

DE NEVELN VAN DE OORLOG ONTSLUIERD Onderzoeksverplichtingen tijdens gewapend conflict

Floris Tan *

Samenvatting | Onderzoek speelt een cruciale rol tijdens gewapend conflict, en in de nasleep ervan. De neveln van de oorlog, de zogenaamde ‘fog of war’, verhullen wat zich op de grond afspeelt. Dit kan het welhaast onmogelijk maken voor oorlogsslachtoffers om te achterhalen wat hen is overkomen, waarom dat is gebeurd, wie er verantwoordelijk is, en of ze een recht op rechtsherstel en toegang tot een rechtsmiddel hebben. Dit artikel beoogt te verhelderen wat de reikwijdte is van, en welke standaarden gelden onder, onderzoeksverplichtingen in de voor Nederland meest relevante mensenrechtenverdragen – te weten het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Daarbij wordt ook aandacht besteed aan de belangrijkste verdragen van het humanitair oorlogsrecht, te weten de Verdragen van Genève en de daarbij behorende Additionele Protocollen.

Trefwoorden | [onderzoeksverplichting], [gewapend conflict], [mensenrechten], [humanitair oorlogsrecht]

Navigator van Wolters Kluwer | NTM-NJCM Bull. 2023/27

1 Inleiding

Sinds 24 februari 2022 is er, na de inval van Rusland in Oekraïne, weer een grote oorlog op het Europese continent. Dagelijks worden nieuwskaternen gevuld met ontwikkelingen in het conflict, en vaak gaat het ook over de verschrikkingen van het krijgsgeweld. Burgerdoden als gevolg van al dan niet moedwillige aanvallen op burgers en burgerobjecten, foltering van en moord op krijgsgevangenen en gevangengenomen burgers, aanvallen op energievoorzieningen, kindontvoeringen, en ga zo maar door. Al gauw komt dan de vraag op: betreft het hier oorlogsmisdrijven, of misdrijven tegen de menselijkheid? Kunnen daders gepakt en bestraft worden? Om die vragen te beantwoorden, is onderzoek nodig.

Onderzoek speelt een cruciale rol tijdens gewapend conflict, en in de nasleep ervan. De neveln van de oorlog, de zogenaamde ‘fog of war’, verhullen wat zich op de grond afspeelt. Dit kan het welhaast onmogelijk maken voor oorlogsslachtoffers om te achterhalen wat hen is overkomen, waarom dat is gebeurd, wie er verantwoordelijk is, en of ze een recht op rechtsherstel en toegang tot een rechtsmiddel hebben. In dat opzicht zijn slachtoffers in hoge mate afhankelijk van onderzoek door de staat. Hetzelfde geldt voor pogingen om degenen die verantwoordelijk zijn ter verantwoording te roepen, en rekenschap af te laten leggen. Zonder kennis van de feiten is het onmogelijk vast te stellen of het recht geschonden is, laat staan wie er verantwoordelijk is. Achterliggende doelen zoals rechtvaardigheid voor slachtoffers en de berechting van daders blijven dan buiten bereik. Omdat gedegen onderzoek bovendien beschuldi-

■ Mr. dr. F. Tan is werkzaam als jurist bij de afdeling internationaal recht, directie juridische zaken, van het Ministerie van Buitenlandse Zaken. Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.

gingen van schendingen kan bevestigen of weerleggen, beschermt het ook de integriteit van de strijdkrachten van staten, en kan het leden van de strijdkrachten behoeden voor voortdurende verdachtmakingen en de dreiging van toekomstig onderzoek en heronderzoek. Onderzoek is, met andere woorden, van vitaal belang voor alle betrokken partijen.

Ondanks dit grote belang van onderzoek, zijn de precieze reikwijdte en inhoud van verplichtingen omtrent het doen van onderzoek tijdens gewapend conflict, onvoldoende duidelijk. Moet bijvoorbeeld iedere mensenrechtenschending worden onderzocht, ook wanneer er honderden doden per dag vallen? In hoeverre kan van staten worden verwacht dat ze een grondig onderzoek uitvoeren terwijl de kogels in het rond vliegen? Zijn mensenrechten wel van toepassing tijdens gewapende conflicten, en welke rol speelt het humanitair oorlogsrecht (HOR) bij de uitleg van mensenrechten? Zolang het antwoord op dergelijke vragen niet duidelijk is, blijft het voor oorlogsslachtoffers en hun nabestaanden onduidelijk welke rechten zij hebben en of zij die geldend kunnen maken, en voor staten en strijdkrachten onder welke verplichtingen zij opereren.

