

Lawfare

DOOR JOOP VOETELINK¹

Recht en vooral internationaal recht speelt een steeds grotere rol in internationale militaire operaties. Vanuit de rechtsstaat-idee zijn staten en militairen gehouden te handelen op basis van en in overeenstemming met het recht. Tegelijkertijd kan recht een functie vervullen bij het bereiken van het militaire doel. In deze zin is de term 'lawfare' in opkomst. Dit artikel biedt een inleiding op dit begrip en laat zien dat de uitleg en toepassing ervan nogal verschilt.

Inleiding

Recht, en vooral het militair operationeel recht, kan een middel zijn voor een commandant dat bijdraagt aan het succesvol volbrengen van zijn missie.² Deze instrumentele benadering van recht benadert het begrip *lawfare*, een term die de laatste jaren in opkomst is. Deze, overigens moeilijk te vertalen, samentrekking van de woorden *law* en *warfare* kan worden omschreven als:

The strategy of using -or misusing- law as a substitute for traditional military means to achieve an operational objective.³

In de term *lawfare* komt het belang tot uitdrukking van het recht voor hedendaagse operaties.⁴ Vooral in de Verenigde Staten is het begrip redelijk ingeburgerd en is het in de literatuur het afgelopen decennium uitgebreid bediscussieerd.⁵ Uit die literatuur kan worden opgemaakt dat schrijvers en groeperingen hieraan soms de interpretatie geven die het best past bij hun (politieke) doelstellingen. Dit brengt het risico met zich mee dat *lawfare* te pas en te onpas wordt gebruikt, zonder dat de betekenis voldoende duidelijk wordt en met het risico dat de positieve relatie tussen recht en militaire operaties op de achtergrond raakt.

Lawfare is in Nederland nog geen breed bekend begrip, maar maakt inmiddels voorzichtig zijn entree.⁶ Aangezien inzicht in *lawfare* kan bijdragen aan een beter begrip van de rol van recht, in

¹ Kolonel mr. dr. Joop Voetelink is als universitair hoofddocent militair recht geplaatst bij de Nederlandse Defensie Academie (NLDA). Deze bijdrage maakt deel uit van zijn promotieonderzoek onder auspiciën van het Amsterdam Center for International Law en het NLDA in het onderzoeksprogramma *The Role of Law in Armed Conflict and Peace Operations* en is op persoonlijke titel geschreven.

² J.E.D. Voetelink, 'Een introductie in het Militair Operationeel Recht', 181 *Militaire Spectator* 2012 (1), p. 13.

³ Charles J. Dunlap Jr., 'Lawfare Today', *Yale Journal of International Affairs* 2008, p. 146.

⁴ Michael Scharf & Elizabeth Andersen, 'Is Lawfare Worth Defining? Report of the Cleveland Experts Meeting September 11, 2010', *Case Western Reserve Journal of International Law* 2010, p. 13.

⁵ Leila Nadya Sadat & Jing Geng, 'On Legal Subterfuge and the So-Called "Lawfare debate"', *Case Western Reserve Journal of International Law* 2010, p. 156-157 beschrijven het toenemende gebruik van de term op internet en in juridische literatuur.

⁶ Zie bijvoorbeeld J.S. Temming: "Lawfare": een juridisch en operationeel onderzoek naar de toepassing van 'lawfare' in contemporaine conflicten, Bachelor scriptie, Breda: Nederlandse Defensie Academie 2012, Internet: <defbib.kma.nl/art2/pdf/ada/Temming, J.S..pdf>.

het bijzonder van militair operationeel recht, bij militaire operaties, dient dit artikel als introductie van het begrip *lawfare* op basis van de in de Amerikaanse militaire praktijk geaccepteerde betekenis, zoals die is verwoord in de hierboven aangehaalde definitie. Hiertoe zullen na enkele algemene opmerkingen over het militair operationeel recht, het ontstaan en de ontwikkeling van *lawfare* kort worden belicht. Vervolgens zullen enkele benaderingen van *lawfare* worden besproken, waarbij het punt wordt benadrukt dat de toepassing van recht op zich geen *lawfare* inhoudt.

Militair operationeel recht⁷

Het rechtsstaatprincipe vereist dat militair optreden plaatsvindt op basis van en in overeenstemming met het recht.⁸ Dat recht bestaat voor een belangrijk deel uit het internationaal publiekrecht, het Nederlandse recht en in voorkomend geval het recht van een buitenlandse staat. Deze rechtsregels, die inmiddels diep zijn doorgedrongen en ingebed in de militaire professie,⁹ zien op de daadwerkelijke inzet van de strijdkrachten en vormen samen het militair operationeel recht:

Operations Law is the domestic, foreign, and international law associated with the planning and execution of military operations in peacetime or hostilities.¹⁰

Enkele belangrijke militair operationeelrechtelijke onderwerpen zijn gerelateerd aan leerstukken uit het internationaal publiekrecht. Dat zijn het recht van soevereine staten om geweld te gebruiken binnen het kader van het collectief veiligheidssysteem van de Verenigde Naties,¹¹ het humanitair oorlogsrecht en de mensenrechten. Deze onderwerpen hebben een vaste plek in het internationaal publiekrecht en worden over het algemeen binnen dat kader besproken.

