

De behandeling van gevangengenomen personen tijdens *counter-insurgency* missies

door

KAP MR. D.R.D. NAUTA¹⁾

1. Inleiding

Op 17 november 2006 berichtte de Nederlandse pers dat functionarissen van de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst tijdens *Stabilisation Force Iraq* (SFIR) in 2003 Iraakse gevangenen onmenselijk zouden hebben behandeld.²⁾ Minister Kamp stelde naar aanleiding van deze berichtgeving een onderzoekscommissie (commissie “Van den Berg”) in, die de vermeende gedragingen onderzocht.³⁾

De commissie constateerde onder meer dat personen bij hun aanhouding met de handen op de rug werden geboeid en veelal geblinddoekt werden door middel van een stofbril met zwartgemaakte glazen. Vervolgens werden zij overgebracht naar een *detention facility*. Om operationele veiligheid te kunnen waarborgen werd *white noise*⁴⁾ gebruikt om communicatie tussen de gedetineerden te voorkomen. De cellen waar zij werden vastgehouden waren ongeveer twee bij drie meter. De sanitaire voorziening was vrij eenvoudig van aard; zij bestond uit een emmer met een vuilniszak. Tijdens de gesprekken die de ondervragers met de gedetineerden hadden, werd soms gebruik gemaakt van de *good guy/bad guy* tactiek, waarbij één ondervrager een wat vriendelijkere houding aannam dan de ander. In enkele gevallen hebben de ondervragers water gebruikt om de gedetineerde wakker te houden.⁵⁾

De juridische kaders waaraan de commissie de gedragingen toetste, bestonden uit mensenrechtenverdragen, internationaal humanitair oorlogsrecht, de Wet internationale misdrijven en het Wetboek van Militair Strafrecht. De commissie concludeerde dat, met uitzondering van de behandeling van één gedetineerde, er geen sprake was van marteling of vernederende behandeling in de zin van artikel 3 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

De Commissie van Toezicht betreffende de Inlichtingen en Veiligheidsdiensten (CTIVD) heeft ook – overeenkomstig haar taak op basis van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 – de rechtmatigheid van de activiteiten van de Militaire Inlichtingen en Veiligheidsdienst onderzocht. De CTIVD kwam tot de conclusie dat Nederlandse militairen zich bij de ondervraging van gedetineerden niet aan marteling hebben schuldig gemaakt.

De bevindingen van beide Commissies geven aanleiding om de internationaalrechtelijke

¹⁾ Auteur is werkzaam bij het Allied Joint Forces Command NATO te Brunssum en uitgezonden geweest als LEGAD tijdens SFIR5.

²⁾ De berichten waren te lezen in de Volkskrant van 17 november 2006.

³⁾ Kamerstukken II, 2006/07, 23432, nr. 228, Brief van de minister van Defensie d.d. 18 juni 2007, R)rapport van de commissie van onderzoek naar de betrokkenheid van Nederlandse militairen bij mogelijke misstanden bij gesprekken met gedetineerden in Irak. (hierna: Rapport Commissie van den Berg).

⁴⁾ White noise bestaat uit het afspelen van een continue ruis op een bepaald geluidsniveau, zodat overige omgevinggeluiden niet meer hoorbaar zijn.

⁵⁾ Rapport Commissie van den Berg, p. 47 e.v.

lijke kaders nader te identificeren die voor Nederlandse militairen gelden ten aanzien van de behandeling van door hen gevangengenomen personen. Ter illustratie is de SFIR missie genomen. De in paragraaf 5 van dit artikel opgesomde regels zijn, gelet op het soort van operaties waaraan Nederland deelneemt – waar *counter-insurgency*⁶⁾ een belangrijke plaats inneemt - in meerdere situaties van overeenkomstige toepassing. De aard van de missie brengt veelvuldig met zich mee dat personen kunnen worden gedetineerd. Gedurende de tijd dat gedetineerden worden vastgehouden dient duidelijk te zijn welke internationaalrechtelijke waarborgen gelden.

In dit artikel wordt allereerst kort ingegaan op positie van Nederland binnen de multinationale missie in Irak. Vervolgens wordt de toepasselijkheid van het humanitair oorlogsrecht en mensenrechten tijdens de operatie beoordeeld. Tenslotte zullen de specifieke bepalingen van deze twee rechtsgebieden die gelden voor de behandeling van gedetineerden worden uitgewerkt.

2. Deelname van Nederland aan Operation TELIC te Irak

Op 1 mei 2003 werden de vijandelijkheden tussen Irak enerzijds en de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk anderzijds beëindigd.⁷⁾ De Iraakse *Baath* partij was opgeheven en bestaande Iraakse overheidsstructuren functioneerden niet meer. Het terugtrekken van de Amerikaanse en Britse troepen zou het onvermijdelijke gevolg hebben dat Irak in een bestuurlijke chaos zou belanden. Het VK en de VS besloten om hun troepen niet terug te trekken, maar als bezettende macht in Irak te blijven totdat de stabiliteit in het land zou terugkeren. Op grond van het bezettingsrecht, waren de VS en het VK verplicht vrijwel alle overheidstaken over te nemen. Om dit in goede banen te kunnen leiden stelden zij de *Coalition Provisional Authority* (CPA) in. De CPA oefende de bestuurlijke taken tijdelijk uit tot het moment dat – in beginsel tot 30 juni 2004⁸⁾ – de interim-overheid die taken over kon nemen.

Het VK en de VS verzochten andere landen hen te assisteren in het stabiliseren en opbouwen van Irak.⁹⁾ De VN Veiligheidsraad verwoordde dit verzoek in resolutie 1483 en verwelkomde ‘*the willingness of Member States to contribute to stability and security in Iraq by contributing personnel, equipment, and other resources unnder the Authority*’.

