

# De toepassing van *command responsibility* in niet-internationaal gewapende conflicten. *Command responsibility* als strafrechtelijk voortvloeisel uit *responsible command*.

DOOR JAN JIPPE ARENDS<sup>1</sup>

*Dit artikel richt zich met name op de in 2004 gewezen Hadžihasanović-uitspraak van het Joegoslavië Tribunaal. In twee tussenuitspraken van de Trial en Appeals Chamber wordt nauwkeurig uiteengezet waarom de strafbaarstelling van command responsibility van toepassing is op niet-internationaal gewapende conflicten. Overwogen wordt dat, nu responsible command intrinsiek is aan Gemeenschappelijk Artikel 3 van de Geneefse Conventies en vereiste is van Additioneel Protocol II van de Geneefse Conventies, ook command responsibility - als strafrechtelijk voortvloeisel van responsible command - op een niet-internationaal gewapend conflict van toepassing is. Deze veronderstelling brengt onder meer met zich mee dat de ondergrens voor de definitie van een niet-internationaal gewapend conflict mogelijk wordt verhoogd. In dit artikel zijn voornoemde redenering van het tribunaal en de juridische gevolgen daarvan onderwerp van discussie.*

## I. Inleiding

Het formele toepassingsbereik van de uit het *responsible command*-beginsel voortvloeiende plichten strekt zich in beginsel louter uit tot internationaal gewapende conflicten (IGC). Ten aanzien van de strafbaarstelling van *command responsibility*, hetgeen een specifieke plicht schept en aldus kenbaar dient te zijn, bestaat tevens enkel wetgeving met betrekking tot IGC's. In Gemeenschappelijk Artikel 3 bij de Geneefse Conventies van 1949 (GA 3)<sup>2</sup> noch in het tweede Aanvullend Protocol bij de Geneefse Conventies van 1977 (AP II)<sup>3</sup>, zijn plichten, vergelijkbaar met de artikelen 86 en 87 van het eerste Aanvullend Protocol bij de Geneefse

<sup>1</sup> LLM Public International Law, Universiteit Utrecht (2011); LLM Nederlands recht, strafrecht, Universiteit Utrecht (2012); LLB Internationaal en Europees Recht, Universiteit van Tilburg (2008). De auteur is momenteel werkzaam bij de Rechtbank Midden-Nederland, locatie Lelystad, afdeling strafrecht, als juridisch medewerker.

<sup>2</sup> Gemeenschappelijk artikel 3, Geneefse Conventies I-IV (gesloten op Geneve 12 augustus 1949, in werking getreden op 21 oktober 1950) Trb. 1951, 72, Trb. 1954, 247.

<sup>3</sup> Aanvullend Protocol II van 1977 bij de Geneefse Conventies van augustus 1949, inzake de bescherming van slachtoffers van niet-internationale gewapende conflicten (gesloten op 8 juni 1977, in werking getreden op 7 december 1977) Trb. 1980, 87.

Conventies van 1949<sup>4</sup> (AP I) opgenomen.<sup>5</sup> Lange tijd is daarom onduidelijk geweest of de tot dan toe gewezen jurisprudentie en nationale codificaties konden leiden tot het aannemen van een gewoonterechtelijke regel die leidt tot de toepassing van *command responsibility* in een niet-internationaal gewapende conflict (NIGC). In het Haags Landoorlogreglement (HLOR), de Geneefse Conventies en hun Aanvullende Protocolen, internationale jurisprudentie en de statenpraktijk valt voor een dergelijke gewoonterechtelijke regel allerminst een onomstotelijke onderbouwing te vinden. De vraag is derhalve of een commandant van een gewapende groepering, als partij bij een NIGC, verantwoordelijk kan worden gehouden voor het verzuimen van zijn plicht op basis van *command responsibility*. Immers, zonder een daaraan voorafgaande internationaalrechtelijke codificatie dan wel een gewoonterechtelijke regel lijkt er weinig ruimte te bestaan om een persoon strafbaar te stellen voor het schenden van een dergelijke verplichting.<sup>6</sup> Indien het antwoord op voorgaande vraag bevestigend is, dan rijst de vraag in hoeverre de huidige strafbaarstelling van *command responsibility* kan worden toegepast op georganiseerde gewapende groeperingen, opererende in een NIGC. Veelal wijken deze groeperingen qua organisatie sterk af van de staatslegers waarvoor *command responsibility* oorspronkelijk werd ontworpen aangezien duidelijke hiërarchische en disciplinaire structuren geheel of gedeeltelijk ontbreken. Zulke structuren zijn voor de vaststelling van het bestaan van effectieve controle over ondergeschikten en daarmee de mogelijkheid van een leidinggevende om daadwerkelijk misdrijven van zijn ondergeschikten te voorkomen of te bestraffen, essentieel. Voornoemde bestanddelen liggen immers aan de basis van de strafbaarstelling van *command responsibility*.

In 2004 werden de Trial en Appeals Chamber van het Joegoslavië Tribunaal (ICTY) in de *Hadžihasanović*-zaak met voornoemde vragen geconfronteerd. In deze zaak bepleitte de verdediging dat *command responsibility*, op basis van de hierboven genoemde overwegingen, niet van toepassing is op NIGC's. Beide kamers van het ICTY hebben de door de verdediging naar voren gebrachte stellingen uitgebreid verworpen door te overwegen dat *command responsibility* kan worden toegepast in een NIGC op basis van internationaal gewoonterecht. De Appeals Chamber voegde daar aan toe dat, aangezien *responsible command* een intrinsiek vereiste is van GA 3 en AP II, en *command responsibility* het strafrechtelijke voortvloeiende is van *responsible command*, *command responsibility* van toepassing is in NIGC's. Met name deze laatste redenering heeft gevolgen voor de toepassing van zowel *command responsibility* in NIGC's als het humanitair oorlogsrecht (HOR) in het algemeen. Zo doet de vraag zich voor of *responsible command* inderdaad kan worden gezien als vereiste voor een NIGC op basis van GA 3, en wat hiervan de gevolgen zijn voor de toepassing van het HOR. De minimale vereisten van een NIGC lijken immers sinds de *Tadić*-uitspraak van het

<sup>4</sup> Aanvullend Protocol I van 1977 bij de Geneefse Conventies van augustus 1949, inzake de bescherming van slachtoffers van internationale gewapende conflicten (gesloten op 8 juni 1977, in werking getreden op 7 december 1977) Trb. 1980, 87.

<sup>5</sup> Voor een uitgebreide discussie hieromtrent zie: G. Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 111.

