

ISAF en oorlogsrecht: ‘Door het juiste te doen, vreest gij niemand’¹⁾

DOOR KOLONEL DR. P.A.L. DUCHEINE²⁾

Deze bijdrage gaat in op de vraag of, en in hoeverre het humanitaire oorlogsrecht van toepassing is op ISAF. Aan de orde komen het op beleidsmatige gronden toepassen van de regels en beginselen van het oorlogsrecht, de drempel van een (niet-internationaal) gewapend conflict, en een analyse van de Afghaanse praktijk. Uit de analyse blijkt dat het oorlogsrecht in Zuid-Afghanistan niet alleen beleidsmatig (de facto) wordt toegepast, maar ook van rechtswege (de jure) van toepassing is. Aangezien het in moderne operaties soms onduidelijk is of er sprake is van een gewapend conflict, is het wijs én noodzakelijk het ‘juiste te doen’.

I. Inleiding

Op 30 juni 2008 bracht het Openbaar Ministerie (OM) een persbericht uit dat betrekking had op het Nederlandse aandeel in de International Security Assistance Force for Afghanistan (ISAF). Het persbericht betrof operatie *Troy*, die beter bekend staat als de ‘slag bij Chora’. Over die gevechten concludeerde het OM het volgende:

Het Openbaar Ministerie Arnhem heeft de geweldsaanwendingen door Nederlandse militairen in de periode 16 tot en met 20 juni 2007 [in de omgeving van Chora: PD] beoordeeld en concludeert dat het geweld is aangewend binnen de grenzen van het humanitair oorlogsrecht en de geldende geweldsinstructie.³⁾

Uit het persbericht wordt niet duidelijk of het OM tot zijn oordeel is gekomen uitgaande van het beleidsmatig toepassen van het humanitair oorlogsrecht (HOR),⁴⁾ dan wel uit is gegaan van de toepassing daarvan van rechtswege. De eerste optie refereert aan het NAVO-beleid

¹⁾ De titel is ontleend aan het motto van het Regiment Huzaren van Sytzeema. Dit artikel is een bewerking van een omvangrijker *researchpaper*. Een ander deelproduct van dit *researchpaper* verscheen als: Ducheyne, P.A.L. (2009), ‘Rechtsregimes tijdens militaire operaties’, in: *Ars Aequi*, 58 (jul/aug 2009), pp. 490-497.

²⁾ Paul Ducheyne is militair jurist en verbonden aan de Nederlandse Defensie Academie (Faculteit Militaire Wetenschappen) en de Universiteit van Amsterdam (Amsterdam Centre of International Law). De meningen en opvattingen in dit artikel komen voor de verantwoordelijkheid van de auteur. Zij geven niet noodzakelijk de mening van de Minister van Defensie weer. De auteur is mr. G.F. Walgemoed en de hoogleraren N. Keijzer, J.M.J. Bosch, J.J.C. Voorhoeve en T.D. Gill erkentelijk voor hun waardevolle opmerkingen en suggesties.

³⁾ Openbaar Ministerie (2008), *OM: geweldsaanwendingen Chora rechtmatig*, 30-6-2008, <www.om.nl/organisatie/@148343/om/> (benaderd: 30-6-2008). Conform: Ministerie van Defensie (Commandant der Strijdkrachten) (2008), *Professioneel optreden militairen Chora*, 30-6-2008, <www.mindef.nl/actueel/nieuws/2008/06/20080630_geweld_chora_rechtmatig.aspx> (benaderd: 30-6-2008).

⁴⁾ Op de citaten na, wordt hierna kortheidshalve de term oorlogsrecht (sec) gebruikt. Alternatieve termen zijn: *ius in bello*, (internationaal) humanitair recht, recht der gewapende conflicten, *Law of Armed Conflict* (LOAC), *international humanitarian law* (IHL), *international humanitarian law of (international) armed conflict* en *Law(s) (and Customs) of War*.

om tijdens operaties zoals die van ISAF – ook buiten situaties van gewapend conflict – regels en beginselen van het oorlogsrecht op beleidsmatige gronden toe te passen; de tweede optie refereert aan het oorlogsrecht als rechtsregime dat formeel en van rechtswege van toepassing is tijdens een situatie van gewapend conflict.⁵⁾

Zoals zal blijken, is de 'keuze' afhankelijk van de vraag of de vijandelikheden en de gewapende opstand in (Zuid)-Afghanistan als een gewapend conflict kunnen worden getypeerd. Dat dit geen louter theoretische en academische kwestie is blijkt uit de uitlatingen van de Hoofdaanklager van het Internationale Strafhof (het ICC). Op een bijeenkomst bij de Verenigde Naties zei Luis Moreno-Ocampo dat zijn kantoor bewijs verzamelt voor “verschillende types oorlogsmisdaden” in Afghanistan.⁶⁾ Deze mededeling van de Hoofdaanklager impliceert dat hij van mening is dat er sprake is van een gewapend conflict. Immers, geen oorlogsmisdrijven zonder gewapend conflict.

Het doel van deze bijdrage is te onderzoeken of, en zo ja in hoeverre, het oorlogsrecht van toepassing is op, dan wel anderszins relevant is voor (Nederlandse) ISAF-operaties. Met andere woorden, of het oorlogsrecht normstellend is binnen de (*counter-insurgency*) operatie van ISAF.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Na een beknopte duiding van ISAF, en een korte uiteenzetting over de rol van oorlogsrecht en ROE in het algemeen, bespreek ik het beleidsmatig toepassen van de beginselen en regels van het oorlogsrecht. Vervolgens bezie ik de toepasselijkheid van het oorlogsrecht van rechtswege. Daartoe moet – aan de hand van criteria en indicatoren – eerst de drempel van een (niet-internationaal) gewapend conflict bepaald worden. Vervolgens zal de Afghaanse praktijk aan deze criteria en indicatoren getoetst worden. Ik sluit af met conclusies.

Voor de goede orde benadruk ik dat deze bijdrage geen betrekking heeft op Operatie Enduring Freedom. Het onderzoek voor deze bijdrage is – op enkele uitzonderingen na – gebaseerd op gegevens en materiaal dat tot mei 2009 is verzameld

2. Achtergrond: ISAF, rechtsbases en rechtsregimes

Nederland participeert sinds 2002 met enige onderbreking in de International Security Assistance Force for Afghanistan (ISAF). Sinds de zomer van 2006 is Nederland een van de Troop Contributing Nations in Regional Command South (RC-South). Nederland levert onder meer een in de provincie Uruzgan gestationeerde taakgroep (Task Force Uruzgan, TFU),⁷⁾ bestaande uit onder meer een Battlegroup (BG) en een provinciaal reconstructie team (PRT). Tevens levert Nederland een Air Task Force (ATF) en individuele militairen die in de verschillende hoofdkwartieren werken.⁸⁾

Sinds de val van het Taliban-regime in november 2001, in ieder geval na de installatie van de regering Karzai in 2002, is er sprake van een gewapende opstand tegen de Afghaanse regering. Zogeheten Opposing Militant Forces (OMF) verzetten zich met geweld tegen het lokale en nationale overheidsgezag dat ondersteund wordt door ISAF. Het gewapende verzet van de OMF

⁵⁾ Zie voetnoot 17 voor het onderscheid tussen beide.

⁶⁾ NRC Handelsblad, *Vooronderzoek Strafhof naar Afghanistan*, (10-09-2009).

⁷⁾ In samenwerking met partnerland Australië, vandaar: I (Netherlands/Australian) Task Force Uruzgan, I (NLD/AUS) TFU, of kortweg TFU. Tot de TFU behoren ook nog logistieke eenheden, een geniecompagnie en de Australische Mentoring and Reconstruction Task Force (MRTF).

⁸⁾ Nederland leverde van november 2008 tot november 2009 ook de Commandant van RC-South, generaal-majoor M.C. de Kruif. In een eerdere periode was dit generaal-majoor A.J.H. van Loon.

richt zich ook tegen ISAF en de Nederlandse eenheden in Zuid-Afghanistan.⁹⁾ Door zijn taak – het ondersteunen van de Afghaanse overheid met de op- en uitbouw van overheidsgezag en de inrichting van de Afghaanse veiligheidsdiensten – is ISAF bij deze strijd betrokken.¹⁰⁾

De rechtsbasis voor de missie van ISAF is tweeledig. ISAF mag, op basis van een autorisatie van de VN-Veiligheidsraad onder Hoofdstuk VII van het VN-Handvest, gewapend geweld gebruiken om zijn taak binnen Afghanistan uit te voeren.¹¹⁾ Tevens opereert ISAF sinds de installatie van de regering Karzai in 2002 met de instemming van de Afghaanse regering.¹²⁾

Op de ISAF-operaties kunnen – naast de strafwetgeving – drie andere rechtsregimes van toepassing zijn.¹³⁾ Het gaat daarbij om (1) de zogeheten Rules of Engagement (ROE) in samenhang met het mandaat en de opgedragen taken, (2) het oorlogsrecht, en (3) mensenrechten. ROE en mensenrechten zullen in deze bijdrage buiten beschouwing blijven.¹⁴⁾ De vraag die zich bovenal opdringt en die in deze bijdrage centraal staat, is of op de gewelddadige confrontaties van ISAF het oorlogsrecht van toepassing is.

Het belang van respect voor (rechtsbases en) vigerende rechtsregimes is meervoudig. Er is allereerst een institutioneel belang voor de rechtsstaat en zijn krijgsmacht. In het bijzonder vormt dit respect een van de aspecten van het grondbeginsel van 'legitimiteit van militair optreden'.¹⁵⁾ Daarnaast is de beoordeling van functioneel geweldgebruik zeer relevant voor individuele militairen en commandanten. Tijdens een gewapend conflict zouden bepaalde handelingen immers als een oorlogsmisdrijf gekwalificeerd kunnen worden en in aanmerking komen voor strafvervolgning onder de Wet internationale misdrijven.¹⁶⁾ In een situatie waarin geen gewapend conflict bestaat, en het oorlogsrecht daarom dus niet van toepassing is, is zo'n kwalificatie onmogelijk.

⁹⁾ Bijvoorbeeld: Ministerie van Defensie (2009), *Nederlandse militair sneuvelt in Uruzgan*, 6-4-2009, <www.defensie.nl/missies/nieuws/isaf/2009/04/06/46129940/Nederlandse_militair_sneuvelt_in_Uruzgan> (benaderd: 6-4-2009); en Ministerie van Defensie (2009), *Raketten op Kamp Holland*, 27-1-2009, <www.defensie.nl/missies/nieuws/isaf/2009/01/27/46126841/Raketten_op_Kamp_Holland> (benaderd: 22-1-2009).

¹⁰⁾ SC Resolution 1386, UN Doc. S/RES/1386 (2001). Zie ook de vervolgresoluties: 1413, 1444, 1510, 1563, 1623, 1659, 1707, 1776 en 1833.

¹¹⁾ Ibidem.

¹²⁾ Cfm: Duchaine, Paul A.L. (2008), *Krijgsmacht, Geweldgebruik & Terreurbestrijding; een onderzoek naar juridische aspecten van de rol van strijdkrachten bij de bestrijding van terrorisme*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers (diss. UvA), p. 345; 'Military Technical Agreement (MTA) Between the International Security Assistance Force (ISAF) and the Interim Administration of Afghanistan ('Interim Administration'), 2002, Jan 4', in: *ILM* 41, 5, p. 1032, resp. Art. I(2), Art. IV(1) en Art. IV(2). In zijn inaugurele rede van 7 december 2004 heeft president Hamid Karzai zijn instemming met de militaire interventie tot uitdrukking gebracht.

¹³⁾ Rechtsregime wordt hier gebruikt in de betekenis van (rechts)regels die de uitvoering van operaties beheersen, inclusief geweldsinstructies zoals ROE. Samen met de rechtsgrondslagen – rechtsbases – voor een operatie, bieden zij het juridische kader van operaties.

¹⁴⁾ Over ROE (en de relatie met het oorlogsrecht), zie: Duchaine (2009), p. 491-492; Boddens Hosang, J.F.R. (2009), 'Aandachtspunten in de ISAF ROE vanuit het strategisch-juridische kader', in: *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, 102, 5, p. 219-226, 224-225; Dolman, M.M., Duchaine, P.A.L., Gill, T.D. & Walgemoed, G.F. (2005), 'Functioneel geweldgebruik in internationale operaties: een spiegel van rechtspraak en rechtspraktijk', in: *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, 98, nr. 10, pp. 369-420, p. 381. Over mensenrechten als rechtsregime in de ISAF operatie, zie: Duchaine, P.A.L. & Pouw, E.H., *ISAF: ius ad bellum, mensenrechten, ius in bello en doelbestrijding in 'counterinsurgency'*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers (verwacht 2009).

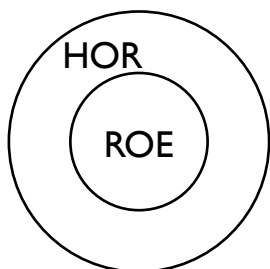
¹⁵⁾ Koninklijke Landmacht (1996), *Landmacht doctrinepublicatie I: Militaire doctrine (LDP I)*, Den Haag: Sdu Uitgevers, p. 94; en *Land Doctrine Publicatie - Militaire doctrine voor het landoptreden*, Zwolle: Plantijn/Casparie (2009).

¹⁶⁾ Wet internationale misdrijven (WIM), 19 juni 2003, *Stb.* 2003, 270 (wijz. *Stb.* 2005, 595). Voor zo'n aantijging: Karskens, Arnold (2007), 'Afghanen steunen ISAF niet meer', in: *NRC Handelsblad*, 7-12-2007, p. 7.

3. Oorlogsrecht en ROE

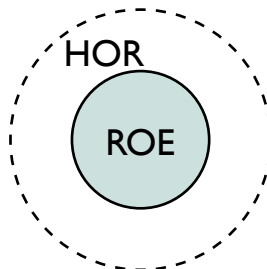
Het oorlogsrecht is in twee gevallen een relevant rechtsregime voor militaire operaties. Ten eerste is het oorlogsrecht van rechtswege van toepassing op een militaire operatie die plaatsvindt in verband met een gewapend conflict.¹⁷⁾ Ik werk dit uit in paragraaf 5. Ten tweede kunnen de regels en beginselen van het oorlogsrecht beleidsmatig worden toegepast tijdens missies waarbij de status van gewapend conflict ontbreekt of waar deze vraagtekens oplevert (zie hierna paragraaf 4).

In beide gevallen spelen overigens óók de ROE een rol. In de eerste situatie, de van rechtswege toepassing van het oorlogsrecht, vormen de ROE een nadere normering van het door het oorlogsrecht gelegitimeerde geweld. In de tweede situatie, de beleidsmatige toepassing, moeten – vanwege vast Nederlands en NAVO-beleid dat via een (schriftelijk) dienstbevel of dienstvoorschrift kenbaar is gemaakt – naast de ROE óók de regels en beginselen van het oorlogsrecht gerespecteerd worden, hoewel dit laatste niet formeel van toepassing is. Het niet opvolgen van de opdracht om de regels van het oorlogsrecht te respecteren, levert weliswaar materieel een schending van de regels van het oorlogsrecht op, maar omdat dit regime formeel niet van toepassing is, kan die schending geen oorlogsmisdrijf inhouden. Zo'n overtreding kan wel als het niet opvolgen van een dienstbevel of dienstvoorschrift worden gezien.¹⁸⁾ Deze verschillen zijn in onderstaande figuur schematisch weergegeven.



Gewapend conflict

- HOR van rechtswege van toepassing
- ROE van toepassing
- Overtreding HOR: oorlogsmisdrijf



Geen gewapend conflict

- HOR niet van toepassing
- ROE van toepassing
- Regels en beginselen HOR beleidsmatig toepassen
- 'Overtreding' HOR: geen oorlogsmisdrijf

Relatie oorlogsrecht (HOR) en ROE in operaties

Dit onderscheid is in de weerbarstige praktijk complexer dan het hier lijkt. Zo lijkt er ook nog ruimte te zijn voor een “tijdelijk en plaatselijk” gewapend conflict:

¹⁷⁾ Ik maak onderscheid tussen enerzijds “van rechtswege van toepassing (*de jure*)” en “op beleidsmatige gronden toepassen (*de facto*)”. Het eerste is het gevolg van een juridische imperatief, de laatste van een vrijwillige beleidskeuze. Zie Ducheine (2008), p. 523.

