

# ‘Lawful acts of war’ in ‘counter-terrorist operations’: benadering door het EHRM

DOOR D.F. DE BIJL

## I. Inleiding

De zaken tegen Rusland die het Tsjetsjeense conflict oplevert voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zijn meestal ‘verdwijningszaken’. Er zijn ook enkele zaken over de inzet van ‘airpower’ tegen ‘illegal armed groups’, zoals de Isayeva-zaken. De klagers zijn overlevenden en/of nabestaanden van burgers die als ‘collateral damage’ gedood zijn in de luchtaanval. Hoewel de aanval onder artikel 2 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), het recht op leven, beoordeeld wordt, lijkt het oordeel in die zaken gebaseerd op het humanitair oorlogsrecht (HOR), en niet zozeer op de gewone overwegingen betreffende ‘law enforcement operations’. Gebruik van ‘indiscriminate weapons’ (Isayeva) en van ‘apparent disproportionality in the weapons used’ (Isayeva, Yusupova and Bazayeva) leveren een schending op van artikel 2 EVRM.<sup>1</sup> Het oordeel in de zaak Khat-siyeva and others leek een bevestiging te zijn van de toepassing van het HOR.<sup>2</sup> In die zaak ging het om de (on)zorgvuldigheid bij de vaststelling van het doel, personen die mogelijk tot de opposing forces behoorden, maar niet rechtstreeks deelnamen aan de vijandelikheden (RDAV). Mijn conclusie was dat daarmee impliciet HOR-beginselen als onderscheid, proportionaliteit en ‘precautions in attack’ toegepast werden.<sup>3</sup> Opposing forces worden niet beschermd door het recht op leven.<sup>4</sup>

Drie recente uitspraken van het EHRM tegen Rusland (Esmukhambetov and others van 29 maart 2011 en Kerimova and others en Khamzayev and others van 3 mei 2011), betreffen dezelfde problematiek: geweldstoepassing met als gevolg burgerslachtoffers. De overwegingen van het EHRM geven weer blijk van toepassing van de normen uit het HOR (‘military operations’) maar ook van de normen van het ‘gewone’ beoordelingskader onder artikel 2 EVRM (‘law enforcement operations’).

## 2. Feiten

De zaken betreffen aanvallen uitgevoerd door Sukhoi Su-25 gevechtsvliegtuigen op ‘residential areas’, waarbij burgers en huizen getroffen werden. De reden voor de aanval was dat er zich opstandelingen<sup>5</sup> zouden bevinden in die gebieden. Door die aanval werden ook

<sup>1</sup> Zaken van 24 februari 2005. Gesteld kan worden dat de normen te vinden zijn in artikel 51 AP I over ‘indiscriminate attacks’ en in artikel 57 AP I over ‘precautions in attack’.

<sup>2</sup> Zaak van 17 januari 2008. Deze zaak betreft ‘target identification’: de verplichting ‘everything feasible’ te doen om te verifiëren dat het doel een militair object is en geen burgers of burger objecten.

<sup>3</sup> MRT 2007, p.97 – 110, p.110 en MRT 2008, p.273 – 285, p.283.

<sup>4</sup> Rekening moet gehouden worden met het feit dat de uitspraken niet direct de vraag betroffen of de opposing forces aangevallen mochten worden; de zaken betrof enkel de effecten van de aanval voor burgers. Opposing forces die ‘hors de combat’ zijn, verkrijgen wel bescherming; EHRM 10 januari 2008, Varnava and others v. Turkey, §130.

<sup>5</sup> Volgens de Russische autoriteiten betreft het ‘illegal fighters’ of leden van een ‘illegal armed group’.

burgers gedood en gewond, en huizen werden verwoest of beschadigd. De feiten zijn van 12 september 1999 respectievelijk 2 en 19 oktober 1999, eerder dan die van de zaak Isayeva en de zaak Khatsiyeva (feiten van 4 februari 2000 respectievelijk 6 augustus 2000; de feiten van de andere Isayeva zaak zijn van 29 oktober 1999). In de Kamer die uitspraak doet hadden, de Russische rechter Kovler buiten beschouwing latend,<sup>6</sup> drie van de zes overige rechters ook zitting in de Kamer die uitspraak deed in de Isayeva zaken.<sup>7</sup>

In de zaak Esmukhambetov voerden twee Su-25 gevechtsvliegtuigen een luchtaanval uit op een dorp waarbij vijf burgerslachtoffers vielen. De vliegers gebruikten het boordkanon en geleide raketten tegen een aantal gebouwen in een dorp, dertig gebouwen werden vernietigd of beschadigd (wat zowat het hele dorp is, desondanks ging het volgens de Russische autoriteiten om een 'pinpoint missile strike'). Er zou betrouwbare informatie zijn geweest dat een groep opstandelingen aanwezig was, die terroristische aanvallen zou voorbereiden. Maar er wordt geen nadere uitleg gegeven over die informatie en ook wordt geen informatie gegeven over de planning en uitvoering van de operatie. Mogelijk betreft het een fout die de autoriteiten niet toe willen geven.<sup>8</sup> Volstaan wordt met een onvolledige en daarmee weinig overtuigende verklaring, die moeilijk tot rechtvaardiging van de geweldstoepassing kan leiden. Daarmee is de schending van artikel 2 EVRM eigenlijk al gegeven.

De zaken Kerimova en Khamzayev betreffen een luchtaanval op een stad. Hoewel 250 kg zware 'domme' bommen in een 'residential area' gebruikt werden, wordt de aanval door de autoriteiten beschreven als een 'pin point aerial strike'. Door dat bombardement werden zes mensen gedood en raakten zestien mensen gewond. Ook worden 40 huizen getroffen, waarvan dertien verwoest worden. In de zaak Kerimova wordt ook geklaagd over een andere luchtaanval, ruim twee weken eerder. Die leidde tot de verwoesting van een flatgebouw en tot de dood van 8 personen. Zeven personen raakten gewond. De situatie is vergelijkbaar met die in de zaak Isayeva: een groep opstandelingen (volgens de overheid 1500) die zich tussen de bevolking in de stad had verschanst. Mogelijk gebruikten zij burgers als menselijke schilden.<sup>9</sup> Vanuit dat gebied werden Russische militaire vliegtuigen en helikopters bestookt en soms ook neergehaald. Gezien de versterkingen die de opstandelingen aangebracht hebben, besluit de Russische krijgsmacht luchtaanvallen uit te voeren, omdat het inzetten van grondtroepen te veel slachtoffers onder de militairen zou kunnen eisen. De aanvallen hebben in die zin effect dat na krap een maand de opstandelingen de stad opgeven. In deze zaken gaat het daarom niet zozeer over de noodzaak van de aanvallen, maar om de zorgvuldigheid van de doelbestrijding. De vraag is of de getroffen gebouwen een legitiem doel zijn en of er voldoende rekening gehouden is met de aanwezige burgers bij de voorbereiding en uitvoering van de aanval.

<sup>6</sup> "The judge who is a national of any State Party concerned automatically sits as a member of the Chamber or Grand Chamber" (met verwijzing naar artikel 27 lid 2 EVRM), C. Ovey, R.C.A. White, *The European convention on human rights*, Oxford, 2006, p.474.

<sup>7</sup> Van die drie had één rechter (Lorenzen) zitting in de Kamer die uitspraak deed in de zaak Khatsiyeva and others, en de twee andere rechters (Rozakis en Vajjic) hadden zitting in de zaak Akhmadov and others.