Daarnaast kent het militair operationeel recht enkele bijzondere thema's die niet aan een enkel rechtsgebied zijn te koppelen. Dit zijn in de eerste plaats de regels rond het gebruik van geweld, waarbij de missiespecifieke *Rules of Engagement* een sleutelrol spelen. Verder is bij expeditie operaties de juridische positie van troepen in het buitenland een terugkerend onderwerp dat veelal plaats krijgt in een op de missie toegesneden statusregeling: de *Status of Forces Agreement (SOFA)*. Tot slot kunnen nog de niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten worden genoemd, zoals *Memoranda of Understanding*, waarmee op een pragmatische manier de internationale militaire samenwerking bij de voorbereiding en uitvoering van multinationale

⁷ Voor een uitgebreide uitleg zie: J.E.D.Voetelink 2012, p. 1-13.

⁸ *Kamerstukken II 2006/07, 29 521*, nr. 41, Brief van Ministers van Buitenlandse Zaken en Defensie van 22 juni 2007, Notitie rechtsgrondslag en mandaat van missies met deelname van Nederlandse militaire eenheden.

⁹ David Kennedy, 'The international human rights regime: still part of the problem?' in: Rob Dickinson e.a. (ed), *Examining Critical Perspectives on Human Rights*, Cambridge University Press 2012, p. 27 e.v.

¹⁰ R.L. Bridge, 'Operations Law: An Overview', in: *The Air Force Law Review* (1994), p. 3 en in vergelijkbare zin T.D. Gill & D. Fleck, *The handbook of International Law of Military Operations* (New York: Oxford University Press 2010), p. 3: "the various bodies of national and international law which are applicable to and regulate the planning and conduct of military operations".

¹¹ Statelijk geweldgebruik is op basis van het Handvest van de VN verboden (artikel 2, vierde lid) met uitzondering van door de VN geautoriseerde militaire operaties (Hst.VII, artikel 42) en de uitoefening van het recht op zelfverdediging (artikel 51); *Handvest van de Verenigde Naties*; San Francisco, 26 juni 1945 (*Staatsblad* 1945, F 253).

operaties wordt vastgelegd. Naast deze bijzondere thema's kunnen elementen uit een bepaald rechtsgebied van belang zijn. Zo kan bijvoorbeeld het militair straf- en tuchtrecht consequenties verbinden aan bepaalde gedragingen die onder operationele omstandigheden plaatsvinden.¹²

Enkele van deze onderwerpen zijn, in ieder geval in de huidige benaming, nog niet zo oud, zoals de *Rules of Engagement*, terwijl andere al veel langer bestaan. In dat opzicht brengt militair operationeel recht niet iets volslagen nieuws. Wel is anders dan in het verleden:

....the way and extent to which these various areas of law interact with each other and influence and regulate and shape the way in which contemporary operations are planned and conducted.¹³

De planning en uitvoering van een operatie is de taak van een commandant in samenwerking met zijn staf,¹⁴ zodat hij het recht moet integreren in zijn besluitvorming en al in het planningsproces rekening moet houden met de juridische mogelijkheden. Natuurlijk stelt recht grenzen aan het militair optreden,¹⁵ maar recht kan eveneens bijdragen aan het slagen van de operatie.¹⁶ Zo kan de soepele en welwillende afhandeling van schadeclaims, een onderdeel van een SOFA, bevorderen dat de lokale bevolking voor de operatie essentiële informatie wil delen met de buitenlandse troepenmacht. In deze zin kunnen de onderdelen van het militair operationeel recht een instrument vormen voor de commandant om zijn operationele doelen te bereiken.

Ontwikkeling

Dit gedeeltelijk instrumentele karakter van het militair operationeel recht raakt het begrip *lawfare*, wanneer het militair operationeel recht de inzet van traditionele militaire middelen overbodig maakt. *Lawfare* is een relatief nieuw begrip dat bij zijn introductie in de jaren zeventig van de vorige eeuw nog weinig weg had van *lawfare* in zijn huidige betekenis.¹⁷ Het werd toen gebruikt als kritiek op wat werd gezien als de individualistische en confronterende Westerse benadering van recht.¹⁸ Weer later werd het zelfs gebruikt om kortingen op vliegtickets voor advocaten aan te prijzen.¹⁹ In deze betekenissen heeft *lawfare* geen vaste voet aan de grond gekregen en wordt de term niet meer gebruikt.

¹² Bijvoorbeeld: het niet opvolgen van een dienstbevel is een tuchtvergriep in de zin van artikel 15 *Wet militair tuchtrecht*, maar wordt als strafbaar feit gezien wanneer "als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade ontstaat aan of te duchten is voor de gereedheid tot het daadwerkelijk uitvoeren van een operatie of oefening van enig onderdeel van de krijgsmacht"; artikel 127, eerste lid *Wetboek van Militair Strafrecht*.

¹³ Gill & Fleck 2010, p. 5.

¹⁴ In hedendaagse operaties zal een militair jurist als *Legal Advisor* zijn toegevoegd aan de staf van de commandant. Hiermee is directe specialistische juridische ondersteuning verzekerd.

¹⁵ Denk bijvoorbeeld aan de grenzen die het humanitair oorlogsrecht stelt aan de middelen en methoden van oorlogsvoering.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld Christopher P.M. Waters, *Myths of 'Lawfare' and 'Legal Encirclement'*, in: Noëlle Quévinet & Shilan Shan-Davis, *International Law and Armed Conflict. Challenges in the 21st Century*, Den Haag: Asser Press 2010, p. 41.

