 | Sectie III | 7 |
| 4.4 | Sectie V | 8 |
| 4.5 | Sectie VI | 8 |
| 4.6 | Sectie VII | 9 |
| ANNEX 1: Technisch commentaar ten aanzien van de diverse secties | | 10 |
| ANNEX 2: Samenstelling van de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken | | 14 |

1 Ter inleiding

Door de Regering van het Koninkrijk en de Regering van de Russische Federatie zijn plannen ontwikkeld om te komen tot een herdenking van het feit dat het in 1999 honderd jaar geleden zal zijn dat de Eerste Haagse Vredesconferentie plaats vond. Deze plannen houden in dat medio mei en medio juni 1999 in Den Haag en St. Petersburg seminars zullen plaatsvinden over de drie Haagse thema's te weten:

- vreedzame beslechting van internationale geschillen;
- humanitair oorlogsrecht;
- ontwapeningskwesities.

Met betrekking tot deze thema's zijn inmiddels preadviezen geschreven door Francisco Orrego Vicuña en Christopher Pinto (de vreedzame beslechting van internationale geschillen), Christopher Greenwood (het humanitair oorlogsrecht) en Hans Blix (ontwapeningskwesities). In deze preadviezen zijn de ontwikkelingen op de betreffende gebieden van het volkenrecht geanalyseerd en eventuele lacunes en mogelijke stappen geïdentificeerd. Op de seminars in Den Haag en St. Petersburg zullen aan de hand van deze preadviezen discussies plaatsvinden. Voorafgaand aan deze seminars worden de preadviezen besproken in regionale discussies. In januari 1999 zullen de discussies worden afgerond en de rapporten worden herzien, waarbij de uitkomsten van deze regionale discussies door de preadviseurs worden verwerkt in de rapporten zoals die tijdens de herdenkingsbijeenkomsten in 1999 zullen worden besproken.

De minister van Buitenlandse Zaken heeft bij brief van 2 november 1998 (kenmerk DJZ/IR-454/98) aan de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV, hierna ook wel genoemd: de Commissie) verzocht hem ten aanzien van deze preadviezen van advies te dienen, ten behoeve van een Nederlandse inbreng in deze discussies.

Het u voorliggende commentaar van de CAVV betreft het preadvies van Christopher Greenwood, getiteld "International Humanitarian Law and the Laws of War". Dit is als volgt opgebouwd:

- in hoofdstuk 2 worden algemene opmerkingen gemaakt ten aanzien van het preadvies als zodanig;
- hoofdstuk 3 betreft de structuur van het preadvies;
- in hoofdstuk 4 wordt per sectie commentaar gegeven van meer algemene aard;
- een annex bij het rapport betreft de meer technische opmerkingen ten aanzien van de diverse secties van het preadvies.

De CAVV wenst uitdrukkelijk op te merken, dat daar waar door de CAVV in het onderhavige commentaar niet wordt ingegaan op bepaalde onderdelen van het

preadvies, dit niet betekent dat zij de in die onderdelen uitgesproken opvattingen tot de hare maakt.

2 Algemene opmerkingen ten aanzien van het preadvies

De CAVV hecht eraan op te merken dat in het preadvies een zeer belangrijke materie aan de orde wordt gesteld en acht het noodzakelijk dat ten aanzien hiervan in brede kring discussie wordt gevoerd.

De Commissie heeft waardering voor het door de preadviseurs verrichte werk en wenst voorop te stellen dat het preadvies een over het algemeen goed geschreven en leesbaar stuk is, ofschoon af en toe wat technisch.

Het stemt de Commissie tevreden dat de nadruk van het preadvies ligt op de verbetering van de naleving van het recht, en niet op het creëren van nieuw recht. Nadeel is dat het recht niet is beschreven vanuit het perspectief van de bescherming van burgers (dat, terwijl er sinds 1899 zeer grote aantallen burgerslachtoffers zijn gevallen), ofschoon andere thema's natuurlijk wel van invloed zijn op de beschermingsvraag.

In het definitieve rapport wordt de uitkomst van de onderhandelingen te Rome betreffende het Internationale Strafhof nog mee genomen. Dat wordt door de Commissie zeer wenselijk geacht, mede omdat in het huidige rapport bestraffing van oorlogsmisdaden nogal onderbelicht is.

Het wordt toegejuicht door de CAVV dat een aantal ontwikkelingen die van invloed kunnen zijn op een betere naleving van het oorlogsrecht (zoals de Advisory Service van ICRC en het Sirusrapport) zijn meegenomen.

Tevens wordt toegejuicht, dat in het rapport diep wordt ingegaan op het noodzakelijkheids- en proportionaliteitsvereiste bij zelfverdediging.