<sup>8</sup> Misleiding door Tsjetsjeense strijders is niet uit te sluiten; M. de Haas, *De inzet van Russische 'airpower' in het tweede Tsjetsjeense conflict* (oktober 1999 - heden), *Militaire Spectator*, 2003, nr. 7/8, p.400 – 412, p.408.

<sup>9</sup> Zie het relaas van de overheid in Kerimova §31 en in Isayeva §23.

### 3. Uitspraak

Ondanks het beeld dat ontstaan is, is de feitelijke situatie volgens het EHRM onduidelijk, wat het moeilijk maakt een oordeel in de zaken te geven. In de zaken Khamzayev en Kerimova heeft het EHRM geen ‘full and clear picture’ van de operatie.<sup>10</sup> Dit is mede gevolg van de vernietiging van informatie over de aanval door de autoriteiten: de termijn voor het bewaren van informatie is blijkbaar een jaar. Het EHRM is van oordeel dat de gehanteerde ‘time-limits for storage of information (...) are too tight to be accepted as adequate’, zeker waar het betreft militaire operaties die tot doden en gewonden onder burgers en vernietiging van huizen geleid hebben. In de zaak Esmukhambetov vindt het EHRM het relaas van de overheid inadepuaat en niet overtuigend en spreekt van ‘manifest lack of cooperation’.<sup>11</sup> In principe kan een gebrek aan informatie niet in het nadeel van de klagers zijn. Het is aan de overheid de geweldstoepassing te rechtvaardigen. Zeker in de zaak Esmukhambetov, waar de aanval enkel tot doden en schade bij de burgerbevolking leidde, kan de operatie hoe dan ook niet gerechtvaardigd zijn indien er geen verdere informatie gegeven wordt.<sup>12</sup> De militaire noodzaak is dan niet aan te tonen, de geweldstoepassing is ‘wanton killing and destruction’<sup>13</sup>.

In de zaak Esmukhambetov is zodoende de vraag of de vernietiging van bijna een heel dorp om een groep ‘illegal fighters’ uit te schakelen (militair) noodzakelijk kan zijn, als achteraf niet aangetoond kan worden dat deze getroffen zijn door de aanval. Het EHRM lijkt de claim van de autoriteiten aangaande de aanwezigheid van opstandelingen in het dorp niet aannemelijk te vinden.<sup>14</sup> ‘Even assuming’ dat die aanwezig waren, geeft de operatie geen blijk van de vereiste zorgvuldigheid.<sup>15</sup> De ‘choice of means’ is niet in overeenstemming te brengen met de aanwezigheid van burgers.<sup>16</sup> Mogelijk was de inzet van grondtroepen een meer geschikt ‘middel’ dan het gebruik van het luchtwapen.<sup>17</sup> Het EHRM verwerpt het standpunt van de overheid dat de aanval een precisiebombardement was en acht de claim dat het doel van de aanval militaire objecten betrof niet overtuigend.<sup>18</sup> Daarom is de aanval, mede gezien het gevolg, de dood van vijf personen en de vernietiging van dertig huizen, een ‘indiscriminate bombing’. Daarbij hebben de autoriteiten niets gedaan om de gevolgen van het gebruik van ‘indiscriminate weapons within a populated area’ te beperken: het blijkt niet dat er maatregelen genomen zijn om de dorpingen vooraf te waarschuwen en te voorzien in hun evacuatie.<sup>19</sup>

<sup>10</sup> Khamzayev §176, Kerimova §244.

<sup>11</sup> Esmukhambetov §145 en §142. Zie ook §119: ‘the manifest lack of cooperation’ is onacceptabel.

<sup>12</sup> Het EHRM doet de zaak hiermee niet af: in paragraaf 141 wordt gesteld dat de informatie ontoereikend is, maar dan volgt toch een ‘quasi beoordeling’ van de operatie. Zie ook EHRM 14 november 2008, Akhmadov and others v. Russia, §102: ‘The Court finds that in the absence of information on the crucial elements mentioned in paragraphs 99-101 the Government may not be regarded as having accounted for the use of lethal force in the circumstances of the present case.’

<sup>13</sup> UK MoD, The manual of the law of armed conflict, Oxford, 2005 (hierna UK MoD, 2005), §2.2.1 op p.22.

<sup>14</sup> Esmukhambetov §145: het EHRM is sceptisch over de claim betreffende die aanwezigheid.

<sup>15</sup> Esmukhambetov §146.

<sup>16</sup> Esmukhambetov §147: weer is het EHRM ‘struck by the Russian authorities’ choice of means’.

<sup>17</sup> Esmukhambetov §148; de overheid heeft niet aangetoond dat het luchtwapen het enig mogelijke ‘middel’ was.

<sup>18</sup> Esmukhambetov §148.

<sup>19</sup> Esmukhambetov §149.

De uitspraken van 3 mei 2011 zijn vrijwel identiek. Het EHRM is bereid de noodzaak van de luchtaanval aan te nemen.<sup>20</sup> Echter, niet kan vastgesteld worden of er een specifiek doel was zodat de aanval op ‘residential buildings’ gerechtvaardigd kan zijn door de aanwezigheid van opstandelingen. Verder werd niet als ‘precautionary measure’ geverifieerd of er burgers aanwezig waren in de gebouwen die als doel geselecteerd waren.<sup>21</sup> Ook leidde de aanwezigheid van burgers niet tot het geven van een waarschuwing dat een aanval uitgevoerd zou worden.<sup>22</sup> Wanneer de burgers als ‘human shields’ gebruikt werden, hadden de autoriteiten in ieder geval een poging moeten ondernemen om te onderhandelen met de opposing forces om de burgers te laten gaan of anderszins ‘iets’ moeten doen. Gezien het nalaten van voorzorgsmaatregelen is het EHRM ‘struck’ door de ‘choice of weapon’: de aanval is met ‘indiscriminate weapons’ uitgevoerd.<sup>23</sup> Dat is in strijd met het beschermen van levens tegen onrechtmatig geweld (‘to protect lives from unlawful violence’), wat volgens de autoriteiten juist het doel van de operatie was. Ook is het gebruik van die wapens onverenigbaar met de ‘requisite standard of care that should be exercised in operations involving the use of lethal force by State agents’. Een laatste punt betreft de vraag of de vliegers nu orders opvolgden of op eigen initiatief de gebouwen aanvielen (uit documenten blijkt dat geselecteerde doelen drie kilometer buiten de stad lagen). Volgens het EHRM is het antwoord niet van belang: de autoriteiten ‘failed to exercise the appropriate care in the control and organisation of the operation’.<sup>24</sup>

Geconcludeerd kan worden dat het algemene oordeel is dat de autoriteiten niet zorgvuldig geweest zijn bij het plannen en het uitvoeren van de aanvallen. Geen duidelijkheid kan gegeven worden over de selectie van doelen en er zijn ‘indiscriminate weapons’ gebruikt, zonder dat enige moeite gedaan is om de aanwezige burgers te waarschuwen of te evacueren. Zo bezien zijn de uitspraken weinig opzienbarend, en liggen in de lijn van eerdere zaken. Desondanks wil ik op enkele punten algemeen commentaar geven. Daarna wil ik de eisen van het EHRM inzake doelbestrijding bespreken, en ingaan op het verschil in beoordeling tussen ‘law enforcement operations’ en ‘military operations’.