¹⁷ Zie voor een beschrijving van deze ontwikkeling: Wouter G. Werner, 'The Curious Career of Lawfare', *Case Western Reserve Journal of International Law* 2010, p. 61-72.

¹⁸ Visie verwoord door John Carlson and Neville Yeomans, "Whither Goeth the Law - Humanity or Barbarity" in M. Smith and D. Crossley, eds. *The Way Out - Radical Alternatives in Australia*, Melbourne: Lansdowne Press 1975 en samengevat door Werner 2010, p. 63.

¹⁹ Leila Nadya Sadat & Jing Geng 2010, p. 157.

Het *lawfare* kenmerkende instrumentele karakter kreeg indirect aandacht in het boek 'Unrestricted Warfare', waarin *international law warfare* werd genoemd als een van de vele strategieën om de doelen van een staat te bereiken.²⁰ Hoewel hierin de term *lawfare* niet werd genoemd, staat deze benadering niet heel ver af van de ideeën die Charles J. Dunlap, Jr. voormalig *Deputy Judge Advocate General* van de Amerikaanse luchtmacht, hierover ontwikkelde.

Oorspronkelijk zag de toen nog kolonel Dunlap *lawfare* slechts als een pakkende titel, een *bumper sticker* zoals hij dat noemt, om voor een breed publiek de invloed van recht op de oorlogsvoering te beschrijven²¹ en militairen te laten inzien dat recht deel moet uitmaken van het militaire denken en plannen.²² In dat verband gebruikte hij de term in een essay uit 2001 om de opkomst van het internationaal publiekrecht in militaire operaties te benadrukken en omschreef hij *lawfare* als "a method of warfare where law is used as a means of realizing a military objective".²³ Hij wilde hiermee tot uitdrukking brengen dat tegenstanders van de VS recht in een gewapend conflict kunnen misbruiken in "a cynical manipulation of the rule of law and the humanitarian values it represents". Met deze visie op *lawfare* benadrukte hij de praktijk dat tegenstanders van de VS militair optreden van de Amerikaanse strijdkrachten zodanig kunnen manipuleren dat het voor de buitenwereld de indruk wekt dat de VS doelbewust in strijd handelen met het recht, in het bijzonder het humanitair oorlogsrecht.

Als voorbeeld haalde hij onder meer de luchtaanval in 1991 aan op wat de VS aannamen dat een Irakese commandobunker was. Na het precisie bombardement op dit *Al Firdos*-complex in Bagdad bleek dat de Irakese autoriteiten familieleden van hooggeplaatste functionarissen in de bunker hadden ondergebracht. Vervolgens gebruikte Irak beelden van de honderden burgerslachtoffers om aan te tonen dat de VS zonder respect voor het humanitair oorlogsrecht aanvallen in Irak uitvoerden. Het effect van deze aanpak was dat de VS zich terughoudender opstelden bij uitvoeren van luchtaanvallen op doelen in Irakese steden.

Dunlap kwam later tot een meer genuanceerde en dynamische visie, waarvoor hij de in de inleiding van deze bijdrage gebruikte omschrijving formuleerde.²⁴ In deze betekenis heeft het begrip een neutrale lading en laat het in het midden of het recht met het oog op een door de gebruiker beoogd militair gevolg wordt toegepast of dat daarvoor misbruik van het recht wordt gemaakt. Zijn ideeën zijn onder meer ingegeven doordat recht een inherent onderdeel van conflicten in de 21ste eeuw is geworden.²⁵ Globalisering heeft er toe geleid dat internationaal recht diep is doorgedrongen in het moderne leven en daardoor onder meer de wijze van oorlogsvoering beïnvloedt.²⁶ Strijdende partijen kunnen dan recht misbruiken, zoals hij al in 2001

²⁰ Qiao Liang & Wang Xiangsui, *Unrestricted Warfare*, Internet: <www.missilethreat.com/repository/doclib/19990200-LiangXiangsui-unrestrictedwar.pdf>.

²¹ Charles J. Dunlap 2008, p. 146.

²² Scharf & Andersen 2010, p. 12.

²³ Charles J. Dunlap Jr., *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts*, Working Paper "Humanitarian Challenges in Military Intervention", Harvard's Carr Center for Human Rights Policy, Boston 2001, p. 11.

²⁴ Dunlap 2008, p. 146.

²⁵ Charles J. Dunlap Jr., 'Lawfare: A decisive Element of 21st –Century Conflicts?', *Joint Forces Quarterly* 2009, issue 54, p. 34-39.

²⁶ Dunlap 2009, p. 35 en David Kennedy, 'Modern War and Modern Law', *Baltimore Law Review* 2007, p. 176 e.v. In het Verenigd Koninkrijk wordt de toenemende juridisering van operaties wel aangeduid als *legal encirclement*; Waters 2010, p. 33-34.

had aangegeven, of het naast traditionele militaire middelen als een instrument hanteren om zo verder fysiek geweld te voorkomen.²⁷ Deze realiteit moeten commandanten onder ogen zien. Zij moeten zich rekenschap geven van het recht en het zelf op een effectieve manier gaan gebruiken, in plaats van het te zien als een belemmerende factor.²⁸ Zoals David Kennedy opmerkt: recht "... can be a strategic ally..."²⁹ Daaraan kan worden toegevoegd dat commandanten zich eveneens moeten realiseren dat een tegenstander op zijn beurt het recht weer tegen hen kan gebruiken.