Het VK opereerde in Irak onder het multinationale samenwerkingsverband genaamd “Operation TELIC”. Op 6 juni 2003 nam het Nederlandse kabinet het besluit een militaire bijdrage te leveren aan Operation TELIC. Nederland werkte onder de naam Stabilisation Force Iraq (SFIR). In de operationeel hiërarchische lijn vielen de Nederlandse militairen onder de Britse leiding van de *Multi National Division South-East* in de provincie Al Muthanna.

⁶⁾ Met het begrip “counter-insurgency” wordt bedoeld het gebruik van geweld van een regering tegen militanten. Hiermee wordt aangegeven dat het geweld niet tegen ‘combattanten’ is gericht maar tegen burgers die aan het gevecht direct deelnemen. Een regering kan daarbij worden ondersteund; Afghanistan wordt door de NAVO (ISAF) bijgestaan in het gevecht tegen militanten. In Irak werd eerst de bezettende macht tegengewerkt door militanten. Toen de Irakese regering was geïnstalleerd werd deze bijgestaan door - ondermeer - Nederlandse militairen tegen militanten.

⁷⁾ Verklaring van de president van de Verenigde Staten, G.W. Bush, 1 Mei 2003, 39 Weekly Comp. Press Docs 516-517.

⁸⁾ VR Resolutie 1546 (2004), art. 2 ‘...by 30 June 2004, the occupation will end and the Coalition Provisional Authority will cease to exist, and (...) Iraq will reassert its full sovereignty’.

⁹⁾ Letter of 8 May 2003 from the Permanent Representatives of the United States of America and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the President of the Security Council (S/2003/538).

3. Toepasselijkheid humanitair oorlogsrecht gedurende SFIR

Humanitair oorlogsrecht is van toepassing tijdens een gewapend conflict en gedurende een (gedeeltelijke) bezetting van een grondgebied.¹⁰⁾ Het is daarom van belang te bepalen in welke situatie Irak zich bevond. In dit opzicht zijn drie opeenvolgende fasen te onderkennen. Tot 1 mei 2003 was er in Irak sprake van een internationaal gewapend conflict, gevolgd door een bezetting door het VK en de VS vanaf 1 mei 2003. De bezetting liep pas ten einde op het moment van soevereiniteitsoverdracht aan de Iraakse interimregering in juni 2004. De Nederlandse bijdrage aan SFIR werd geleverd in de periode van bezetting en in die van Iraakse autonomie.

Bezetting

Het Haags Landoorlogsreglement¹¹⁾ en de Vierde Conventie van Genève geven regels omtrent bezetting.¹²⁾ Artikel 42 Haags Landoorlogsreglement geeft een definitie: *‘Een grondgebied wordt als bezet beschouwd, wanneer het zich feitelijk bevindt onder het gezag van het vijandelijk leger. De bezetting strekt zich slechts uit over die delen van het grondgebied, waar dit gezag is gevestigd en in staat is zich te doen gelden.’*¹³⁾ Gemeenschappelijk artikel 2 van de Conventies van Genève stelt dat de regels van de Conventie ten tijde van bezetting van toepassing is, *‘zelfs indien deze bezetting geen gewapende tegenstand ontmoet’*.

De VS en het VK voldeden in Irak aan deze definitie van bezettende macht. Ook de VR kwam in zijn Resolutie 1483 tot dezelfde conclusie; de VR benadrukte dat de beide landen hun verantwoordelijkheden als *bezettters* dienden te nemen.¹⁴⁾ De Conventies van Genève en het Haags Landoorlogsreglement leggen de bezetter vergaande juridische en financiële verantwoordelijkheid op om het dagelijks bestuur in het bezet gebied waar te nemen.¹⁵⁾ VS en het VK hadden deze verantwoordelijkheden op zich genomen door het bestuurlijk gezag uit te oefenen via de CPA.

Nederland als bezettende macht?

Resolutie 1483 van de Veiligheidsraad gaf een aanwijzing of de Nederlandse ondersteuning aan de CPA tevens als bezettende macht moest worden gezien in de zin van het humanitair oorlogsrecht. De Veiligheidsraad onderkende dat er een situatie kon ontstaan waarin Staten die zelf geen bezettende macht waren, wel de bezetter (de CPA) konden ondersteu-

¹⁰⁾ Gemeenschappelijk art. 2 van de vier Conventies van Genève, *‘Onverminderd de bepalingen welke reeds in tijd van vrede in werking moeten treden, is dit Verdrag van toepassing ingeval een oorlog is verklaard of bij ieder ander gewapend conflict dat ontstaat tussen twee of meer der Hoge Verdragsluitende Partijen, zelfs indien de oorlogstoestand door één der Partijen niet wordt erkend. Het Verdrag is eveneens van toepassing in alle gevallen van gehele of gedeeltelijke bezetting van het grondgebied van een Hoge Verdragsluitende Partij, zelfs indien deze bezetting geen gewapende tegenstand ontmoet.’*

¹¹⁾ Artt. 42 tot en met 56 Haags Landoorlogsreglement.

¹²⁾ Artt. 2 en 6 van de Vierde Conventie van Genève.

¹³⁾ Wanneer dit gezag gevestigd is, is een feitenkwestie: zie J. Paust, *The US as an Occupying Power Over Portions of Iraq and Relevant Responsibilities Under the Law of War*, ASIL Insight, april 2003.

¹⁴⁾ VR Resolutie 1483 (2003), *“... recognizing the specific authorities, responsibilities, and obligations under applicable international law of these states as occupying powers under unified command (the Authority)”*.