#### 4. Commentaar

Zoals in alle zaken aangaande het conflict in Tsjetsjenië is het van toepassing zijnde beoordelingskader een probleem. Het EHRM kiest niet voor het HOR als rechtsregime, maar stelt dat de gewone normen onder artikel 2 van toepassing zijn. Een beoordeling onder artikel 2 EVRM houdt in dat beoordeeld moet worden of de geweldstoepassing ‘no more than absolutely necessary’ is voor het bereiken van een doel genoemd in het tweede lid. Dit betekent een strikte proportionaliteitstoets. De tekst van artikel 15 lid 2 EVRM bepaalt dat afgeweken kan worden van die strikte toets, waar de geweldstoepassing als ‘lawful acts of war’ te beschouwen is. Geweldstoepassing in militaire operaties kan zodoende beoordeeld worden onder het HOR. De eerste voorwaarde voor derogatie is echter iets te dramatisch geformuleerd: ‘a public

<sup>20</sup> Khamzayev §180, Kerimova §248.

<sup>21</sup> Khamzayev §183, Kerimova §251: “that any such precautions were taken”.

<sup>22</sup> Khamzayev §184, Kerimova §252.

<sup>23</sup> Khamzayev §185, Kerimova §254. Het EHRM had in de zaak Isayeva al geoordeeld dat de FAB-250 een ‘indiscriminate weapon’ is; zie §190 en §191.

<sup>24</sup> Khamzayev §187/188, Kerimova §255/256.

emergency threatening the life of the nation', waaronder 'war'. Mogelijk had die voorwaarde beter geformuleerd kunnen worden als (het feitelijk bestaan van) 'an armed conflict or a state of emergency'. Nu betekent het invoeren van artikel 15 dat de opstandelingen het voortbestaan van de Staat moeten bedreigen.<sup>25</sup> Een andere voorwaarde is dat een derogatie formeel gemaakt moet worden. Aangezien Rusland dat niet heeft gedaan, worden de zaken beoordeeld naar een 'normal legal background'.<sup>26</sup>

Een aantal overwegingen geeft echter aan dat het toegepaste rechtsregime niet enkel de normale toestand betreft, maar ook een uitzonderingstoestand. Allereerst accepteert het EHRM wel dat gezien de 'difficult situation in the Chechen Republic' 'exceptional measures', zoals de 'deployment of armed forces equipped with combat weapons' gerechtvaardigd waren.<sup>27</sup> Ook het eindoordeel dat de '(indiscriminate) bombing (with indiscriminate weapons)' van een 'residential area' 'manifestly disproportionate to the achievement of the purpose of Article 2 § 2 (a)' is, lijkt meer te verwijzen naar het HOR. Verder wordt in zaak Esmukhambetov artikel 13 van het Additioneel Protocol II bij de Geneefse Conventies (AP II) als 'Relevant International Law' genoemd (onder 'International humanitarian law').<sup>28</sup> Dit geschiedt zonder verdere discussie over de voorwaarden van de toepassing van dat protocol.<sup>29</sup>

Artikel 13 AP II eist dat burgers 'shall enjoy general protection against the dangers arising from military operations' en verbiedt aanvallen op burgers tenzij zij rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden (RDV). De regels in Additioneel Protocol I (AP I) zijn uitgebreider en geven daarmee meer bescherming. In artikel 51 AP I zijn dezelfde algemene regels opgenomen, maar die zijn uitgebreid met ondermeer specifiekere bepalingen over 'indiscriminate attacks' (lid 4 en 5). Artikel 57 AP I stelt dat 'precautions in attack' genomen moeten worden. Via het gewoonterecht zouden die regels van toepassing kunnen zijn.<sup>30</sup> In de zaken Kerimova en Khamzayev is de verwijzing naar artikel 13 AP II niet opgenomen. Gemeenschappelijk artikel 3 (GA 3) wordt in geen van de zaken door het EHRM genoemd, ook niet in de zaak Esmukhambetov, wat opmerkelijk is omdat dat GA 3 eerder van toepassing zou zijn dan AP II.<sup>31</sup>

Dat het EHRM artikel 13 AP II blijkbaar een relevant wettelijk kader acht, doet vermoeden dat dit artikel ook in de beoordeling terug te vinden is. Dat blijkt niet het geval. In alle zaken acht het EHRM het uitvoeren van een aanval waarbij geen onderscheid gemaakt wordt, disproportioneel voor het bereiken van het doel (ex artikel 2 lid 2 sub a). Het verwijt aan de autoriteiten is dat de aanval uitgevoerd is zonder onderscheid te maken, maar die vaststelling wordt dan gebruikt om de disproportionaliteit onder artikel 2 EVRM aan te tonen. Dit kan gelezen worden als het oordeel dat een niet-onderscheidende aanval nooit te rechtvaardigen kan zijn onder artikel 2 EVRM, omdat die aanval in strijd is met het HOR (een 'lex specialis' redenering: de specifieke regels van het HOR vullen het 'no more than absolutely necessary' ex artikel 2

<sup>25</sup> Mogelijk is dat feitelijk ook niet het geval, zeker als niet de deelrepubliek zelf maar de federatie als uitgangspunt moet gelden. Een NAVO-lid dat partij bij het EVRM is, zal ook geen derogatie maken voor internationale missies.

<sup>26</sup> Isayeva §191, Khamzayev §185, Kerimova §253.

<sup>27</sup> Isayeva §180, Khamzayev §178, Kerimova §246.

<sup>28</sup> Esmukhambetov §76.

<sup>29</sup> Zie voor de negen (strengere) voorwaarden voor die toepassing, P.A.L. Duchéine, E.H. Pouw, ISAF operaties in Afghanistan, Nijmegen, 2010, (hierna Duchéine/Pouw, 2010), p.67.

<sup>30</sup> Ibidem, p.71/72.

<sup>31</sup> Dat 'is automatisch van toepassing zodra de ondergrens van gewapend conflict is overschreden', ibidem, p.70.

EVRM nader in). Onder het HOR is geen onderscheid maken hoe dan ook verboden, ook al zouden de gevolgen uiteindelijk meevallen. De formulering laat wel de mogelijkheid open dat de disproportionaliteit niet enkel gelegen is in het maken van geen onderscheid. Dat zou dan een opmerkelijk ‘dubbel’ verwijt zijn: geen onderscheid maken en ook geen proportionele geweldstoepassing volgens artikel 2 EVRM.

Het oordeel dat de inzet van ‘indiscriminate weapons’ naar een ‘normal legal background’ ontoelaatbaar zou zijn,<sup>32</sup> is overigens opmerkelijk. Onder het HOR is die inzet verboden en zodoende kan die inzet niet ‘meer’ ontoelaatbaar zijn wanneer beoordeeld naar het ‘normale’ rechtsregime.

Een ander opmerkelijk punt is dat in de redenering van het EHRM een verwijzing naar het ‘gewone’ beoordelingskader wordt gemaakt: het militaire doel wordt ook onder de bescherming van artikel 2 EVRM gebracht. De operatie moet zodanig gepland en uitgevoerd worden “to avoid or minimise, to the greatest extent possible, risks of loss of lives, both of persons at whom the measures were directed and of civilians [cursivering DFB], and to minimise the recourse to lethal force”.<sup>33</sup> Daarmee wordt geëist dat operaties op zo een manier uitgevoerd worden dat zowel burgers als degenen tegen wie de operatie gericht is, zo weinig mogelijk risico lopen. Dit zou een verandering betekenen ten opzichte van eerdere zaken, waar enkel beoordeeld werd of de gevolgen van de aanval voor burgers voorkomen hadden moeten worden. Maar ook in de recente zaken wordt in de daadwerkelijke beoordeling enkel nagegaan of burgerslachtoffers voorkomen hadden moeten worden.