Deze brede benadering laat ruimte voor interpretatie, van welke mogelijkheid in de praktijk ruimschoots gebruik gemaakt wordt. Ondanks de soms sterk uiteenlopende ideeën, beheerst de bovenstaande omschrijving ("*The strategy of using -or misusing- law as a substitute for traditional military means to achieve an operational objective*") de discussies en is die omschrijving het vertrekpunt voor de verschillende benaderingen.³⁰ Hierbij kunnen momenteel ruwweg drie lijnen worden onderkend, die zich overigens niet altijd even scherp van elkaar onderscheiden. De eerste twee komen overeen met de dubbele betekenis die Dunlap voor ogen heeft: het misbruik en het gebruik van het recht. In de derde benadering lijken politiek georiënteerde groeperingen *lawfare* te kapen voor eigen politieke doelen, die de toepassing van het recht en vooral de beoefenaars ervan in diskrediet brengen. Kortheidshalve noem ik dat hier *lawfare* in oneigenlijke zin.³¹ Hierna zal kort worden ingegaan op deze drie lijnen.

Een enkele auteur kiest een geheel ander, meer abstract uitgangspunt voor *lawfare*. Hierbij wordt recht niet zozeer gezien als een middel om een militair doel te bereiken, maar is geweldgebruik het middel om een specifiek (deels) juridisch doel na te streven, namelijk het beschermen van de rechten van de mens.³² Een concept dat met name zou zijn terug te vinden in de rechtvaardiging door de VS en andere Westerse staten van hun deelname aan gewapende conflicten.³³ Deze wat afwijkende benadering is nog weinig uitgewerkt en blijft daarom hier buiten beschouwing.

Misbruik van recht

In de praktijk krijgt de benadering van *lawfare* als misbruik van recht vaak de meeste nadruk. Hierbij draagt het recht bij aan het bereiken van het doel van de missie, maar dan door misbruik ervan. Doordat het recht tegenwoordig zo'n belangrijk onderdeel vormt van gewapende conflicten, kan de wil van een partij te opereren in overeenstemming met dat recht, vooral het humanitair oorlogsrecht, tegen hem worden gebruikt door zijn tegenstander.³⁴ Deze laatste kan

²⁷ Dunlap 2008, p. 147.

²⁸ Dunlap 2009, p. 28 citeert hierbij Nathaniel Burney's visie op *lawfare*: Internet: <www.burneylawfirm.com/international_law_primer#lawfare>.

²⁹ Kennedy 2007, p. 173.

³⁰ Scott Horton, 'The Dangers of Lawfare', *Case Western Reserve Journal of International Law* 2010, p. 169.

³¹ Temming duidt dit subjectieve en negatieve gebruik van *lawfare* aan als de neoconservatieve stroming: Temming 2012, p. 26 e.v.

³² Richard Mullender, 'Lawfare and the international human rights movement' in: Rob Dickinson e.a. (ed), *Examining Critical Perspectives on Human Rights*, Cambridge University Press 2012, p. 247-278.

³³ Mullender 2012, p. 248.

³⁴ Vgl. W.G. Eckhardt, 'Lawyering for Uncle Sam When He Draws His Sword', *Chicago Journal of International Law* 2003, p. 441.

een situatie zodanig manipuleren dat de andere partij niet meer effectief kan optreden of, wanneer hij wel optreedt, het de indruk wekt dat hij doelbewust in strijd met het recht opereert. Deze aanpak doet zich vooral voor in een asymmetrisch conflict, waar de militair zwakkere partij zijn tegenstander met andere dan klassieke militaire middelen zal proberen te verslaan.

Een voorbeeld is het indienen van valse beschuldigingen in de wetenschap dat de andere partij verplicht is deze te onderzoeken om vast te stellen of het eigen personeel rechtmatig heeft gehandeld. In Colombia bijvoorbeeld zette de FARC boeren op om valse aanklachten in te dienen tegen de commandanten van eenheden die de regering inzette tegen deze guerrillabeweging. De FARC wilde hiermee bereiken dat de commandanten door langdurige juridische procedures minder tijd hadden voor militaire acties.³⁵

Meer ingrijpend zijn methoden waarmee een partij zelf het humanitair oorlogsrecht overtreedt om zo het optreden van de tegenpartij onmogelijk te maken of, mocht de tegenpartij toch in actie komen, om dat optreden strijdig te laten lijken met het humanitair oorlogsrecht. De operatie *Cast Lead* die Israël in 2008-2009 uitvoerde in Gaza, biedt enkele sprekende voorbeelden.³⁶ In dit conflict sloegen Hamas-strijders soms wapens op in huizen van burgers. Een woonhuis mag als burgerobject geen direct doel van een militaire aanval vormen.³⁷ Hamas trachtte dus door misbruik te maken van de status van het woonhuis, de wapens veilig te stellen.