¹⁵⁾ L. Lijnzaad, *How not to Be an Occupying Power: Some Reflections on UN Security Council Resolution 1483 and the Contemporary Law of Occupation*, in: *Making the Voice of Humanity Heard*, 2004, p. 299.

nen.¹⁶⁾ Het Nederlands kabinet stelde dat deze resolutie met zich mee bracht dat landen die ondersteuning leverden aan de bezettende macht, zelf niet als bezettende mogendheid konden worden aangemerkt.¹⁷⁾

Of de bijdrage aan SFIR ertoe leidde dat Nederland een bezettende macht was of niet, is echter niet afhankelijk van politieke uitlatingen maar van de feitelijke taken die de Nederlandse eenheden uitvoerden.¹⁸⁾ Om te voorkomen dat de rol die Nederland vervulde in Irak vereenzelvigd werd met de rol die het VK en de VS als bezettende macht hadden, stelde het kabinet nadrukkelijk dat de Nederlandse militairen niet de bevoegdheid hadden personen detineren. De bevoegdheid daartoe komt immers louter toe aan een bezettende macht.

Tijdens een bezetting zijn er verschillende gronden om personen te detineren. De CPA maakte onderscheid in drie categorieën; krijgsgevangenen (*Enemy Prisoners of War*), personen die op grond van veiligheidsredenen werden vastgehouden (*Internees*) en personen die verdacht werden van het plegen van een strafbaar feit (*Detainees*).¹⁹⁾ De rechtsbasis wordt respectievelijk gevonden in artikel 21 van de Derde Conventie van Genève²⁰⁾, artt. 41 t/m 43 en artikelen 68²¹⁾ en 78²²⁾ van de Vierde Conventie van Genève. De CPA gaf in zijn memorandum no. 3 nadere invulling van deze bevoegdheden.

In de praktijk betekende het dat de Nederlandse militairen wel personen ter plekke konden aanhouden²³⁾, doch dat zij hen vervolgens overdroegen aan de bevoegde Irakese autoriteiten of het VK. Daarbij werd onderscheid gemaakt of een persoon op grond van veiligheidsredenen, verdenking van oorlogsmisdrijven of commune misdrijven was aangehouden. In de eerste twee gevallen werden deze personen aan de Britse eenheden overgedragen en vastgehouden in de daarvoor ingerichte *Detainment Facilities*. Aangehouden personen die verdacht werden van het plegen van een commuun misdrijf werden overgedragen aan de Iraakse politie.

Het vorenstaande leidde ertoe dat Nederland in de SFIR-rol geen bezettende macht was. Dit betekende strikt genomen dat slechts een beperkt aantal van de bepalingen van het humanitair oorlogsrecht op de Nederlandse militairen van toepassing waren. In die zin is de opmerking van de Veiligheidsraad in paragraaf 5 van Resolutie 1483 merkwaardig te

¹⁶⁾ VR Resolutie 1483 (2003) van 22 mei 2003 *‘Noting further that other States that are not occupying powers are working now or in the future may work under the Authority’*.

¹⁷⁾ Kamerstukken II 2002/03, 23432, nr. 116, Brief van de ministers van Defensie en Buitenlandse Zaken aan de Tweede Kamer d.d. 6 juni 2003, p. 8.

¹⁸⁾ M. Zwanenburg, *Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the law of occupation*, ICRC December 2004, vol. 86, no. 856, p. 754.

¹⁹⁾ Artt. 41 t/m 43, 68 en 78 Vierde Conventie van Genève.

²⁰⁾ Art. 21 Derde Conventie van Genève: *“De gevangenhoudende Mogendheid mag krijgsgevangenen aan internering onderwerpen.”*

²¹⁾ Art. 68 Vierde Conventie van Genève: *“Wanneer beschermde personen een vergrijp plegen uitsluitend met het oogmerk de bezettende Mogendheid te benadelen, zonder dat dit feit een aanslag op het leven van of lichamelijke geweldpleging tegen leden van het bezettingsleger of de bezettingsadministratie inhoudt, noch een ernstig gemeen gevaar oplevert, noch zware schade toebrengt aan de eigendommen van het bezettingsleger of van de bezettingsadministratie of van de bij deze in gebruik zijnde installaties, kunnen deze personen worden onderworpen aan internering of gewone gevangenisstraf, mits de duur van deze internering of gevangenschap evenredig is aan het gepleegde feit.”*

²²⁾ Art. 78 Vierde Conventie van Genève: *“Indien de bezettende Mogendheid het om dwingende redenen van veiligheid nodig acht ten aanzien van beschermde personen veiligheidsmaatregelen te nemen, mag zij hun ten hoogste een gedwongen verblijfplaats aanwijzen of hen aan internering onderwerpen.”*

²³⁾ Met “aanhouden” wordt hier niet de aanhouding in strafrechtelijke zin bedoeld, maar louter het fysieke vastpakken van een persoon. Waar mogelijk wordt de term “detention” of “detainee” gebruikt.

noemen waarin hij de deelnemende landen verzocht zich te houden “aan de bepalingen van de Conventies van Genève en het Landoorlogreglement.”²⁴⁾ Omdat de VR enerzijds de deelnemende landen die de Autoriteit ondersteunden niet kwalificeerde als bezetters, zouden louter die bepalingen van de Conventies van Genève en het Haags Landoorlogreglement gelden die gericht zijn aan alle Staten.²⁵⁾ Deze uitleg wenste het kabinet echter niet aan zijn uitspraken betreffende de status in Irak te geven. In de brief aan de Tweede Kamer heeft het kabinet gemeld dat de militairen *alle* regels van het humanitair oorlogsrecht zouden respecteren.²⁶⁾ Door deze uitspraak werden de Nederlandse militairen in ieder geval politiek gebonden aan de bepalingen van het humanitair oorlogsrecht, met uitzondering van de bevoegdheden en verplichtingen die specifiek aan een bezettende macht worden toegekend.²⁷⁾