In dat licht beoogt dit artikel te verhelderen wat de reikwijdte is van, en welke standaarden gelden onder, onderzoeksverplichtingen in de voor Nederland meest relevante mensenrechtenverdragen – te weten het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). Daarbij wordt ook aandacht besteed aan de belangrijkste HOR verdragen, te weten de Verdragen van Genève en de daarbij behorende Additionele Protocollen. Doel van het artikel is de toepasselijke normen te verhelderen door een juridische analyse van de normen – zonder die noodzakelijkerwijs toe te passen op een specifieke casus. Paragraaf 2 beziet wat voor onderzoeksverplichtingen er onder het EVRM en IVBPR gelden, paragraaf 3 in hoeverre mensenrechten van toepassing zijn tijdens gewapend conflict en hoe het HOR door mensenrechtenorganen wordt meegewogen, paragraaf 4 legt zich toe op onderzoek tijdens gewapend conflict. Paragraaf 5 bevat een reflectie en conclusie.

2 Onderzoeksverplichtingen onder het EVRM en IVBPR

2.1 Inleiding

Het EVRM noch het IVBPR bevat expliciete verplichtingen voor staten om onderzoek te doen naar schendingen van de in die verdragen opgenomen rechten. Niettemin hebben het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en het VN-Mensenrechtencomité die verplichting wel in hun verdragen gelezen.¹ Op basis van de algemene verplichting om de in de verdragen vervatte rechten te *verzekeren*, in samenhang met de gewaarborgde materiële rechten, hebben zij een procedurele laag van bescherming erkend.² Enerzijds vereist die van staten dat zij mensenrechten adequaat *implementeren*, door strafwetgeving aan te nemen die schendingen van mensenrechten verbiedt en daartoe onderzoeksmechanismen en -procedures op te tuigen.³

1 Voor het eerst in EHRM 27 september 1995, 18984/91, r.o. 161 (*McCann e.a./Verenigd Koninkrijk*); General Comment No. 6 van het VN-Mensenrechtencomité (30 april 1982), *Article 6 (Right to Life)*, para. 4; General Comment No. 36 van het VN-Mensenrechtencomité (30 oktober 2018), *Article 6: right to life*, CCPR/C/GC/36, para. 27.

2 Nader, zie L. Huijbers, *Process-based Fundamental Rights Review. Practice, Concept, and Theory*, Antwerpen: Intersentia 2019 p. 140-141.

3 Zie bijv. EHRM 28 maart 2000, 22535/93, r.o. 85 (*Mahmut Kaya/Turkije*).

Anderzijds vereist het van staten dat zij, wanneer een potentiële schending van een relevant recht heeft plaatsgevonden, deze procedurele mechanismen inschakelen door onderzoek te doen om de feiten te achterhalen en daders te identificeren, en waar gepast rekenschap (*accountability*) te verzekeren – meestal door strafrechtelijke veroordeling en bestraffing.⁴

Deze procedurele verplichting tot het doen van onderzoek heeft een grote vlucht genomen. Deels heeft dat ermee te maken dat de gedachte is dat alleen strafrechtelijk optreden een adequate respons is in het licht van ernstige mensenrechtenschendingen, en dat er in toenemende mate wordt gehecht aan strafrechtelijke sancties.⁵ Zo valt de opkomst van de onderzoeksverplichtingen in mensenrechtenjurisprudentie, sinds 1982 bij het VN-Mensenrechtencomité, in 1988 bij het Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens (IAHRM) en in 1995 bij het EHRM, nagenoeg samen met de opkomst van de internationale straftribunalen in de jaren '90.⁶ Deels heeft dit ook te maken met de positie van internationale toezichthouders, vooral waar zij zich geconfronteerd zien met weigerachtige staten. Wanneer een staat die ten overstaan van een internationaal hof of comité een mensenrechtenschending wordt verweten, weigert bepaald bewijsmateriaal te verzamelen, aan te leveren of te openbaren, heeft een hof of comité mogelijk onvoldoende bewijsmateriaal voorhanden om een materiële schending vast te stellen. Vooral waar een staat alle informatie in handen heeft, zoals wanneer iemand in gevangenschap is overleden, speelt dit een grote rol. Een manier waarop hoven en comités hiermee zijn omgegaan, is in plaats daarvan naar de *procedurele* kant te kijken: ook als een materiële schending niet kan worden vastgesteld, heeft de staat in kwestie zich dan wel voldoende moeite getroost om de feiten boven tafel te krijgen en daders te bestraffen? Zo niet, dan kan toch een *procedurele* mensenrechtenschending worden vastgesteld, van de onderzoeksplicht. In dit licht is een dergelijke schending ook weleens gekenmerkt als de 'next best finding'.⁷