Burgerobjecten kunnen echter door de aanwezigheid van die wapens hun beschermde status verliezen, zodat de huizen met daarin de wapenopslagplaatsen, onder bepaalde voorwaarden mochten worden aangevallen. Gezien de kans op burgerslachtoffers moest Israël de burgerbevolking waarschuwen voor de aanstaande aanvallen.³⁸ Israël vulde die verplichting onder meer in door de bewoners van het betreffende huis te bellen met de mededeling dat de aanwezigheid van de wapenopslagplaats in het huis bekend was en dat deze vanuit de lucht zou worden aangevallen.³⁹ Hamas en de lokale bevolking waren ervan op de hoogte dat de aanwezigheid van burgers Israël ertoe kon brengen af te zien van de voorgenomen aanval. Het effect van het telefoontje was dan ook niet dat de bewoners uit hun huis vluchtten, maar dat zij samen met buurtgenoten op het dak van het huis klommen om zo het huis (en de wapenopslagplaats) te beschermen. Wanneer Israël onder die omstandigheden de aanval zou uitvoeren, nam de kans toe op een onevenredig aantal te verwachten burgerslachtoffers.⁴⁰ Hamas misbruikte het recht om zo Israël ervan te weerhouden een aanval uit te voeren dan wel in de situatie te brengen dat een aanval als strijdig met het humanitair oorlogsrecht kon worden beoordeeld.

³⁵ Mary Anastasia O'Grady, 'What about Columbia's Terrorists?' *Wall Street Journal*, 5 oktober 2001.

³⁶ Zie bijvoorbeeld J.C. van den Boogaard, 'Voorzorgsmaatregelen bij aanvallen en de legaliteit van de knock on the roof methode', *Militair Rechtelijk Tijdschrift* 2011, p. 262-275.

³⁷ Vgl. artikel 52, eerste lid van het Aanvullend Protocol bij de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949, betreffende de bescherming van slachtoffers van internationale gewapende conflicten (Aanvullend Protocol I); Bern, 12 december 1977 (Trb. 1978, 41; Nederlandse vertaling: Trb. 1980, 87).

³⁸ Artikel 57 Aanvullend Protocol I.

³⁹ Van den Boogaard 2011, p. 264.

⁴⁰ Artikel 57, tweede lid, onder iii van het Aanvullend Protocol I bepaalt kort gezegd dat het aantal burgerslachtoffers in verhouding moet staan met het te verwachten directe militaire voordeel. Overigens kan worden gezegd dat indien burgers zich zelf in deze positie brengen als *voluntary human shield*, zij direct deelnemen aan de vijandelikheden, waardoor zij hun beschermde status als burger onder het humanitair oorlogsrecht verliezen.

Misbruik van recht is niet alleen een praktijk van niet-statelijke actoren, zoals de voorgaande voorbeelden misschien suggereren. In 2011 waren voor Libië de NAVO-operaties in het kader van operatie *Unified Protector* aanleiding toevlucht te zoeken tot *lawfare*. Het rapport dat is opgesteld naar aanleiding van een onderzoek naar schendingen van het internationale humanitaire recht in opdracht van de *Human Rights Council* van de VN, vermeldt meerdere incidenten, waarbij Libische autoriteiten hebben getracht de NAVO neer te zetten als een partij die het humanitair oorlogsrecht overtrad.⁴¹ Herhaaldelijk werd het aantal burgerslachtoffers van NAVO-luchtaanvallen overdreven en zelfs was melding van het feit dat Libische militairen stoffelijke overschotten uit mortuaria ophaalden en bij door de NAVO aangevallen doelen neerlegden.⁴²

Dit soort voorbeelden zijn in vrijwel alle recente conflicten te vinden. Een partij die wordt geconfronteerd met deze vorm van *lawfare*, kan zich hiertegen maar tot op zekere hoogte verweren. Uitgangspunt is dat de eigen operaties moeten blijven plaatsvinden in overeenstemming met het recht. Misbruik van recht door een tegenstander biedt geen ruimte om in reactie hierop zelf in strijd met het recht te handelen.⁴³

Het belangrijkste voor staten die het slachtoffer dreigen te worden van onwettige vormen van *lawfare*, is te zorgen dat alle aantijgingen zo snel mogelijk worden weerlegd. De NAVO is naar aanleiding van vragen over de inzet van het luchtwapen in Libië uitgebreid ingegaan op vragen van de *International Commission of Inquiry on Libya*. Hierbij zijn de procedures voor het uitvoeren van luchtaanvallen toegelicht en zijn specifieke aanvallen geanalyseerd.⁴⁴

Om valse aantijgingen te kunnen weerleggen, moeten partijen operaties zo goed mogelijk documenteren. In dit verband legt Israël bijvoorbeeld acties die mogelijk door de tegenpartij kunnen worden uitgebuit, vast op foto en video. Hiervoor zijn in legereenheden gespecialiseerde teams opgenomen die lopende operaties vrijwel *live* vastleggen.⁴⁵ Met deze werkwijze die zij aanduiden als *operational verification*, tracht Israël zo snel mogelijk het eigen optreden naar het publiek toe te rechtvaardigen en ongegronde beschuldigingen van oorlogsmisdrijven te voorkomen.

In operaties in Afghanistan en Irak werden de buitenlandse troepen regelmatig geconfronteerd met ongefundeerde meldingen over mishandeling van gevangenen. Amerikaanse militairen in Afghanistan vonden informatie die erop duidde dat de Taliban wist dat de Amerikaanse troepen elke klacht over de behandeling van detainees moeten onderzoeken en dat de Taliban daarom bij elke verplaatsing van een detainee naar een andere detentiefaciliteit een klacht over

⁴¹ UN Doc A/HRC/19/68 (2012), Report of the *International Commission of Inquiry on Libya*, 2 maart 2012, par. 617 e.v.

⁴² Idem, par. 618.