<sup>6</sup> *Prosecutor v Zejnil Delalic et al (Čelebići)* (Judgment) ICTY-96-21-T (16 November 1998), par. 340: 'criminal responsibility for omissions is only incurred when there exists a legal obligation to act'.

ICTY vast te staan. Voorts rijst de vraag wat deze beslissing betekent voor de toepassing van *command responsibility* op gewapende groeperingen, die slechts in beperkte mate zijn georganiseerd.

In paragraaf 2 zal kort de verhouding tussen *responsible command* en *command responsibility* uiteen worden gezet. In paragraaf 3 zal vervolgens worden ingegaan op de *Hadžihasanović*-uitspraak en de juridische gevolgen daarvan. Het artikel wordt besloten met een aantal conclusies.

## 2. Responsible command en command responsibility

Een algemene aansprakelijkheid van leidinggevendend op het slagveld vindt haar oorsprong in de geschriften van onder meer Hugo de Groot, Sun-Tzu en enkele nationale codificaties.<sup>7</sup> Deze aansprakelijkheid komt voort uit de notie dat een commandant de volledige macht en controle heeft om zijn ondergeschikten op het slagveld aan te sturen en dodelijk geweld te laten toepassen.<sup>8</sup> Hiërarchische structuren, subordinatie, discipline en gehoorzaamheid zijn hierin essentieel. Het wordt daarom van oudsher noodzakelijk geacht dat een commandant het gezag of privilege heeft om zijn ondergeschikten te disciplineren en hen dodelijk geweld te laten toepassen. De commandant dient er hierbij op te kunnen vertrouwen dat zijn opdrachten worden uitgevoerd. Daar de commandant degene is die volledig controle, gezag en autoriteit over zijn ondergeschikten uitoefent, is hij ook degene die ervoor zorg dient te dragen dat alle handelingen van zijn ondergeschikten plaatsvinden in overeenstemming met het HOR.<sup>9</sup> Het is de combinatie tussen gezag enerzijds en aansprakelijkheid anderzijds, waarop het in 1907 in artikel I van het HLOR gecodificeerde beginsel van *responsible command* is gebaseerd.<sup>10</sup> Dit artikel bepaalt dat teneinde een succesvolle toepassing van het HOR te bewerkstelligen, legers, milities en vrijwilligers onder leiding dienen te staan van een persoon die verantwoordelijk is voor zijn ondergeschikten.<sup>11</sup> Deze codificatie is een voortvloeisel van wat reeds lange tijd als internationaal gewoonterecht is beschouwd.<sup>12</sup>

Aan het verzuim van de naleving van de verplichtingen op basis van artikel I HLOR is geen strafrechtelijk gevolg gekoppeld. Pas in de nasleep van WOII, en de daaruit voortvloeiende processen tegen politieke en militaire leiders van Nazi-Duitsland en Keizerlijk Japan, zijn voor het eerst strafrechtelijke sancties verbonden aan het niet voldoen aan de uit het *responsible command*-beginsel voortvloeiende verplichtingen.<sup>13</sup> *Command responsibility* werd geïntroduceerd door de tribunalen van Neurenberg en Tokio om leidinggevendend, die misdaden van hun onder-

<sup>7</sup> Zie onder meer: I. Bantekas, *Principles of Direct and Superior Responsibility in International Humanitarian Law*, Manchester: Manchester University Press 2002, p. 67-70; C. Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2010, p. 3-5.

<sup>8</sup> J. Martinez, 'Mens Rea in Command Responsibility: From Yamashita to Blaškić and Beyond', *Journal of International Criminal Justice* 2007, p. 661-664.

<sup>9</sup> *Prosecutor v Zejnil Delalić et al (Čelebići)* (Judgment) ICTY-96-21-T (16 November 1998) 340.

<sup>10</sup> Verdrag (IV) betreffende de wetten en de gebruiken van de oorlog te land, met bijbehorend reglement (aangenomen 18 oktober 1907, in werking getreden 26 januari 1910) Stb 1910, 73, artikel I (1).

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> Meloni 2010, p. 36.

<sup>13</sup> W.H. Parks, 'Command Responsibility for War Crimes', *Military Law Review* 1973, p. 14.

geschikten niet bestraffen dan wel voorkwamen, te vervolgen.<sup>14</sup> Deze in de naoorlogse jurisprudentie ontwikkelde doctrine werd vervolgens in 1977 gecodificeerd in AP I. In de artikelen 86 en 87 AP I werden zowel de plichten van de commandant als de (mogelijk strafrechtelijke) gevolgen van het verzuim van deze plichten gecodificeerd.<sup>15</sup> In de daarbij behorende ICRC-commentaren werd benoemd dat *responsible command* reeds is opgenomen in artikel I van het HLOR, maar dat in AP I, anders dan in het HLOR, aan de overtreding daarvan (strafrechtelijke) consequenties worden verbonden.<sup>16</sup> In de jaren '90 van de vorige eeuw zijn deze norm- en strafbaarstelling uit AP I voor het eerst toegepast door het Rwanda Tribunaal (ICTR) en het ICTY.<sup>17</sup> Artikel 7, derde lid en artikel 6, derde lid van respectievelijk de statuten van het ICTY en het ICTR, worden beschouwd als de eerste strafbepalingen ten behoeve van effectieve vervolging op basis van *command responsibility*.<sup>18</sup> Artikel 28 van het Statuut van het Internationaal Strafhof (ICC), gebaseerd op de jurisprudentie van de twee voornoemde tribunalen, is voorlopig het eindpunt in de evolutie van de *command responsibility* doctrine.<sup>19</sup>

### 3. Hadžihasanović

De in 2004 door het Joegoslavië tribunaal gewezen *Hadžihasanović*-zaak had betrekking op meerdere verdachten, waarvan Amir Kabura de belangrijkste was. Het ICTY richtte zich op de vraag of Kabura, nadat hij het commando overnam van de 7e Moslim Berg Brigade van het Leger van Bosnië-Herzegovina, op basis van *command responsibility* verantwoordelijk kon worden gehouden voor het niet bestraffen van zijn ondergeschikten voor het plegen van oorlogsmisdaden.<sup>20</sup> De verdediging voerde aan dat, nu de strafrechtelijke

<sup>14</sup> Hoewel de zaak tegen de Japanse generaal Yamashita als startpunt van de *command responsibility* doctrine kan worden beschouwd, zijn het de Neurenberg en Tokyo tribunalen die in met name de 'High Command', 'Hostages' en 'Tokyo' zaken het fundament hebben gelegd voor de huidige strafbaarstelling van *command responsibility*. Met name van belang zijn de 'High Command' en 'Hostages' zaken waarin het Neurenberg Tribunaal oordeelde dat de verantwoordelijkheid van een leidinggevende afhangt van de daadwerkelijke mate van autoriteit die hij uitoefent over zijn ondergeschikten. Van belang is niet enkel wat een leidinggevende had kunnen of had moeten doen maar tevens welke competenties en autoriteit hij had om zulke maatregelen te nemen. Zie: Mettraux 2009, p. 51; *Wilhelm von Leeb et al* (High Command) (Military Tribunal in Neurenberg) 11 TWC 1 (28 oktober 1948); *United States v List et al* (Hostages) (Military Tribunal in Neurenberg) 8 LRTWC 34 (19 februari 1948).