2.2 Onderzoeksverplichtingen onder het EVRM en het IVBPR

Het EHRM en VN-Mensenrechtencomité hebben geoordeeld dat onderzoeksverplichtingen impliciet in hun verdragen zijn vervat. De rechtsbasis die daarvoor wordt aangewezen, varieert. Het meest gangbaar is de koppeling tussen een materieel recht, zoals het recht op leven, en de verplichting om mensenrechten te verzekeren onder artikel 1 EVRM en artikel 2 lid 1 IVBPR.⁸ Daarnaast baseren het EHRM en het VN-Mensenrechtencomité zich ook wel op het recht op een effectief rechtsmiddel en de verplichting tot het bieden van rechtsherstel.⁹

4 Zie bijv. EHRM 28 maart 2000, 22535/93, r.o. 85 (*Mahmut Kaya/Turkije*).

5 P.H. van Kempen, *Repressie Door Mensenrechten. Over Positieve Verplichtingen Tot Aanwending van Strafrecht Ter Bescherming van Fundamentele Rechten (Inaugurale rede Nijmegen)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 43.

6 Zie de jurisprudentie aangehaald in noot 1.

7 M. O'Boyle & N. Brady, 'Investigatory Powers of the European Court of Human Rights', *European Human Rights Law Review* 2013, p. 382-383.

8 Zie bijv. de jurisprudentie aangehaald in noot 1.

9 VN-Mensenrechtencomité 19 juli 1994, CCPR/C/51/D/322/1988, r.o. 6.3 (*Rodriguez/Uruguay*); General Comment No. 31 van het VN-Mensenrechtencomité (26 mei 2004), *The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 16; EHRM 17 juli 2014, 47848/08, r.o. 149 (*Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu/Roemenië*); EHRM 31 mei 2018, 46454/11, r.o. 683 (*Abu Zubaydah/Litouwen*).

Ongeacht de rechtsbasis is de kern dat wanneer een materieel mensenrecht (potentieel) is geschonden, een staat daarnaar een onderzoek moet instellen om boven tafel te krijgen wat er is gebeurd, of er een schending heeft plaatsgevonden, en wie er verantwoordelijk voor is.¹⁰ Voor welke materiële mensenrechten dit precies geldt, is op basis van bestaande jurisprudentie niet volledig omljnd. Het VN-Mensenrechtencomité heeft in een *General Comment* weleens geoordeeld dat *alle* schendingen van het IVBPR een onderzoek vereisen, maar in zijn quasi-rechtspraak ten aanzien van individuele zaken, is de verplichting alleen gekoppeld aan de meest ernstige schendingen.¹¹ Het EHRM heeft nooit een algemene uitspraak gedaan over de reikwijdte van de onderzoeksplicht, en heeft zich in plaats daarvan op casuïstische wijze hierover gebogen. Ook daar betreft het primair een lijstje van kernrechten dat overlapt met dat onder het IVBPR: het recht op leven, het folterverbod en verbod op onmenselijke, wrede en onterende behandeling en bestraffing, het slavernijverbod, en het recht op vrijheid en veiligheid, voor zover het gaat om gedwongen verdwijningen en *incommunicado* detentie.¹² Daarnaast heeft het EHRM sporadisch ook wel geoordeeld dat staten onderzoek moeten doen naar schendingen van andere rechten, vooral waar zulke schendingen een element van geweld bevatten – zoals bijvoorbeeld gewelddadige repressie van een demonstratie.¹³ De tijdens gewapend conflict meest relevante rechten vallen in elk geval onder het lijstje kernrechten dat onderzoek vereist – leven, fysieke integriteit, vrijheid en veiligheid.