Een dergelijke situatie waarin Nederland niet als partij deelneemt aan een gewapend conflict²⁸⁾, noch een bezettende macht is, maar slechts een autoriteit assisteert is kenmerkend voor recente missies waaraan Nederland deelneemt. De vraag in welke mate het humanitair oorlogsrecht toepasselijk is zal in deze gevallen sterk afhankelijk zijn van politieke uitspraken en het feitelijke optreden van de Nederlandse militairen. Deze beoordeling is van belang om te bepalen welke bevoegdheden en verplichtingen de Nederlandse militairen hebben ten aanzien van personen die zich feitelijk in hun macht bevinden; zij het *Prisoners of War, Internees of Detainees*.

De periode na bezetting

In juni 2004 werd de soevereiniteit overdragen aan de Iraakse interimregering. Deze handeling had enkele ingrijpende consequenties voor de *detention policy*. Immers, de CPA verloor haar rechten en plichten als bezetter en was daarom niet meer bevoegd op grond van het bezettingsrecht personen te detineren. *Detainees* verdacht van strafrechtelijke vergrijpen dienden te worden overdragen aan de Iraakse interimregering. De

²⁴⁾ VR Resolutie 1483 (2003), para 5 “Calls upon all concerned to comply fully with their obligations under international law including in particular the Geneva Conventions of 1949 and the Hague Regulations of 1907”.

²⁵⁾ Zie Zwanenburg, *supra*, p. 764. “Indien de inleiding op paragraaf 14 van VN Res 1483 zodanig gelezen moet worden dat de Staten die onder de Autoriteit werken geen bezettende macht zijn, gelden dus de verplichtingen voor de bezettende macht niet voor deze staten. Zij zijn desalniettemin gebonden aan bepaalde regels die geadresseerd zijn tot alle staten die partij zijn bij de Geneefse conventies, zoals art. 59 Vierde Conventie van Genève.”

²⁶⁾ Kamerstukken II 2002/03, 23432, nr. 116, Brief van de ministers van Defensie en Buitenlandse Zaken aan de Tweede Kamer d.d. 6 juni 2003. In het verleden hebben staten en de VN het humanitair oorlogsrecht als richtlijnen op hen verbindend verklaard, terwijl strikt genomen de bepalingen van het humanitair oorlogsrecht niet van toepassing zouden zijn. Overigens is deze tendens niet geheel toe te juichen, nu men zou kunnen beargumenteren dat door het verbindend verklaren van de humanitair oorlogsrechtelijke bepalingen, daarmee aan (enkele) mensenrechtelijke bepalingen zou kunnen worden gederogerd. Zie M.J. Kelly, *Restoring and maintaining order in complex peace operations, the search for a legal framework*, 1999, p. 92.

²⁷⁾ VR Resolutie 1483 (2003), para 5 en herhaald in VN Resolutie 1511. Zie tevens: Gasser, *Die anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts auf militärische operationen der vereinten nationen*, SZIER 1994, p. 467-468. Volgens Gasser zijn peacekeepers geen bezettingsmacht, zelfs wanneer zij de controle over een gebied uitoefenen, maar moeten zij desalniettemin, als zij taken uitoefenen die gelijkaardig zijn aan deze van een bezettingsmacht, zich wel oriënteren naar op deze taken toegepaste bepalingen uit de vierde Conventie van Genève.

²⁸⁾ Kamerstukken II 2004/05, 27925, nr. 172, Brief van de minister van Defensie van 22 april 2005. In het kader van een verklaring ex artikel 71 van het Wetboek Militair Strafrecht, stelt de minister dat Nederland niet deelnam aan een gewapend conflict in Irak.

security interneers, die niet gelijktijdig verdacht zijn van het plegen van strafbare feiten, dienden te worden vrijgelaten.

4. Toepasselijkheid van mensenrechten gedurende SFIR

Tijdens een gewapend conflict of bezetting dienen de normen als neergelegd in het internationaal humanitair oorlogsrecht te worden nageleefd. Over de vraag in hoeverre mensenrechtelijke normen tijdens die situaties door een Staat gerespecteerd dienen te worden, wordt verschillend gedacht. Er zijn twee fundamentele vragen die beantwoord moeten worden. Ten eerste de vraag of mensenrechtelijke verdragsnormen tijdens een noodtoestand, zoals een gewapend conflict of tijdens bezetting, in zijn totaliteit toepasselijk zijn.²⁹⁾ Ten tweede moet bezien worden of mensenrechtelijke verdragen ook extraterritoriaal, dus buiten het gebied van de verdragsluitende partijen, werken.