<sup>15</sup> Niet alleen werden de plichten en strafrechtelijke gevolgen vastgelegd in AP I. Tevens werd in het ICRC commentaar bij artikel 86 en 87 AP I een eerste aanzet gegeven om de materiële vereisten voor *command responsibility* vast te stellen. Zie: J. de Preux, 'Article 86 – Failure to Act', in: Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann (ed), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1987, p. 3543.

<sup>16</sup> J. de Preux 1987, p. 3540.

<sup>17</sup> Statuut voor het Joegoslavië Tribunaal voor het vervolgen van personen die worden verdacht van het schenden van internationaal humanitair recht, gepleegd op het grondgebied van het voormalig Joegoslavië vanaf 1 januari 1991 (Security Council Resolutie 827 van 25 mei 1993) UNSC Res. 827, artikel 7 lid 3; Statuut voor het Rwanda Tribunaal (Security Council Resolutie 955 van 8 november 1994) UNSC Res. 955, artikel 6 lid 3.

<sup>18</sup> De in 1998 door het ICTY gewezen *Delalic* zaak, beter bekend als de *Čelebići* zaak, geldt als de basis voor alle op *command responsibility* gestoelde zaken sinds de oprichting van beide tribunalen. In deze zaak werden de materiële elementen van *command responsibility* – die nog immer van toepassing zijn – vastgelegd. Deze elementen houden in dat er (1) sprake moet zijn van een 'superior-subordinate relationship'; (2) de leidinggevende wist of redenen had om te vermoeden dat misdaden gepleegd zijn of zullen worden gepleegd; (3) de leidinggevende heeft gefaald om redelijke en noodzakelijke maatregelen te nemen om de misdaden te bestraffen dan wel te voorkomen. Zie: *Prosecutor v Zejnil Delalic et al (Čelebići)* (Judgment) ICTY-96-21-T (16 November 1998), par. 346.

<sup>19</sup> Statuut van het Internationaal Strafhof, (open ter ondertekening op 17 juli 1998, in werking getreden op 1 juli 2002) 2187 UNTS 90, artikel 28.

<sup>20</sup> *Prosecutor v Hadžihasanović et al.* (Trial Judgment) ICTY-01-47-T (15 March 2006), par. 5.

basis van *command responsibility* enkel in AP I is opgenomen, *command responsibility* slechts van toepassing kan zijn op een IGC en niet, zoals het geval was in Bosnië, op een NIGC.<sup>21</sup> Voorts voerde de verdediging aan dat de gewoonterechtelijke basis om *command responsibility* toe te passen in een NIGC wat hen betreft ontbreekt.<sup>22</sup> De Trial Chamber van het ICTY heeft de door de verdediging aangevoerde argumenten uitgebreid weerlegd. Zij heeft met name uiteengezet waarom er sprake is van een gewoonterechtelijke regel die de toepassing van *command responsibility* in NIGC's mogelijk maakt. Middels een analyse van onder meer nationale en internationale jurisprudentie, nationale militaire handboeken en internationale wetgeving, stelde de Trial Chamber vast dat er zowel sprake is van *opinio iuris* als van een bestendig statengebruik.<sup>23</sup>

In navolging van de Trial Chamber overwoog de Appeals Chamber eveneens dat er sprake is van zowel een bestendig statengebruik als van een *opinio iuris* met betrekking tot de toepassing van *command responsibility* in NIGC's.<sup>24</sup> Hoewel er vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de verschillende onderbouwingen die de Trial Chamber en Appeals Chamber gaven om te spreken van zowel *opinio iuris* als een bestendig statengebruik, is het met name opvallend dat de Appeals Chamber besloot om een ander, meer zwaarwegend, argument te gebruiken om aan te tonen dat *command responsibility* van toepassing is in NIGC's.

Zo stelde de Appeals Chamber:

“However, it also considers that, where a principle can be shown to have been so established, it is not an objection to the application of the principle to a particular situation to say that the situation is new if it reasonably falls within the application of the principle”.<sup>25</sup>

De Appeals Chamber doelt hiermee op het feit dat reeds in de *Tadić*-uitspraak is uitgemakt dat individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid op basis van GA 3 als gewoonterecht wordt beschouwd.<sup>26</sup> Voorts overwoog de Appeals Chamber dat er geen twijfel bestaat dat ook de toepassing van *command responsibility* in een IGC reeds lange tijd gewoonterecht is.<sup>27</sup> Daar het zo evident is dat de in GA 3 genoemde misdrijven, wanneer gepleegd in een IGC, bestraft kunnen worden op basis van *command responsibility*, is het volgens de Appeals Chamber niet meer dan logisch dat dit ook geldt wanneer diezelfde misdrijven gepleegd

<sup>21</sup> *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Trial Chamber Decision on Joint Challenge to Jurisdiction) ICTY-01-47-PT (7 December 2001), par. 16.

<sup>22</sup> *Idem.*

<sup>23</sup> *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Trial Chamber Decision on Joint Challenge to Jurisdiction), par. 63-173.

<sup>24</sup> *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Appeal Chamber Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility) ICTY-01-47 (16 July 2003), par. 12: de Appeals Chamber stelde vast dat *command responsibility* meerdere malen is toegepast op NIGC-situaties, namelijk door de internationale tribunalen van Rwanda, Sierra Leone en Oost-Timor. Voorts verwees de Appeals Chamber naar de reeds door de Trial Chamber naar voren gebrachte uitgebreide uiteenzetting over het al dan niet bestaan van een gewoonterechtelijke regel.

<sup>25</sup> *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Appeal Chamber Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility), par. 12.

<sup>26</sup> *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Appeal Chamber Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility), par. 13.