Twee andere punten zijn ook opmerkelijk. Het doelcriterium ex artikel 2 lid 2 sub b EVRM, detention, wordt niet meer geaccepteerd door het EHRM. Het is ‘grossly disproportionate’ om met de inzet van ‘military aviation’ personen te arresteren. Eigenlijk is het opmerkelijk dat in de zaak Khatsiyeva het EHRM daaraan voorbij ging: een luchtaanval uitvoeren kan onder normale omstandigheden moeilijk gezien worden als gericht op het gevangen nemen van personen. Maar zonder militair optreden zal het lastig blijken een georganiseerde groep gewapende personen als de Tsjetsjeense opstandelingen te ‘arresteren’. Opstandelingen die zich tijdens of na het uitvoeren van de operatie overgeven kunnen gevangen genomen worden. Verder, alle doelcriteria in het tweede lid van artikel 2 zijn slechts min of meer overtuigend ten opzichte van militair optreden. Wanneer de aanwezigheid van de opstandelingen nadelig is voor de lokale bevolking, kan geclaimd worden dat de operatie gericht is op bescherming van die lokale bevolking tegen ‘unlawful violence’ (sub a). In andere gevallen is die grond meer ‘indirect’ van toepassing. In de zaak Esmukhambetov was de claim van de overheid dat een grootschalige terroristische actie voorbereid werd. In dat geval zou de aanval een ‘pre-emptive strike’ zijn om personen te beschermen. Operaties uitgevoerd om de binnenlandse veiligheid te herstellen, doen situaties ontstaan waarin militairen zich ‘beschermen’ tegen onrechtmatig geweld, maar pas nadat die operaties begonnen zijn. Het meest overtuigend zou dan nog zijn ‘quelling an insurrection’ (sub c), maar die grond zal om dezelfde politieke reden niet ingeroepen worden door de Russische overheid als dat er geen derogatie ex artikel 15 EVRM gemaakt wordt. Dat zou ‘erkenning’ kunnen inhouden van de ‘opstandelingen’, terwijl de overheid hen ziet als ‘criminelen’. Opmerkelijk

<sup>32</sup> Khamzayev §185, Kerimova §253. Vergelijk Isayeva §191, ondermeer de opmerking ‘outside wartime’.

<sup>33</sup> Esmukhambetov §146, zie ook Khamzayev §180 en Kerimova §248.

is dat het EHRM in de zaak Kerimova die grond desondanks wel aanneemt, terwijl in de zaak Khamzayev enkel de grond in sub a genoemd wordt.

Dat het EHRM inzet van grondtroepen als mogelijk alternatief noemt, is in zekere zin juist, nu het gevaar voor in ieder geval burgers door die inzet wordt verminderd (ervan uitgaande dat een militair met een ‘assault rifle’ meer onderscheid kan maken en minder ‘collateral damage’ veroorzaakt dan een gevechtsvliegtuig)<sup>34</sup>. Dit leidt weer tot de vraag in hoeverre militairen ‘risk to life and limb’ moeten accepteren om burgerslachtoffers zoveel mogelijk te voorkomen. In de zaken Kerimova en Khamzayev wordt door het EHRM het argument geaccepteerd dat ‘attack or storming by land troops would have led to considerable losses among Federal servicemen’<sup>35</sup>. Het is in ieder geval niet redelijk om aan te nemen dat er meer burgerslachtoffers geaccepteerd mogen worden om het risico voor de eigen militairen geheel uit te sluiten<sup>36</sup>. Wanneer het eigen militair vermogen minder kwetsbaar wordt, ‘kost’ militair optreden ook minder. Dat kan leiden tot verminderde aandacht voor slachtoffers onder burgers. Mogelijk is het te rechtvaardigen dat alle gewapende tegenstanders gedood worden (ook als hen de kans zich over te geven ‘ontnomen’ wordt)<sup>37</sup>, maar niet als dat ten koste gaat van een substantieel aantal doden onder de burgerbevolking of andere ‘fouten’ in de doelbestrijding.

Ten aanzien van de geweldstoepassing worden nog twee schendingen van het EVRM aangenomen. Artikel 3 EVRM is geschonden omdat het aanschouwen van het omkomen van de eigen gezinsleden (vrouw en kinderen) als ‘onmenselijke’ ‘moral suffering’ geoordeeld wordt.<sup>38</sup> Ook is er een schending van artikel 8 EVRM, ondermeer het recht op ‘respect for one’s home’ (ook artikel I Protocol I, het recht op eigendom, is op dezelfde gronden geschonden). Het zonder goede reden platgooien van een huis kan inderdaad als inbreuk op dat ‘respect’ gezien worden. Die beperking kan echter sneller gerechtvaardigd geacht worden dan een ‘beperking’ op het recht op leven, nu de eerste beperking ‘slechts’ noodzakelijk in een democratische samenleving hoeft te zijn (en niet ‘absoluut’ noodzakelijk). In casu kwam een beoordeling van de noodzaak niet aan de orde, omdat een basis in het recht voor de inbreuk niet aangenomen kon worden. Een presidentieel decreet en de ‘antiterrorismewet’ zijn te vaag en in te algemene termen geformuleerd net als een order van een Generaal-majoor.<sup>39</sup>

Een laatste punt betreft artikel 13 EVRM, het recht op een ‘effective remedy’. Het EHRM overweegt dat wanneer een door de autoriteiten uitgekeerd geldbedrag uitdrukkelijk niet bedoeld is

<sup>34</sup> Zie US Army/USMC, Counterinsurgency field manual, Chicago, 2007, (hierna COIN FM) §7.36 op p.248.

<sup>35</sup> Dat wordt iets ‘zuiniger’ geformuleerd: “In the present case, having regard to the Government’s submissions on the situation in Urus-Martan in the relevant period, the Court considers that their argument to the effect that the use of land troops would have involved unjustified casualties is not without foundation.” Khamzayev §179, Kerimova §247.

<sup>36</sup> US Army/USMC, COIN FM, §7.21 op p.244: “Combat (...) often obligates Soldiers and Marines to accept some risk to minimize harm to non-combatants. This risk taking is an essential part of the Warrior Ethos.” Het recht eist dat echter niet: “The law is not clear as to the degree of risk that the attacker must accept. The proportionality principle does not itself require the attacker to accept increased risk.” UK MoD, 2005, §2.7.1 op p.25/26.

<sup>37</sup> ‘Surrender to aircraft’ is meestal ‘impracticable’, UK MoD, 2005, §12.64 en §12.65 op p. 326 - 327.

<sup>38</sup> Esmukhambetov §190 en 191.

<sup>39</sup> Esmukhambetov §176/177, Khamzayev §217/218, Kerimova §302/303. Het EHRM eist niet dat de ‘legal instruments’ een wet formele in zin zijn. Het gaat meer om de kwaliteitseisen ‘accessibility’ en ‘foreseeability’. Op dit laatste doelt het EHRM waar gesteld wordt dat te vage en algemene termen gebruikt zijn. Een probleem van de order is dat deze waarschijnlijk niet toegankelijk is voor de burgers in het conflictgebied.

als 'schuldbekentenis' (geen enkele link met de onrechtmatigheid van de geweldstoepassing), dit geen 'effective remedy' is. De reden daarvoor is dat de nabestaanden ook een 'recht' hebben op de 'establishment of responsibility of the perpetrators of the fatal assault'.<sup>40</sup> Dit is mede gericht op het voorkomen van 'impunity', dat kan leiden tot meer 'wrongful use of lethal force'.<sup>41</sup> De handhaving van een inbreuk op het recht op leven moet zodoende steeds meer door toepassing van het strafrecht plaats gaan vinden.<sup>42</sup> Dit was al het geval in geval van 'wilful killing' als onderdeel van het 'grave breaches systeem'<sup>43</sup> in het HOR. Ten aanzien van de personen die 'grave breaches' plegen ('committed wilfully'), bestaat individuele verantwoordelijkheid en deze moeten door hun Staat 'before its Courts' gebracht worden.<sup>44</sup> Regels uit artikel 51 en artikel 57 AP I zijn daar ook onder gebracht (artikel 85 lid 3 onder a en b AP I). In het geval van artikel 2 EVRM, anders dan in geval van het HOR, kan een 'supranationale' rechter, het EHRM, nu 'dwingen' tot strafvervolging.<sup>45</sup> Zodoende kunnen (nabestaanden van) slachtoffers strafrechtelijke handhaving eisen.