Het antwoord op de eerste vraag is tweeledig. Enerzijds zijn mensenrechtelijke bepalingen derogerbaar tijdens een noodtoestand, zoals een gewapend conflict of bezetting. Volgens het Internationaal Gerechtshof zijn mensenrechten tijdens een gewapend conflict van toepassing³⁰⁾, met dien verstande dat van een bepaald aantal mensenrechtelijke bepalingen gederogerd kan worden.³¹⁾ Artikel 15 EVRM (art. 4 IVBPR) benoemt de rechten die tijdens een noodtoestand mogen worden ingeperkt. Dat zijn bijvoorbeeld: het recht op vereniging, het recht op een privé-leven en het recht op vrijheid van meningsuiting.³²⁾ Met name artikel 5 EVRM is met het oog op de SFIR operatie interessant. Het bepaalt dat een aangehouden persoon recht heeft op *onverwijld* voorgeleiding voor een rechter of voor een andere magistraat die door de wet bevoegd is verklaard rechterlijke macht uit te oefenen.³³⁾ Artikel 5 kent beperkte toepassing tijdens een gewapend conflict of noodtoestand, waardoor Nederlandse militairen tijdens SFIR niet verplicht waren om een aangehouden verdachte van een misdrijf onverwijld voor te doen geleiden naar een Iraakse rechter. De Directie Juridische Zaken van het Ministerie van Defensie adviseerde in een nota³⁴⁾ aan de Plaatsvervangend Chef Defensiestaf dat de overdracht van aangehouden personen bij voorkeur binnen 96 uur na aanhouding diende plaats te vinden. Dit advies is vervolgens overgenomen en als een instructie meegegeven aan de MIVD. Deze termijn is vermoedelijk ontleend aan de jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van artikel 5 EVRM waaruit blijkt dat de voorgeleiding tot een onafhankelijke rechter de tijdsduur niet vier dagen mag overschrijden.³⁵⁾ Zoals hierboven gesteld heeft artikel 5 EVRM geen volledige toepassing ten tijde van een noodtoestand of een gewapend conflict. Dit staat een coalitiepartij echter niet in de weg om extra bescherming en

²⁹⁾ In sommige artikelen van het EVRM en IVBPR is dit voorbehoud te zien, zie artt. 3 EVRM en 7 IVBPR.

³⁰⁾ *Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory*, advisory opinion International Court of Justice (ICJ), 9 juli 2004, para 106.

³¹⁾ *Legality of the threat of use of nuclear weapons*, advisory opinion ICJ, 8 juli 1996, para. 25 en *Legal consequences of a wall in the occupied Palestinian territory*, advisory opinion ICJ, 9 juli 2004, para 104-106.

³²⁾ Resp. artt. 11, 8 en 10 EVRM.

³³⁾ *Een ieder die is gearresteerd of gedetineerd, [...], moet onverwijld voor een rechter worden geleid of voor een andere magistraat die door de wet bevoegd verklaard is rechterlijke macht uit te oefenen [...].*

³⁴⁾ De nota van de Directie Juridische Zaken aan de Plaatsvervangend Chef Defensiestaf is eind maart 2004 uitgelekt en door het AD gepubliceerd.

³⁵⁾ In een tegen Nederland ingediende klacht bij de Commissie voor de bescherming van de rechten van de mens (2894/66, X v. Nederland, Yearbook IX (1966), p. 564 (568), wordt een tijdsverloop van 4 dagen tussen arrestatie en de voorgeleiding nog in overeenstemming met de Conventie geacht.

waarborgen te creëren voor de door haar aangehouden personen. Een schending van deze (niet-bindende) richtlijn biedt echter geen mogelijkheid voor een Iraakse burger in beroep te gaan bij - bijvoorbeeld - het EHRM.

Anderzijds kunnen humanitair oorlogsrechtelijke bepalingen – bij strijdigheid met mensenrechtelijke bepalingen – als een *lex specialis* voorrang krijgen. Zo kan bijvoorbeeld het recht op leven, zoals neergelegd in artikel 2 van het EVRM, strijdig zijn met het recht op het aanvallen van ‘combattanten’ als bedoeld in artikel 52 van Aanvullend Protocol I bij de Conventies van Genève. Volgens het Internationaal Gerechtshof prevaleert bij strijdigheid tussen de twee rechtssystemen het humanitair oorlogsrecht als *lex specialis*.³⁶⁾ In zijn geheel bezien kunnen mensenrechten een prima aanvulling zijn op de bepalingen van het humanitair oorlogsrecht, bijvoorbeeld het verbod op foltering of slavernij. Artikel 72 van Aanvullend Protocol I bij de Conventies van Genève bevestigt dit en stelt dat “*De bepalingen van deze Sectie (Handelingen van personen in de macht van een partij bij het conflict) [...] een aanvulling [vormen] op de regels betreffende de humanitaire bescherming van de zich in de macht van een partij bij het conflict bevindende burgers en burgerobjecten, neergelegd in het Vierde Verdrag, in het bijzonder in de Delen I en III daarvan, evenals op de andere toepasselijke regels van het volkenrecht betreffende de bescherming van de fundamentele rechten van de mens gedurende internationale gewapende conflicten.*”

Met betrekking tot de extraterritoriale toepasselijkheid van mensenrechten is het volgende van belang. Mensenrechtelijke bepalingen zijn in beginsel slechts van toepassing binnen het gebied waarover de verdragsluitende partij haar jurisdictie uit kan oefenen. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) stelt in het *Bankovic-arrest*³⁷⁾ dat die bepalingen alleen binnen het territorium van een verdragsluitende partij gelden. In een later arrest³⁸⁾ geeft het Hof een belangrijke aanvulling op die regel. Indien een staat effectieve controle uitoefent over een gebied dat buiten zijn territorium ligt, heeft die staat feitelijke jurisdictie en zijn die bepalingen ook daar geldig. De voornoemde arresten leiden tot de conclusie dat de VS (overigens geen partij bij het EVRM) en het VK, omdat zij effectieve controle hadden en daarmee ook jurisdictie uit konden oefenen in Irak, de mensenrechtenverdragen waarbij zij partij zijn, na dienen te leven.