¹⁸⁾ Dit is afhankelijk van de vorm waarin de opdracht tot het respecteren van de regels van het oorlogsrecht verstrekt is. Zie hierna § 5.

Daarnaast [i.e.: naast de beleidsmatige toepassing van het oorlogsrecht, PD] hebben enkele confrontaties in ISAF kader aangetoond dat voor ISAF eenheden in ieder geval tijdelijk en plaatselijk het geweldsniveau naar een dusdanig niveau kan stijgen dat voor dat optreden sprake kan zijn van een verplichte toepassing van het humanitair oorlogsrecht.¹⁹⁾

De Nederlandse regering onderkent expliciet deze mogelijkheid.²⁰⁾

Het is in beginsel mogelijk dat specifieke acties of omstandigheden, een tijdelijke en plaatselijke formeel juridische toepasbaarheid van het HOR tot gevolg hebben. Dit kan het geval zijn als bij een actie of gevecht, het geweldsniveau dusdanig escaleert dat er sprake is van een in tijd en omvang beperkte deelname aan een gewapend conflict. [...] Dergelijke situaties zijn naar hun aard niet voorspelbaar en bovendien tijdelijk. Met deze conclusie staat vast dat [tijdelijk en plaatselijk: PD] het oorlogsrecht van toepassing is.²¹⁾

Ondanks deze variatie, zal ik mij in het vervolg van deze bijdrage concentreren op de tweedeling zoals die hierboven ook is weergegeven. Ik zie hierna eerst de situatie waarin er geen sprake is van een gewapend conflict, waarbij de regels van het oorlogsrecht op beleidsmatige gronden worden toegepast. Vervolgens behandel ik de situatie waarin het oorlogsrecht van rechtswege van toepassing is, omdat er een gewapend conflict is.

4. Regels van het oorlogsrecht beleidsmatig toepassen

Zolang onduidelijkheid bestaat of er sprake is van een gewapend conflict, of wanneer deze kwalificatie om (politieke) redenen achterwege blijft, worden tijdens militaire operaties zoals ISAF – naar vast Nederlands en NAVO-beleid – naast de ROE ook de regels van het oorlogsrecht beleidsmatig geëerbiedigd, zonder dat deze laatste van rechtswege van toepassing zijn.²²⁾ Dat neemt niet weg dat de (straf)rechter kan oordelen dat er wel sprake is (of was) van een gewapend conflict en het oorlogsrecht reeds van rechtswege van toepassing is (of was).²³⁾

Moderne (*peace*)*enforcing* operaties zoals SFIR²⁴⁾ en ISAF worden om diplomatieke en politieke redenen door de deelnemende staten niet snel als een gewapend conflict aangemerkt.²⁵⁾ Daar staat tegenover dat de NAVO volgens vast beleid – in operaties zoals ISAF – de beginselen en regels van het oorlogsrecht toch de *facto* toepast:

¹⁹⁾ Boddens Hosang (2009), p. 223. Zo ook: Ducheine (2008), pp. 524, 527-528, 531.

²⁰⁾ Het is duidelijk dat het fenomeen “tijdelijk en plaatselijk” op zichzelf juridische-technische en praktische vragen oproept. Binnen dit kader voert het te ver om hier op in te gaan.

²¹⁾ *Kamerstukken II 2007-08, 27 925, nr. 287, p. 121.*

²²⁾ Voor het VN-beleid ter zake van VN-vredesmachtsen, zie: ‘Secretary-General’s Bulletin on the Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law’ in: 38 *ILM* 1656; en Zwanenburg, M.C. (1999), ‘The Secretary-General’s Bulletin on Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law: Some Preliminary Observations’, in: *International Peacekeeping*, 5, 4-5, p. 133-139, 133.

²³⁾ Al dan niet in het kader van de vervolging van oorlogsmisdrijven, of andere strafbare feiten ‘in tijd van oorlog’, dan wel vanwege een rechterlijk oordeel in andere kwesties. Zie infra voetnoot 59.

²⁴⁾ Stabilization Force in Iraq.

²⁵⁾ Voor een voorbeeld van deze gevoeligheid: Generaal Dick Berlijn: ‘We wisten niet dat we zó vaak moesten knokken’, *NRC Handelsblad*, (12-4-2008), maar ook Lijnzaad, Liesbeth (2004), ‘How not to be an occupying power: some reflections on UN Security Council Resolution 1483 and the contemporary law of occupation’, in: Lijnzaad, Liesbeth, Sambeek, Johanna van, et al. (red.), *Making the voice of humanity heard. Essays on humanitarian assistance and international humanitarian law in honour of HRH Princess Margriet of the Netherlands*, Leiden: Martinus Nijhof, p.291-305, 291 en Zwanenburg, M.C. (2007), ‘Pieces of the Puzzle: Peace operations, occupation and the use of force’, in: *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, 100, maart, 3, p. 65-72, 65.

Binnen de NAVO, maar ook nationaal in Nederland, geldt als vaststaand beleid dat ook in operaties waarop het humanitair oorlogsrecht formeel niet van toepassing is, de restricties uit [het humanitair oorlogsrecht] [...] zullen worden nageleefd.²⁶⁾

De Nederlandse regering bevestigde deze beleidsmatige toepassing van de regels van het oorlogsrecht voor de missie van ISAF:

Zoals door de regering onder andere is aangegeven in de notitie over juridische aspecten van vredesoperaties, aan de Eerste Kamer verstuurd in antwoord op de vragen van de heer Van Middelkoop [...],²⁷⁾ hanteert Nederland net als nagenoeg alle NAVO-landen het beleid dat de grenzen van het humanitair oorlogsrecht (HOR) altijd worden toegepast, ongeacht of het HOR formeel juridisch van toepassing is.²⁸⁾

De ratio voor dit beleid wordt door de regering als volgt verwoord:

Daarmee wordt voorkomen dat onduidelijkheid zou ontstaan over de bevoegdheden, afhankelijk van de soms mogelijk wisselende status van een vredesmacht in een conflictgebied. Door ten minste deze grens te hanteren, en soms zelfs een striktere grens, wordt in ieder geval voorkomen dat (onbedoeld) het handelen van de militairen strijdigheid met het humanitair oorlogsrecht zou opleveren.²⁹⁾

Gegeven de terughoudendheid van staten om militaire missies als gewapend conflict aan te merken, voorkomt de beleidsmatige toepassing van het oorlogsrecht dat onduidelijkheid hierover negatieve gevolgen heeft voor de leden van de vredesmacht. Daarnaast heeft deze keuze ook een praktisch voordeel. Het oorlogsrecht maakt immers op grond van verdragsrechtelijke verplichtingen deel uit van de opleiding van militairen. Anders gezegd: militairen, en vooral officieren, zijn bekend (gemaakt) met het oorlogsrecht. Deze basiskennis kan – per operatie – worden aangevuld met missiegerichte informatie over het mandaat, de opdracht, de ROE en andere aanwijzingen die geweldgebruik regaderen.³⁰⁾ Een bijkomend voordeel is dat opleiding en training van militairen aan een eenduidig rechtsregime voor zowel vredesmissies als gewapend conflict (gevechtsoperaties) is gekoppeld, in plaats van aan twee verschillende.

Strafrechtelijk gezien is er echter wel degelijk een significant onderscheid. Zolang het oorlogsrecht niet formeel van toepassing is, kan het ook niet als zodanig geschonden worden. Anders gezegd: tijdens een operatie die geen gewapend conflict is, kunnen geen oorlogsmisdrijven worden begaan.³¹⁾ Wat overtreden kan worden, is het gebod om de

²⁶⁾ *Kamerstukken I 2003-04, 29 200 X, nr. C, Notitie inzake de juridische aspecten bij uitzendingen van militairen*, p. 3. Conform: *Kamerstukken II 2002-03, 23 432, nr. 117, p. 22*. Zo ook: Koninklijke Landmacht (2005), *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht*, p. 27, § 0217, "Ook bij inzet waarbij in meer of mindere mate gevechtskracht wordt ontplooid [lees: gevechtsacties worden uitgevoerd] moeten de regels van het humanitaire oorlogsrecht worden toegepast"; en Koninklijke Landmacht (2003), *Landmachtdoctrinepublicatie II: Gevechtsoperaties, gevechtsoperaties tegen een irregulier optredende tegenstander (LDP II Deel C)*, Zwolle: Plantijn/Casparie, p. 460, § 2243, "Bij het gebruik van geweld tijdens vredesoperaties moeten overigens ook de beginselen van het HOR in acht worden genomen".

²⁷⁾ *Kamerstukken I 2005-06, 30 300 X, nr. A, Vervolnotitie juridische aspecten bij militaire operaties*.

²⁸⁾ *Kamerstukken II 2007-08, 27 925, nr. 287, p. 139*.

²⁹⁾ *Kamerstukken I 2005-06, 30 300 X, nr. A, p. 4-5*.

³⁰⁾ Zoals bijvoorbeeld de 'Coördinerende bepalingen' uit een operatiebevel, alsmede de bijbehorende bijlagen *Use of Force of Targeting*, dan wel *Tactical Directives, Special Instructions (SPINS), Standard Operating Instructions (SOI's) of -Procedures (SOP's)*.

³¹⁾ Hetgeen niet wil zeggen dat de betreffende gedragsregel niet 'overtreden' is

regels van het oorlogsrecht, de materële normen, tijdens de uitvoering van operaties na te leven.

Het overtreden van de ROE of het niet opvolgen van de opdracht om de regels van het oorlogsrecht te respecteren zullen als het niet opvolgen van een dienstvoorschrift of een dienstbevel onder het militaire strafrecht kunnen worden aangemerkt.³²⁾ Bovendien kunnen de gevolgen van overtreding als algemeen delict worden aangemerkt (bijvoorbeeld mishandeling, geweldpleging).³³⁾

Ook in strafuitsluitende zin bestaat er (nog) verschil. Op dit moment kan een Nederlandse militair slechts tijdens een gewapend conflict – onder voorwaarden – een beroep doen op de rechtvaardigingsgrond van artikel 38 WMSr, tijdens andere operaties (nog) niet.³⁴⁾

Niet alleen moeten naar vast beleid de regels van het oorlogsrecht ook buiten een gewapend conflict feitelijk nageleefd worden, bovendien zijn beginselen van het oorlogsrecht van belang bij de aanwending van geweld in alle militaire operaties. De oorlogsrechtelijke beginselen die bij alle militaire operaties moeten worden gerespecteerd zijn:

- militaire noodzaak;
- onderscheid (tussen militairen en andere personen die direct deelnemen aan de vijandelijkheden én burgers, en tussen militaire objecten en burgerobjecten);
- humaniteit;
- proportionaliteit;³⁵⁾
- eervol gedrag ('chivalry').³⁶⁾

Daarnaast zullen termen zoals 'militair doel' en 'rechtstreekse deelname aan de vijandelijkheden' aan de hand van de verdragsrechtelijke, dan wel gewoonterrechtelijke betekenis van die termen worden uitgelegd.³⁷⁾ Dit leidt ertoe dat in operaties waarin het oorlogsrecht niet van rechtswege van toepassing is, het indirect toch van grote betekenis is.

5. Oorlogsrecht van rechtswege van toepassing

Het oorlogsrecht zoekt van oudsher een evenwicht tussen de realiteit van het fenomeen oorlog enerzijds,³⁸⁾

³²⁾ Mits uiteraard aan de bestanddelen van dat delict is voldaan.

³³⁾ Zie hierover Dolman e.a. (2005), 396, 397-400.

³⁴⁾ Zie hierover het wetsvoorstel ter zake: *Kamerstukken II 2007-08*, 31 487, nr. 3 (hetgeen op 29-09-2009 aangenomen in de Tweede Kamer). Wel zou de militair zich op een ambtelijk bevel als bedoeld in art. 43 Sr kunnen beroepen.

³⁵⁾ De Nederlandse *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht* hanteert consequent "proportionaliteit en subsidiariteit", terwijl subsidiariteit een zuiver Nederlandse term is, die in de oorlogsrechtelijke verdragen niet expliciet voorkomt en opgaat in militaire noodzaak, humaniteit en proportionaliteit.

³⁶⁾ *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht*, p. 30, § 0223. Overigens vgl.: p. 162-163, § 1028, hier ontbreekt "onderscheid" als separaat principe.

³⁷⁾ Zie bijvoorbeeld art. 52(2) AP I voor de definitie van een militair doel, art. 51(3) AP I en GA 3 voor de ongedefinieerde term "rechtstreeks deelname aan de vijandelijkheden" (RDAV).

³⁸⁾ Amersfoort, H. (2005), *'Ik had mijn Roode-Kruis band afgedaan'. Oorlogsrecht en gedragingen van Nederlandse en Duitse militairen in gevecht, mei 1940*, Den Haag: Sdu Uitgevers, p. 11: "war being what it is". Zo ook Dinstein, Yoram (2004), *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflicts*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 1: "War is not a chess game. Almost by definition, it entails human losses, suffering and pain".

en het beginsel van menselijkheid anderzijds.³⁹⁾ Anders gezegd: het oorlogsrecht kent een inwendige balans tussen militaire noodzaak en humaniteit.⁴⁰⁾ Dit komt tot uitdrukking in de dubbele doelstelling:⁴¹⁾ het beschermen van diegenen die niet (langer) deelnemen aan de vijandelijkheden (burgers, combattanten *hors de combat*) én het reguleren van de methoden en middelen van oorlogsvoering.⁴²⁾

Oorlogsrecht is van toepassing op alle gewapende conflicten, zoals ook duidelijk blijkt uit de commentaren en toelichtingen op het oorlogsrecht:

Humanitarian law should apply in all circumstances [of armed conflict: PD] to all persons (and objects) protected by it, without taking into account the nature or origin of the conflict, or the causes actually espoused by or attributed to the Parties to the conflict.⁴³⁾

Zodra en zolang er sprake is van een gewapend conflict,⁴⁴⁾ is het oorlogsrecht van rechtswege van toepassing op de partijen bij het conflict, aldus het ICTY:

International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there.⁴⁵⁾

De cruciale vraag daarbij is: wat is een gewapend conflict? ⁴⁶⁾ Dit begrip is in de oorlogsrechtelijke verdragen zelf niet expliciet gedefinieerd. Uit de jurisprudentie van het ICTY kan de volgende omschrijving worden afgeleid:

an armed conflict exists whenever there is [1] a resort to armed force between States or [2] protracted armed violence between [a] governmental authorities and organized armed

³⁹⁾ Conform: *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht*, p. 18, § 0117. Rona, Gabor (2003), 'Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the "War on Terror"', in: *Fletcher Forum of World Affairs*, 27, 2, p. 55-74, 57: "The aims of humanitarian law are humanitarian, namely, to minimize unnecessary suffering by regulating the conduct of hostilities and the treatment of persons in the power of the enemy. But humanitarian law is a compromise. In return for these protections, humanitarian law elevates the essence of war – killing and detaining people without trial – into a right, if only for persons designated as 'privileged combatants', such as soldiers in an army".

⁴⁰⁾ Dinstein (2004), p. 16. Zo ook Warbrick, Colin (2002), 'Publication Review "The Law of Internal Armed Conflict, Lindsay Moir"', in: *European Human Rights Law Review*, 5, p. 707-709, waarin hij schrijft dat de Appeal Chambers in *Tadic* beginselen van humaniteit en mensenrechten liet prevaleren boven "the balancing of military purposes and humanitarian protection which has been the characteristic of [IHL]".

⁴¹⁾ Zie ook bijvoorbeeld: *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht*, p. 18, § 0118; UK Ministry of Defence (2004), *The manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford: Oxford University Press, p. 3, § 1.8; of Kalshoven, Frits & Zegveld, Liesbeth (2001), *Constraints on the waging of war. An introduction to International Humanitarian Law*, Geneva: ICRC, p. 12: "to humanize war".