⁴³ Een staat kan wel bepaalde tegenmaatregelen nemen in reactie op een internationale onrechtmatige daad in overeenstemming met artikel 22 van de *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, UN Doc A/RES/56/83 (2002) van 28 januari 2002. Zie voor commentaar: UN Doc A/56/10 (2001), ILC Report on the work of its fifty-third session, Chp. IV, State Responsibility, p. 75 en 76. Repesailles wegens schending van het oorlogsrecht zijn overigens buitengewoon controversieel; vgl. R. Kolb & R. Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Oxford-Portland: Hart Publishing 2008, p. 173-177.

⁴⁴ Zie Annex II, Correspondance from NATO to the International Commission of Inquiry on Libya bij: UN Doc A/HRC/19/68 (2012), Report of the International Commission of Inquiry on Libya, 2 maart 2012.

⁴⁵ N. Shachtman, 'Israelis Use Combat Cameramen to Justify Strikes on Schools, Mosques', *Wired* 13 januari 2009; Internet: <www.wired.com/dangerroom/2009/01/israelis-docume/#more-4612> en Charles J. Dunlap 2009, p. 36.

mishandeling liet indienen.⁴⁶ Dergelijke klachten kunnen alleen worden weerlegd als voortdurend informatie wordt bijgehouden over de toestand van een detainee en de situatie waarin hij verkeert.

Hoewel deze vorm van *counter-lawfare* voorkomt dat de tegenstander de situatie in eigen voordeel kan uitbuiten, zijn de aantijgingen in zoverre succesvol dat het kostbare tijd en middelen vergt die niet kunnen worden besteed aan de directe bestrijding van de tegenstander. Bij moderne operaties zal al in de planningsfase met vooral deze vorm van *lawfare* rekening moeten worden gehouden en zullen tegenmaatregelen moeten worden uitgedacht en beoefend.

Gebruik van recht

In de tweede benadering ligt het accent op de ‘inzet’ van recht met een vergelijkbaar effect als het gebruik van traditionele militaire middelen om het operationele doel te bereiken.⁴⁷ De rechtmatige (lees: correcte) toepassing van een juridisch instrument is dan ondersteunend aan *mission accomplishment*. Een Israëliische militair jurist gaf bijvoorbeeld in het kader van de hierboven genoemde operatie *Cast Lead* aan dat het doel van de juristen was het leger de middelen te geven om de oorlog op legale manier te winnen.⁴⁸

Een voorbeeld van *lawfare* was de Israëliische aanpak van de Gazavloot die gepland was voor de zomer van 2011 en waarvoor de voorbereidingen in een vergevorderd stadium waren. De internationale *Free Gaza Movement* is een organisatie die zich tot doel stelt de Israëliische blokkade van de Gazastrook te doorbreken door het sturen van scheepskonvoien met hulpgoederen. Een poging in mei 2010 liep uit op een gewelddadige confrontatie met het Israëliische leger, waarbij meerdere actievoerders om het leven kwamen. Toen in 2011 schepen zich in Griekenland verzamelden voor een nieuw konvooi, probeerde Israël te voorkomen dat het konvooi zou uitvaren, onder meer met de inzet van juridische middelen.⁴⁹ Zo werden verzekeringsmaatschappijen en bedrijven die satellietverbindingen verzorgden, bedreigd met juridische procedures wegens het onderhouden van banden met terroristen. Verder werden op basis van een vrijwel vergeten Grieks wetsartikel juridische procedures ingesteld om schepen van actievoerders die niet zeewaardig zouden zijn aan de ketting te leggen. Het uitvaren van het konvooi kon met deze middelen niet worden voorkomen, maar heeft het wel vertraagd en verzwakt zonder dat hiervoor militaire middelen hoefden te worden ingezet.

Lawfare in oneigenlijke zin

Niet alle rechtstoepassing in relatie tot militaire operaties moet onder het kopje *lawfare* worden geplaatst. Zoals hierboven aangegeven moeten militairen hun taak uitvoeren in overeenstemming met het recht. Naleving van het recht draagt in zijn algemeenheid bij aan het slagen van een missie.⁵⁰ Immers, wanneer buitenlandse militairen binnen de grenzen van hun bevoegdheden optreden en daarbij de rechten van de lokale bevolking eerbiedigen, zal hun aanwezigheid minder weerstand oproepen. Dit heeft als resultaat dat de lokale bevolking de

⁴⁶ C. Peter Dungan, ‘Fighting *Lawfare* at the Special Operations Task Force Level’, *Special Warfare* maart-april 2008, p. 10.

⁴⁷ Charles J. Dunlap Jr., ‘Does *Lawfare* Need an Apologia?’, *Case Western Reserve Journal of International Law* 2010, p. 122.

⁴⁸ Eyal Weizman, ‘Legislative Attack’, *27 Theory, Culture & Society* 6, 2010, p. 13.

⁴⁹ Sander Heijne, ‘Onrust groeit bij Gazavloot: de vakantiedagen raken op’, *De Volkskrant* vrijdag 1 juli 2011.

⁵⁰ Zie Waters 2010, p. 41.

militairen sneller zal tolereren, wat de uitvoering van de missie ten goede kan komen. Dat gegeven op zich maakt naleving van het recht nog geen *lawfare*.