In een recente uitspraak in *Behrami vs. France* van 31 mei 2007³⁹⁾ beantwoordt het EHRM de vraag of *Troop Contributing Nations* zelfstandig nog effectieve controle uitoefenen indien zij onder het commando van de Verenigde Naties (i.c. UNMIK) opereren. Het Hof beantwoordt deze vraag negatief. Daarmee wordt een indicatie gegeven dat landen die de bezettende macht (de VS en VK) in Irak ondersteunden en zelf geen effectieve controle uitoefenden, niet zouden kunnen worden aangesproken door slachtoffers van overtredingen van mensenrechtelijke bepalingen.

5. Behandeling van gevangengenomen personen

In de voorgaande paragrafen is vastgesteld dat het humanitair oorlogsrecht (door een

³⁶⁾ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, advisory opinion ICJ, 8 juli 1996.

³⁷⁾ *Bankovic and others v. Belgium and 16 other contracting states (admissibility)*, Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), 52207/99, d.d. 19 december 2001.

³⁸⁾ *Llascu and Others v. Moldova and Russia*, EHRM 48787/99, 8 Juli 2004 en *Loizidou v. Turkey*, EHRM, 18 December 1996. Het Hof zocht bij zijn definitie van jurisdictie aansluiting met ‘effectieve controle’. Een duidelijke vorm waarbij een Staat effectieve controle uitoefent is bijvoorbeeld detentie.

³⁹⁾ *Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*, respectievelijk EHRM 7142/01 en EHRM 78166/01, 31 mei 2007.

politieke verklaring van het Nederlandse kabinet en de VN Resolutie 1483⁴⁰⁾ en – in beperkte mate, althans vanuit politiek oogpunt – mensenrechten van toepassing waren tijdens het optreden van Nederlandse militairen voor SFIR. De Nederlandse militairen waren op grond van Rules of Engagement bevoegd om personen om veiligheidsredenen of bij verdenking van het plegen van een strafbaar feit aan te houden, doch zij waren verplicht hen over te dragen aan de Iraakse autoriteiten of de (Britse) bezetter.

Daarmee kom ik toe aan de beantwoording van de vraag welke concrete bepalingen zien op de behandeling van personen die door Nederlandse militairen zijn aangehouden, voor korte duur worden vastgehouden ten behoeve van eventuele informatievergaring en vervolgens worden overgedragen aan het VK of de Iraakse politie.

Ten aanzien van de gevangenneming

- *De gevangenneming moet noodzakelijk zijn*

Personen kunnen worden gevangen genomen op verdenking van een strafbaar feit, of omdat zij een bedreiging vormen voor de veiligheid van coalitietroepen. Personen kunnen derhalve niet worden gevangengenomen louter vanwege de waarde als mogelijke inlichtingenbron. Indien een persoon niet tegelijkertijd verdacht is van een strafbaar feit, noch een bedreiging vormen voor de veiligheid van de coalitie, mag hij niet worden aangehouden.⁴¹⁾ Dit verbod vloeit tevens voort uit mensenrechtelijke bepalingen, waaronder het verbod op willekeurige arrestatie.⁴²⁾

- *Scheiding aanhouding o.g.v. internering / detentie*

Een persoon die een strafbaar feit pleegt, maar niet een veiligheidsrisico vormt, dient niet in hetzelfde regime terecht te komen als een *internee*.⁴³⁾ Een verdachte van een strafbaar feit heeft immers recht op extra juridische garanties, zoals neergelegd in verschillende mensenrechtelijke verdragen en het humanitair oorlogsrecht. Men denke aan het voorgeleiden voor een strafrechter, recht op een advocaat, recht op zwijgen en andere strafrechtelijke waarborgen.

Door middel van CPA Memorandum no. 3 werd het bovengenoemde onderscheid ook daadwerkelijk nagestreefd: Section 6 betrof de behandeling van *detainees*, Section 7 stelde regels ten aanzien van de behandeling van *security internees*. De rechten van een geïnterneerde verschilden aanzienlijk met die van een gedetineerde. Een gedetineerde mocht zijn recht op zwijgen uitoefenen, had recht op juridische bijstand binnen 72 uur en diende binnen 90 dagen voorgeleid te zijn voor een onafhankelijke strafrechter.

Dergelijke rechten werden – en hoefden - niet verleend te worden aan de *internee*. De *internee* kon tegen zijn gevangenneming in beroep gaan waarop zo spoedig mogelijk werd beslist en hij had maximaal tweemaal per jaar recht op herziening van de reden van zijn vasthouding. Het was voor de overdracht van personen aan het VK van belang dat de Nederlandse militairen de gronden van aanhouding registreerden.

- *Geen aanhouding ‘en bloc’*

De grondslag voor iedere aanhouding moet per geval worden beoordeeld. Er mogen

⁴⁰⁾ “Calls upon all concerned to comply fully with their obligations under international law including in particular the Geneva Conventions of 1949 and the Hague Regulations of 1907”.

⁴¹⁾ Artt. 7 en 42 Vierde Conventie van Genève.

⁴²⁾ Art. 9 (1) IVBPR, “Een ieder heeft recht op vrijheid en veiligheid van zijn persoon. Niemand mag worden onderworpen aan willekeurige arrestatie of gevangenhouding. Niemand mag zijn vrijheid worden ontnomen, behalve op wettige gronden en op wettige wijze”.