⁴²⁾ Gillard, Emanuela-Chiara (2004), 'International Humanitarian Law and Extraterritorial State Conduct', In: Coomans, Fons & Kamminga, Menno T., *Extraterritorial Application of Human Rights*, Oxford: Intersentia, p. 25-39, 25-26.

⁴³⁾ Sandoz, Yves, Swinarski, Christophe & Zimmerman, Bruno (1987), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, Martinus Nijhof, p. 29, § 32.

⁴⁴⁾ Zie ook: ICTY, Trial Chamber, 16-11-1998, Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo (*Celibici case*), IT-96-21-T, § 185: "There does not have to be actual combat activities in a particular location for the norms of international humanitarian law to be applicable".

⁴⁵⁾ ICTY, Appeals Chamber, 2-10-1995, Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule", Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, (*Tadic, Appeal: jurisdiction*), IT-94-1-AR72, ILM 35, § 70.

⁴⁶⁾ Zie ICRC Opinion paper (March 2008), *How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law?*, <www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/armed-conflict-article-170308> (benaderd: 17-9-2008).

groups or [b] between such groups within a State.⁴⁷⁾

Het bestaan van een gewapend conflict moet aan de hand van de feiten worden vastgesteld.⁴⁸⁾ De mening van de betrokken partijen (omtrent het bestaan van een gewapend conflict) is daarbij *niet* doorslaggevend. Aldus ook een verklaring van de Nederlandse regering:

de opvatting van de strijdende partijen aangaande de status van het conflict [is] niet relevant [...] voor de toepassing van het recht. [...] Deze benadering voorkomt dat staten om welke reden dan ook de werking van het recht zouden kunnen beletten door toepassing van creatieve juridische interpretaties van het recht of van de feitelijke situatie. De toepassing van het humanitair oorlogsrecht is dan ook niet afhankelijk van formele juridische verklaringen maar ontstaat door de *feitelijke* vaststelling van het bestaan van een conflict.⁴⁹⁾

Een gewapend conflict is dus een feitelijke toestand,⁵⁰⁾ waarbij er sprake is van openlijke vijandelijkheden – gevechtshandelingen – tussen in meer of mindere mate georganiseerde “armed forces”,⁵¹⁾ reguliere of irreguliere strijdkrachten:⁵²⁾

The concept of armed conflict, in principle, requires the existence of organized armed groups that are capable of and actually do engage in combat and other military operations against each other.⁵³⁾

In sommige gevallen zal het evident zijn dat er sprake is van een gewapend conflict, waarbij ook de betrokken partijen die mening zijn toegedaan. Denk bijvoorbeeld aan de Tweede Golfoorlog (1991). In een groot aantal gevallen ontbreekt die duidelijkheid.⁵⁴⁾ Denk bijvoorbeeld aan extraterritoriale militaire terreurbestrijdingsoperaties, of het geval dat een vredesmacht betrokken raakt bij gevechtsacties.⁵⁵⁾ Deze onduidelijkheid kan verschillende redenen hebben. Enerzijds kunnen de feiten niet helder zijn. Dit regardeert zowel partijen (wie?) als het geweld (wat?). Zo zal geweldgebruik een zekere drempelwaarde moeten overschrijden; deze drempelwaarde is echter niet absoluut gefixeerd.

Anderzijds kan één van de betrokken partijen om haar moverende redenen terughoudend zijn met het duiden van het geweldgebruik als een gewapend conflict.⁵⁶⁾ Daarvoor kunnen verschillende redenen bestaan. De psychologische effecten van een dergelijke kwalificatie mogen

⁴⁷⁾ ICTY, *Tadić (Appeal: jurisdiction) case*, § 70.

⁴⁸⁾ Zie bijvoorbeeld: Bartels, Rogier & Boogaard, van den, Jeroen (2008), ‘Definitie van gewapend conflict. Hoe ‘binnenlands’ is ‘niet-internationaal?’ in: *Nederlands Juristenblad*, 38, p. 2414-2418, p. 2416; *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht*, p. 24.

⁴⁹⁾ *Kamerstukken I 2005-06*, 30 300 X, nr. A, p. 4. [Accent: PD].

⁵⁰⁾ In klassieke zin bestond er ook (*de jure*) oorlog na een oorlogsverklaring. Deze praktijk is echter inmiddels achterhaald. Anders dan velen gebruikt Yoram Dinstein (2005), *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge: University Press, p. 15, nog steeds de term ‘war’ (in een specifieke betekenis).

⁵¹⁾ Sandoz e.a. (1987), p. 1319, § 4341.

⁵²⁾ *Armed forces* dient ruim te worden opgevat. Dit kunnen ook gewapende opstandelingen, rebellen, paramilitaire groepen etc. zijn. Zie ook: *ibid.* 1352, § 4462.

⁵³⁾ Inter-American Commission of Human Rights (OAS), 18-11-1997, Juan Carlos Abella v. Argentina (*Abella case*), § 152.

⁵⁴⁾ In andere gevallen bestaat weliswaar duidelijkheid over het gewapende conflict, bijvoorbeeld *Enduring Freedom*, maar heerst verschil van mening over soort en het van toepassing zijnde deelregime. Zie bijvoorbeeld de discussie over de status van Al Qa’ida verdachten in Afghanistan: Gill, T. D. & Sliedregt, Elies van (2005), ‘Guantánamo Bay: a reflection on the legal status and rights of ‘unlawful enemy combatants’ in: *Utrecht Law Review*, 1, 1, p. 28-54.

⁵⁵⁾ Zie over deze problematiek: Ducheine (2008), p. 470 e.v.

⁵⁶⁾ Zie bijvoorbeeld de Britse positie die het bestaan van een gewapend conflict met de IRA (in Noord-Ierland) consequent afwees.

niet onderschat worden. De strafrechtelijke gevolgen kunnen terughoudendheid in de hand werken. Tijdens een gewapend conflict kunnen immers schendingen van het oorlogsrecht – kortweg: oorlogsmisdrijven – worden gepleegd;⁵⁷⁾ daarbuiten zijn oorlogsmisdrijven per definitie onmogelijk.⁵⁸⁾ Het duiden van een gedraging als oorlogsmisdrijf heeft waarschijnlijk invloed op de organisatie én op de psyche van de militairen.

Indien er onduidelijkheid over het bestaan van een gewapend conflict bestaat, zal de (straf)rechter moeten vaststellen of er sprake is van zo'n situatie.⁵⁹⁾

Allereerst moet hier dus de vraag gesteld worden, wanneer geweldgebruik als een gewapend conflict kan worden aangemerkt. Of anders geformuleerd: wanneer overschrijdt geweldgebruik de drempel van een gewapend conflict (§ 6)? Vervolgens zal de Afghaanse situatie aan deze drempelwaarde worden getoetst (§ 7).

6. Drempel: gewapend conflict

Niet ieder geweldgebruik zal als gewapend conflict kunnen worden aangemerkt. Slechts gekwalificeerde vormen van geweld komen daarvoor in aanmerking. Dit is de ondergrens van het *genus* gewapend conflict.⁶⁰⁾ Beneden de ondergrens is er geen sprake van een gewapend conflict én is het oorlogsrecht dus formeel ook *niet* van toepassing.⁶¹⁾

Wil er sprake zijn van een niet-internationaal gewapend conflict, dan moet, zo blijkt uit de jurisprudentie van het ICTY, aan twee cumulatieve voorwaarden zijn voldaan.⁶²⁾ Er moet sprake zijn van (1) feitelijke vijandelijkheden van een zekere intensiteit, bestaande uit aan elkaar gerelateerde gewapende 'incidenten', die (2) uitgevoerd worden door tegenover elkaar staande georganiseerde gewapende groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen.⁶³⁾

⁵⁷⁾ Zie bijvoorbeeld het beroep van de verdediging in de *Tadic case (Appeal: jurisdiction)*; en ICTY, Trial Chamber, 10-7-2008, Prosecutor v. Boskoski & Tarculovski (*Boskoski case*), IT-04-82-T, § 174, waarbij de verdediging het bestaan van een gewapend conflict in twijfel trok.

⁵⁸⁾ Zie o.a. art. 8 Statuut van Rome (ICC Verdrag), en art. 5-7 WIM. Zie ook art. 1 Wet Oorlogsstrafrecht, waarin – naast het gewapende conflict – ook nog de volkenrechtelijke term oorlog wordt gebruikt. De beginselen van het oorlogsrecht kunnen ook buiten een gewapend conflict worden geschonden, en leiden ook tot vervolging, alleen zal die schending *niet* als oorlogsmisdrijf kunnen worden gekwalificeerd.

⁵⁹⁾ Niet alleen in *commune* strafzaken zoals Rb Rotterdam, 5 juni 2003, LJN AF9546 (Hulpverlening aan de vijand in tijd van oorlog of gewapend conflict), maar ook in zaken waarin de status van een gevangene ter discussie staat, zie bijvoorbeeld US Supreme Court, Hamdan v. Rumsfeld. Zie ook: President Rb Den Haag, 11-1-1991, NJ 1993/340, KG 1991/51, Art. 96 Grondwet (oorlogsverklaring) 2e Golfoorlog; en Hoge Raad der Nederlanden, 5-5-2004, LJN:AF6988, Uitlevering PKK bestuurslid.

⁶⁰⁾ Duchaine (2008), p. 472. Strikt genomen zijn er twee ondergrenzen: voor een niet-internationaal gewapend conflict en voor een internationaal gewapend conflict.

⁶¹⁾ Zie bijvoorbeeld art. 1 (2) AP II; Pictet, Jean S. (1958), *Commentary (Volume IV) on the Geneva Convention of 12 August 1949, relative to Protection of Civilian Persons in Time of War*, Geneva, ICRC, p. 36; Sandoz e.a. (1987), p. 1354, § 4474.

⁶²⁾ Zie uitgebreid: Duchaine (2008), p. 474. Conform: ICRC (2003), *IHL and the challenges of contemporary armed conflicts*, p. 18-19: "Armed conflict of any type requires a certain intensity of violence and, among other things, the existence of opposing parties"; Bartels, Rogier (2008), 'Gewapend conflict is geen eenduidig begrip', in: *Internationaal Humanitair Recht in de kijker*, 4, p. 69-82, 78; O'Connell, Mary Ellen (2009), 'Defining Armed Conflict', in: *Journal of Conflict & Security Law*, 13, 3, p. 393-400, 396; International Law Association (ILA) - Committee on the Use of Force (2008), *Initial Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, p. 22-23.

⁶³⁾ Zie in dit verband ook: Inter-American Commission on Human Rights, *Abella case*; ICTY, Appeals Chamber, 15-7-1999, Prosecutor v. Dusko Tadic (Judgement), *Tadic (Appeal, judgement) case*, IT-94-I-A; en ICTY, Trial Chamber, 3-4-2008, Prosecutor v. Ramush Haradinaj ea. (*Haradinaj*), IT-04-84-T.

Deze voorwaarden worden kort bezien. Ik analyseer op basis van jurisprudentie van internationale strafhoven het organisatievereiste (§ 6.1) en het intensiteitscriterium (§ 6.2). Uiteindelijk moeten die bevindingen op ISAF worden toegepast (§ 7).

6.1 Organisatie

De eerste eis betreft tegenover elkaar staande gewapende georganiseerde groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen.⁶⁴⁾ Hier gaat het om de organisatie-eis: “an armed conflict can exist only between parties that are sufficiently organized to confront each other with military means”.⁶⁵⁾ In de fameuze *Tadić case* stelde het Tribunaal:

The [Tadić Appeals] Chamber observed that “an organised group [...] normally has a structure, a chain of command and a set of rules as well as the outward symbols of authority” and that its members do not act on their own but conform “to the standards prevailing in the group” and are “subject to the authority of the head of the group”. Thus, for an armed group to be considered organised, it would need to have *some hierarchical structure* and its leadership requires the *capacity to exert authority* over its members.⁶⁶⁾

Hieruit blijkt dat een gewapende partij “enige vorm van hiërarchie” moet bezitten, zodat de leiding gezag uit kan oefenen over de groepsleden.

Het aspect van hiërarchie staat los van de kwestie van discipline in relatie tot het vermogen om het oorlogsrecht te respecteren. Dit gezag hoeft niet van dien aard te zijn dat de groep zich daadwerkelijk conform het oorlogsrecht gedraagt. Het gaat veeleer over het *vermogen* om zich conform het oorlogsrecht te gedragen, los van de kwestie of dat feitelijk ook gebeurt. Het feit dat de groep het oorlogsrecht respecteert wordt als een uiting van adequaat gezag gezien.⁶⁷⁾ Indien een groep het oorlogsrecht bewust en planmatig schendt, kan dat eveneens een aanwijzing zijn voor het bestaan van gezag over de groep.⁶⁸⁾

Reguliere strijdkrachten, zoals die van de NAVO-lidstaten en zoals de Afghan National Army (ANA), worden geacht aan deze voorwaarden qua organisatie te voldoen.⁶⁹⁾ Voor irreguliere strijdkrachten, gewapende groepen, moet een beoordeling worden gemaakt met behulp van een aantal indicatieve criteria:

As for armed groups, Trial Chambers have relied on several indicative factors, none of which are, in themselves, essential to establish whether the “organization” criterion is fulfilled. Such indicative factors include the existence of a command structure and disciplinary rules and mechanisms within the group; the existence of a headquarters; the fact that the

⁶⁴⁾ Zie ook M. Sassoli, XXXIst Round Table on International Humanitarian Law and Human Rights in Peace Operations (4-6 september 2008, San Remo), <www.iihl.org>.

⁶⁵⁾ ICTY, *Haradinaj case*, § 60.

⁶⁶⁾ ICTY, *Boskoski case*, § 195, verwijzend naar ICTY, *Tadić (Appeal, jurisdiction) case*, § 120.

⁶⁷⁾ ICTY, *Boskoski case*, § 196.

⁶⁸⁾ *Ibid.*, § 204: “The Chamber accepts that a high number of international humanitarian law violations by the members of an armed group may be indicative of poor discipline and a lack of hierarchical command in the group in some instances. [...] However, the Chamber also recognises that *some terrorist attacks actually involve a high level of planning and a coordinated command structure for their implementation*”.

⁶⁹⁾ ICTY, *Haradinaj case*, § 60: “State governmental authorities have been presumed to dispose of armed forces that satisfy this criterion”.

group controls a certain territory; the ability of the group to gain access to weapons, other military equipment, recruits and military training; *its ability to plan, coordinate and carry out military operations, including troop movements and logistics; its ability to define a unified military strategy and use military tactics; and its ability to speak with one voice and negotiate and conclude agreements such as cease-fire or peace accords.*⁷⁰⁾

In de *Boskoski case* ordende het Tribunaal deze criteria in vijf categorieën, die hier door een combinatie tot vier zijn teruggebracht (zie Tabel I).⁷¹⁾

Factor	Indicator
Commandostructuur	aanwezigheid van staf, hoofdkwartier, opperbevel, interne orders, communiqués, woordvoerder, bevelsverhoudingen, rangen en functiebeschrijvingen, éénhoofdige vertegenwoordiging ⁷²⁾
Militaire (operationele) vermogen	vermogen om strategie te bepalen, omvangrijke militaire operaties uit te voeren, terrein te beheersen, vermogen om gecoördineerde operaties uit te voeren, bevelvoering
Logistieke vermogen	o.a. training en werving personeel, bevoorradings, verbindingen
Discipline en vermogen tot implementatie oorlogsrecht	disciplinair systeem, training

Tabel I: Indicatoren organisatie

6.2 Intensiteit van geweld

Het tweede vereiste voor het bestaan van een gewapend conflict betreft de intensiteit van het geweld. Uit de jurisprudentie van het ICTY blijkt dat – in tegenstelling tot binnenlandse criminaliteit of onrust – er bij een (intrastatelijk) gewapend conflict sprake is van “the protracted extent of the armed violence and the extent of organisation of the parties involved”.⁷³⁾ “Protracted” moet gezien worden als een herformulering van de algemene regel die “isolated and sporadic acts of violence (disorganized and short-lived)” uitsluit van het toepassingsbereik van

⁷⁰⁾ Ibid., § 60. Zie ook ICTY, *Boskoski case*, § 194-206; en ICTY, Trial Chamber, 30-11-2005, Prosecutor v. Limaj e.a. (*Limaj case*), IT-03-66-T. [Accent: PD]

⁷¹⁾ Zie in dit verband ook de functies van militair optreden – inlichtingen, commandovoering, manoeuvre, slagkracht, bescherming en logistiek – in: Koninklijke Landmacht (1996) LDP I, p. 85 e.v. en de *Land Doctrine Publicatie - Militaire doctrine voor het landoptreden* (2009).