Het verdient aanbeveling meer expliciet in te gaan op de kwesties van agressie en gewapende aanval, die bepalend zijn voor rechtmatige zelfverdediging, mede in het licht van de te formuleren delictomschrijving van "the crime of aggression" in artikel 5 van het Statuut van het Internationaal Strafhof.

Er worden in het rapport goede koppelingen gemaakt tussen het "ius ad bellum" en het "ius in bello". Tevens worden er verbanden gelegd tussen het humanitaire

oorlogsrecht¹ en mensenrechten. Dit wordt door de Commissie positief gewaardeerd, ofschoon hierbij nog iets meer in detail zou kunnen worden gegaan. Tenslotte wordt in het preadvies aandacht besteed aan de verschillen in aard en toepassing van rechtsregels naar gelang sprake is van een "international armed conflict" of een "internal armed conflict". Het is positief te zien dat volgens de auteur die verschillen veelal niet gerechtvaardigd zijn.

2.1 Suggesties ter verbetering

1- Naar het oordeel van de Commissie vindt er onvoldoende analyse plaats van de praktijk; zo gaat de preadviseur te weinig in op ervaringen die bijvoorbeeld zijn opgedaan in de Vietnamoorlog en conflicten zoals Iran/Irak en Irak/Koeweit.

2- Een analyse over de vraag waarom het humanitair oorlogsrecht tot op heden onvoldoende heeft gewerkt zou in een rapport hierover op z'n plaats zijn.

3- Het rapport gaat niet erg diep in op het vraagstuk van de "compliance". Wellicht dat dit te maken heeft met het feit dat er een informele afspraak zou zijn, dat de drie door de CAVV bekeken preadviezen voornamelijk in Den Haag zullen worden bediscussieerd, terwijl andere onderwerpen (zoals compliance) meer in St. Petersburg aan bod zouden komen. Toch zou hieraan naar de mening van de Commissie in het rapport meer aandacht aan moeten worden gegeven, nu implementatie door staten een relatief groot probleem is.

4- Op de verhouding tussen het humanitaire oorlogsrecht en de mensenrechten zou in het preadvies vaak meer in detail kunnen worden ingegaan.

5- Wellicht dat nog enige aandacht kan worden gegeven aan de rol van kindsoldaten.

6- Het verdient aanbeveling om in een annex bij het preadvies een overzicht bij te voegen waarin staat vermeld welke relevante verdragen door welke staten zijn geratificeerd.

¹ Verwezen zij naar voetnoot 1 van het preadvies. Greenwood geeft hier aan dat de termen "laws of war" en "international humanitarian law" als synoniemen worden gebruikt. Tevens wordt de term "law of armed conflict" gebruikt als synoniem voor "laws of war", dit ondanks dat de titel van het preadvies anders suggereert.

De Commissie heeft ervoor gekozen om in haar commentaar de term humanitair oorlogsrecht te gebruiken, daar waar Greenwood de diverse termen als synoniem van elkaar gebruikt.

3 Structuur van het preadvies

De structuur zit logisch in elkaar. Wel verdient het aanbeveling om sectie VI.1 ("prosecution of war crimes") en sectie VI.2 ("peacetime measures") te verwisselen.

Gesuggereerd wordt in het rapport duidelijker aan te geven welke onderwerpen op het gebied van het humanitaire oorlogsrecht doelbewust buiten beschouwing zijn gelaten. Zo wordt namelijk een vollediger beeld geschapen.

4 Commentaar van meer algemene aard ten aanzien van de diverse secties

4.1 Sectie I

Paragraaf 2:

In deze paragraaf dient verwezen te worden naar het probleem van de gebrekkige naleving van het humanitaire oorlogsrecht. De vraag die hierbij gesteld dient te worden is of zich hier bijzondere redenen (karakteristieken van humanitair oorlogsrecht) voordoen om aan te nemen dat de problematiek van de naleving meer of op een andere manier speelt dan normaliter bij de naleving van internationale rechtsnormen.

4.2 Sectie II

Dat in deze sectie de "Martens Clause" is opgenomen wordt door de Commissie als positief beoordeeld.

4.3 Sectie III

Paragraaf 22:

De vraag dringt zich op hoe de specifieke onderdelen van het internationale recht zich verhouden tot het internationale recht als geheel. De tekst zou hier opgevat kunnen worden, als is het internationaalrechtelijke systeem slechts werkzaam omwille van de connectie van de diverse onderdelen. Dat is evenwel niet juist. Het internationaalrechtelijk systeem is meer dan een optelsom der delen.

Met betrekking tot sectie III.1 diene, dat gestipuleerd dient te worden dat de toepasselijkheid van het humanitaire oorlogsrecht niet afhankelijk hoeft te zijn van de reden en rechtmatigheid van het gebruik van geweld.