## 5. Doelbestrijding

In casu betreft doelbestrijding het plannen en uitvoeren van de luchtaanvallen. Militair gezien is de uitschakeling van het doel van belang; de juridische thema's van het HOR betreffen het voorkomen van bijkomende schade. Die thema's zijn al volledig door Ducheine en Pouw beschreven.<sup>46</sup> Ik probeer hier enkel na te gaan wat de benadering van het EHRM lijkt te zijn. Het is daarbij makkelijk om de (impliciete) toepassing van HOR-normen te lezen in de uitspraken van het EHRM.<sup>47</sup> Dat hoeft niet te betekenen dat het EHRM dat ook daadwerkelijk doet, het kan ook eigen beoordelingsnormen ontwikkelen en toepassen.<sup>48</sup>

<sup>40</sup> Esmukhambetov §161, over artikel 13 'taken in conjunction with' artikel 2. Zie ook EHRM 17 januari 2008, Khatsiyeva and others v. Russia, §162; EHRM 14 november 2008, Akmhadov and others v. Russia, §138; EHRM 24 februari 2005 Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia §236 – 239 en Isayeva §225 – 230.

<sup>41</sup> Esmukhambetov §107: "This is so because, if the authorities could confine their reaction to such incidents to the mere payment of compensation, while not doing enough to prosecute and punish those responsible, this might result in wrongful use of lethal force by State agents who would be placed in a position of virtual impunity, and the protection of the right to life under Article 2 of the Convention, despite its fundamental importance, would be rendered ineffective in practice."

<sup>42</sup> Bijvoorbeeld EHRM 26 april 2011, Enukidze and Girgvliani v. Georgia, met name §241, §274 en §277.

<sup>43</sup> Zie de Geneefse Conventies (GC): artikel 50 GC I, artikel 51 GC II, artikel 130 GC III en artikel 147 GC IV

<sup>44</sup> artikel 49 GC I, artikel 50 GC II, artikel 129 GC III en artikel 146 GC IV.

<sup>45</sup> Zie bijvoorbeeld de zaak Öneriyildiz v. Turkey (Grand Chamber EHRM 30 november 2004, Chamber EHRM 18 juni 2002). Ook bemoeit het EHRM zich met de mate van verwijt: zie EHRM 5 juni 2007, Anik and others v. Turkey, §57, waar volgens het EHRM 'negligence and carelessness' blijkbare opzet had moeten zijn.

<sup>46</sup> E.H. Pouw en P.A.L. Ducheine, ISAF en de rol van het humanitair oorlogsrecht in doelbestrijding tijdens een counterinsurgency, Research paper no.98, NDA FMV, 2009 en Ducheine/Pouw, 2010.

<sup>47</sup> Of althans is het (ten aanzien van de Isayeva-zaken) 'niet zo moeilijk om de gelijkenis met delen van het positieve humanitaire oorlogsrecht te onderkennen', P.A.L. Ducheine, Krijgsmacht, geweldgebruik & terrorismebestrijding, Nijmegen, 2008, p.438.

<sup>48</sup> Zie bijvoorbeeld W. Abresch, A human rights law of internal armed conflict: the European court of human rights in Chechnya, EJIL, 2005, no.4 p.741 – 767. En F. Naert, Mensenrechten en het Internationaal Humanitair Recht, in: jaarboek IHR 2008 (via ihr.rodekruijs.be): In de Isayeva zaken "lijkt het EHRM het IHR echter volledig te negeren", maar: "Een aantal overwegingen kan er echter op wijzen dat het Hof een toepassing van het IHR niet uitsluit." Zie ook E. Guild, Security and European human rights: protecting individual rights in times of exception and military action, Nijmegen, 2007. Verder H. Krieger, A conflict of norms: the relationship between humanitarian law and human rights law in the ICRC customary law study, (via www.jura.fu-berlin.de/einrichtungen/we3/ professoren/ls\_krieger/dokumente/berliner\_online\_beitrag\_krieger.pdf), p.22: "So far the Court has applied, mutatis mutandis, the same basic rules to a law enforcement action, such as the McCann situation, as to the conduct of hostilities through aerial bombardment in a high intensity conflict."



Een eerste ‘bedenking’ van het EHRM betreft de noodzaak van de luchtaanval. In de zaak Esmukhambetov stelt het EHRM dat mogelijk de inzet van grondtroepen een meer geschikt middel voor het doel had kunnen zijn. In de andere twee zaken wordt geaccepteerd dat die inzet mogelijk tot teveel slachtoffers onder de militairen had kunnen leiden.

De eisen die het EHRM stelt ten aanzien van de ‘necessary degree of care’ waarmee de luchtaanval voorbereid en uitgevoerd moet worden, zijn ook terug te vinden in artikel 57 AP I. Het eerste lid eist dat “In the conduct of military operations, constant care shall be taken to spare the civilian population, civilians and civilian objects”. In het tweede lid worden meer specifieke ‘precautions’ genoemd. Het EHRM verwijt de autoriteiten dat niet blijkt “that at any stage of the operation any measures were taken in order to avoid, or at least to minimise, the risk to the lives of the residents”.<sup>49</sup> Verder komen in de beoordeling van het EHRM drie meer specifieke eisen naar voren. De eerste eis is dat nagegaan moet worden of het doel van de aanval (gelegen in een ‘residential area’) daadwerkelijk een positie van de opstandelingen was, en of er ook burgers aanwezig waren.<sup>50</sup> Dit komt overeen met de eerste onder sub a genoemde voorzorgsmaatregel in artikel 57 AP I lid 2: geverifieerd moet worden of het geselecteerde doel een militair object en niet een burger object is. De tweede eis die het EHRM stelt betreft het waarschuwen van de burgerbevolking. Ondanks de aanwezigheid van burgers hebben de autoriteiten geen adequate maatregelen getroffen om burgers te waarschuwen of om hen te evacueren.<sup>51</sup> De in artikel 57 lid 2 onder c genoemde voorzorgsmaatregel eist dat ‘effective advance warning shall be given of attacks’ indien burgers getroffen zouden kunnen worden. De derde eis betreft de ‘choice of weapons’: volgens het EHRM is een ‘high explosive fragmentation bomb’ van 250 kg een ‘indiscriminate weapon’.<sup>52</sup> De voorzorgsmaatregel in artikel 57 lid 2 sub a onder 2 betreft de ‘choice of means and methods of attack’; deze moeten gericht zijn op het voorkomen of althans het minimaliseren van doden en gewonden onder burgers. Gesteld kan worden dat de inzet van ‘indiscriminate weapons’ zeker niet gericht is op het voorkomen of minimaliseren van burgerslachtoffers.

Artikel 51 AP I lid 4 verbiedt ‘indiscriminate attacks’, en geeft een definitie van zo een aanval. Het eindoordeel van het EHRM sluit aan bij dat verbod: de ‘bombing with indiscriminate weapons of residential quarters inhabited by civilians’ is een schending van artikel 2 EVRM.<sup>53</sup> Mogelijk houdt dat oordeel ook in dat de aanval in strijd is met het algemene verbod de burgerbevolking aan te vallen, maar in ieder geval zijn niet voldoende maatregelen genomen om te voorkomen dat ook burgers door de aanval getroffen zouden worden. In die zin ligt de beoordeling van het EHRM in de lijn van een beoordeling die onder het HOR gegeven zou worden.