Dat zou anders kunnen zijn als het gebruik of toepassing van het recht is gericht op het verruimen van de mogelijkheden voor militair optreden. Zo is gesuggereerd dat Israël tijdens operatie *Cast Lead* met de uitgebreide inzet van juristen bewust de randen van het oorlogsrecht opzocht met het doel de mogelijkheden voor optreden onder het humanitair oorlogsrecht te verruimen.⁵¹ In deze gedachtegang zou een ruimhartige Israëlische interpretatie van het humanitair oorlogsrecht, wat de mogelijkheden voor geweldgebruik vergroot, tot internationale navolging kunnen leiden in de strijd tegen het terrorisme. Hierdoor zouden die regels kunnen overgaan tot internationaal gewoonterecht.⁵²

Deze, in mijn ogen, wat cynische benadering van *lawfare* gaat voorbij aan de realiteit. Militair juristen zullen hun commandanten adviseren, zodat deze binnen de grenzen van het recht hun missie kunnen uitvoeren. De vorige alinea suggereert dat Israël bewust de grenzen van het recht overschreed met de verwachting dat het optreden op termijn tot een ruimere internationale interpretatie van het recht zou leiden. De hedendaagse praktijk van het humanitair oorlogsrecht heeft echter laten zien dat in het algemeen gewapende conflicten zelden tot een ruimere uitleg van het recht leiden, maar eerder tot verdere regulering daarvan.

Naleving van het recht impliceert eveneens dat in het uiterste geval het militaire optreden aan het recht moet kunnen worden getoetst. Zo zal het openbaar ministerie de rechtmatigheid van geweldgebruik door militairen moeten kunnen onderzoeken of zal een mensenrechtenadvocaat een slachtoffer van een vermeende schending van zijn mensenrechten, gepleegd door militairen in het uitzendgebied, moeten kunnen helpen een civiele procedure te initiëren.

Dergelijke procedures kunnen impact hebben op de militaire operaties die een staat uitvoert. Het gebruik van juridische middelen is echter in het algemeen geen middel om een operationeel doel te bereiken en moet daarom niet worden opgevat als *lawfare*. Simpel gezegd: de toepassing van het recht is nog geen *lawfare*. Het is echter soms moeilijk de grens scherp te trekken, wat ruimte biedt het gebruik van recht anders te benaderen.

Een staat kan het instellen van juridische procedures die samenhangen met militaire operaties, opvatten als kritiek op het eigen beleid, wat aan de effectieve uitvoering van dat beleid in de weg staat. Het om deze reden typeren van het gebruik van recht als *lawfare*, houdt het gevaar in zich dat het gebruik van rechtmatige juridische procedures wordt gelijkgesteld met steun aan een tegenstander of dat het recht zelf als een gevaar wordt gezien.⁵³ De Amerikaanse *National Defense Strategy* uit 2005 neigde naar dit laatste. Onder de noemer van kwetsbaarheden van de VS werd onder meer gesteld:

Our strength as a nation state will continue to be challenged by those who employ a strategy of the weak using international fora, judicial processes, and terrorism.⁵⁴

⁵¹ Eyal Weizman, 'Legislative Attack', *27 Theory, Culture & Society* 6, 2010, p. 24.

⁵² Asa Kasher, 'Operation Cast Lead and the Ethics of Just War' *Azure* 2009, p. 43-75, aangehaald in Eyal Weizman, 'Legislative Attack', *27 Theory, Culture & Society* 6, 2010, p. 24.

⁵³ Horton 2010, p. 167-168.

⁵⁴ *The National Defense Strategy of the United States*, Internet: <www.defense.gov/news /Apr2005 /d20050408strategy.pdf>.

Een voorbeeld van het gebruik van *lawfare* in deze oneigenlijke zin vormen de perikelen rond de *enemy combatants* die de VS in Guantanamo Bay gevangen houden. De VS hebben daar al meer dan een eeuw een marinebasis in gebruik die zij van Cuba pachten op basis van een verdrag dat hen vrijwel soevereine rechten toekent.⁵⁵ Het blijft echter buitenlands grondgebied, zodat de Amerikaanse wetgeving daar niet in volle omvang van toepassing is. Zo leek deze locatie buiten de rechtsmacht van Amerikaanse rechtbanken te vallen, wat in 2002 mede bepalend was bij de keuze voor Guantanamo Bay als vestigingsplaats van de detentiefaciliteiten voor in Afghanistan en later in Irak aangehouden personen.⁵⁶

Toch kan deze zet niet voorkomen dat de gedetineerden juridische procedures in de VS kunnen instellen over onder meer de rechtmatigheid van hun detentie (zogeheten *habeas corpus* verzoeken).⁵⁷ Hierbij laten zij zich juridisch bijstaan door Amerikaanse juristen.⁵⁸ Een feit dat niet goed viel binnen bepaalde kringen in de VS, waardoor de juristen soms werden bestempeld als vijanden van de staat die met hun pleidooien de oorlogvoering in de rechtszaal voortzetten.⁵⁹ Gedachtegoed dat ook binnen regeringskringen leefde, wat bijvoorbeeld bleek toen een hooggeplaatste ambtenaar in een radio-interview de aanval op deze advocaten opende. Hij vroeg zich af of Amerikaanse bedrijven zich in een proces nog wel zouden willen laten vertegenwoordigen door met name genoemde, gerenommeerde advocatenfirma's die gevangenen in Guantanamo Bay verdedigen.⁶⁰