Paragraaf 43 en 44:

De vraag dringt zich op wanneer de toepasselijkheid van het humanitaire oorlogsrecht ophoudt. Deze vraag zou door de auteur van het preadvies meer bestudering behoeven. Eveneens wordt een studie naar de "full implications of the relationship between the contemporary *ius ad bellum* and *ius in bello*" (par. 44) noodzakelijk geacht. Dit laatste wordt ook door de preadviseur reeds aangegeven.

Paragraaf 65 e.v.:

De Commissie is tevreden over de aandacht die wordt gegeven aan de toepasselijkheid van het humanitaire oorlogsrecht bij VN-operaties en de problemen die zijn opgeworpen door de Safety Convention van 1994. Wel zou wat meer gezegd kunnen worden over het humanitaire oorlogsrecht in het kader van peacekeeping missions met een breder mandaat, dus in verband met de bescherming van veilige gebieden en het mogelijk maken van humanitaire hulp. Een vraag die ook aan de orde dient te komen is of de aard van het conflict verandert door het gebruik van geweld door de peace keeping forces.

4.4 Sectie V

Met betrekking tot sectie V.2 wenst de Commissie in zijn algemeenheid op te merken dat helaas geen melding wordt gemaakt van de ICRC-studie over het gewoonterecht.

4.5 Sectie VI

Paragraaf 167:

Met betrekking tot het door de preadviseur genoemde "system of periodic reporting" diene, dat de politieke wil hiertoe thans bij veel staten ontbreekt. Desalniettemin verdient het naar de mening van de CAVV aanbeveling, dat staten zouden kunnen komen tot een rapportage op relatief minder gevoelige terreinen, zoals:

- regelgeving betreffende de bestraffing van oorlogsmisdaden;
- implementatie van de Geneefse Conventies;
- onderwijs in de krijgsmacht.

Daarnaast zou, ondanks dat een rapportagesysteem tot op heden nog niet van de grond is gekomen, wellicht nog aan een niet onbelangrijk alternatief mechanisme gedacht kunnen worden. Immers, in het kader van de vervolging van oorlogsmisdadigers zouden bv. journalisten, medisch personeel en mensenrechtenwaarnemers als getuigen kunnen worden opgeroepen voor het Internationaal Strafhof (of de ad hoc-tribunalen). Op deze wijze vindt dan toch een vorm van "rapportage" plaats.

4.6 Sectie VII

De Commissie is van oordeel dat de conclusies goed aansluiten bij het preadvies als zodanig.

Gelieerd aan paragraaf 189 zou wellicht nog apart iets over implementatie kunnen worden gemeld, bijvoorbeeld in de vorm van een overzicht van implementatiemaatregelen van de afzonderlijke staten.

ANNEX 1: Technisch commentaar ten aanzien van de diverse secties

Sectie I

Paragraaf 4:

De zinsnede "... it seems obvious that that law achievement" dient gestaafd te worden in een voetnoot, of er moet meer analyse van de praktijk aan worden gewijd.

Sectie III

Paragraaf 34:

In deze paragraaf wordt resolutie 687 genoemd, waarbij werd gesteld dat Irak was "liable under international law for any direct loss, damage ... or injury to foreign Governments, nationals or corporations as a result of its unlawful invasion and occupation of Kuwait". Echter, in de resolutie staat niets vermeld over de procedure die hiertoe vervolgens in acht genomen dient te worden.

Over de benadering ("approach") genoemd in paragraaf 34 kan nog worden opgemerkt dat deze zeker niet oncontroversieel was.

Tenslotte is de laatste zinsnede van paragraaf 34 ("... and the criminal responsibility of the State itself.") onjuist, nu er in het volkenrecht geen "criminal responsibility" voorkomt. De tekstsuggestie luidt derhalve:
"... and the responsibility of the State itself for an international crime."

Paragraaf 35:

Sub a dient te worden aangevuld, waardoor de hele regel als volgt luidt:
the resort to force is compatible with the United Nations Charter and/or customary international law.

Paragraaf 41:

Het woord "mandate" in de zesde regel dient vervangen te worden door "authorization".

Vanaf de woorden "In so far ... " zou een nieuwe paragraaf moeten beginnen.

Paragraaf 42:

Het woord "mandate" zou aangevuld dienen te worden met de woorden "or an action authorized by the Security Council."

Paragraaf 51:

Vierde regel: "Thus, the laws of war do not nationals of neutral States". Deze zinsnede kan slechts slaan op die staten die het Eerste Protocol niet hebben ondertekend en geratificeerd, nu het element van de burgerbevolking juist een van de elementen is waaraan in Protocol I aandacht wordt geschonken.