⁷²⁾ Deze laatste toevoeging komt voor van de auteur: PD.

⁷³⁾ ICTY, *Celibici case*, § 185.

het oorlogsrecht.⁷⁴⁾ Het feit dat (binnenlands) oorlogsgeweld “protracted” is, onderscheidt het van ‘gewonere’ vormen van incidenteel (binnenlands) geweld.

Het ICTY overwoog dat het “protracted armed violence” criterium meer door de intensiteit van het geweld, dan door de duur daarvan bepaald wordt.⁷⁵⁾ Dat lijkt ook aan te sluiten bij de tekst van het Statuut van Rome (ICC Verdrag), zoals het Tribunaal zelf ook vaststelt.⁷⁶⁾

Intensiteit kan aan de hand van verschillende indicatieve criteria worden gezien. In de *Haradinaj case* stelde het Tribunaal het volgende:

These indicative factors include the *number, duration and intensity* of individual confrontations; the *type of weapons and other military equipment* used; the *number and calibre of munitions* fired; the *number of persons and type of forces* partaking in the fighting; the number of *casualties*; the extent of *material destruction*; and the number of *civilians fleeing* combat zones. The involvement of the UN Security Council may also be a reflection of the intensity of a conflict.⁷⁷⁾

In de *Boskoski case* was het Hof uitgebreider:

Various indicative factors have been taken into account by Trial Chambers to assess the “intensity” of the conflict. These include the *seriousness of attacks* and whether there has been an increase in armed clashes, the *spread of clashes over territory* and over a period of *time*, any increase in the *number of government forces and mobilisation* and the *distribution of weapons* among both parties to the conflict, as well as whether the conflict has attracted the *attention* of the United Nations Security Council, and whether any *resolutions* on the matter have been passed. Trial Chambers have also taken into account in this respect the number of civilians forced to flee from the combat zones; the type of weapons used, in particular the use of *heavy weapons*, and other military equipment, such as tanks and other heavy vehicles; the *blocking or besieging of towns* and the heavy *shelling* of these towns; the extent of and the number of *casualties* caused by shelling or fighting; the *quantity of troops and units deployed*; existence and change of *front lines* between the parties; the *occupation* of territory, and towns and villages; the deployment of government forces to the crisis area; the closure of roads; cease fire orders and agreements, and the attempt of representatives from international organisations to broker and enforce cease fire agreements.

At a more systemic level, an indicative factor of internal armed conflict is the way that organs of the State, such as the police and military, use force against armed groups.⁷⁸⁾

Zoals uit deze uitspraken blijkt, spelen zowel kwalitatieve als kwantitatieve criteria een rol (zie Tabel 2).

⁷⁴⁾ Jinks, Derek (2003), *The temporal scope of application of international humanitarian law in contemporary conflicts*, Humanitarian Policy and Conflict Harvard University HPCR Policy Brief, January 2003, p. 6; Quénivet, Noëlle (2005), ‘The Applicability of International Humanitarian Law to Situations of a (Counter-) Terrorist Nature’, in: Arnold, Roberta & Hildbrand, Pierre-Antoine, *International Humanitarian Law and the 21st Century’s Conflicts. Changes and Challenges*, Lausanne: Editions interuniversitaire suisse (Edis), p. 25-61, 34.

⁷⁵⁾ ICTY, *Haradinaj case*, § 49. Zie in dat verband ook: Inter-American Commission of Human Rights, *Abella case*, waarin er gedurende dertig uur sprake was van een gewapend conflict.

⁷⁶⁾ ICTY, *Boskoski case*, § 186, verwijzend naar art. Article 8(2)(d) van het Statuut van Rome.

⁷⁷⁾ ICTY, *Haradinaj case*, § 49. [Accent: PD].

⁷⁸⁾ ICTY, *Boskoski case*, § 177-178.

Indicator	Kwalitatief	Kwantitatief
Strijdkrachten	Type en soort (lucht-landstrijdkrachten etc., (para)militair, special forces)	Aantal/omvang
Aanvallen	Soort (lucht-, grond, maritiem, belegering)	Aantal/omvang
Conflict	Aard van de vijandelijkheden	Tijd en Ruimte factoren
Bewapening, munitie	Type	Hoeveelheid
Effecten	Gevolgen (o.a. vluchtelingen, burgerslachtoffers, infra-structurele schade, doden en gewonde strijdende partijen)	Aantal/omvang
Betrokkenheid VN- Veiligheidsraad en externe actoren	Type en aard (VN-Veiligheidsraad resoluties, International Organisations, bemiddeling)	

Tabel 2: Kwalitatieve en kwantitatieve indicatoren intensiteit

7. Gewapend conflict in Afghanistan?

Na deze inleidende analyse van de aan de jurisprudentie ontleende criteria – intensiteit en organisatie – zal de huidige situatie in Afghanistan aan deze voorwaarden worden getoetst. Het doel is vast te stellen of er sprake is van een gewapend conflict tussen de Afghaanse regering en ISAF enerzijds, en de OMF anderzijds. Ik zie daartoe eerst kort de gewapende opstand (§ 7.1). Vervolgens beschouw ik in algemene zin de betrokken partijen, de Afghaanse overheid en ISAF enerzijds en de OMF anderzijds (§ 7.2). Vervolgens analyseer ik de organisatie van de OMF meer in detail (§ 7.3), waarna ik het geweld en de geweldsintensiteit analyseer (§ 7.4). Ten slotte beantwoord ik de vraag of er sprake is van een gewapend conflict in (Zuid)-Afghanistan (§ 7.5).

7.1 Gewapende opstand

Om de vraag te kunnen beantwoorden of er sprake is van een gewapend conflict, concentreer ik me op (geweldgebruik tussen) de OMF enerzijds en de Afghaanse regering ondersteund door ISAF anderzijds.

Sinds de val van het Taliban-regime in november 2001 is er sprake van een gewapende opstand tegen de Afghaanse regering die daarbij ondersteund wordt door (onder andere) ISAF. Human Rights Watch onderzocht de consequenties van de gewapende opstand (*insurgency*) en beschreef de situatie als volgt:

Since the fall of the Taliban government in November 2001, Afghan insurgent forces – mostly Taliban, Hezb-e Islami, and allied anti-government groups [OMF: PD] – have launched thousands of armed attacks on Afghan government, US, coalition, and NATO forces, and on the civilian population.

International and Afghan military forces have carried out extensive military operations against these insurgent forces, in many cases causing large numbers of civilian casualties. [...] The most intense fighting to date occurred in 2006, including major hostilities in southern provinces around Kandahar, and in and around Kunar province, on the eastern border with Pakistan.⁷⁹⁾

De gewapende opstand door wat hier korthedshalve OMF genoemd wordt, richt zich niet alleen tegen de Afghaanse overheid en de burgerbevolking, maar ook tegen buitenlandse militaire contingenten. De Afghaanse overheid, dat wil zeggen de nationale regering Karzai, de provinciale en lokale besturen, hebben met de Afghan National Security Forces (ANSF) de primaire taak veiligheid, orde, rust en recht te garanderen. Zij worden daarin gesteund door ISAF, zoals ook door de Veiligheidsraad is erkend:

Recognizing that the responsibility for providing security and law and order throughout the country resides with the Afghan Authorities, stressing the role of the International Security Assistance Force (ISAF) in assisting the Afghan Government to improve the security situation and welcoming the cooperation of the Afghan Government with ISAF,⁸⁰⁾

Ondanks de steun van ISAF biedt de veiligheidssituatie nog steeds reden tot zorg. De Secretaris-Generaal van de VN (SGVN) meldde in september 2008:

The overall situation in Afghanistan has become more challenging since my previous report. Despite the enhanced capabilities of both the Afghan National Army and the international forces, the security situation has deteriorated markedly. The influence of the insurgency has expanded beyond traditionally volatile areas and has increased in provinces neighbouring Kabul. Incidents stemming from crossborder activities from Pakistan have increased significantly in terms of numbers and sophistication. The insurgency's dependence on asymmetric tactics has also led to a sharp rise in the number of civilian casualties. [...] Another worrying development is the fact that attacks on aid-related targets and non-governmental organizations have become more frequent and more deadly.⁸¹⁾

Deze penibele veiligheidssituatie, die door de gewapende opstand wordt veroorzaakt, komt ook tot uitdrukking in resoluties van de VN-Veiligheidsraad,⁸²⁾ rapporten van Human

⁷⁹⁾ Human Rights Watch (2007) *The Human Cost - The Consequences of Insurgent Attacks in Afghanistan*, April, p. 12.

⁸⁰⁾ SC Resolution 1833, UN Doc S/RES/1833 (2008).

⁸¹⁾ UN Doc. A/63/372, S/2008/617, *The situation in Afghanistan and its implications for peace and security. Report of the Secretary-General*, § 2.

⁸²⁾ SC Resolution 1833, UN Doc S/RES/1833 (2008): "Expressing its strong concern about the security situation in Afghanistan, in particular the increased violent and terrorist activities by the Taliban, Al-Qaida, illegally armed groups, criminals and those involved in the narcotics trade, and the increasingly strong links between terrorism activities and illicit drugs, resulting in threats to the local population, including children, national security forces and international military and civilian personnel".

Rights Watch,⁸³⁾ The Senlis Council (nu: ICOS)⁸⁴⁾ en het *Annual Report* van het International Committee of the Red Cross (ICRC).⁸⁵⁾

Het is duidelijk dat bij deze gewapende opstand twee ‘zijden’ te onderkennen zijn: de Afghaanse overheid ondersteund door ISAF enerzijds en de OMF anderzijds. Beide ‘zijden’ worden hierna bezien.

7.2 De betrokken partijen: GIRoA en ISAF versus OMF

Het doel van ISAF is de Afghaanse overheid (*Government of the Islamic Republic of Afghanistan*, GIRoA) bij te staan in het verbeteren van de veiligheidssituatie:

Het centrale doel van de ISAF-missie is de Afghaanse overheid te helpen zelf de veiligheidsproblemen in haar land ter hand te nemen.⁸⁶⁾

Vanwege deze doelstelling treedt ISAF in beginsel samen op met de Afghaanse autoriteiten, en met name de ANSF (in casu ANA en Afghan National Police, ANP). “Zo neemt de ANA thans landelijk deel aan bijna 70% van alle ISAF-operaties”, aldus de Nederlandse regering in een recente voortgangsrapportage.⁸⁷⁾

De Afghaanse strijdkrachten, de ANA, verkeren nog steeds in groeifase, en zijn vanwege gebrek aan ‘enablers’,⁸⁸⁾ zware middelen, en in opleiding en training, slechts beperkt zelfstandig inzetbaar. De ANA heeft op dit moment een sterkte van zo’n 63.000 man.⁸⁹⁾ Zij treedt doorgaans in samenwerking met ISAF (en OEF) eenheden op. In RC-South bevindt zich 205^e ANA Corps, in Uruzgan 4e ANA Brigade (1400 man).⁹⁰⁾ Operational Mentoring and Liaison Teams (OMLT’s) van ISAF (en OEF) verzorgen niet alleen de opleiding en begeleiding van de ANA, zij leveren ook de *enablers* zoals verbindingen, luchtsteun, genie en geneeskundige steun. Qua uitrusting, ervaring en opleiding kan het jonge ANA slechts beperkt zelfstandig opereren tegen OMF⁹¹⁾

De ANA is nog steeds in sterke mate afhankelijk van ISAF (en OEF) eenheden. Ik zie hier overigens slechts de ISAF eenheden.

ISAF heeft thans een sterkte van 67.700 manschappen.⁹²⁾ De helft daarvan, 34.000 bevindt

⁸³⁾ Human Rights Watch (2007), p. 1.

⁸⁴⁾ Senlis Afghanistan (2007), *Stumbling into chaos: Afghanistan on the brink*, London: Senlis Council, p. 1; ICOS (2008), *Struggle for Kabul: The Taliban Advance*, London: The International Council on Security and Development (former Senlis Council), December, p. 7.

⁸⁵⁾ ICRC (2008), *ICRC Annual Report 2007*, Geneva: ICRC, Afghanistan pp. 181-185, p. 182: “The armed conflict in Afghanistan spread considerably in 2007, [...], fighting between armed groups and national and international forces occurred regularly in more than half of Afghanistan’s provinces, while provinces not directly affected by fighting endured roadside bombs, targeted killings, suicide bombings and deliberate intimidation of civilians. Military operations by international forces included aerial bombardments in the south and east. While the south remained the region worst affected by the conflict, the south-eastern provinces of Ghazni, Paktia, Paktika and Zabul saw a marked deterioration in the security situation. Fighting between national and international forces and armed groups also spread into western and central areas”.

⁸⁶⁾ *Kamerstukken II 2008-09, 27 925*, nr. 325, p. 5.

⁸⁷⁾ *Ibid.*, p. 21.

⁸⁸⁾ Zie hierna.

⁸⁹⁾ *Kamerstukken II 2008-09, 27 925*, nr. 325, p. 21; UN Doc. A/63/372, S/2008/617, *The situation in Afghanistan and its implications for peace and security*, § 23.

⁹⁰⁾ Alsmede 1300 leden van de Afghan National Police (ANP): *Kamerstukken II 2008-09, 27 925*, nr. 325, p. 22.

⁹¹⁾ *Ibid.*, p. 21.

⁹²⁾ NATO (2009), *ISAF and Afghan National Army strength & laydown*, Oct 01, <www.nato.int/isaf/docu/epub/pdf/placemat.pdf> (benaderd: 7-10-2009).

zich in Zuid-Afghanistan, in het operatiegebied van RC-South (de provincies Daikundi, Helmand, Kandahar, Nimruz, Uruzgan en Zabul)⁹³). In Uruzgan bevinden zich zo'n 2.500, hoofdzakelijk Nederlandse en Australische, ISAF militairen. ISAF beschikt over: grondtroepen; infanteriegevechtsvoertuigen en tanks (Canada en Denemarken); gevechtssteun waaronder artillerie (mortieren, houwitsers, raketsystemen)⁹⁴ en genie; luchtsteun in de vorm van gevechtsvliegtuigen, bommenwerpers, gevechtshelikopters, speciale vliegtuigen voor luchtsteun aan grondtroepen (A-10 en AC-130 Spectre Gunship)⁹⁵ en onbemande vliegtuigen.

Naast de opleiding en begeleiding van de ANSF, en het uitvoeren van gezamenlijke operaties, ondersteunt ISAF de Afghaanse overheid met het uitbreiden en behouden van haar gezag. Daarbij worden ook offensieve operaties ondernomen.⁹⁶

Reguliere strijdkrachten zoals ANA en ISAF voldoen qua organisatie aan de eis die in doctrine en jurisprudentie (zie hiervoor § 6.1) aan gewapende partijen bij het conflict is gesteld.

De ene 'zijde' van het Afghaanse conflict bestaat primair uit de Afghaanse overheid (GIRoA), die daarbij op eigen verzoek en met instemming van de VN-Veiligheidsraad ondersteund wordt door ISAF.