<sup>27</sup> *Idem.*

worden in een NIGC.<sup>28</sup> Hierdoor komt de grondslag van de verantwoordelijkheid van een commandant voort uit de verplichtingen die hij heeft op basis van zijn functie als leidinggevende en aldus niet uit de aard van het conflict.<sup>29</sup>

De Appeals Chamber onderbouwde het voorgaande door te stellen dat de kern van de rechtsvraag rust op de relatie tussen *command responsibility* enerzijds en het beginsel van *responsible command* anderzijds.<sup>30</sup> Zo overwoog de Appeals Chamber dat *command responsibility* een logisch – strafrechtelijk – voortvloeisel is van het verzuimen van de verplichtingen op basis van het *responsible command*-beginsel.<sup>31</sup> Kortom, zonder een verplichting op basis van *responsible command* bestaat er ook geen mogelijkheid een persoon te vervolgen op basis van *command responsibility*.

### 3.1 Command responsibility als logisch voortvloeisel van responsible command

De Appeals Chamber van het ICTY overwoog dat, aangezien artikel I van AP II verwijst naar het beginsel van *responsible command* en de notie daarvan is opgenomen in GA 3, er sprake kan zijn van toepassing van *command responsibility* in een NIGC.<sup>32</sup> De Appeals Chamber stelde:

“*Responsible command was an integral notion of the prohibition imposed by Article 3 common to the 1949 Geneva Conventions against the doing of certain things in the course of an internal armed conflict. Referring to the criteria for determining whether there was an “armed conflict not of an international character” within the meaning of that provision, the ICRC Commentary spoke, authoritatively, of a revolting party possessing “an organized military force, an authority responsible for its acts, acting within a determinate territory and having the means of respecting and ensuring respect for the convention”. Article 1(1) of Protocol II Additional to the Geneva Conventions likewise spoke of a Contracting Party’s “armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations ...”*”<sup>33</sup>

De Appeals Chamber verwees aldus expliciet naar het ICRC-commentaar bij GA 3 en de tekst van AP II, om daaruit af te leiden dat het beginsel van *responsible command* onderdeel is van GA 3 en AP II. Hierbij dient te worden opgemerkt dat het ICRC zich op het standpunt stelt dat het in het ICRC-commentaar bij GA 3 omschreven criterium ‘an authority responsible for its acts’, geen vereiste is voor de toepassing van GA 3.<sup>34</sup> Aan dit standpunt van het ICRC wordt door zowel de Appeals Chamber als de Trial Chamber in de beslissingen voorbij gegaan.<sup>35</sup> De Trial Chamber heeft voorts expliciet verwezen naar de in het ICRC-commentaar bij artikel I, eerste lid van AP II gegeven

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Appeal Chamber Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility), par. 20.

<sup>30</sup> *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Appeal Chamber Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility), par. 14.

<sup>31</sup> *Idem*.

<sup>32</sup> *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Appeal Chamber Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility), par. 15.

<sup>33</sup> *Idem*.

<sup>34</sup> J. Pictet, ‘Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949’, ICRC 1952, par. 49, <http://www.icrc.org/ihi.nsf/COM/365-570006?OpenDocument>.

<sup>35</sup> A. Cullen, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 151-152.

definitie van *responsible command*.<sup>36</sup> Uit het ICRC-commentaar blijkt dat pas van *responsible command* kan worden gesproken wanneer sprake is van 'an organization capable, on the one hand, of planning and carrying out sustained and concerted military operations, and on the other, of imposing discipline in the name of a de facto authority'.<sup>37</sup> Van belang is dat de Trial en Appeals Chambers geen andere uitleg geven aan het *responsible command*-beginsel dan de uitleg zoals die is gegeven in het commentaar bij AP II. Redelijkerwijs kan daarom worden aangenomen dat zowel de Trial als Appeals Chamber het *responsible command*-beginsel, zoals dat is opgenomen in AP II en het bijbehorende commentaar, beschouwen als de geldende definitie.<sup>38</sup>

Voorts stelde de Appeals Chamber vast dat, wanneer oorlogsmisdaden worden gepleegd tijdens een IGC of een NIGC, er sprake moet zijn van een 'organized military force'.<sup>39</sup> De Appeals Chamber overwoog vervolgens dat niet van een 'organized military force' kan worden gesproken zonder dat er sprake is van *responsible command*. Met andere woorden, er kan geen sprake zijn van een partij bij een gewapend conflict indien deze partij niet tot op zekere hoogte is georganiseerd. *Responsible command* is daarbij intrinsiek aan het bestaan van een dergelijke georganiseerde gewapende groepering.

Nu het voor de Appeals Chamber vaststond dat *responsible command* intrinsiek is aan GA 3 en de definitie ervan duidelijk staat omschreven in AP II, volgt logischerwijs dat command responsibility in een NIGC kan worden toegepast. Zo stelde de Appeals Chamber dat het redelijk is om vast te stellen dat *responsible command* logischerwijs leidt tot *command responsibility* en dat *command responsibility* de meest effectieve methode is om *responsible command* af te dwingen.<sup>40</sup> Nu *responsible command* intrinsiek is aan GA 3, het een vereiste is voor de toepassing van AP II en *command responsibility* eruit voortvloeit, kan worden geconcludeerd dat *command responsibility* van toepassing op NIGC's.<sup>41</sup> Deze conclusie wordt tevens onderschreven door het ICC in de Bamba- en Lubanga-zaken.<sup>42</sup>

<sup>36</sup> *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Trial Chamber Decision on Joint Challenge to Jurisdiction), par. 161.

<sup>37</sup> J. Pictet, 'Commentary on Additional Protocol II of 8 June 1977', p. 4463. 'The existence of a responsible command implies some degree of organization of the insurgent armed group or dissident armed forces, but this does not necessarily mean that there is a hierarchical system of military organization similar to that of regular armed forces. It means an organization capable, on the one hand, of planning and carrying out sustained and concerted military operations, and on the other, of imposing discipline in the name of a de facto authority'.

<sup>38</sup> Cullen 2010, p. 153.

<sup>39</sup> *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Appeal Chamber Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility), par. 16.

<sup>40</sup> *Idem*. Zo stelde de Appeals Chamber: "Thus, whether Article 3 of the Statute is referring to war crimes committed in the course of international armed conflict or to war crimes committed in the course of internal armed conflict under Article 3 common to the Geneva Conventions, it assumes that there is an organized military force. It is evident that there cannot be an organized military force save on the basis of responsible command. It is also reasonable to hold that it is responsible command which leads to command responsibility. Command responsibility is the most effective method by which international criminal law can enforce responsible command".

<sup>41</sup> *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Appeal Chamber Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility), par. 14: 'In the view of the Appeals Chamber, the matter rests on the dual principle of responsible command and its corollary command responsibility'.