Paragraaf 52:

De preadviseur lijkt hier te suggereren dat Principle 24 van de Rio Declaratie bindend internationaal recht betreft, hetgeen op z'n minst controversieel is. Om die reden verdient het aanbeveling, dat ten aanzien van de Rio Declaratie een zinsnede wordt opgenomen als "the legal value has also been subject of much comment and controversy".

Paragraaf 53:

Ten aanzien van deze paragraaf diene, dat de Commissie van mening is dat van de preadviseur verwacht mag worden dat hij hier ook zijn eigen mening uitdraagt.

Paragraaf 54:

Het in deze paragraaf gebezigde citaat van het Hof zou beter vóór paragraaf 52 kunnen staan.

Paragraaf 64:

In deze paragraaf dient een referentie gemaakt te worden naar de jurisprudentie van het Hof, zoals bv. de Nicaragua-case (die overigens niet overeen komt met de Tadic-case bij het ICTY). Tevens verdient het aanbeveling dat de preadviseur ingaat op de vraag wanneer er voor de toepassing van het humanitaire oorlogsrecht sprake is van een gewapend conflict.

Paragraaf 64 ontbeert een analyse van de praktijk.

Sectie IV

Paragraaf 76:

De zin "A particularly important development ... individuals depended" zou meer uitgewerkt kunnen worden.

Paragraaf 90:

De zin aan het einde van deze paragraaf, waarin staat vermeld dat de Ottawa Conventie Protocol II (bij het Conventionele Wapenverdrag) opzij zet is niet geheel juist, zeker waar het antitankmijnen betreft. Toevoeging van het woord "partially" zou in dit opzicht gesuggereerd kunnen worden.

Paragraaf 93:

In deze paragraaf wordt de stelling geponoerd dat ontwapening de weg is waarlangs van onmenselijke wapens moet worden afgekomen. Dit verdient meer onderbouwing.

Paragraaf 114:

De eerste zin van deze paragraaf wordt met twee praktijkvoorbeelden onderbouwd. Dit wordt door de Commissie nogal mager geacht.

Sectie IV.5:

Het wordt door de Commissie gewaardeerd dat hier aandacht wordt gegeven aan "the law of naval warfare" in het algemeen en de San Remo Manual in het bijzonder. Wel dient ten aanzien van dit gedeelte van het preadvies dat "internal conflicts" en "internal armed conflicts" vaak door elkaar worden gebruikt.

Sectie V:

Paragraaf 139:

In deze paragraaf worden belangrijke opmerkingen gemaakt over artikel 3 en Protocol II, maar de vraag is hoe overheden tot naleving/toepassing te brengen en ze geen ontsnappingsmogelijkheid te geven.

Paragraaf 144:

De zin "additional Protocol II has no equivalent of the provisions of the Second Convention" is niet geheel juist. Dit geldt men name voor het onderwerp "schipbreukelingen", dat in artikel 7 en 8 van het Tweede Protocol aan de orde komt.

Paragraaf 148:

In de derde regel dient "Protocol I" te zijn: "Protocol II". Overigens wordt de tekst van deze paragraaf door de Commissie als onduidelijk beoordeeld. Het "unnecessary suffering principle" is in beginsel dusdanig gelieerd aan wapengebruik, dat het onlogisch is dit in deze paragraaf te verbinden aan "the order not to give quarter". Om die reden verdient het aanbeveling om deze paragraaf te splitsen in twee delen en een tweede paragraaf te laten beginnen bij "The logic lies behind ...".

Sectie VI

Paragraaf 172 t/m 174:

De Commissie is van mening dat de preadviseur dient aan te geven dat de Fact-Finding Commission zelf een uitbreiding van het mandaat voorstaat (dus ook interne gewapende conflicten); de FFC heeft hier in het verleden een verklaring over uitgegeven.

Paragraaf 176:

De verwijzing naar artikel 1 is zeer summier. Er is in het verleden veel discussie geweest over wat onder artikel 1 kan vallen; hierop zou in dit preadvies moeten worden ingegaan.

**ANNEX 2: Samenstelling van de Commissie van Advies inzake
Volkenrechtelijke Vraagstukken**

Voorzitter:

Prof dr K.C. Wellens

Leden:

Dr N.M. Blokker

Prof mr Th. C. van Boven

Prof dr T. Heukels

Mw dr E. Hey

Mw prof dr B. Kwiatkowska

Prof dr P. Malanczuk

Mr dr E.P.J. Myjer

Mw mr J.W.H.M. van Sambeek

Prof dr N.J. Schrijver

Prof dr A.H.A. Soons

Secretaris:

Mr A. van Woudenberg

=====

Den Haag, 23 december 1998