Enkele thema’s komen niet aan bod. In de eerste plaats komt het EHRM niet toe aan de HOR-proportionaliteitstoets (militair voordeel tegenover burgerdoden en schade aan burge-

<sup>49</sup> Esmukhambetov §149.

<sup>50</sup> Khamzayev §182/183, Kerimova §250/251. Esmukhambetov §148 over ‘military targets’.

<sup>51</sup> Khamzayev §184, Kerimova §252, Esmukhambetov §149. Zie ook Isayeva §189.

<sup>52</sup> Khamzayev §185, Kerimova §253. Mogelijk waren ‘missiles’ meer ‘appropriate’ geweest: §186 respectievelijk §254. Mogelijk was het de bedoeling dat tegen doelen buiten de stad bommen gebruikt werden, en in de stad enkel (geleide) raketten. Zie Esmukhambetov §147 en §148 over de ‘choice of means’. In Isayeva werd het gebruik van ‘heavy free-falling high-explosive bombs’ al als ‘indiscriminate’ geoordeeld, §190 en §191.

<sup>53</sup> Khamzayev §189, Kerimova §257.

robjecten). In principe zou dat een ‘overall’ beoordeling moeten zijn.<sup>54</sup> De vraag is dan of het aantal burgerslachtoffers niet excessief is gezien de ‘concrete and direct military advantage anticipated’ (artikel 57 lid 2 sub b en artikel 51 lid 5 sub b AP I). Mogelijk zijn (grofweg) 37 getroffen burgers (waarvan 14 dood) en 40 getroffen huizen (waarvan 13 verwoest) en een verwoest flatgebouw niet zo heel ‘excessief’ in de verhouding met het militaire voordeel, namelijk de uiteindelijke verdrijving van 1500 opstandelingen uit een stad. Waarschijnlijk zijn er meer luchtaanvallen op de stad geweest en mogelijk ook artilleriebeschietingen, welke ook tot burgerdoden geleid hebben. De totale ‘collateral damage’ zou dan afgewogen moeten worden tegen het neutraliseren van de opstandelingen. Gezien het feit dat het EHRM uitspraak doet in een specifieke casus, zal dat oordeel moeilijk te geven zijn.

Een ander moeilijk element is het feit dat het EHRM alleen het optreden van de Staat beoordeelt en niet dat van de opstandelingen. Het proportionaliteitsoordeel kan beïnvloed worden door het feit dat de burgerdoden mede het gevolg zijn van door opstandelingen gecreëerde situaties (strijdig met artikel 51 lid 7 eerste zin en artikel 58 sub b AP I). De overweging van het EHRM ten aanzien van het gebruik van burgers als ‘human shields’ is dat “Even when faced with a situation where the population of the town was held hostage by a large group of well-equipped and well-trained fighters, the authorities’ primary aim should have been to protect lives from unlawful violence”.<sup>55</sup> Het EHRM stelt dat gebruik van ‘indiscriminate weapons’ in ‘flagrant contrast’ is met dat doel, maar dat gebruik is op zichzelf al verboden onder het HOR. De vraag is dan ook of het EHRM hier een verzwaarde zorgplicht bedoelt. In het HOR zou ook in het geval van ‘human shields’ de proportionaliteitsregel gelden, maar wel kan dat een factor in de beoordeling van de rechtmatigheid van de aanval zijn, die in het voordeel van de aanvalleur zou kunnen werken.<sup>56</sup> Waar het EHRM het ‘beschermen van levens als primaire doel van de operatie’ gebruikt als extra argument om te stellen dat onderscheid altijd gemaakt dient te worden, is dat juist. Wanneer dat primaire doel zou moeten leiden tot een meer afwachtende houding ligt dat minder voor de hand. De gegijzelde burgers hebben immers ook belang bij het uitvoeren van een operatie die tot hun bevrijding leidt, alleen niet wanneer zij zelf gedood worden in die operatie.

Een laatste punt betreft problemen met de ‘accuraatheid’<sup>57</sup> van de ingezette wapens. Het zou kunnen dat de aanval wel met de vereiste zorgvuldigheid gepland en uitgevoerd wordt, zodat aan de voorzorgsmaatregelen voldaan is, maar een probleem met het wapensysteem alsnog leidt tot burgerslachtoffers. In principe betreft Staatsaansprakelijkheid ‘verwijtbare’ tekortkomingen. Geweldstoepassing op grond van een ‘honest belief’ komt niet voor het risico van de Staat en leidt niet tot een schending van het EVRM.<sup>58</sup> Analoog daaraan zou geen aansprakelijk-

<sup>54</sup> In AP I leidt schending van die toets tot het oordeel dat de aanval ‘indiscriminate’ is geweest (artikel 51 lid 5 onder b). Zie ook artikel 57 lid 2 sub b AP I, waar die toets een voorzorgsmaatregel betreft.

<sup>55</sup> Khamzayev §185, Kerimova §253; zie ook Isayeva §191.

<sup>56</sup> UK MoD, 2005, §2.7.2 op p.26. Zie ook §5.22.1 op p.68.

<sup>57</sup> Zie Duchaine/Pouw, 2010, p.12 over ‘accuraat’ tegenover ‘precisie’. Dat laatste is het bredere begrip, welk ook C4ISR betreft, ondermeer ‘het vermogen om snel en betrouwbaar vijandelijke elementen te lokaliseren en te identificeren’.

<sup>58</sup> Zie EHRM 27 september 1995, McCann and others v. the UK, §200. Zie ook EHRM 12 juni 2007, Bakan c. Turquie, §54: het EHRM stelt dat de dood van een persoon door een ricochet ‘le résultat de la malchance’ is, en zodoende geen schending van artikel 2 EVRM oplevert.

heid bestaan waar redelijkerwijs ‘alles’ gedaan is om de aanval zo precies mogelijk uit te voeren. Een andere opvatting zou zijn dat een defect of een ander ‘technisch’ probleem met een wapensysteem wel voor het risico van de Staat moet komen, ook als die inzet op zichzelf beschouwd wel te rechtvaardigen is.

## 6. Military operations v. law enforcement operations

Gesteld kan worden dat het HOR (hoewel impliciet) de beoordeling van de geweldstoepassing bepaalt. Door wel overwegingen betreffende het gewone beoordelingskader op te nemen in de uitspraak, ontstaat ‘vermenging’ van beoordelingsnormen voor ‘law enforcement operations’ en voor ‘military operations’ in één beoordelingskader. In principe maakt voor de zaak niet uit hoe tot een oordeel gekomen wordt, nu het optreden van de Russische autoriteiten naar beide normen niet zorgvuldig genoemd kan worden. Verder is het verschil tussen ‘law enforcement’ optreden en militair optreden soms lastig te maken. Het optreden van de Russische autoriteiten tegen een ‘considerable number of well-equipped extremists, armed with a range of large-yield weapons, who were in fact conducting large-scale military actions against the federal forces’<sup>59</sup> kan moeilijk een ‘law enforcement operation’ genoemd worden. Maar het optreden in gijzelingssituaties (zoals in het Dubrovka-theater in Moskou en in de school in Beslan) zou voor een ‘military operation’ door kunnen gaan. Dat beide vormen van optreden soms dichtbij elkaar liggen, kan aangetoond worden met de volgende casus.