<sup>42</sup> *Prosecutor v Lubanga Dylo* (Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06-803 (29 januari 2007), par. 233; *Prosecutor v Bamba Gombo* (Decision pursuant to article 61 (7) (a) and (b) on the confirmation of charges) ICC-01/05-01/08-242 (15 June 2009), par. 234. In beide zaken wordt slechts kort verwezen naar de *Hadžihasanović*-uitspraak, zonder deze redenering zelf te onderbouwen.

Aan deze redenering van de Trial en Appeals Chamber vallen twee elementen op. In de eerste plaats valt op dat de Appeals Chamber expliciet het *responsible command*-beginsel koppelt aan de mate van organisatie van een gewapende partij. De Appeals Chamber stelt immers dat niet kan worden gesproken van een gewapend conflict wanneer partijen niet georganiseerd zijn en dat een dergelijke organisatie niet kan bestaan zonder *responsible command*. *Responsible command* lijkt hierdoor, net als bij AP II, een organisatorisch vereiste te zijn voor de toepassing van GA 3. In de tweede plaats valt op dat de Trial en Appeals Chamber geen andere uitleg geven aan het *responsible command*-beginsel dan de in het commentaar bij AP II gegeven definitie. De Trial en Appeals Chamber lijken daarmee te overwegen dat pas van een partij bij een NIGC kan worden gesproken wanneer deze zodanig is georganiseerd dat er sprake is van ‘an organization capable, on the one hand, of planning and carrying out sustained and concerted military operations, and on the other, of imposing discipline in the name of a de facto authority’. GA 3 en AP II worden hierdoor in vergaande mate aan elkaar gelijk gesteld.<sup>43</sup>

De vraag is hoe deze twee aspecten zich verhouden tot de *Tadić*-uitspraak van het ICTY en de daaruit voortvloeiende jurisprudentie ten aanzien van de minimale vereisten voor een NIGC op basis van GA 3.<sup>44</sup> Is *responsible command* inderdaad een organisatorisch vereiste voor een partij bij een NIGC, en zo ja, wat betekent dit voor de toepassing van het HOR op kleinschalige conflicten, waarin partijen mogelijk niet aan dit vereiste voldoen?

### 3.2 De minimale vereisten voor een NIGC op basis van GA 3

In *Tadić* werd geoordeeld dat het voor de beantwoording van de vraag of er al dan niet sprake is van een NIGC op basis van GA 3, van belang is of kan worden gesproken van: ‘protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups within a State or between such groups’.<sup>45</sup> Deze definitie is volgens het ICTY toegespitst op twee met elkaar samenhangende aspecten van een conflict, namelijk: de mate van organisatie van de partijen en de intensiteit van het conflict.<sup>46</sup> Het hangt van een beoordeling van voornoemde aspecten af of een gewapend conflict kan worden onderscheiden van roverij, ongeorganiseerde en kortdurende opstanden of terrorisme.<sup>47</sup> Indien partijen niet tot op zekere hoogte zijn georganiseerd, kan logischerwijs geen sprake zijn van grootschalig gewapend geweld. De aspecten staan aldus nauw met elkaar in verband. Naar dit verband werd tevens door de Appeals Chamber in *Hadžihasanovic* verwezen. Zo overwoog de Appeals Chamber dat enkel kan worden gesproken van schendingen van GA 3, indien er sprake is van een georganiseerde gewapende groepering.<sup>48</sup> Ten aanzien van de intensiteit van het conflict geldt voorts dat er sprake moet zijn van grootschalig gewapend geweld. Hierbij is niet zozeer de duur als wel de mate van geweld van belang.<sup>49</sup> Ten aanzien van de mate van organisatie van een gewapende

<sup>43</sup> Cullen 2010, p. 150.

<sup>44</sup> *Prosecutor v Tadić* (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction) ICTY 94-I-AR72 (2 oktober 1995), par. 70.

<sup>45</sup> *Idem*.

<sup>46</sup> *Prosecutor v Tadić* (Judgment) ICTY-94-I-T (7 May 1997), par. 562.

<sup>47</sup> *Idem*.

<sup>48</sup> *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Appeal Chamber Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility), par. 16.

<sup>49</sup> S. Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 167.



groepering lopen de opvattingen over de minimale vereisten uiteen.<sup>50</sup> Zo stelde het ICTY in *Limaj* dat een zeker niveau van organisatie voldoende is ('some degree of organization by the parties will suffice') en overwoog het ICTR in *Akayesu* dat een organisatie in meerdere of mindere mate georganiseerd dient te zijn ('organized to a greater or lesser extent').<sup>51</sup> Door zowel het ICTY als het ICTR zijn, in hierop volgende uitspraken, indicatoren gegeven ter beoordeling van de vraag of er sprake is van voldoende mate van organisatie. In met name *Boškoski* is een uitgebreid overzicht gegeven van de in jurisprudentie en literatuur genoemde factoren die meespelen bij de beantwoording van voornoemde vraag. Kort samengevat noemt de Trial Chamber een vijftal factoren: het bestaan van een commandostructuur, de mogelijkheid van een groepering om met één stem te spreken, het bestaan van een intern disciplinair systeem en de capaciteit om het HOR te implementeren en de militaire- en logistieke capaciteit van de organisatie.<sup>52</sup> Van groot belang is dat deze factoren slechts indicatoren zijn. Van een vastomlijnd of limitatief kader van objectieve indicaties is dan ook geen sprake.<sup>53</sup> Evenmin is noodzakelijk dat aan alle factoren wordt voldaan. Zo gaf de Trial Chamber in *Limaj* aan dat een intern disciplinair systeem om schendingen van GA 3 te bestraffen geen organisatorisch vereiste is voor de toepassing van GA 3.<sup>54</sup> De mate van een organisatie van een gewapende partij dient daarom per zaak te worden beoordeeld.<sup>55</sup>

Zoals hierboven reeds besproken koppelt de Appeals Chamber in *Hadžihasanović*, *responsible command* aan de mate van organisatie van een partij bij GA 3. De Appeals Chamber stelt vast dat in het kader van een gewapend conflict, organisatie en *responsible command* niet zonder elkaar kunnen bestaan. Wanneer echter wordt gekeken naar voornoemde jurisprudentie waarin de minimale vereisten van een NIGC uiteen worden gezet, dan valt op dat de mate van organisatie waaraan een gewapende groepering moet voldoen om als partij bij een NIGC te worden beschouwd, allerm minst duidelijk is. Daarentegen staat wel vast dat een zekere mate van organisatie noodzakelijk is en dat er verschillende factoren zijn die meespelen bij de beoordeling daarvan. Niet alleen lijkt de Appeals Chamber in *Hadžihasanović* af te wijken van deze minimale vereisten, zij lijkt hen tevens te verhogen.<sup>56</sup> Immers, zo werd hierboven vastgesteld, is er volgens de Appeals Chamber pas sprake van *responsible command* indien een partij zodanig is georganiseerd dat er sprake is van 'an organization capable, on the one hand, of planning and carrying out sustained and concerted military operations, and on the other, of imposing discipline in the name of a de facto authority'. Dit verschilt aanzienlijk van 'some degree of organization by the parties will suffice' dan wel 'organized to a greater or lesser extent' zoals uiteengezet in respectievelijk *Limaj* en *Akayesu*.