Wanneer een staat, ongeacht de bron, informatie heeft dat mogelijk een schending van of inbreuk op deze rechten heeft plaatsgevonden, zal deze een onderzoek moeten instellen. Volgens het EHRM moet er sprake zijn van een ‘arguable claim’ of ‘credible allegation’,¹⁴ het VN-Mensenrechtencomité houdt het erop dat wanneer de staat wetenschap heeft, of zou moeten hebben, van de potentiële inbreuk, een onderzoek noodzakelijk is.¹⁵ Onder beide systemen moeten staten in actie komen wanneer een klacht wordt ingediend, maar ook als op andere wijze informatie naar boven is gekomen – zoals door nieuwspublicaties, maar ook wanneer de staat via zijn eigen kanalen informatie vergaart.¹⁶ Dat laatste is zeker ook relevant in het kader van militaire operaties, waar staten doorgaans over veel informatie beschikken. Bovendien geldt dat wanneer staten zelf dodelijk geweld gebruiken, altijd een onderzoek moet worden gedaan. Al in de eerste zaak waarin het EHRM de onderzoeksplicht toepaste, *McCann/Verenigd Koninkrijk*, oordeelde het dat

10 EHRM 14 april 2015, 24014/05, r.o. 172 (*Mustafa Tunç en Fecire Tunç/Turkije*).

11 General Comment No. 31 van het VN-Mensenrechtencomité (26 mei 2004), *The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 15; en bijv. VN-Mensenrechtencomité 27 oktober 1995, CCPR/C/55/D/563/1993, r.o. 8.2 (*Bautista de Arellano/Colombia*).

12 EHRM 27 september 1995, 18984/91, r.o. 161 (*McCann e.a./Verenigd Koninkrijk*); EHRM 28 oktober 1998, 24760/94, r.o. 102 (*Assenov e.a./Bulgarije*); EHRM 26 juli 2005, 73316/01, r.o. 112 (*Siliadin/Frankrijk*); EHRM 25 mei 1998, 24276/94, r.o. 123-124 (*Kurt/Turkije*).

13 E. Brems, ‘Procedural Protection. An Examination of Procedural Safeguards Read into Substantive Convention Rights’, in: E. Brems & J. Gerards (red.), *Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 141-144.

14 EHRM 10 mei 2001, 25781/94, r.o. 132 en 147 (*Cyprus/Turkije*).

15 General Comment No. 36 van het VN-Mensenrechtencomité (30 oktober 2018), *Article 6: right to life*, CCPR/C/GC/36, para. 27.

16 General Comment No. 20 van het VN-Mensenrechtencomité (10 maart 1995), *Prohibition of Torture, or other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), para. 14; VN-Mensenrechtencomité 25 oktober 2006, CCPR/C/88/D/1416/2005, para. 11.7 (*Alzery/Zweden*); EHRM 7 januari 2010, 25965/04, r.o. 288 (*Rantsev/Cyprus en Rusland*).

‘there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, inter alios, agents of the State.’¹⁷

Wanneer de onderzoeksplicht van toepassing is, legt deze een *inspanningsverplichting* op, geen resultaatsverplichting.¹⁸ Staten moeten een *effectief* onderzoek doen. Ook als het onderzoek er uiteindelijk niet in slaagt alle feiten boven tafel te krijgen, of daders te identificeren, kan het door de beugel zolang het voldoet aan een aantal standaarden. Uit de jurisprudentie komen acht onderzoeksstandaarden naar voren, die door het EHRM en VN-Mensenrechtencomité min of meer gelijkkluidend zijn geformuleerd.¹⁹ Vereist is dat een onderzoek: (i) door de staat wordt gestart uit eigen beweging (*ex officio*); (ii) prompt geïnitieerd en met voldoende spoed wordt uitgevoerd; en dat het (iii) onafhankelijk en (iv) onpartijdig is. Dit komt erop neer dat staten zodra informatie hen bereikt, spoedig onderzoek moeten starten, dit niet aan het initiatief van slachtoffers mogen overlaten, en dat ze bovendien moeten verzekeren dat onderzoekers zich niet laten leiden door vooroordelen en dat ze zowel objectief als subjectief onafhankelijk zijn van degenen die voorwerp van onderzoek zijn. Verder moet het onderzoek (v) serieus en effectief, grondig en adequaat zijn. Dit is het meest inhoudelijke criterium, dat voorschrijft dat staten de noodzakelijke en door de situatie vereiste onderzoeksstappen nemen om feiten vast te stellen en daders te identificeren. Waar het bijvoorbeeld gaat om onderzoek naar dodelijke slachtoffers door geweldgebruik, moeten staten getuigenverklaringen en forensisch bewijs verzamelen, een autopsie uitvoeren, kogelbanen construeren, vingerafdrukken en kruitsporen zoeken, enzovoorts. In geval van foltering of mishandeling zijn slachtofferverklaringen cruciaal, net als medisch onderzoek van slachtoffers. Als staten een dergelijke onderzoeksstap of -lijn onbenut laten, kan dat, als daardoor de feiten niet kunnen worden vastgesteld of daders geïdentificeerd, leiden tot de conclusie dat het onderzoek als geheel ineffectief was en tekortschoot in het licht van de geldende mensenrechtenstandaarden. Een onderzoek moet verder (vi) in voldoende mate slachtoffers of hun naasten betrekken. Zij moeten op de hoogte worden gehouden van ontwikkelingen in het onderzoek, en moeten op zijn minst zodanig geïnformeerd worden dat zij hun procedurele rechten kunnen uitoefenen. Daarnaast is (vii) transparantie vereist. Voldoende informatie moet openbaar zijn zodat het publiek de oprechtheid van het onderzoek kan beoordelen, en zodat het maatschappelijk vertrouwen in het geweldsmonopolie van de staat gewaarborgd is. Het VN-Mensenrechtencomité voegt daar nog aan toe dat staten transparant moeten zijn ten aanzien van het beslisproces dat voorafgaat aan gebruik van geweld, waarbij de criteria voor het selecteren van doelwitten openbaar moeten worden gemaakt, en ook vermeld moet worden in hoeverre minder schadelijke alternatieven zijn overwogen.²⁰ Ten slotte is in de (viii) opvolging van onderzoek vaak een vorm van strafrechtelijke maatregelen vereist. Dit wordt