De 'andere' zijde van het conflict wordt gevormd door 'gewapende opstandelingen'. De opstandelingen bestaan uit meerdere groeperingen. De verzamelnaam is Opposing Militant Forces, kortweg OMF.⁹⁷ Het gaat om Taliban, Al Qa'ida en Hezb-i Islami Gulbuddin (HiG).⁹⁸ Het zuiden van Afghanistan, waaronder de provincies Kandahar en Helmand, is een van de gebieden waar de opstand hardnekkig en intensief is.⁹⁹ De activiteiten van de OMF in Zuid-Afghanistan concentreren zich op de provincies Uruzgan, Zabul, (Noord)-Kandahar en (Noord)-Helmand.¹⁰⁰

De OMF trachten actief en met geweld te voorkomen dat de coalitiestrijdkrachten, de Afghaanse veiligheidsorganisaties (politie en leger) en de plaatselijke en provinciale autoriteiten greep op het zuiden van Afghanistan krijgen. Zij willen delen van deze regio kunnen blijven gebruiken als veilige uitvalsbasis. De OMF proberen dit onder meer te bereiken door:

- het verzamelen van inlichtingen over de activiteiten van de coalitiestrijdkrachten van de operatie Enduring Freedom en van de Afghaanse autoriteiten;
- het uitvoeren van hinderlagen, overvallen en aanslagen met geïmproviseerde explosieven op patrouilles van de coalitiestrijdkrachten en de Afghaanse veiligheidsorganisaties;

⁹³) Kamerstukken II 2005-06, 27 925, nr. 201, p. 7.

⁹⁴) Zie Soldaat, Pieter & Vermeij, A.T. (2007), 'Wederopbouw in Zuid-Afghanistan', in: *Militaire Spectator*, 175, 2, p. 61-72, 69, waarin de auteurs wijzen op de HIMARS (High Mobility Artillery Rocket System).

⁹⁵) Ebbelaar, F.A. (2009), 'Leiderschap onder extreme omstandigheden', in: *Carré*, 32, 1, p. 21-26, 24, in casu het relaas van M. Kroon over gevechten in de Baluchivallei en Chora (2007).

⁹⁶) Kamerstukken II 2005-06, 27 925, nr. 193, p. 13-14. Zie ook: Ministerie van Defensie (2009), *Grote militaire operatie in Uruzgan (Tura Ghar)*, 16-1-2009, <www.defensie.nl/missies/nieuws/isaf/2009/01/16/46126397/grote_militaire_operatie_in_uzrugan_video>, benaderd: 22-1-2009.

⁹⁷) Ik maak onderscheid tussen OMF en Taliban. OMF is de ruimere term. OMF is de term die in de Nederlandse kamerstukken wordt gebruikt. Als generiek begrip wordt soms ook wel 'Taliban' gebruikt (als synoniem voor OMF). Waar dit in de gebruikte bronnen voorkomt hebben, is die terminologie letterlijk overgenomen.

⁹⁸) Voor een gedetailleerdere indeling o.a.: Jones, Seth G. (2008) 'The Rise of Afghanistan's Insurgency', in: *International Security*, 32, 4, p. 7-40, xi en 37: "A mixed group of insurgents comprised of the Taliban, Hezb-i-Islami, the Haqqani network, foreign fighters, local tribes, and criminal organizations began a sustained effort to overthrow the Afghan government".

⁹⁹) Daarnaast betreft het oost-Afghanistan (o.a. provincie Kunar): Human Rights Watch (2007), p. 12.

¹⁰⁰) Kamerstukken II 2005-06, 27 925, nr. 201, p. 7.

- het met raketten en mortieren beschieten van de bases van coalitiestrijdkrachten;
- het behouden of afdwingen van de steun onder de bevolking met behulp van propaganda en intimidatie;
- het verstoren van de wederopbouw;
- het beperken van de bewegingsvrijheid van de coalitiestrijdkrachten door het aangrijpen van verbindingen over land en door de lucht.¹⁰¹⁾

Hoewel de 'andere' zijde van het Afghaanse conflict uit een eenduidige groep lijkt te bestaan – de OMF – is dit in werkelijkheid een heterogeen samenwerkingsverband van meerdere gewapende groepen. Daarbij is het bovendien de vraag of dit verband aan de vereiste organisatiegraad voldoet.

7.3 Organisatie OMF

De eerste voorwaarde voor de aanwezigheid van een gewapend conflict is het vereiste van tegenover elkaar staande gewapende georganiseerde groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen. Zoals hiervoor al gememoreerd, kwalificeren de ANA en de verschillende contingents van ISAF zich voor dit doeleinde.¹⁰²⁾

Het is minder evident dat de OMF een georganiseerde gewapende groep is. Daarbij bieden enkele indicatoren een aanknopingspunt. Het gaat om (1) factoren die op een commandostructuur duiden, (2) factoren die het militaire operationele vermogen duiden (3) logistieke indicatoren, en (4) discipline en het vermogen om het oorlogsrecht te implementeren. Informatie hierover is op een aantal aspecten helaas schaars, dan wel geclassificeerd.

Waar ik hiervoor de OMF beschreef als een heterogeen verband dat uit ten minste drie groepen bestaat – Taliban, Al Qa'ida en Hezb-i Islami Gulbuddin – zal ik me in deze paragraaf concentreren op de Taliban. Hierbij zij opgemerkt dat openbare bronnen veelal de term 'Taliban' bezigen wanneer men doelt op OMF.¹⁰³⁾

Allereerst bezie ik de commandostructuur. Het betreft de volgende deelaspecten of indicatoren: staf, hoofdkwartier, opperbevel, interne orders, communiqués, woordvoerder, eenhoofdige vertegenwoordiging, bevelsverhoudingen, rangen en functiebeschrijvingen.

Het blijkt dat er sprake is van een zekere mate van hiërarchie in het leiderschap van de Taliban.¹⁰⁴⁾ Het topkader zetelt waarschijnlijk in Pakistan, waarbij Quetta frequent genoemd wordt.¹⁰⁵⁾

De SGVN onderkent, naast Gulbuddin Hekmatyar's Hezb-i Islami commando (een geallieerd maar afzonderlijk netwerk voor de Kunar en and Pashtun gebieden in Noord-Afghanistan), vier Taliban districtscommando's:

¹⁰¹⁾ Ibid., p. 33.

¹⁰²⁾ Supra voetnoot 69 en § 6.1.

¹⁰³⁾ Zie o.a. de verschillende berichten in NRC Handelsblad.

¹⁰⁴⁾ Zie o.a. Jones (2008), 'The Rise of Afghanistan's Insurgency', p. 30-31; en Jones, Seth G. (2008), *Counterinsurgency in Afghanistan*, RAND Counterinsurgency Studies, p. 37-48.

¹⁰⁵⁾ Coenen, R.E.H. (2009), 'De Taliban in Uruzgan. Het karakter van de vijand en een aantal heroverwegingen om hem effectiever te bestrijden', in: *Militaire Spectator*, 178, 3, p. 168-175, 171; Jones (2008), 'The Rise of Afghanistan's Insurgency', p. 31; Jones (2008), *Counterinsurgency in Afghanistan* 40; UN Doc. A/63/372, S/2008/617, *The situation in Afghanistan and its implications for peace and security*, § 5.

- het Noordelijke commando (Nangarhar en Laghman);
- Jalaluddin Haqqani's commando (met name in Khost en Paktia);
- de Wana shura (voor Paktika); en
- het Zuidelijke commando (voor Helmand, Kandahar, Zabul en Uruzgan).¹⁰⁶⁾

De leiding van de Taliban berust bij Mullah Omar, "the highest leader of the Islamic Emirate of Afghanistan".¹⁰⁷⁾ Na Mullah Omar is Mullah Dadullah de meest prominente militaire commandant, die tevens als publiek gezicht fungeert.¹⁰⁸⁾

Daarnaast is er sprake van middenkader en lokale Taliban-commandanten ter plekke in Afghanistan. Het leiderschap vertrouwt in sterke mate op "cross-border fighters" uit vluchtelingenkampen en radicale *madrassas* in Pakistan.¹⁰⁹⁾ De harde kern wordt ter plaatse versterkt met lokale strijders. De Taliban maakt gebruik van zogeheten *facilitators* en *enablers* tijdens de verschillende fasen van hun activiteiten. Zo worden onderdelen van IED's aangeleverd en in IED-werkplaatsen geassembleerd. Anderen plaatsen deze IED's of bereiden de plaatsing voor. Zij maken ook gebruik van zogeheten *spotters*, waarnemers die de bewegingen van ISAF gadeslaan en doorgeven.¹¹⁰⁾

Een ander aspect van de commandostructuur is dat de Taliban bij machte zijn onderhandelingen te voeren met ISAF-troepen:

In mid-2006, British forces agreed to leave the town of Musa Qala, in Helmand province, if Taliban forces also agreed to withdraw. The much criticized agreement ended in early December 2006 when Taliban forces and NATO troops again engaged in heavy clashes there.¹¹¹⁾

Een volgend aspect is dat de Taliban in het zuiden tweederde van de bomaanslagen opeist.¹¹²⁾ Mediaverklaringen zijn een volgende uiting van de commandostructuur:¹¹³⁾

Media statements by various Taliban commanders and spokesmen, and documents attributed to the Taliban shura (council), indicate that Taliban leaders consider it permissible to attack Afghan government workers and teachers, employees of nongovernmental organizations, or anyone who supports the government of President Hamid Karzai. Taliban spokesmen have claimed responsibility for various kidnappings and killings of foreign humanitarian aid workers, claiming that they are killed because they are "spying for the Americans" or for NATO or coalition forces.¹¹⁴⁾

De commandostructuur is slechts één van de indicatoren voor het militair operationele vermogen. Andere indicatoren zijn: vermogen om strategie te bepalen, omvangrijke militaire operaties uit te voeren, terrein te beheersen, vermogen om gecoördineerde operaties

¹⁰⁶⁾ UN Doc. A/63/372, S/2008/617, *The situation in Afghanistan and its implications for peace and security*, § 6.

¹⁰⁷⁾ Human Rights Watch (2007), p. 15-16; Christopher Dickey, 'The Taliban's Book of Rules', in: *Newsweek*, December 12, 2006, <www.msnbc.msn.com/id/16169421/site/newsweek/> (benaderd: 10-1-2007).

¹⁰⁸⁾ Human Rights Watch (2007), p. 15-16; Michael Hirst, 'Brutal One-legged Fanatic Who Loves the Limelight', *The Telegraph* (UK), July 2, 2006.

¹⁰⁹⁾ UN Doc. A/63/372, S/2008/617, *The situation in Afghanistan and its implications for peace and security*, § 8.

¹¹⁰⁾ Ministerie van Defensie (2009), *Grote militaire operatie in Uruzgan (Tura Ghar)*.

¹¹¹⁾ Human Rights Watch (2007), p. 14-15.

¹¹²⁾ *Ibid.*, p. 5. Zie ook: NRC *Handelsblad*, Taliban-commandant: troepen in Uruzgan verder onder druk, (13-09-2009).

¹¹³⁾ *Ibid.*, p. 5.

¹¹⁴⁾ *Ibid.*, p. 5.

uit te voeren, en bevelvoering.

De Taliban bleek tijdens operatie *Medusa* in staat conventionele en gecoördineerde militaire operaties uit te voeren. De aanval op Kandahar (2008) bevestigt dit beeld.¹¹⁵⁾ Recent, in oktober 2008, viel de Taliban vanuit drie zijden aan op de hoofdstad van Helmand, Lashkar Gah. Het districtskantoor Nad Ali (Helmand) kon pas na drie dagen vechten op de Taliban worden heroverd.¹¹⁶⁾

Het militair operationele vermogen van de OMF lijkt in de loop van de tijd te zijn toegenomen. De SGVN rapporteerde in september 2008 aan de VN-Veiligheidsraad:

Three trends can be identified in the context of this deterioration: a greater focus by insurgent groups on hitherto stable areas; more sophisticated planning of operations by insurgents, in particular asymmetric attacks; and an increase in civilian casualties. [...] The fact that the insurgents have the ability to carry out operations in the capital [Kabul] shows that they are becoming increasingly sophisticated.¹¹⁷⁾

De derde groep indicatoren betreft de logistiek: waaronder training en werving personeel, bevoorraden en verbindingen. Zoals hiervoor beschreven, maken de OMF gebruik van permanente strijders die voor een deel uit het buitenland (Pakistan) komen, en na een actie of operatie weer terugkeren. Daarnaast zijn de OMF in staat, al dan niet onder dwang, (tijdelijke) lokale strijders aan te trekken, bijvoorbeeld *spotters*.¹¹⁸⁾

De vierde en laatste categorie indicatoren betreft discipline en het vermogen om het oorlogsrecht te implementeren. Het gaat dus niet zozeer om de vraag of de OMF zich aan het oorlogsrecht houden, maar om het vermogen om dat te doen. Het gaat om een disciplinair systeem en training. Het planmatig schenden van het oorlogsrecht kan echter ook een indicatie zijn voor de organisatiegraad, aldus het ICTY (zie § 6.1).¹¹⁹⁾ Bekend is dat de OMF bewust weinig respect voor het oorlogsrecht opbrengen.¹²⁰⁾ Het planmatig schenden van het oorlogsrecht door burgers aan te vallen, duidt op een zekere organisatiegraad: niet alleen op het bestaan van een commandostructuur die uitvoering geeft aan een strategie, maar ook op het vermogen om vooraf een strategie te bepalen.

Op basis van de voorgaande analyse dringt zich de conclusie op dat de OMF, in ieder geval de Taliban, een georganiseerde gewapende groep is, die over het vermogen lijkt te beschikken om over langere termijn gecoördineerde militaire operaties uit te voeren tegen de Afghaanse regering, regeringstroepen en buitenlandse troepen, waaronder ISAF.

¹¹⁵⁾ Zie voetnoot 134.

¹¹⁶⁾ NRC Handelsblad, Taliban vallen provinciehoofdstad aan: zestig doden (13-10-2008).

¹¹⁷⁾ UN Doc. A/63/372, S/2008/617, *The situation in Afghanistan and its implications for peace and security*, § 17-18.

¹¹⁸⁾ Soldaat, P.B (2009), 'Observaties over operaties in Afghanistan', in: *Militaire Spectator*, 178, 4, p. 252-266; Coenen (2009), p. 170.

¹¹⁹⁾ ICTY, *Boskoski case*, § 204.

¹²⁰⁾ Zie voor een beschrijving van de *modus operandi* van de aanvallen door de OMF: Human Rights Watch (2007), p. 25. Zie ook p. 4: "[HRW] investigations found that many civilian casualties from insurgent attacks in Afghanistan in 2006 were intentional or avoidable. Insurgent forces regularly targeted civilians, or attacked military targets and civilians without distinction or with the knowledge that attacks would cause disproportionate harm to civilians". Zie ook het 'rulebook' dat door het leiderschap van de Taliban in 2006 is uitgebracht: Human Rights Watch (2007), p. 95, *Rulebook for the Mujahidin from the Supreme Leader of the Islamic Emirate of Afghanistan*, ongedateerd, gefaxd naar media in Pakistan (november 2006, On file with Human Rights Watch). Het boekwerk verschaft verklaringen waarom Afghaanse burgers aangevallen mogen worden.

7.4 Geweld en intensiteit vijandelijkheden

Het tweede vereiste voor het bestaan van een (niet-internationaal) gewapend conflict is de intensiteit van de vijandelijkheden. Volgens een recent rapport van ICOS, zou de Taliban een permanente presentie hebben in 72% van het land.¹²¹⁾ Hoewel van de zijde van o.a. de NAVO kritiek is geuit op dit cijfer, blijkt uit het rapport in ieder geval dat de OMF een brede en omvangrijke gewapende strijd voeren.¹²²⁾ In Uruzgan, de provincie waar de Nederlands-Australische Task Force sinds 2006 actief is, werden tussen 1 april 2005 en 31 december 2005 ruim 140 gewelddadige incidenten geteld. Dat komt neer op bijna drie per week.