<sup>50</sup> *Prosecutor v Boškoski and Tarculovski* (Judgment) IT-04-82-T (10 juli 2008) 194. Zie tevens: Sivakumaran 2013, p. 167.

<sup>51</sup> *Prosecutor v Limaj et al.* (Judgment) ICTY- IT-03-66-T (30 November 2005), par. 89; *Prosecutor v Akayesu* (Judgment) ICTR-96-4-T (2 September 1998) par. 620.

<sup>52</sup> *Prosecutor v Boškoski and Tarculovski* (Judgment) IT-04-82-T (10 juli 2008) par. 194-203.

<sup>53</sup> *Prosecutor v Boškoski and Tarculovski* (Judgment), par. 194.

<sup>54</sup> *Prosecutor v Limaj et al.* (Judgment), par. 88-89.

<sup>55</sup> *Prosecutor v Limaj et al.* (Judgment), par. 90.

<sup>56</sup> Cullen 2010, p. 155.

### 3.3 Responsible command als vereiste voor een NIGC

De Appeals Chamber van het ICTY heeft in *Hadžihasanović* overwogen dat een georganiseerde gewapende groepering niet als partij bij een NIGC kan worden erkend indien het *responsible command* mist. *Responsible command* is daarmee volgens de Appeals Chamber een vereiste voor een gewapend conflict op basis van GA 3.<sup>57</sup> Voorts is gebleken dat zowel de Trial als Appeals Chamber het *responsible command*-beginsel, zoals dat is opgenomen in AP II en het bijbehorende commentaar, beschouwen als de toe te passen definitie.<sup>58</sup> Dit betekent logischerwijs dat wanneer een gewapende groepering niet in de mogelijkheid is 'sustained and concerted military operations' te plannen en uit te voeren en evenmin in de mogelijkheid is 'of imposing discipline in the name of a de facto authority', GA 3 niet op deze partij van toepassing is. Hierdoor wordt een groepering mogelijk uitgesloten als partij bij een gewapend conflict en daarmee uitgesloten van het HOR. Anthony Cullen stelt daarom dat als logisch gevolg van deze redenering de minimale vereisten voor een NIGC worden verzwaaard.<sup>59</sup> Waar voorheen werd vereist dat een gewapende groepering tot op zekere hoogte is georganiseerd, worden sinds *Hadžihasanović* hogere eisen gesteld aan de mate van organisatie van een partij.<sup>60</sup> Voorts worden tegelijkertijd hogere eisen gesteld aan de mate van intensiteit van het conflict. Er dient nu immers sprake te zijn van 'sustained and concerted military operations'.<sup>61</sup> Al met al wordt de drempel van dat wat redelijkerwijs kan worden beschouwd als een NIGC verhoogd, hetgeen leidt tot uitsluiting van een groot aantal kleinschalige conflicten, terwijl deze onder de vereisten van *Tadić* wel als zodanig zouden worden beschouwd.<sup>62</sup>

Met Cullen is deze auteur van mening dat het *responsible command*-beginsel zoals dat is omschreven in AP II geen vereiste is voor een NIGC op grond van GA 3.<sup>63</sup> Wanneer een dergelijke weg wordt bewandeld, dan zullen bepaalde gewapende groeperingen, die thans voldoen aan de laagdrempelige *Tadić*-vereisten, binnen het nieuwe raamwerk worden uitgesloten van deelname aan een NIGC. Dit zou eveneens betekenen dat groeperingen als bijvoorbeeld de door Kony geleide Lords Resistance Army in de Democratische Republiek Congo mogelijk worden uitgesloten van de toepassing van het HOR. Dergelijke groeperingen zijn maar in zeer geringe mate georganiseerd en voldoen niet aan de vereisten voortvloeiend uit het *responsible command*-beginsel zoals omschreven in AP II. De vereisten van 'sustained and concerted military operations' of de mogelijkheid 'of imposing discipline in the name of a de facto authority', zijn eigenschappen die veeleer kunnen worden toegeschreven aan de meer typische gewapende groeperingen die over een eigen militaire structuur, hiërarchie, disciplineren en langetermijnplanning beschikken, zoals de Kosovo Liberation Army (KLA) in Kosovo.<sup>64</sup> Eveneens heeft de Trial Chamber in *Limaj*, zoals hierboven besproken, uitdrukkelijk overwogen dat GA 3 niet vereist dat een gewapende

<sup>57</sup> *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Appeal Chamber Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility), par. 16.

<sup>58</sup> Cullen 2010, p. 153.

<sup>59</sup> Cullen 2010, p. 155.

<sup>60</sup> *Idem.*

<sup>61</sup> Cullen 2010, p. 153.

<sup>62</sup> Cullen 2010, p. 154.

<sup>63</sup> Cullen 2010, p. 157.

<sup>64</sup> *Prosecutor v Milošević* (Trial Chamber Decision on Motion for Judgment of Acquittal: Rule 98bis Decision) ICTY-02-54-T (16 June 2004) 23; *Prosecutor v Boškoski and Tarčulovski* (Judgment), par. 194-206.

groepering een systeem heeft dat schendingen van GA 3 binnen die groepering sanctioneert.<sup>65</sup> Een dergelijk sanctioneringsstelsel zou juist kenmerkend zijn voor het bestaan van *responsible command*.