Deze benadering, waarin de (rechtmatige) toepassing van het recht in principe als een aanval wordt gezien op het eigen overheidsoptreden,⁶¹ staat haaks op het rechtsstaatprincipe dat een staat gebaseerd is op het recht en zelf daar ook aan is gehouden. Niet de rechtszaken zelf doen afbreuk aan het gezag van de staat of de effectiviteit van de troepen, maar juist de incidenten waarover wordt geprocedeerd.⁶² Rechtbanken zijn er om het crimineel gedrag tegen te gaan dat, zoals Dunlap in militaire termen aangeeft, een zelfde uitwerking kan hebben als een militaire nederlaag op het slagveld. In die zin zijn de misstanden in de Abu Ghraib gevangenis in Irak bijvoorbeeld "*clearly a defeat*".⁶³ Daarom heeft Dunlap nadrukkelijk afstand genomen van elke interpretatie van *lawfare* die mensen als terrorist wegzet die "...*legitimately using the courts to challenge any governmental action*".⁶⁴

Een militair voelt zich misschien niet direct comfortabel bij de gedachte dat juridische procedures kunnen worden ingesteld in verband met militair optreden waar collega's zich naar

⁵⁵ *Agreement between the United States and Cuba for the Lease of Lands for Coaling and Naval Stations*; 23 februari 1903 (Internet: <avalon.law.yale.edu/20th_century/dip_cuba002.asp>) uitgewerkt in de *Lease to the United States by the Government of Cuba of Certain Areas of Land and Water for Naval or Coaling Stations in Guantanamo and Bahia Honda*; Havana, 2 juli 1903 (Internet: <avalon.law.yale.edu/20th_century/dip_cuba003.asp>).

⁵⁶ Horton 2010, p. 171.

⁵⁷ Zie bijvoorbeeld Hooggerichtshof 12 juni 2008, *Boumediene v. Bush*, Internet: <www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-1195.pdf>.

⁵⁸ In eerste instantie waren advocaten nog zeer terughoudend, maar die houding verdween al snel; Luban 2008, p. 1989.

⁵⁹ Horton 2010, p. 168; zie ook David Luban, 'Lawfare and Legal Ethics in Guantánamo', *Stanford Law Review* 2008, p. 2021.

⁶⁰ Het kostte de ambtenaar uiteindelijk zijn baan, maar het is geopperd dat dit meer aan zijn aanpak lag, dan aan de inhoud van zijn melding; Luban 2008, p. 1983.

⁶¹ Zie bijvoorbeeld de site van de organisatie 'The Lawfare Project': <www.thelawfareproject.org>.

⁶² Vgl. Scharf & Andersen 2010, p. 19.

⁶³ Dunlap 2008, p. 148.

⁶⁴ Dunlap 2008, p. 149. Zie ook Waters 2010, p. 42-47 die betoogt dat recht zich in het algemeen juist zeer positief verhoudt tot aangelegenheden rond militaire operaties.

beste eer en geweten hebben ingezet om een internationaal mandaat uit te voeren met volledig respect voor de lokale bevolking en hun rechten.⁶⁵ Als die procedures of degenen die de procedures voeren, worden gevoeld als 'een hinderlijke luis in de pels', past hier eigenlijk maar één actie. Zorg dat de pels schoon is en blijft. Uiteindelijk zullen de juridische procedures geen afbreuk aan het optreden doen, maar de rechtmatigheid ervan bevestigen en versterken.

Tot slot

Lawfare is een begrip dat verwijst naar zowel gebruik van recht als rechtsmisbruik ter vervanging van traditionele militaire middelen om een militair doel te bereiken. Het instrumentele karakter van militair operationeel recht als middel dat bijdraagt aan *mission accomplishment*, heeft raakvlakken met *lawfare* in de zin van het gebruik van recht in plaats van de inzet van militaire middelen. Daar staat het misbruik van recht tegenover, waarbij een partij in een conflict de wil van de andere partij om in overeenstemming met het recht te opereren, tegen hem gebruikt door misbruik van het recht te maken.

Deze twee tegenovergestelde benaderingen worden met elkaar verbonden in het begrip *lawfare*, doordat ze beide als middel dienen om een militair doel te bereiken. Dat doelgerichte ontbreekt bij de normale toepassing van recht dat past binnen de beginselen van een rechtstaat. Toch wordt *lawfare* soms gehanteerd in verband met juridische procedures die worden ingesteld ten aanzien van vermeende inbreuken op het recht naar aanleiding van optreden van militairen. In deze benadering worden het recht zelf en vooral de beoefenaars van dat recht onterecht in een verdachte hoek geschoven en wordt voorbij gegaan aan het eigen mogelijk onrechtmatig handelen. Daarom moet deze benadering van *lawfare* worden afgewezen.

Lawfare kan een nuttig concept zijn om de relatie tussen recht en gebruik van militair geweld uit te leggen. Daarbij moet men zich wel bewust zijn van de grote verschillen in de interpretatie van *lawfare* en mag niet bij voorbaat worden aangenomen dat die verschillen voor iedereen duidelijk zijn. Daarom moet bij gebruik van het begrip *lawfare* steeds worden aangegeven welke betekenis de gebruiker daaraan toekent, bij voorkeur onder verwijzing naar de door Dunlap gebruikte definitie die in de inleiding van deze bijdrage is gebruikt.

⁶⁵ Zie bijvoorbeeld W.G.L. Mackinlay, Perceptions and Misconceptions: How are International and UK Law Perceived to Affect Military Commanders and Their Subordinates on Operations? *Defence Studies* 2007, p. 111-160.