Redelijk snel na de uitspraak in de zaak Khatsiyeva<sup>60</sup>, volgde de uitspraak in de zaak Akhmadov<sup>61</sup>. Het betrof eenzelfde casus, aangaande burgers nabij een voertuig in een soort ‘deadly force authorized zone’<sup>62</sup>. Geweldstoepassing tegen personen in die zone was toegestaan, tenzij de personen zich zouden ‘identificeren’ als burger. Bestuurders hadden de plicht hun voertuig te stoppen en alle inzittenden moesten uitstappen. Indien zij niet voldeden aan de verplichtingen konden zij als doel aangemerkt worden. Net als in de zaak Khatsiyeva werd een aantal personen in een auto in zo een zone opgemerkt door de vliegers van twee Mi-24 helikopters en een Mi-8 helikopter. De Mi-24 helikopters voerden een aanval op de auto uit waarbij geen doden of gewonden vielen (mogelijk enkel om de personen te intimideren). De Mi-8 helikopter landde om militairen af te zetten, die de auto benaderden. Dan lopen de versies van de feiten uiteen. De klagers stellen dat de militairen zonder enige aanleiding de auto beschoten. De overheid stelt dat de personen probeerden te vluchten.

Er was in ieder geval geen directe dreiging voor de militairen; zij kwamen niet onder vuur te liggen. Ook droegen de personen geen wapens (in ieder geval niet zichtbaar). Het enige feit was dat zij verdacht waren omdat zij in een zone rond een ‘counter-terrorist operation’ verbleven (en mogelijk aan controle probeerden te ontkomen). Het EHRM lijkt de gewone beoordelingsnormen van een law enforcement operation toe te passen. Geweldstoepassing is dan alleen toegestaan in reactie op een directe dreiging (of een ‘honest belief’ daaromtrent). In casu kon dat moeilijk aangetoond worden, zodat er een schending is van artikel 2 EVRM.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> Khamzayev §178, Kerimova §247.

<sup>60</sup> EHRM 17 januari 2008, Khatsiyeva and others v. Russia.

<sup>61</sup> EHRM 14 november 2008, Akhmadov and others v. Russia.

<sup>62</sup> Khatsiyeva §139.

<sup>63</sup> Akhmadov §107.

Om een vluchtpoging te stoppen wanneer personen een algemene dreiging vormen (als er een verdenking is van gewelddadige misdrijven of terrorisme) kan dodelijk geweld gerechtvaardigd zijn, maar ook dat kon blijkbaar niet aangenomen worden.

Een beoordeling als militair optreden onder het HOR, met RDAV<sup>64</sup> als uitgangspunt, geeft echter niet veel meer houvast. Ook met die beoordelingsnormen komt men niet veel verder om de geweldstoepassing te rechtvaardigen, nu niet aangetoond kan worden dat er bijvoorbeeld sprake was van een 'continuous combat function' (CCF)<sup>65</sup>. Indien er bijvoorbeeld eerder op de helikopters is gevuurd, kan gesteld worden dat om een 'draaideurconstructie' te voorkomen, die personen geen bescherming krijgen, omdat zij anders al naar gelang het hen uitkomt bescherming claimen of deelnemen aan het gevecht.<sup>66</sup> Ook wanneer de personen wapens hadden gedragen, is het de vraag of de aanval onder het HOR toegestaan zou kunnen worden. Mogelijk kan uit het enkele feit dat gewapende personen zich in een 'area of operations' bevinden een CCF afgeleid worden. Nu de personen alleen verdacht waren omdat zij zich ophielden in 'area where a counter-terrorist operation is conducted' en mogelijk probeerden controle te ontvluchten (de claim van de autoriteiten) is geweldstoepassing ook onder het HOR moeilijk te rechtvaardigen.

Het belangrijkste verschil tussen de normen van het HOR en de gewone normen ex artikel 2 blijft dat de door het HOR geëiste zorgvuldigheid ('care') bij geweldstoepassing gericht is op het voorkomen van burgerslachtoffers. 'Fighters' (personen die deelnemen aan de vijandelikheden) zijn in ieder geval op het moment van RDAV niet beschermd. Als zij een 'regular' doel vormen, is er geen reden om af te zien van een aanval die tot hun dood leidt. Wel kunnen zij profiteren van de bescherming van burgers, omdat zij niet altijd als zodanig geïdentificeerd kunnen worden of omdat wanneer zij zich tussen burgers bevinden, een aanval disproportioneel veel burgerslachtoffers zou kunnen maken.

Onder het systeem van mensenrechten daarentegen zou de zorgvuldigheid ook gericht zijn op het voorkomen van doden onder de 'fighters'. Artikel 2 EVRM (wanneer nationaal toegepast) gaat ook uit van bescherming van de 'boeven'; als algemene regel geldt dat zij niet als 'target' beschouwd mogen worden.<sup>67</sup> Voor het 'oplossen' van een 'barricaded person situatie' bijvoorbeeld zijn strategieën gericht op het minimaliseren van de kans op geweldstoepassing (zoals onderhandelingen) 'beter' dan de inzet van een interventie-eenheid.<sup>68</sup> En bij de laatste optie heeft het aanhouden van de persoon de voorkeur. De kern is dat de autoriteiten zoveel mogelijk moeten doen om zo een noodweersituatie of andere situatie waarin dodelijk geweld toegepast wordt tegen de 'barricaded person', te voorkomen. Echter, de absolute noodzaak (het 'no more than absolutely necessary' ex artikel 2 lid 2 EVRM) is relatiever dan de term doet vermoeden. Ook hier moeten afwegingen gemaakt worden over ondermeer het gevaar dat geaccepteerd wordt voor de 'law enforcement officials' en derden, de snelheid waarmee de 'situatie' beëindigd wordt en hoeveel moeite alternatieven voor geweldstoepassing mogen kosten.

<sup>64</sup> Zie hierover Ducheine/Pouw, 2010, p.89 – 100.

<sup>65</sup> Ibidem, p.92. Zie ook 'Figuur 7: onderscheid naar personen' op p.99.

<sup>66</sup> Ibidem, 'Begin en eind RDAV', p.97 – 98.

<sup>67</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 27 september 1995, McCann and others v. the UK, §212 maar ook de afwijzing van dat oordeel in §24 van de 'dissenting opinion' van negen van de negentien rechters.

<sup>68</sup> Vergelijk EHRM 10 juli 2010, Vachkovi v. Bulgarië, §74.

Het uitbreiden van die zorgvuldigheid naar de opposing forces zou een zwaardere plicht betekenen bij de ‘planning and organisation’ van operaties, bijvoorbeeld in situaties waarin die tegenstanders tactisch geen kans maken. Wanneer militairen een situatie compleet beheersen en ‘adequate time and resources’ voorhanden hebben, wordt meer moeite verwacht om personen gevangen te nemen.<sup>69</sup> Het EHRM accepteert minder snel de ‘absolute noodzaak’ van de dood van de personen, ten aanzien waarvan wel de ‘militaire noodzaak’<sup>70</sup> aangenomen zou kunnen worden.

## 7. Conclusie

In alle zaken oordeelt het EHRM dat de Russische autoriteiten geen noemenswaardige moeite gedaan hebben om burgers te ontzien. Daarbij wordt weinig moeite gedaan om de aanvallen te rechtvaardigen. Mogelijk konden of wilden de autoriteiten geen informatie over de aanvallen verstrekken. Hoe dan ook, het beeld is dat die uitgevoerd zijn ‘irrespective of’ de aanwezigheid van burgers; er zijn geen maatregelen genomen om de gevolgen van de aanval voor burgers zoveel mogelijk te beperken.