Voorts heeft het ICTY in 2008, in de *Boškoski*-zaak, vastgesteld dat de mate van organisatie van een gewapende groepering, opererende in een GA 3 conflict, niet gelijk is aan de mate van organisatie van een gewapende groepering, opererende in een AP II conflict. De Trial Chamber benadrukte dat *responsible command*, anders dan bij GA 3, enkel bij AP II een vereiste is. Zo stelde de Trial Chamber:

“Neither does the degree of organisation for an armed group to a conflict to which Common Article 3 applies need be at the level of organisation required for parties to Additional Protocol II armed conflicts, which must have responsible command, and exercise such control over a part of the territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement the Protocol.”<sup>66</sup>

De Trial Chamber in *Boškoski* overwoog eveneens dat tijdens het opstellen van artikel 8, tweede lid, onder f van het Statuut van Rome van het ICC, bewust is gekozen voor de in *Tadić* geformuleerde definitie van ‘protracted armed violence’ en niet voor de strengere, in AP II gegeven, definitie.<sup>67</sup> Duidelijk is dat GA 3 en AP II nog immer strikt van elkaar dienen te worden onderscheiden. Dit onderscheid blijkt tevens uit het ICRC-commentaar bij AP II.<sup>68</sup> Het commentaar stelt dat het zeer goed mogelijk is dat zowel GA 3 als AP II, tegelijkertijd van toepassing zijn op eenzelfde gewapend conflict. Echter, wanneer de intensiteit van een conflict of de mate van organisatie van de partijen laag is en het conflict niet voldoet aan de vereisten van AP II, dan is enkel GA 3 van toepassing.<sup>69</sup> Het ICRC stelt daarom in zijn commentaar: ‘this formula, though legally rather complicated, has the advantage of furnishing a guarantee against any reduction of the level of protection long since provided by common Article 3’.<sup>70</sup> GA 3 is hierdoor bedoeld als minimale drempel voor de toepassing van het HOR en is met name van toepassing in het eerste stadium van een gewapend conflict wanneer de intensiteit van het conflict laag is.<sup>71</sup> Het HOR zal een aanmerkelijk kleiner bereik krijgen indien deze minimale drempel wordt verhoogd.

### 3.4 De betekenis van *Hadžihasanović* voor de toepassing van *command responsibility* op gewapende groeperingen opererende in niet-internationaal gewapende conflicten

Zoals in paragraaf 2 beschreven bestaat ten aanzien van de strafbaarstelling van *command responsibility* in een NIGC geen specifieke set verplichtingen gelijk aan artikel 86 en 87 AP I. Voorts ontbreekt in veel gewapende groeperingen de formeel juridische autoriteit om misdaden van

<sup>65</sup> *Prosecutor v Limaj et al.* (Judgment), par. 88-89.

<sup>66</sup> *Prosecutor v Boškoski and Tarculovski* (Judgment) IT-04-82-T (10 juli 2008), par. 197.

<sup>67</sup> *Prosecutor v Boškoski and Tarculovski* (Judgment), par. 197.

<sup>68</sup> J. Pictet, ‘Commentary on Additional Protocol II of 8 June 1977’, p. 4457.

<sup>69</sup> *Idem*.

<sup>70</sup> *Idem*.

<sup>71</sup> J. Pictet, ‘Commentary on Additional Protocol II of 8 June 1977’, p. 4447 en 4457.

ondergeschikten te voorkomen of te bestraffen.<sup>72</sup> De Appeals Chamber in *Hadžihasanović* overwoog daarom dat de uit *responsible command* voortvloeiende verplichting om misdaden van ondergeschikten te bestraffen of te voorkomen dienen te worden beschouwd als de basis waarop *command responsibility* kan worden gebaseerd.<sup>73</sup> Naast deze verplichting tot handelen is het, voor de toepassing van *command responsibility*, tevens noodzakelijk dat een leidinggevende de materiële mogelijkheid heeft om te handelen. Deze materiële mogelijkheid bestaat enkel wanneer een leidinggevende effectieve controle heeft over handelingen van zijn ondergeschikten.<sup>74</sup>

*Responsible command* en effectieve controle zijn niet denkbaar zonder dat er sprake is van een hiërarchische militaire structuur en duidelijke subordinatie.<sup>75</sup> De verplichting om misdaden van ondergeschikten te bestraffen of te voorkomen op basis van *responsible command* bestaat enkel wanneer de leidinggevende zich bevindt in een structurele leidinggevende positie binnen een stabiele hiërarchische organisatie welke hem de mogelijkheid geeft effectieve controle uit te oefenen.<sup>76</sup> Zo overwoog het Bijzonder Gerecht voor Sierra Leone (SCSL) in *Brima* dat een analyse van de structuur van een gewapende partij bij een NIGC noodzakelijk is ter beoordeling van de vraag of een leidinggevende strafbaar kan worden gehouden op basis van *command responsibility*.<sup>77</sup> Voorts oordeelde het SCSL dat de mogelijkheid van een leidinggevende om controle uit te oefenen over zijn ondergeschikten, afhangt van zijn positie binnen die organisatie.<sup>78</sup> Het SCSL overwoog vervolgens dat drie factoren van belang zijn bij de beoordeling van de structuur van een organisatie. Deze drie factoren zijn: (1) een functionerende commandostructuur; (2) een effectief plan- en orderproces; en (3) een sterk disciplinair systeem.<sup>79</sup> Indien dergelijke factoren aanwezig zijn binnen de organisatie van een gewapende groepering dan wordt verondersteld dat de structuren aanwezig zijn om effectieve controle uit te oefenen.<sup>80</sup> Eerst dan is het mogelijk om te beoordelen welke positie een leidinggevende heeft binnen een organisatie en aldus of hij verplicht is te handelen op basis van *responsible command*. Kortom, slechts wanneer dergelijke structuren bestaan is het mogelijk een leidinggevende binnen een gewapende groepering te vervolgen op basis van *command responsibility*.

Gebleken is dat het bestaan van *responsible command* essentieel is voor de toepassing van *command responsibility* in een NIGC. Zonder een daaraan voorafgaande verplichting bestaat er immers geen mogelijkheid een persoon strafbaar te stellen. Voorts bestaan *responsible command* en daarmee effectieve controle enkel in een stabiele en hiërarchische organisatie met strikte subordinatie. Zonder beide aspecten is het niet mogelijk vast te stellen op wie de verplichting rust om misdaden van ondergeschikten te bestraffen of te voorkomen en of hij in de materiële mogelijkheid is aan deze verplichting te voldoen. Voornoemde structuren wijken tevens sterk

<sup>72</sup> *Prosecutor v Zejnir Delalic et al (Čelebići)* (Judgment), par. 354.

<sup>73</sup> *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Appeal Chamber Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility), par. 16.

<sup>74</sup> *Prosecutor v Zejnir Delalic et al (Čelebići)* (Judgment), par. 378.

<sup>75</sup> *Prosecutor v Bemba Gombo* (Decision pursuant to article 61 (7) (a) and (b) on the confirmation of charges), par. 410.

<sup>76</sup> N. Karsten, 'Distinguishing Military and Non-military Superiors Reflections on the Bemba Case at the ICC', *Journal of International Criminal Justice* 2009, p. 993-994.

<sup>77</sup> *Prosecutor v Brima et al.* (Judgment) SCSL-04-16-T (20 Juni 2007), par. 540.