⁴³⁾ Art. 68 Vierde Conventie van Genève.

wel grootschalige aanhoudingen worden verricht, maar er dient vervolgens per geval te worden beoordeeld of een individu een gevaar voor de veiligheid vormt dan wel of hij verdacht wordt van een strafbaar feit.⁴⁴⁾

- *Mededeling van de reden voor aanhouding*

De aangehouden persoon moet worden medegedeeld - in een taal die hij verstaat - wat de redenen voor de aanhouding zijn geweest. Het is een element van humane behandeling en is in meer detail neergelegd in verschillende mensenrechtelijke bepalingen.⁴⁵⁾ CPA Memorandum Section 6(1)(c) stelde dat aangehouden personen op grond van een verdenking van een strafbaar feit moesten worden geïnformeerd over de reden van hun aanhouding. Eenzelfde bepaling voor *internees* gold overigens niet.

Ten aanzien van de gevangenneming tot het moment van overdracht

- *Humane behandeling*

Gedurende de vrij korte tijd waarin een persoon zich in de macht van een Nederlandse eenheid bevindt, dient de persoon humaan te worden behandeld. Een ‘humane behandeling’ is een verzameling van verscheidene rechten.⁴⁶⁾ Dit fundamentele beginsel omvat het verbod op foltering of anderszins wrede, onmenselijke of vernederende straffen.⁴⁷⁾ Het is derhalve verboden om personen te onderwerpen aan een dergelijke behandeling om inlichtingen te kunnen vergaren.⁴⁸⁾ Het langdurig “hooden”⁴⁹⁾, het onthouden van slaap, overmatig blootstellen aan geluid, langdurig in stressposities laten staan valt onder de definitie “wrede behandeling”.⁵⁰⁾

Denkbaar is dat het blinddoeken van personen noodzakelijk is om de operationele veiligheid te kunnen waarborgen. Dergelijke handelingen vallen niet onder de definitie “wrede behandeling” als bedoeld in artikel 1 van het Verdrag inzake foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing. Ook is proportioneel geweld mogelijk in geval van een ontsnappingspoging of indien de aangehouden persoon zelf geweld aanwendt.

- *Invrijheidstelling indien de reden voor gevangenneming vervalt*

Als de reden voor de detentie op enig moment niet meer bestaat, bijvoorbeeld na een kort

⁴⁴⁾ Art. 75 (2)(d) Aanvullend Protocol I, Aanhouding en vasthouding van groepen zonder individuele beoordeling van de redenen van gevangenneming zou vallen binnen de definitie “collectieve straffen”.

⁴⁵⁾ Art. 75(3) Additioneel Protocol I bij de Conventies van Genève, art. 9 (2) IVBPR, artt. 10, 11(2), 12(1)(a) en (2), 14 Body of Principles 14 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, Resolutie 43/173 d.d. 9 december 1988.

⁴⁶⁾ Zie art. 3 EVRM, Gemeenschappelijk art. 3 Conventies van Genève, art. 5 Wet Internationale Misdrijven, art. 5 Amerikaanse Conventie voor Mensenrechten, etc.

⁴⁷⁾ Een onmenselijke behandeling is het veroorzaken van ernstig mentaal of fysiek lijden of het plegen van een van een ernstige aanslag op de menselijke waardigheid van het slachtoffer. Een vernederende behandeling – de ondergrens – is een behandeling die ten doel had het slachtoffer in zijn waarde aan te tasten en dat het slachtoffer zich ook vernederd voelt. Zie *Prosecutor v. Delalic, Mujic, Delic, Landzo, ICTY*, Case no. IT-96-21-T, Trial Chamber, 16 november 1998, para. 461 e.v. en *Keenan v. UK*, EHRM, Case no. 27229/95 para. 110.

⁴⁸⁾ Art. 1 Conventie tegen marteling en andere wrede, onmenselijke en vernederende straffen, 1984.

⁴⁹⁾ Hooden geschiedt door een zak over iemands hoofd te trekken waardoor het gezichtsveld wordt belemmerd.

⁵⁰⁾ *Ireland v. United Kingdom*, EHRM (1978), 18 januari 1978 Series A No. 25.

interview met deze persoon, dient hij zo spoedig mogelijk in vrijheid te worden gesteld.⁵¹⁾ Dit betekent dat een persoon weliswaar voor een geruime tijd kan worden vastgehouden⁵²⁾, doch dat voor zijn vasthouding te allen tijde grondslag benodigd is.⁵³⁾

- Procedure voor gevangenneming

Gevangenneming op basis van veiligheidsoverwegingen is toegestaan op grond van artikel 78 van Aanvullend Protocol I en art. 42 van de Vierde Conventie van Genève. Vorenstaande artikelen geven niet gedetailleerd weer waaruit de veiligheidsoverwegingen exact bestaan. Artikel 78 van de Vierde Conventie van Genève stelt louter dat er een procedure moet bestaan waarop deze overwegingen zijn gebaseerd. Eenzelfde eis wordt in artikel 9(1) IVBPR genoemd.⁵⁴⁾ Omdat de CPA niet gedetailleerd omschrijft waaruit “veiligheidsredenen” kunnen bestaan, zou een dergelijke aanhouding willekeurig en disproportioneel en in strijd met vorenstaande bepalingen kunnen zijn.