De helft van deze incidenten bestond uit zogenaamde directe aanvallen. Het gaat hier voornamelijk om gevechtscontacten tussen de Taliban en coalitietroepen en/of Afghaanse veiligheidsorganisaties.¹²³⁾

Nederlandse troepen zijn tussen juni 2006 en april 2008, in Uruzgan 648 maal in gevechtscontact – Troops in Contact (TIC) – met OMF geweest.¹²⁴⁾ Dat is ongeveer één keer per dag. Per januari 2009 zou het in totaal al om zo'n 900 TIC's gaan.¹²⁵⁾

Dat de gewapende opstand niet afneemt, bevestigt een recente Nederlandse voortgangsrapportage:

[Het] aantal veiligheidsincidenten [is] in heel Afghanistan gestegen in vergelijking met vorig jaar. Volgens ISAF zijn tot en met september 2008 een totaal van 9059 geweldsincidenten geregistreerd. In 2007 waren dat er 8731 en in 2006 waren het er 6577. De Taliban richten zich veelal op het plegen van aanslagen op hoofdwegen en bruggen, om zo de aanvoerlijnen te verstoren en de bewegingsvrijheid van de internationale troepen, maar vooral hulporganisaties en de lokale bevolking te beperken.¹²⁶⁾

Omgerekend gaat het in Afghanistan in totaal dus om zo'n 22 'incidenten' per dag. De Secretaris-Generaal van de VN rapporteerde in september 2008 een aantal van 32 per dag in de maand ervoor.¹²⁷⁾

The trend in insurgency tactics observed in 2007 – from armed clashes with security forces to attacks of an asymmetric nature – continued and became more pronounced in 2008, leading to a sharp increase in the number of civilian casualties. Of the more than 3,800 lives lost in insurgency-related violence by the end of July [2008], over one

¹²¹⁾ ICOS (2008), p. 5. In november 2007 ging het nog om 54%: Senlis Afghanistan (2007), p. 7. ICOS baseert haar oordeel op het aantal "insurgent attack per week, according to public records". Daarbij moet de kanttekening geplaatst worden dat een aanval niet per se betekent dat de Taliban het gebied controleert, en het is ook onwaarschijnlijk dat in gebieden waar de Taliban dominant is en overheid en ISAF dientenvolge niet kunnen komen, veel aanvallen plaatsvinden. Hoe dit ook zij, de stijging van het aantal aanvallen en de omvang ervan is evident. Zie in dit verband ook: NRC Handelsblad (2009), Bestuur van Uruzgan 'bijna onzichtbaar', (24-09-2009); en The Liaison Office (TLO) (2009). *Three Years Later - A socio-political assessment of Uruzgan Province from 2006 to 2009*, Kabul.

¹²²⁾ Zie bijvoorbeeld Commandant RC-South, die er op wijst dat zestig procent van de Afghaanse bevolking in Zuid-Afghanistan in de vruchtbare valeien woont, die grotendeels tot de 'inktvlek' van ISAF behoren: (2009), 'Het aantal incidenten zal nog stijgen': Nederlandse commandant blij met Amerikaanse versterkingen voor gevaarlijke provincies in Zuid-Afghanistan, in: *De Volkskrant*, (14-03-2009).

¹²³⁾ *Kamerstukken II 2005-06*, 27 925, nr. 201, p. 24.

¹²⁴⁾ Interview met generaal D. Berlijn: NRC Handelsblad (12-4-2008).

¹²⁵⁾ Hoofddofficier van Justitie mr.A.O. van der Kerk, presentatie Militair Rechtelijke Vereniging, 10-12-2008, Amsterdam.

¹²⁶⁾ *Kamerstukken II 2008-09*, 27 925, nr. 325, p. 19.

¹²⁷⁾ UN Doc.A/63/372, S/2008/617, *The situation in Afghanistan and its implications for peace and security*, § 16.

third were civilians.¹²⁸⁾

De OMF hanteren verschillende *modus operandi*. Enerzijds zijn er gewapende aanvallen die tegen burgers, ANSF, ISAF of andere buitenlandse militairen gericht zijn: bomaanslagen, Improvised Explosive Devices (IEDs of 'bermbommen'), zelfmoordaanlagen, hinderlagen, brandstichting, overvallen, ontvoering en executies.¹²⁹⁾ Anderzijds zijn er vernielingen aan infrastructuur (bruggen, duikers, wegen en scholen). Wat ook duidelijk wordt is dat de vijandelijkheden qua tijd, geografisch bereik, omvang en intensiteit sterk variëren.

Er zijn eenvoudige IED, guerrilla-acties met meerdere strijders, maar ook omvangrijke en meer klassiek uitgevoerde operaties. Drie tot de verbeelding sprekende momenten zijn operatie Medusa (2006), de strijd bij Chora (operatie Troy, 2007) en de aanval op Kandahar (2008).¹³⁰⁾

Tijdens operatie Medusa, die bedoeld was om de invloed en bedreiging van de OMF (i.c. Taliban) op Kandahar in te perken, was er sprake van min of meer conventioneel opererende Taliban-eenheden van bataljonsgrootte.¹³¹⁾

Bij de gevechten rondom Chora in de zomer van 2007 zou er sprake zijn geweest van zo'n duizend strijders (OMF) die Chora dreigden te veroveren. ISAF, in casu commandant-TFU, was hierdoor gedwongen een bataljonsoperatie te lanceren. Deze meerdaagse operatie Troy werd uitgevoerd door de Nederlandse BattleGroup, Nederlandse *special forces*, de Britse reserve-eenheid van RC-South en tot op zekere hoogte door Australische *special forces*.¹³²⁾ De operatie werd ondersteund door gevechtssteunen, artillerie, genie, inlichtingenmiddelen, gevechtshelikopters, gevechtsvliegtuigen en bommenwerpers.¹³³⁾

In 2008 wisten de Taliban wederom Kandahar te bedreigen. Daarbij werden ruim duizend gevangenen uit de lokale gevangenis bevrijd.¹³⁴⁾

Hiervoor zijn uit de jurisprudentie indicatoren herleid die de intensiteit van de vijandelijkheden regarderden (§ 6.2): strijdkrachten, aanvallen, aard van de vijandelijkheden, tijd- en ruimtetactoren, bewapening, effecten en betrokkenheid van externe actoren zoals de VN-Veiligheidsraad

¹²⁸⁾ Ibid, § 19.

¹²⁹⁾ Human Rights Watch (2007), p. 3. Zie ook UN Doc. A/63/372, S/2008/617, *The situation in Afghanistan and its implications for peace and security*, waarin tussen 1-1-2006 en 11-9-2006 sprake is van 2000 doden, waarvan 1/3 burgers. Voor een voorbeeld van verliescijfers aan ISAF-zijde: de Britse aantallen dode en gewonde militairen: <www.mod.uk/NR/rdonlyres/F29CA3A2-29F7-400B-BC8C-D018F2DCE370/0/op_herrick_casualty_fatality_tables_31mar09.pdf> (benaderd: 22-4-2009).

¹³⁰⁾ Let wel: "De Taliban lijken niet in staat tot een grootschalig offensief. Daarnaast hebben zij om effect te sorteren een dergelijk omvangrijk optreden niet nodig. Door aanwezig te zijn en met behulp van kleinere acties zijn zij in staat om de bevolking het gevoel van onveiligheid te geven, waardoor de ontevredenheid over de Afghaanse overheid toeneemt. *Grotere operaties worden door de Taliban alleen uitgevoerd, indien de lokale omstandigheden daarvoor als gunstig worden ingeschat.* Vanuit dit perspectief moet bijvoorbeeld de Taliban-aanval op Chora in juni jl. [2007] worden gezien.", in: *Kamerstukken II 2007-08, 27 925*, nr. 287, p. 83 [Accent: PD].

¹³¹⁾ Human Rights Watch (2007), p. 14. Zie over operatie Medusa: Soldaat & Vermeij (2007), p. 68-70. Operatie Medusa betrof een door RC-South geleide brigadeactie. Daarbij zouden zo'n duizend strijders zijn uitgeschakeld, zie ibid. p. 70: "gedood, verwond of gevangengenomen".

¹³²⁾ Velde, Peter ter (2008), *Kabul & Kamp Holland. Over stad en de oorlog*, Schoorl: Uitgeverij Conserve, p. 159.

¹³³⁾ Ministerie van Defensie (2009), *Belangrijke stap vooruit in Chora*, 26-02-2009, <www.defensie.nl/missies/nieuws/isaf/2009/02/26/46128145/Belangrijke_stap_vooruit_in_Chora> (benaderd: 26-2-2009). Zie voor een opgetekend relaas over de slag twee weken later: ter Velde (2008), p. 159.

¹³⁴⁾ *NRC Handelsblad*: Talibaan bevrijden 1.150 gevangenen (14-6-2008); Talibaan lanceren aanval op Kandahar (17-6-2008); NAVO-operatie wordt steeds ontregeld (19-6-2008); NAVO begint tegenaanval bij Kandahar (18-6-2008); We moeten plaatselijke Talibaan-succesjes niet opblazen (19-6-2008).

en Internationale Organisaties. Wanneer we deze vijandelikheden over en weer toetsen aan deze indicatoren, dringt zich de conclusie op dat het geweld in Zuid-Afghanistan de ondergrens van het (niet-internationaal) gewapend conflict – op dit intensiteitscriterium – overschrijdt. Er is een vrij duidelijk patroon van feitelijke vijandelikheden over en weer waarneembaar.

Het aandeel van de ANA en ISAF in de vijandelikheden is vrij eenvoudig te herleiden tot deze reguliere strijdkrachten. Of het oppositionele aandeel in de vijandelikheden aan de OMF moet worden toegerekend is op voorhand minder duidelijk. Dat is in ieder geval zo als zij herleid kunnen worden tot een organisatie die daarvoor verantwoordelijk is of zegt te zijn. Hiervoor bleek dat dit voor een belangrijk deel het geval is.

7.5 Een gewapend conflict dus?

Het oorlogsrecht is van rechtswege van toepassing tijdens een gewapend conflict. De hamvraag is of de gewapende opstand in (Zuid)-Afghanistan te kwalificeren valt als een gewapend conflict. Het bestaan daarvan hangt af van een feitelijke toets. Zoals eerder beschreven en zoals ook door de Nederlandse regering is bevestigd, zijn de standpunten van partijen bij het conflict ter zake van de status van dat conflict niet doorslaggevend.¹³⁵⁾ De “toepassing van het humanitair oorlogsrecht is [...] niet afhankelijk van formele juridische verklaringen” van de partijen bij het conflict, maar “ontstaat door de feitelijke vaststelling van het bestaan van een [gewapend] conflict”.¹³⁶⁾ Een finaal oordeel over de status van het conflict zal uiteindelijk door een (straf)rechter (moeten) worden geveld.

Hiervoor bleek dat er duidelijke indicatoren aanwezig lijken te zijn die duiden op de aanwezigheid van (1) feitelijke vijandelikheden van een zekere intensiteit, bestaande uit aan elkaar gerelateerd gewapende ‘incidenten’, die (2) uitgevoerd worden door tegenover elkaar staande georganiseerde gewapende groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen. Anders geformuleerd: in (Zuid)-Afghanistan lijkt sprake te zijn van een gewapend conflict tussen de Afghaanse regering – ondersteund door ISAF – enerzijds en OMF, of in ieder geval de Taliban, anderzijds.¹³⁷⁾

Deze conclusie sluit aan bij die van internationale waarnemers en rapporteurs, waaronder de SGVN, die in november 2008 refereerde aan “the ongoing armed conflict in Afghanistan”.¹³⁸⁾ Het ICRC refereert in zijn Annual Report 2007 aan het gewapende conflict in Afghanistan:

The armed conflict in Afghanistan spread considerably in 2007, [...], fighting between armed groups and national and international forces occurred regularly in more than half of Afghanistan’s provinces [...].¹³⁹⁾

Human Rights Watch refereerde in 2008 eveneens aan het (niet-internationaal) gewapende conflict, waardoor het oorlogsrecht van toepassing is:

The parties to the *armed conflict in Afghanistan* are bound by international humanitarian law (the laws of war). These include the forces of the Afghan government, NATO, the US and

¹³⁵⁾ Supra § 5, t.a.p. voetnoot 49.

¹³⁶⁾ *Kamerstukken I 2005-06*, 30 300 X, nr. A, p. 4.

¹³⁷⁾ Conform: Ducheine (2008), p. 504, 531.

¹³⁸⁾ UN Doc. S/2008/695, *Report of the Secretary-General on children and armed conflict in Afghanistan*. Zie bijvoorbeeld ook: Häussler, Ulf, ‘s ist Krieg?’ in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (12-8-2009).

¹³⁹⁾ ICRC (2008), p. 181.

other coalition members, and the Taliban and other insurgent groups.¹⁴⁰⁾

After the fall of the Taliban government in November 2001 and with the creation of a government under President Hamid Karzai, the international armed conflict [Enduring Freedom: PD] ended. Since then, hostilities have comprised a *non-international armed conflict in which Afghan government forces and US, NATO, and other coalition partners are fighting against anti-government forces*. (The conflict is not an international armed conflict under the conventions, since it is not a conflict between two or more states.)¹⁴¹⁾

Under International Humanitarian Law, because the conflict in Afghanistan is between states and non-state armed groups, it is considered a non-international armed conflict.¹⁴²⁾

De bevinding dat er sprake is van een gewapend conflict impliceert dat op de operaties van ISAF het oorlogsrecht van rechtswege van toepassing is.

8. Conclusie: oorlogsrecht en ISAF

De centrale vraag – is het oorlogsrecht van toepassing op, of anderszins relevant voor ISAF? – kan naar mijn mening positief beantwoord worden. Het oorlogsrecht zelf is *ten eerste* van rechtswege van toepassing op militaire operaties zoals die van ISAF, zodra (en zolang) er sprake is van een gewapend conflict. Het conflict tussen de Afghaanse overheid en ISAF enerzijds en OMF anderzijds, lijkt op basis van de uitgevoerde analyse te voldoen aan de twee criteria om als (niet-internationaal) gewapend conflict te kunnen gelden: (1) feitelijke vijandelikheden van een zekere intensiteit, bestaande uit aan elkaar gerelateerd gewapende ‘incidenten’, die (2) uitgevoerd worden door tegenover elkaar staande georganiseerde gewapende groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen.

Bij militaire operaties waarin er geen sprake is van een (tijdelijk en plaatselijk) gewapend conflict, worden ten *tweede* de regels en beginselen van het oorlogsrecht door Nederland en de NAVO op beleidsmatige gronden toegepast. De ratio daarvoor is door de regering duidelijk verwoord: “Door ten minste deze grens [van het oorlogsrecht, PD] te hanteren, [...] wordt in ieder geval voorkomen dat (onbedoeld) het handelen van de militairen strijdigheid met het humanitair oorlogsrecht zou opleveren”.¹⁴³⁾ Anders geformuleerd: “door het juiste te doen, vreest gij niemand”.

¹⁴⁰⁾ Human Rights Watch (2008), *Troops in Contact - Airstrikes and Civilian Deaths in Afghanistan*, September, p. 34. Vergelijk: Human Rights Watch (2007), p. 78: “All parties to the military conflict in Afghanistan – Afghan government forces, US and other coalition forces, and insurgent groups – are bound by international humanitarian law (the laws of war).”

¹⁴¹⁾ Human Rights Watch (2007), p. 79.

¹⁴²⁾ Human Rights Watch (2008), p. 34.

¹⁴³⁾ *Kamerstukken I 2005-06*, 30 300 X, nr.A, p. 4-5.

The Threshold of Non-International Armed Conflict - The Tadić Formula and its First Criterion Intensity

DOOR MR. STEFANIE KÜFNER¹⁾

“When I teach international humanitarian law at university I will continue to discuss the importance of the legal characterisation of an armed conflict, the legal distinction between international and non-international armed conflict, and the recognition of an internationalised armed conflict. But in teaching this subject I should emphasise that these are just that — legal distinctions — and do not define the suffering of peoples who are affected by violence and conflict, or the appropriate response to such tragedies.”¹⁾

I. General Introduction

International humanitarian law applies generally in armed conflict. This is true for the four Geneva Conventions of 1949, which apply to all cases of declared war or of any other armed conflict that may arise between two or more of the High Contracting Parties.²⁾ The same term is also used in a number of other conventions, such as the 1954 Hague Convention on Cultural Property, the 1977 Additional Protocols to the 1949 Conventions and the 1980 Convention on Certain Conventional Weapons.