<sup>78</sup> *Idem*.

<sup>79</sup> *Prosecutor v Brima et al.* (Judgment), par. 557.

<sup>80</sup> *Prosecutor v Brima et al.* (Judgment), par. 1723.

af van de minimale organisatorische vereisten van een partij bij een NIGC op basis van GA 3. *Responsible command* dient daarom, zoals in de vorige subparagraaf beschreven, dan ook niet als vereiste van GA 3 te worden gezien. Deze vaststelling heeft logischerwijs tot gevolg dat *command responsibility* niet zonder meer van toepassing is op alle partijen bij een NIGC op basis van GA 3. Derhalve vindt een noodzakelijke scheiding plaats van typische gewapende groeperingen en a-typische groeperingen. Typische gewapende groeperingen zijn zodanig georganiseerd dat kan worden gesproken van *responsible command*, met als gevolg dat leidinggevendenden van deze groeperingen kunnen worden vervolgd op grond van *command responsibility*. Bij a-typische groeperingen kan daarentegen, vanwege het geheel of gedeeltelijk ontbreken van hiërarchische commandostructuren, strikte subordinatie of interne disciplinaire systemen om misdaden van ondergeschikten te voorkomen of te bestraffen, niet worden gesproken van *responsible command*. Hoewel uit het voorgaande volgt dat *command responsibility* niet op a-typische groeperingen van toepassing is, kunnen deze wel als partij bij een NIGC op basis van GA 3 worden aangeduid. Immers, uit onder meer *Boškoski* volgt dat strikte en hiërarchische commandostructuren of interne disciplinaire systemen om misdaden van ondergeschikten te voorkomen of te bestraffen slechts indicatoren zijn om de mate van organisatie van een partij bij een NIGC op basis van GA 3 te beoordelen.<sup>81</sup> Het feit dat een gewapende groepering niet aan alle vijf van de in *Boškoski* genoemde factoren voldoet, brengt dan ook niet met zich mee dat die groepering niet als partij bij een NIGC kan worden beschouwd en daarmee uitgesloten wordt van het HOR.

Het gevolg van voormelde redenering is dat het uitgesloten is om leidinggevendenden van a-typische groeperingen te vervolgen op basis van *command responsibility*. Zoals hierboven vermeld bestaat *responsible command* bij de gratie van hiërarchische structuren, subordinatie, discipline, gehoorzaamheid en de capaciteit om personen die schendingen van het HOR plegen binnen de organisatie te bestraffen. Indien dergelijke kaders geheel of gedeeltelijk ontbreken is het evenmin mogelijk om personen die opereren in dergelijke organisaties te vervolgen op basis van *command responsibility*.

#### 4. Conclusies

Met betrekking tot de centrale vraag of *command responsibility* van toepassing is in NIGC's hebben de Trial en Appeals Chamber van het ICTY in *Hadžihasanović* twee argumenten gegeven die deze vraag bevestigend beantwoorden. In de eerste plaats stelde het ICTY dat *command responsibility* de status van gewoonterecht heeft; ook in NIGC's. Verondersteld wordt dat er zowel sprake is van *opinio iuris* alsmede van een bestendig statengebruik. In de tweede plaats overwoog de Appeals Chamber dat *responsible command* een vereiste is van GA 3 en dat *command responsibility* het strafrechtelijke voortvloeisel is van het *responsible command*-beginsel. Hierdoor is volgens de Appeals Chamber *command responsibility* van toepassing op NIGC's. Dit tweede argument levert, in het licht van de heersende jurisprudentie en opvattingen ten aanzien de minimum vereisten van GA 3, vragen op. Het spreekt voor zich dat *command responsibility* pas kan worden toegepast wanneer een gewapende groepering een hiërarchische commandostructuur

<sup>81</sup> *Prosecutor v Boškoski and Tarculovski* (Judgment ), par. 194.

heeft met interne disciplinaire structuren. De door de Appeals Chamber naar voren gebrachte wisselwerking tussen *responsible command* enerzijds en *command responsibility* anderzijds is dan ook begrijpelijk. De vraag is echter of deze vereisten, voortvloeiend uit het *responsible command*-beginsel onderdeel uitmaken van de vereisten van GA 3. Gelet op *Hadžihasanović, Bemba en Lubanga*, lijkt dit inderdaad het geval te zijn. Deze drie zaken laten een duidelijke overlap zien tussen GA 3 en AP II, hoewel deze volgens het ICRC, maar ook door het ICTY zelf in *Boškoski*, strikt van elkaar dienen te worden gescheiden. Een positieve of negatieve beantwoording van de vraag of *responsible command* inderdaad een vereiste is van GA 3, leidt hierdoor tot twee conflicterende conclusies. Wanneer de vraag positief wordt beantwoord, dan zal de ondergrens van wat als een NIGC kan worden beschouwd op basis van GA 3, worden verhoogd. Dit resulteert noodzakelijkerwijs in de uitsluiting van bepaalde kleinschalige conflicten van het HOR. Wanneer de vraag negatief wordt beantwoord, dan zullen bepaalde gewapende groeperingen worden uitgesloten van de toepassing van *command responsibility*, om de eenvoudige reden dat *responsible command* ontbreekt.

GA 3 en de daarbij behorende definitie van een NIGC zoals uiteengezet in *Tadić* dient te worden beschouwd als de minimale ondergrens voor de toepassing van het HOR. Het verhogen van deze ondergrens door het toevoegen van *responsible command* als aanvullend vereiste, zou resulteren in de uitsluiting van bepaalde conflicten van het HOR. Deze uitsluiting is onwenselijk daar, deze in *Tadić* vastgestelde lage ondergrens, juist tijdens kleinschalige conflicten van groot belang is. Bepaalde groeperingen, waarin *responsible command* ontbreekt maar welke desalniettemin oorlogsmisdaden plegen, worden hierdoor uitgesloten van verplichtingen voortvloeiend uit het HOR. Een dergelijke conclusie is strijdig met de aard en het doel van GA 3. Ondanks dat het ICTY in *Hadžihasanović* in een andere richting lijkt te bewegen, dient de vaststelling dat *command responsibility* voortvloeit uit het *responsible command*-beginsel, ertoe te leiden dat leidinggevenden van bepaalde groeperingen die *responsible command* ontberen, niet kunnen worden vervolgd op basis van *command responsibility*. Dergelijke groeperingen kunnen wel voldoen aan de vereisten van GA 3 maar dermate gering zijn georganiseerd dat niet van *responsible command* kan worden gesproken. *Command responsibility* is derhalve niet op hen van toepassing.

---