Voorts moet er een mogelijkheid zijn voor de gedetineerde om in beroep te gaan tegen zijn gevangenneming.⁵⁵⁾

- Registratie van persoon en locatie

De geïnterneerde of gedetineerde dient geregistreerd te worden en de gevangenhouding dient in een erkende locatie te geschieden. Geheime locaties zijn niet toegestaan. De overdracht van een door Nederlandse militairen aangehouden persoon is niet toegestaan indien de locatie van gevangenhouding onbekend, niet-geregistreerd of geheim is.⁵⁶⁾

- Medische zorg

Medische zorg is een essentieel recht voor de gedetineerde. Deze personen hebben recht op drinkwater, voedsel, hygiëne, bescherming tegen het klimaat en de gevolgen van het gewapend conflict. Op het moment van gevangenneming en gedurende de detentie dient de Nederlandse eenheid deze aanspraken te verlenen. Daarbij is niet afdoende dat zij louter de medische staat van betrokkene vaststelt; indien noodzakelijk moet behandeling volgen.⁵⁷⁾

Ten aanzien van de overdracht

Geen overdracht indien de doodstraf mogelijksterwijs kan worden opgelegd

Nederland heeft zich bij verschillende verdragen verplicht een persoon niet uit te leveren indien naar het recht van de verzoekende staat de doodstraf is gesteld op het feit waarvoor de uitlevering is gevraagd.⁵⁸⁾ Bij de overdracht van aangehouden personen dient Nederland zich ervan te vergewissen dat de doodstraf niet zal worden toegepast op de over te dragen

⁵¹⁾ Art. 132 Vierde Conventie van Genève, art. 75(3) Aanvullend Protocol I.

⁵²⁾ Aan art. 4 (2) IVBPR. Aan het recht op vrijheid kan worden gederogerd tijdens een bezetting, doch niet aan het *habeas corpus*.

⁵³⁾ Een *internee* wordt minstens iedere 6 maanden beoordeeld of er nog reden bestaat de gevangenhouding voort te laten duren CPA Memorandum, Section 6(1)(b). Gedetineerden worden – zoals eerder gesteld – voorgeleid binnen 90 dagen voor een strafrechter die zelfstandig beoordeelt of gevangenhouding te rechtvaardigen is.

⁵⁴⁾ [...] *in accordance with such procedure as are established by law.*

⁵⁵⁾ Artt. 78 en 43 Vierde Conventie van Genève, General Principle 32, HRC comment 29, para 11.

⁵⁶⁾ Artt. 106, 138 Vierde Conventie van Genève. Deze bepaling ligt in het verlengde met art. 143 welke stelt dat de ICRC te allen tijde toegang heeft tot interneringssoorten.

⁵⁷⁾ Vierde Conventie van Genève, art. 81, 91 en 92.

⁵⁸⁾ Art. 8 Uitleveringswet, Zevende Protocol bij het EVRM, Tweede Facultatieve Protocol bij het IVBPR, gericht op de afschaffing van de doodstraf.

persoon. Overdracht aan de Verenigde Staten zal niet altijd zonder meer kunnen plaatsvinden; evenmin aan de overdracht aan de later gevormde interimoverheid die de doodstraf weer invoerde.

Geen overdracht indien de gedetineerde mogelijkster zou kunnen worden gemarteld

Een Staat dient ervoor zorg te dragen dat een persoon niet wordt uitgeleverd aan een andere Staat wanneer er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat hij daar gevaar zou lopen te worden onderworpen aan foltering.⁵⁹⁾ Tot op heden werd gekozen, waar mogelijk, voor een bilaterale overeenkomst tussen Nederland en de Staat waarin men opereert, om bij eventuele overdracht garanties door die Staat worden gegeven dat de gevangene niet zal worden gemarteld of onmenselijk zal worden behandeld.⁶⁰⁾ Er bestaat discussie of met een dergelijke overeenkomst een Staat voldoende invulling heeft gegeven aan zijn verantwoordelijkheid om zeker te stellen dat de gevangene niet zal worden gemarteld. Recentelijk heeft Amnesty International deze vraag neergelegd bij het Canadese federale hof. Op het moment van schrijven van dit artikel is hierover nog geen uitspraak gedaan.⁶¹⁾

6. Afrondende opmerkingen

Humanitair oorlogsrechtelijke regels en mensenrechtenbepalingen ten aanzien van de behandeling van gedetineerden zullen in veel gevallen van overeenkomstige toepassing zijn in andere missies waaraan Nederland deelneemt. Uit beide rechtssystemen is getracht enkele richtlijnen te geven waaraan de Nederlandse militair zich in het algemeen dient te houden.

De gevangenneming van personen brengt tal van operationele complicaties met zich mee. Zo is een gevangengenomen persoon tijdens een operatie een logistieke uitdaging. Daarnaast dienen er faciliteiten te zijn of gebouwd te worden waar personen kunnen worden ondergebracht en er dient in medische zorg en voeding te worden voorzien.

Sinds SFIR is beleid ten aanzien van de behandeling van gevangenen verder ontwikkeld. De huidige *Standard Operating Procedures* (SOP) voor ISAF⁶²⁾ zijn uitgebreid en zorgen voor een correcte naleving van de verplichtingen als hiervoor gemeld.

Het zal vooral in de beginperiode van een operatie niet in altijd mogelijk zijn om gedetineerden alle rechten te kunnen verlenen die hen op grond van humanitair oorlogsrecht of mensenrechtelijke bepalingen worden toegekend. Ik denk dat daarin een rationele tussenweg gevonden moet worden. Een commandant dient zich er wel van bewust te zijn welke consequenties de toepassing van een *rule of engagement* zoals de gevangenneming van personen met zich mee kan brengen. Ik hoop met het vorenstaande daarvoor enig inzicht te hebben gegeven.

⁵⁹⁾ Art. 3 Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijk of onterende behandeling of bestrafing, 10 december 1984.

⁶⁰⁾ Zie onder andere het Memorandum of Understanding tussen Nederland en de Afghaanse overheid d.d. 21 november 2005.

⁶¹⁾ Amnesty International Canada and British Columbia Civil Liberties Association vs. Chief of the Defence Staff for the Canadian Forces, Minister of National Defence and Attorney General, Court File number T-324-07.

⁶²⁾ SOP 362, *Detention of Non-ISAF personnel*. De SOP is niet geclassificeerd.