Additionally, responding to two specific conflicts that shocked the international community in the 1990ties – the conflict on the territory of the dissolving Yugoslavia and the genocide in Rwanda – the UN Security Council established two *ad hoc* tribunals for the “prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law”.³⁾ Here the establishment of the existence of an armed conflict is not only necessary for triggering the application of the body of international humanitarian law, but also constitutes a condition *sine qua non* for the application of Articles 3 and 5 of the Statute of the International Tribunal for the former Yugoslavia (hereinafter: ICTY) and Articles 3 and 4 of the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (hereinafter: ICTR). In order for the Tribunals to have jurisdiction over alleged crimes, the crimes must display a certain nexus with an armed conflict of either an

¹⁾ The author is currently working as Research Assistant at the Amsterdam Centre for International Law (University of Amsterdam). The author would like to thank her former ICTY Trial Chamber Team in the *Haradinaj et. al.* case, as well as Judge Orie, Judge Höpfel, Judge Støle and Prof. Sluiter for their comments on early drafts of this paper. She is grateful to Anthony Cullen from Galway University Dublin, who provided her with his PhD thesis on the threshold of armed conflict.

A. Duxbury, ‘Drawing lines in the Sand – Characterizing Conflicts for the Purposes of Teaching International Humanitarian Law’, *Legal Studies Research Paper*, No. 291, available at <http://ssrn.com/abstract=1032711>, accessed 1 August 2009.

²⁾ See Common Article 2 of the Geneva Conventions of 1949.

³⁾ See UN SC Resolution 827, adopted on 25 May 1993, establishing the International Tribunal for the former Yugoslavia; and UN SC Resolution 955, adopted on 8 November 1994, establishing the International Tribunal for Rwanda.

internal or international nature.⁴⁾

In international relations, there can occasionally be doubts as to whether a state of armed conflict exists between two states or not. The problem defining the threshold of armed conflict seems, however, to be even more difficult when there is a conflict *within* a state.

A recent example shows the struggle that occurs if up to 1,350 policemen equipped with guns, grenades and backed by armoured vehicles and helicopters are 'trying to make the city safer'. In particular, on 27 June 2007, these heavily armed police officers entered the Rio de Janeiro suburb Alemão in a large-scale raid against local gangs of drug traffickers. This police operation has not been the first in that area and the 'Complexo do Alemão', one of the most notorious slums in Rio, has been the scene of almost daily clashes since a police crackdown on the drug gang began there on 2 May 2007. In the resulting battle, the gang-members used grenades, automatic and high-calibre weapons and additionally installed road barricades and created oil slicks in order to slow down the police assault. The fighting lasted for 24 hours and according to the Brazilian press, 19 to 24 people were killed and about 11 were injured by the exchange of gunfire. According to the local population, several civilians were injured by stray bullets. In total, 49 people have been killed in these 56 days and about 80 more have been injured. Altogether Rio has one of the highest murder rates in the world, with a toll comparable to some war zones. At least 1,800 people have been killed in the first four months of 2007 in the metropolitan area, official figures show.⁵⁾

This and other examples show that there is a clear need for defining the threshold of non-international armed conflict. This article tries to contribute by first starting with a short overview of the *Tadić* test, followed by a rough outline of the history of the notion of armed conflict. Overall, the study seeks to find an answer as to what the threshold of armed conflict actually is and to develop a framework for the characterization of non-international armed conflict. It is important to mention that this article especially focuses on the first criterion of the *Tadić* Test, the intensity requirement. Therefore attention to the second part of the two-prong test, the organization of the parties, is only paid at those stages where it seemed necessary.

2. The *Tadić* Test

The following paragraph gives a rough outline and insight into the Decision of the Appeals Chamber in the *Tadić* case. On 2 October 1995 the Appeals Chamber issued its Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (*Tadić* Jurisdiction Decision).⁶⁾ The

⁴⁾ Note that for example the original definition of crimes against humanity in the Charter of the International Military Tribunal in Nuremberg contained an important limiting principle, viz., that the Tribunal could only assert jurisdiction over crimes against humanity committed "before or during (the) war"; See also *Prosecutor v. Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, ICTY Case No. IT-94-I-AR72 (*Tadić*, Jurisdiction Appeal Decision) para. 67; *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, Decision on Motion for Judgment of Acquittal, 16 June 2004, ICTY Case No. IT-02-54-T (*Milošević* Rule 98bis Decision) para. 14, *Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić and Landžo*, Trial Chamber Judgment, 16 November 1998, ICTY Case No. IT-96-21-T (*Čelebići*, Trial Judgment) para. 182.

⁵⁾ See T. Phillips, 'Blood on the Streets as drug gang and police fight for control of Rio's favelas', *Guardian*, 29 June 2007, available at <http://www.guardian.co.uk/brazil/story/0,,2114658,00.html>, accessed 1 August 2009; A. Michael, 'Nineteen die in Rio slum battle', *BBC*, 28 June 2007, available at <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/6247608.stm>, accessed 1 August 2009; A. Khalip, 'Police, gangs war in Rio slum ahead of PanAm games', *Reuters*, 27 June 2007, available at <http://www.reuters.com/article/latestCrisis/idUSN27360456>, accessed 1 August 2009.

⁶⁾ *Tadić*, Jurisdiction Appeal Decision, *supra* note 4.

context of this decision was the trial of Dusko Tadić, a Bosnian Serb charged with crimes against humanity, grave breaches of the Geneva Conventions, and violations of the customs of war under Article 2, 3, and 5 of the ICTY Statute.⁷⁾ The Decision addressed, inter alia, a challenge that the Tribunal lacked subject-matter jurisdiction to try Tadić for war crimes.⁸⁾ Before allegations relating to violations of the laws and customs of war under Article 3 of the ICTY Statute could be considered, the Tribunal first needed to determine the existence of armed conflict. This preliminary issue concerned the legal characterisation of the situation in Bosnia and Herzegovina from around 24 May until 30 August 1992, the period of time during which it was alleged Tadić committed war crimes including murder, forcible sexual intercourse, and abuse of prisoners.⁹⁾

The defence for Tadić contended that “there did not exist a legally cognizable armed conflict - either internal or international - at the time and place that the alleged offences were committed”¹⁰⁾. This argument was based on the fact that “the conflict in the Prijedor region was limited to a political assumption of power by the Bosnian Serbs and did not involve armed combat”¹¹⁾.

The Appeals Chamber rejected the argument of the Appellant on the grounds that “the temporal and geographical scope of both internal and international armed conflicts extends beyond the exact time and place of hostilities”¹²⁾. The Appeals Chamber continued by stating that, “[i]nternational humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there.”¹³⁾

In doing so, the Appeals Chamber also set out the test for determining the existence of an armed conflict:

An armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or *protracted armed violence* between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State.¹⁴⁾

This definition of armed conflict represents a very significant development of international humanitarian law, since the definitions of international and internal armed conflict are neither defined in the Geneva Conventions nor in any other applicable agreement. Where on the one hand there is extensive literature on the definition of ‘war’ in international law, the notion of armed conflict has, on the other hand, always been considered as a

⁷⁾ *Prosecutor v. Tadić*, Second Amended Indictment, 14 December 1995, ICTY Case No. IT-94-I-1 (*Tadić*, Second Amended Indictment) 14 December 1995.

⁸⁾ *Tadić*, Jurisdiction Appeal Decision, *supra* note 4, para. 8.

⁹⁾ *Tadić*, Second Amended Indictment, 14 December 1995, *supra* note 7.

¹⁰⁾ *Tadić*, Jurisdiction Appeal Decision, *supra* note 4, para. 8.

¹¹⁾ *Ibid.*, para. 8.

¹²⁾ *Ibid.*, para. 67.

¹³⁾ *Ibid.*, para. 70.

¹⁴⁾ *Ibid.*, para. 70.

purely factual one and there have been few attempts to define or even describe it.¹⁵⁾

Further this seemingly innocuous description by the Appeals Chamber of what constitutes an armed conflict can be called innovative for various reasons. “First, it covers a variety of hypotheses and caters explicitly for conflicts between non-state entities. Second, whilst it sets a low threshold for the application of humanitarian law in general, it is particularly important for its consequences in relation to internal armed conflicts. The definition of armed conflict suggested by the Appeals Chamber covers not only the classic examples of (a) an armed conflict between two or more states and (b) a civil war between a state on the one hand, and a non-state entity on the other. It clearly encompasses a third situation, (c) an armed conflict in which no government party is involved, because two or more non-state entities are fighting each other.”¹⁶⁾

The definition propounded in the *Tadić* Jurisdiction Decision on 2 October 1995 has since been widely utilized as a formula for the characterisation of non-international armed conflict. In addition to being applied consistently in the case law of the ICTY, the definition has also been employed in the reports of independent experts, international commissions of enquiry, and various manuals of the law of armed conflict. It has furthermore been endorsed and applied in the case law of the ICTR,¹⁷⁾ the International Court of Justice (hereinafter: ICJ),¹⁸⁾ the International Criminal Court (hereinafter: ICC)¹⁹⁾ and the Special Court for Sierra Leone (hereinafter: SCSL)²⁰⁾. The incorporation of this threshold into the Rome Statute of the International Criminal Court has furthermore been cited as indicative of its customary status. There seems to be a “general agreement that the definitions of crimes in the ICC Statute were to reflect existing customary international law, and not to create new law”²¹⁾. While of course not all provisions of Article 8 correspond to customary international law, it is clear that the offences listed relating to non-international armed conflict do have such a customary status. There further seems to be convincing evidence of this customary status provided by the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law.²²⁾ This status is illustrated in the study through the reproduction of the relevant state practice.²³⁾

¹⁵⁾ C. Greenwood, ‘The Development of International Law by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia’ (1998) 2 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 97 at p. 114.

¹⁶⁾ S. Boelaert-Suominen, ‘The Yugoslav Tribunal and the Common Core of Humanitarian Law Applicable to All Armed Conflicts’ (2000) 13 *Leiden Journal of International Law* 619 at pp. 632-633.

¹⁷⁾ *Prosecutor v. Akayesu*, Trial Chamber Judgment, 2 September 1998, ICTR Case No. ICTR-96-4, para. 619; *Prosecutor v. Rutaganda*, Trial Chamber Judgment, 6 December 1999, ICTR Case No. ICTR-96-3, para. 92.

¹⁸⁾ *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo, International Court of Justice, Judgment 19 December 2005, General List No. 116, para. 23.

¹⁹⁾ *Prosecutor v. Lubanga* (Case No. ICC-01/04-01/06), Décision sur la confirmation des charges, 29 January 2007, para. 233.

²⁰⁾ *Prosecutor v. Fofana, et al.*, Decision on Appeal against Decision on Prosecution’s Motion for Judicial Notice and Admission of Evidence, Special Court for Sierra Leone, Separate Opinion of Justice Robertson, para. 32.

²¹⁾ P. Kirsch in K. Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court – Sources and Commentary* (2003) ICRC, p.xiii.

²²⁾ J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, (2005) vols. I and II.

²³⁾ See for an excellent summary and overview: A. Cullen, ‘The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: An Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f)’ (2008) 12 *Journal of Conflict and Security Law* 3, pp. 443-445.

3. History of the Notion of Armed Conflict

Prior to the four Geneva Conventions of 1949 there existed no substantive provision of international humanitarian law specific to situations of non-international armed conflict. Article 3 common to the four Geneva Conventions was the first provision of its kind dealing specifically with humanitarian protection in such situations.

The Geneva Conventions and their Additional Protocols use the terminology of 'armed conflict' instead of 'war' ²⁴). As stated above, there is extensive literature on the definition of war in international law but there have hardly been any attempts to define the notion of armed conflict. War had been defined as "a sustainable struggle by armed force of a *certain intensity* between groups of a *certain size* consisting of individuals who are armed, who wear distinctive insignia and who are subjected to military discipline under responsible command".²⁵) This definition however is of a very restrictive nature and excludes less intense hostilities.²⁶) Since the term 'armed conflict' provides a broader basis for the application of international humanitarian law it was quickly adopted in other international humanitarian law documents and in resolutions of the United Nations General Assembly after its introduction.²⁷)

The curious truth is however, that the notion of 'armed conflict' still is nowhere defined, although such a definition is essential since the application of international humanitarian law depends on it. It even turns out that it is not defined in the Geneva Conventions, besides the statement that the scope of Common Article 3 must be as wide as possible²⁸). Therefore in order to better describe the concept of armed conflict the following section will explore the threshold of application intended by the drafters of the Geneva Conventions and examine the *travaux préparatoires* in detail.

4. Requirements of Common Article 3

As just seen, Common Article 3 is the applicable law relating to all non-international armed conflicts and is sometimes referred to as a mini-convention within the Geneva Conventions of 1949. It lays down very basic requirements, in particular the prescription of humane treatment without discrimination, the protection against torture and other cruel treatment, the prohibition of the taking of hostages and the right to a fair trial.

4.1. The Drafting History of Common Article 3

The notion of including a provision specific to non-international armed conflict was a contentious one for the delegates at the Diplomatic Conference of 1949 and several criteria for the definition of armed conflict were proposed²⁹) but none of them were retained. Therefore, at the time of the drafting of the Geneva Conventions, the legal meaning of armed conflict was still undefined.

²⁴) See Common Article 2 and 3 Geneva Conventions 1949; Article I AP I; Article I AP II.

²⁵) I. Dettler, *The Law of War* (2000) Cambridge University Press, p. 26.

²⁶) See also S. Verhoeven, 'International and Non-International Armed Conflicts', (March 2007), Institute for International Law at K.U. Leuven, *Working Paper No 107*, p. 5.

²⁷) See United Nations General Assembly Resolution 378 (V) (duties of States in the event of the outbreak of hostilities); more recently, for example; United Nations General Assembly Resolution 59/261 (children in armed conflict); Resolution 59/178 (mercenaries); Resolution 59/171 (new humanitarian order).

²⁸) ICRC Commentary to the Geneva Convention IV, p. 9.

²⁹) Final Record, vol. II-B, Summary of Records of the Joint Committee, 2nd Meeting, 27 April 1949.

The ICRC Commentary highlights the uncertain meaning of armed conflict:

It remains to ascertain what is meant by “armed conflict”. The substitution of this much more general expression for the word “war” was deliberate. One may argue almost endlessly about the legal definition of “war”. A State can always pretend, when it commits a hostile act against another State, that it is not making war, but merely engaging in a police action, or acting in legitimate self-defence. The expression “armed conflict” makes such arguments less easy.³⁰⁾

This issue was first discussed by the Joint Committee, which was established by the Plenary Assembly to examine articles common to all four Conventions.³¹⁾ This Joint Committee was composed of delegates from all states present at the Diplomatic Conference. Divergent views expressed by the delegates in the first two meetings led to the nomination of a small Sub-Committee “to deal with the definition of what was meant by armed conflict”³²⁾. The special Committee had its first meeting on 4 May 1949.

Despite the lack of consensus after eleven weeks of debate, the record of this special Committee contains invaluable evidence on how the concept of non-international armed conflict was understood by the drafters of the Geneva Conventions. The use of the term ‘armed conflict not of an international character’ was understood to refer to situations of full-scale *civil war*, i.e. non-international armed conflict reaching the threshold of intensity associated with contemporaneous conventional international warfare.³³⁾ In the Report drawn up by the Joint Committee and presented by the Plenary Assembly the views are summarised as follows:

It was clear that this referred to *civil war*, and not to a mere riot or disturbance caused by bandits. States could not be obliged as soon as a rebellion arose within their frontiers, to consider the rebels as regular belligerents to whose benefit the Conventions had to be applied. But at what point should the suppression of the rising be regarded as a civil war?³⁴⁾

The terms ‘civil war’ and ‘armed conflict not of an international character’ were understood as possessing equivalent thresholds. This is significant as the concept of ‘civil war’ presupposes the existence of hostilities of a scale and duration similar to that of an international conflict.

It is clear from the *travaux préparatoires* that the intended scope of Common Article 3 was far narrower than how it was interpreted in *Tadić* but the use of the undefined phrase ‘armed conflict’ has allowed the provision to evolve beyond which was originally intended by its drafters. The interpretation of what constitutes an armed conflict under Common Article 3 has however changed significantly in the past fifty years and the conditions required for the recognition of belligerency no longer apply. This is due to the fact that “much of the case law [on belligerency] derives from wars of independence in South America [in the 19th Century]...and in a post-1945 context this model is no longer wholly adequate.”³⁵⁾ A modern way of still dealing with both historic concepts is to see belligerency as the 20th century threshold of Additional Protocol II

³⁰⁾ ICRC Commentary to Geneva Convention I, p. 32.