Een algemene verplichting in het HOR is om bij het uitvoeren van een aanval rekening te houden met de burgerbevolking, zodat zoveel mogelijk enkel militaire objecten geraakt worden.<sup>71</sup> Meer specifiek moeten volgens artikel 57 AP I daartoe ‘precautions in attack’ genomen worden. Het gaat om het verzamelen en evalueren van informatie omtrent de doelen, een passende ‘choice of weapons’, en het waarschuwen van burgers.<sup>72</sup> Belangrijke elementen daaruit zijn in de overwegingen van het EHRM terug te vinden. In alle zaken is het oordeel dat de aanval te weinig blijkt geeft van een zorgvuldige selectie van het militaire doel, en van overwegingen omtrent de in te zetten middelen om het doel uit te schakelen. De aanwezigheid van burgers leidt niet tot het nemen van voorzorgsmaatregelen. De verwijzing naar artikel 13 AP II als ‘relevant international law’ in de zaak Esmukhambetov is opmerkelijk en is voor mij moeilijk te verklaren. In de overwegingen bij de beoordeling komt dat artikel niet aan bod. In de zaken Khamzayev en Kerimova is die verwijzing niet opgenomen.

Wel wordt ook in die zaken verwezen naar de ‘law enforcement’ overweging dat maatregelen genomen moeten worden gericht op het voorkomen van verlies van leven ‘both of persons at whom the measures were directed and of civilians’. Dit lijkt te verklaren uit een te krampachtig vasthouden aan het beoordelingskader van ‘law enforcement operations’. Maar het blijft theorie; nergens wordt gesteld dat de inzet van het luchtwapen hoe dan ook, dus ook voor

<sup>69</sup> Ibidem en ook EHRM 5 juni 2007, Anik and others v. Turkey, §63 – 65. En EHRM 27 oktober 2009, Kallis and Androulla Panayi v. Turkey, §61: “In any event, the (...) soldiers seemed to be in complete control of the area and it would have been possible for them to stop Mr. Panayi without jeopardising his life (...). In particular, as he was not holding a weapon in his hands at the moment of the shooting (...), it would have been possible to observe his behaviour from a distance, avoiding recourse to lethal force until such time as clear indicators had shown that he had aggressive intentions.”

<sup>70</sup> Militaire noodzaak ‘permits the destruction of life of armed enemies’, UN War Crimes Commission, Law reports of trials of war criminals, volume VIII, London, 1949, Case no. 47, Wilhelm List and others, p.66.

<sup>71</sup> UK MoD, 2005, §5.32.1 op p.82 over de ‘general obligation’ rekening te houden met het “effect on the civilian population of what [a commander] is planning to do and take steps to reduce that effect as much as possible.”

<sup>72</sup> UK MoD, 2005, §5.32.2 en verder over ‘specific duties’ als ‘target identification’, ‘means and methods of attack’, ‘factors to be considered’ en ‘warnings’.

het uitschakelen van het militaire doel, disproportioneel zou zijn. De opposing forces zijn niet ‘beschermd’ tegen de aanval.

In de zaak *Esmukhambetov* wordt wel gesteld dat de inzet van ‘military aviation equipped with heavy weapons’ ‘grossly disproportionate’ is om personen te arresteren. Het EHRM is in die zaak dan ook wat ‘strenger’: behalve dat het doelcriterium detentie niet geaccepteerd wordt, wordt ‘aangedrongen’ op alternatieven voor de inzet van het luchtwapen. Dat zal ingegeven zijn door het feit dat de militaire noodzaak voor de aanval hoe dan ook moeilijk aangenomen kan worden.

In alle casus, van *Isayeva* tot *Kerimova*, is het oordeel duidelijk: de niet-onderscheidende aanval die tot de dood van burgers geleid heeft is ‘manifestly disproportionate’. Welk rechtsregime daartoe gebruikt is, wordt niet helemaal duidelijk. De regels wat betreft de bescherming van de burgerbevolking uit het HOR<sup>73</sup> blijken (hoewel impliciet) het meest bepalend, maar de gewone proportionaliteitsnormen lijken nooit ver weg te zijn. De benadering van het EHRM kent daarmee een nadeel. Het blijft onduidelijk of in het geval er wel een reële claim is dat de aanval volgens de eisen van het HOR uitgevoerd is, deze aanval geen schending van het leven ex artikel 2 EVRM betekent. Die duidelijkheid zou wel gegeven moeten worden. Hoewel het EHRM zichzelf daarmee feitelijk ‘enforcer’ van het HOR maakt, lijkt mij dat zo een oordeel het meest juist is.

## 8. Slot

In principe zijn de uitspraken in lijn met de ‘*Isayeva* zaken’, en sluiten in zekere zin nog meer aan bij de normen van het HOR. Een recht op leven voor opposing forces wordt niet aangenomen. Daarom maak ik aan dat discours een eind. De rol van de mensenrechten is enkel formeel van belang, als een rechtsmiddel voor slachtoffers.<sup>74</sup> Inhoudelijk gezien zijn de normen onder artikel 2 minder van belang voor de beoordeling van de geweldstoepassing. De ‘precautions in attack’ bepalen die beoordeling het meest. Voor het verantwoording afleggen<sup>75</sup> voor de geweldstoepassing is van belang dat er informatie over het doel en de militaire noodzaak van de aanval wordt gegeven, zodat aangetoond kan worden dat het doel een militair object is, en de aanval noodzakelijk is geweest. Duidelijk moet worden dat onderscheid gemaakt is tussen burgers en personen die rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden. Burgerslachtoffers moeten zoveel als mogelijk voorkomen zijn; het moet blijken dat daarop geanticipeerd is. Indien de kans op die eventuele burgerslachtoffers geaccepteerd is, moet dat gezien het belang van de aanval te rechtvaardigen zijn. Zo kan een duidelijke uitspraak gedaan worden over de legitimiteit van de aanval.

In de besproken casus kan die legitimiteit moeilijk aangenomen worden: de Russische autoriteiten kunnen niet aantonen dat zij zorgvuldig zijn geweest bij het plannen en uitvoeren van

<sup>73</sup> Part IV ‘Civilian population’, Section I ‘General protection against effects of hostilities’, met name Ch. I – IV AP I

<sup>74</sup> Gezien de jurisprudentie aangaande de toepassing van het EVRM buiten het eigen territorium van de Staten partij bij dat Verdrag, zal niet snel zo een rechtsmiddel ten aanzien van internationale missies aangenomen worden. Vergelijk de Grand Chamber judgements in de zaken *Al-Jedda* en *Al-Skeini and others* tegen het Verenigd Koninkrijk van 7 juli 2011.

<sup>75</sup> Zie daarover P.A.L. Ducheine, G.F. Walgemoed, Militair functioneel geweld en de positie van militairen na ‘rake zaken’, *Militaire Spectator*, 2005, nr. 2, p.48 – 67, p.48.

## BESCHOUWING

de luchtaanvallen. Ondanks dat de uitspraken daarom zeker niet onredelijk voorkomen, breek ik wel met de slotalinea's van mijn eerdere bijdragen over dit onderwerp. Zeker nu er blijkbaar geen belemmering bestaat om het HOR als 'relevant international law' te benoemen, zou het EHRM het best duidelijkheid geven door de 'precautions in attack' aan te houden als beoordelingsnorm voor de 'planning and control' van de operatie.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> Vergelijk P.A.L. Ducheine, *Krijgsmacht, geweldgebruik & terreurbestrijding*, Nijmegen, 2008, p.439. En op p.552: "Het Hof dient dus kleur te bekennen." Zie ook conclusie 54 op p.572.