³¹⁾ Final Record, vol. II-B, Summary of Records of the Joint Committee, 2nd Meeting, 27 April 1949, pp. 21-24.

³²⁾ Final Record, vol. II-B, Summary of Records of the Joint Committee, 2nd Meeting, 27 April 1949, p. 15.

³³⁾ *Ibid.*, pp. 121, 129.

³⁴⁾ *Ibid.*, p. 129.

³⁵⁾ H. McCoubrey and N. D. White in, *International Organizations and Civil Wars* (1995) Dartmouth Publishing Company.

(hereinafter: AP II), whereas insurgency rather refers to the lower threshold of Common Article 3. As however rightly pointed out by Andrew Clapham: “Today, these recognition regimes have been [mainly] replaced by compulsory rules of international humanitarian law, which apply when the fighting reaches certain thresholds.”³⁶⁾ This shows that the old concepts are more or less ‘abandoned’ and that the threshold requirements intended by the drafters of Common Article 3 are no longer applicable in contemporary international law.

Hence one could consider Common Article 3 as a fortunate revolution since for the first time international humanitarian law was automatically applicable in a non-international armed conflict, regardless of the recognition of belligerency by States, thereby lowering the conditions of severity and intensity which were, as just seen, previously required in case of civil war.

4.2. The ICRC Commentary on Common Article 3

Soon after the drafting of the Geneva Conventions, the International Committee of the Red Cross decided to undertake a Commentary on the provisions contained in each Convention.³⁷⁾ The Commentary to Common Article 3 of the Geneva Conventions gives guidelines for charges brought under Article 3 of the Statute of the ICTY. The Commentary explicitly clarifies, however, that this list of criteria is “in no way obligatory” and is suggested merely as “convenient criteria” to distinguish a genuine armed conflict from an act of banditry or an unauthorized or short-lived insurrection.³⁸⁾

As just seen above, the threshold of Common Article 3 has been considerably lowered through the past decades and therefore the current threshold of application also differs from that indicated in the ICRC Commentary. Hence the listed criteria are of questionable value and cannot be more than simple indicative factors for the determination of a non-international armed conflict.

5. Requirements of Additional Protocol II

It was the original intention of the International Committee of the Red Cross that Protocol II should develop the rules of Article 3 of the Conventions, therefore going “a long way to putting flesh on the bare bones of common article 3 of the 1949 Geneva Conventions. In particular, AP II contains the first attempt to regulate by treaty the methods and means of warfare in internal conflicts”³⁹⁾.

5.1. The Drafting History and Threshold of Additional Protocol II

There have been deep divisions between the delegations at the Diplomatic Conference, and it was clear that many factors had to be balanced to achieve the support needed for the adop-

³⁶⁾ A. Clapham, ‘Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations’ (2006) *International Review of the Red Cross*, available at [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-863-p491/\\$File/irrc_863_Clapham.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-863-p491/$File/irrc_863_Clapham.pdf), accessed 1 August 2009, p. 492.

³⁷⁾ ICRC Commentary to Geneva Convention I, p. 7.

³⁸⁾ *Ibid.*, pp. 49-50.

³⁹⁾ C. Greenwood, ‘A Critique of the Additional Protocols to the Geneva Conventions of 1949’ (1999), in H. Durham and T.L.H. McCormack (eds.), *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law*, p. 14.

tion of the draft Protocol. As the British Head of Delegation, John Redvers Freeland highlighted, “the underlying difficulty was that of striking the right balance between the scope and content. If the level of application was set so high that only the ‘classical’ civil war was covered, Protocol II would be useless; if it was set so low that it covered police action against sporadic criminal terrorist acts, it was unlikely to be accepted by States.”⁴⁰⁾

Nevertheless in the end it was clear that the delegates of the Diplomatic Conference would limit the application of the Protocol to situations of a higher threshold of application than that of Common Article 3.

5.2. Sustained and Concerted Military Operations (Article I AP II)

Common Article 3 applies to ‘armed conflicts not of an international character’, whereas for a conflict to fall within the ambit of Additional Protocol II, it must “take place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out *sustained and concerted military operations* and to implement this Protocol”⁴¹⁾.

According to the ICRC, “sustained” (in French: “opérations continues”) means that the operations are kept going or kept up continuously, the emphasis is on continuity and persistence. Likewise, “concerted” (in French: “concertées”) means agreed upon, planned and contrived, or something done in agreement according to a plan.⁴²⁾

It is clear that a high intensity of hostilities is required for the fulfillment of the criteria contained in Article I (1). The existence of ‘sustained and concerted military operations’ in particular rules out all situations of low intensity armed conflicts.⁴³⁾ This narrower scope of Additional Protocol II may be viewed in a negative light, since all situations of armed conflict that do not reach a threshold of intensity similar to that of a *civil war* are excluded from its application. Secondly, even situations of high intensity, but not involving the armed forces of a *de jure* government are also excluded.

Additionally it has been stated, that the factors of Common Article 3 and AP II can also interact, “[i]n those situations in which the conditions for the application of Protocol II are fulfilled, both Protocol II and Common Article 3 apply simultaneously, because the scope of Protocol II is included in the wider scope of Common Article 3. On the other hand, in a low-intensity conflict, which does not fulfill the conditions for the application of Protocol II, only Common Article 3 applies.”⁴⁴⁾

This again shows that the scope of application of Protocol II is narrower than the one of Article 3 and that Article 3 maintains its distinct and separate significance beside Protocol II.⁴⁵⁾ A proposal to

⁴⁰⁾ *Official Records*, vol. VIII, CDDH/I/SR.24, p. 236.

⁴¹⁾ Additional Protocol II, article I (1).

⁴²⁾ ICRC Commentary to Geneva Convention IV.

⁴³⁾ L. Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, (2002) Cambridge University Press, p. 101.

⁴⁴⁾ L.C. Nier, ‘The Yugoslavian Civil War: An Analysis of the Applicability of the Laws Governing Non-International Armed Conflicts in the Modern World’ (1992) *Dickinson Journal of International Law*, p. 317.

⁴⁵⁾ This is explicitly stated in Article I AP II which declares: This Protocol which develops and supplements Article 3 common to the four Geneva Conventions of 12 August 1949 *without modifying its existing conditions of application* [...].

delete the words ‘without modifying its existing conditions of application’ was withdrawn and Article 3 therefore will continue to have its significance even when Protocol II is also applicable.⁴⁶⁾

After all, the accurate conclusion would be that the scope of the Protocol, albeit restrictive in comparison with that of Common Article 3, requires a lower threshold of armed conflict than that in traditional international law.

In the end the same conclusion should be drawn as for the criteria for assessing applicability set out in the ICRC Commentary on Common Article 3: the conditions of applicability contained in Article 1(1) of Additional Protocol II of 1977, are only of indicative value for the contemporary interpretation of the threshold of applicability of Common Article 3.⁴⁷⁾

6. Article 8 Rome Statute of the International Criminal Court

As seen above, the incorporation of the *Tadić* Formula into the Rome Statute of the International Criminal Court (“ICC Statute”) has been cited as indicative of its customary status.

The ICC Statute deals with the definition of armed conflicts not of an international character in Article 8:2 (c) and (e). Serious violations of the common Article 3 to the Geneva Conventions are dealt with in Article 8:2 (c) and Article 8:2 (e) deals with other serious violations of the laws and customs applicable in armed conflicts not of an international character.

Article 8 defines war crimes committed during armed conflict not of an international character as “violations of Article 3 common to the four Geneva Conventions of 12 August 1949”⁴⁸⁾ but states that this definition “does not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of similar nature”⁴⁹⁾. Regarding other serious violations of the laws and customs applicable in armed conflicts not of an international character Article 8 applies to “armed conflicts that take place in the territory of a State when there is *protracted armed conflict*⁵⁰⁾ between governmental authorities and organized armed groups”⁵¹⁾.

In its Rule 98bis decision of 16 June 2004 in the *Milošević* case the ICTY held that “it thus can be seen that Article 8 is not only consistent with the *Tadić* Test but also incorporates parts of the *Tadić* Jurisdiction Appeals Decision into its own definition of war crimes.”⁵²⁾

⁴⁶⁾ D. Schindler, *The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols*, p. 149.

⁴⁷⁾ *Prosecutor v. Tadić*, Trial Chamber Judgment, 7 May 1997, ICTY Case No. IT-94-I-AR72 (*Tadić* Trial Judgment) para. 562.

⁴⁸⁾ Rome Statute of the International Criminal Court, Art. 8 (2) (c).

⁴⁹⁾ *Ibid.*, Art. 8 (2) (d).

⁵⁰⁾ Even though the Rome Statute contains the term ‘protracted armed conflict’ rather than ‘protracted armed violence’, this threshold for a non-international armed conflict can be understood to be equivalent to the one in the *Tadić* Jurisdiction Decision. See also Judge Theodor Meron, ‘The Humanization of Humanitarian Law’ (2000), 94 *American Journal of International Law*, p. 260:

The reference to protracted armed conflict was designed to give some satisfaction to those delegations that insisted on the incorporation of the higher threshold of applicability of Article 1 (1) of AP II. It may be noted that this language tracks language contained in para. 70 of the ICTY (2 October 1995). Attempts to interpret protracted armed conflicts as recognizing an additional high threshold of application should be resisted.

⁵¹⁾ Rome Statute of the International Criminal Court, Art. 8 (2) (f).

⁵²⁾ Article 8 (2) (f) of the Rome Statute, in addition to the language of Additional Protocol II to the Geneva Conventions of 12 August 1949 in the first sentence, also drawn upon the language of the *Tadić* Jurisdiction Appeal Decision in the second sentence. See *Tadić* Jurisdiction Appeal Decision, *supra* note 4, para. 70 (“protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups”), *Milošević*, Rule 98bis Decision, *supra* note 4, para. 20.

Additionally the Trial Chamber in the *Limaj* Case referred to the interaction between Article 8 of the Rome Statute and the *Tadić* Jurisdiction Appeals Decision. The *Limaj* Trial Chamber held that it

[...] is also conscious of Article 8 of the Statute of the International Criminal Court which, *inter alia*, defines, for its purposes, war crimes committed in an armed conflict not of an international character. Article 8, paragraph 2(f) of the ICC Statute adopts a test similar to the test formulated in the *Tadić* Decision on Jurisdiction. It defines an internal armed conflict by the same two characteristics, “protracted armed conflict” and “organised armed groups,” without including further conditions. As in the Tribunal’s jurisprudence, Article 8(2)(d) of the ICC Statute further clarifies that the ICC Statute does not apply to “situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of a similar nature.”⁵³⁾

7. The First *Tadić* Criterion interpreted in the case law of International Tribunals and Bodies

Referring to the principles set out in the *Tadić* Jurisdiction Decision an armed conflict exists if there is “*protracted armed violence* between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State”⁵⁴⁾.

It is important to mention that even if the *Tadić* Appeal Formula is focusing on ‘*protracted armed violence*’ the Trial Chamber did also note that the armed violence must exceed certain ‘*intensity*’ requirements before an armed conflict can be said to exist.⁵⁵⁾ Scanning through the current case law of the ICTY, ICTR and other international bodies it becomes obvious that the courts approached the question of the existence of an armed conflict mainly through focusing on the intensity of the armed conflict rather than on its duration.

For example the Trial Chamber in the *Limaj* Judgment considered that „there must be the opposition of armed forces and a certain *intensity* of the fighting“⁵⁶⁾. The ICTR has also approached the question of the intensity of the conflict in the *Akayesu* case:

For a finding to be made on the existence of an internal armed conflict in the territory of Rwanda at the time of the events alleged, it will therefore be necessary to evaluate [...] the *intensity* [...] [of] the conflict.⁵⁷⁾

In the *Rutaganda* Case the ICTR held that,

[...] the *Akayesu* Judgement suggested an “evaluation test”, whereby it is necessary to evaluate the *intensity* [...] [of] the conflict to make a finding on the existence of an armed conflict. This approach also finds favour with the Trial Chamber in this instance.⁵⁸⁾

⁵³⁾ *Prosecutor v. Limaj*, Trial Chamber Judgment, 30 November 2005 ICTY Case No. IT-03-66-T (*Limaj et al.*, Trial Judgment) para. 87.

⁵⁴⁾ *Tadić* Jurisdiction Appeal Decision, *supra* note 4, para. 70.

⁵⁵⁾ *Tadić* Trial Judgment, *supra* note 48, para. 562.

⁵⁶⁾ *Limaj et al.*, Trial Judgment, *supra* note 54, para. 89.

⁵⁷⁾ *Akayesu*, Trial Judgment, *supra* note 17, para. 620.

⁵⁸⁾ *Rutaganda*, Trial Judgment, *supra* note 17, para. 93.

8. Findings

The aim of this article was to find an answer to what the threshold of armed conflict actually is and to develop a framework for the characterization of non-international armed conflict. In particular special attention was paid to the first element of the *Tadić* test, the intensity requirement.

After years of dullness the *Tadić* criteria have been the first starting point for defining the notion of armed conflict. Further valuable components for the purpose of determining the precise level of intensity, required for a non-international armed conflict, are the legal understanding of the applicability of Common Article 3 as well as the ideas behind the Second Additional Protocol. It however has been the case law of some selected *ad hoc* tribunals that gave sufficient concrete material to allow the drawing of a firm conclusion. The additional approach routing from the analyzed case law, namely the exercise of the 'evaluation test'⁵⁹⁾ and guidance by 'indicative criteria'⁶⁰⁾ showed that a certain degree of *intensity* is indeed implicit in the term 'protracted armed violence'.⁶¹⁾ Therefore the law of armed conflict is designed to apply to situations of violence greater than isolated and sporadic acts, but low enough to include situations of internal conflict where hostilities are not necessarily carried out on a continuous basis.

⁵⁹⁾ *Rutaganda* Trial Judgment, *supra* note 17, para. 92.

⁶⁰⁾ *Ibid.*, para. 92; *Limaj* Trial Judgment, *supra* note 54, para. 90.

⁶¹⁾ For the purposes of intellectual honesty and precision the *Kordić* Appeals Judgment (*Prosecutor v. Kordić and Cerkez*, Appeal Chamber Judgment, 17 December 2004, ICTY Case No. IT-95-14/2-T) has to be noted as well. In its Judgment from 17 December 2004 the Appeals Chamber concluded in paragraph 341 that it finds that the evidence assessed by the Trial Chamber shows the existence of an armed conflict prior to April 1993. The requirement of *protracted* fighting is significant in excluding mere cases of civil unrest or single acts of terrorism. Even before April 1993, the conflict in Central Bosnia could not be subsumed under these categories. At any rate, in the time following October 1992 there was serious fighting for an extended period of time. This finding of the Trial Chamber is upheld.

How and in what way the interpretation of the intensity requirement got developed had been analyzed in detail in the preceding paper available at www.njblog.nl/topscripties.

For further analysis please also find: *Tadić* Trial Judgment, *supra* note 48, paras 124-126, 140, 143, 145, 565, 567-568; *Čelibići* Trial Judgment, *supra* note 5, paras 129-130, 134, 135, 138-139, 182-187; 189-190, 192; *Milošević* Rule 98 bis Decision, *supra* note 4, paras 14, 17, 22, 26-32, 334, 336; *Kordić and Cerkez*, Appeal Judgment, *supra* note 62, paras 337-341; *Prosecutor v. Halilović*, Trial Chamber Judgment, 16 November 2005, ICTY Case No. IT-01-48-T, paras 6, 8, 24, 160-169, 172, 173; *Limaj et al.*, Trial Judgment, *supra* note 54, paras 83, 84, 93, 135-170, 172-173; *Prosecutor v. Hadžihasanović, Alagić and Kubura*, Trial Chamber Judgment, 15 March 2006, ICTY Case No. IT-01-47-T, paras 7, 14, 20-22, 25; *Prosecutor v. Milan Martić*, Trial Chamber Judgment, 12 June 2007, ICTY Case No. IT-95-11-T, paras 41, 343-345, 347 and Case 11.137 (*La Tablada* Base case), Juan Carlos Abella Argentina, Report N° 55/97 of the Inter-American Commission on Human Rights, November 18, 1997, paras 1, 147-148, 152-153, 155-156.