17 EHRM 27 september 1995, 18984/91, r.o. 161 (*McCann e.a./Verenigd Koninkrijk*).

18 General Comment No. 31 van het VN-Mensenrechtencomité (26 mei 2004), *The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 8; zie ook D. Shelton & A. Gould, ‘Positive and Negative Obligations’, in: D. Shelton (red.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 566; EHRM 7 juli 2011, 55721/07, r.o. 166 (*Al-Skeini e.a./Verenigd Koninkrijk*).

19 General Comment No. 36 van het VN-Mensenrechtencomité (30 oktober 2018), *Article 6: right to life*, CCPR/C/GC/36, para. 28; EHRM 7 juli 2011, 55721/07, r.o. 165-167 (*Al-Skeini e.a./Verenigd Koninkrijk*). Nader, zie F. Tan, *The Duty to Investigate in Situations of Armed Conflict – An examination under International Humanitarian Law, International Human Rights Law, and their Interplay*, Leiden: Brill 2023, hoofdstuk 8.

20 General Comment No. 36 van het VN-Mensenrechtencomité (30 oktober 2018), *Article 6: right to life*, CCPR/C/GC/36, para. 64.

doorgaans zo geformuleerd dat potentiële schendingen onderzocht moeten worden, en dat degenen die daarvoor verantwoordelijk zijn ‘waar gepast’ vervolgd en bestraft moeten worden.²¹

3 De gelding van mensenrechten tijdens gewapend conflict

3.1 De toepasselijkheid van mensenrechten tijdens gewapend conflict

Over de gelding van mensenrechten tijdens gewapend conflict is vaak getwist, aangezien het bestaansrecht van het humanitair oorlogsrecht nu juist is om dat soort situaties te reguleren, en bovendien regels bevat die bedoeld zijn om het lijden, dat wordt veroorzaakt door oorlog, te beteugelen.²² Niettemin kan hierover intussen niet meer serieus getwijfeld worden.

Het Internationaal Gerechtshof (IGH) heeft tot driemaal toe, voor het eerst in 1996, bevonden dat ‘the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation (...)’.²³ Het EHRM heeft in dezelfde lijn geoordeeld dat ‘international humanitarian law and international human rights law are not mutually exclusive collections of law’,²⁴ en dat ‘even in situations of international armed conflict, the safeguards under the Convention continue to apply’.²⁵ Hetzelfde geldt voor het VN-Mensenrechtencomité: ‘the Covenant applies also in situations of armed conflict to which the rules of international humanitarian law are applicable’.²⁶ Het IAHRM,²⁷ de Afrikaanse Commissie voor de Rechten van Mensen en Volkeren²⁸ en nationale rechters²⁹ zijn tot hetzelfde oordeel gekomen. Daarmee zijn alle relevante internationale rechterlijke instanties tot een eensluidend

21 General Comment No. 36 van het VN-Mensenrechtencomité (30 oktober 2018), *Article 6: right to life*, CCPR/C/GC/36, para. 28.

22 Advisory Opinion of the ICJ (8 juli 1996), *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, p. 226, r.o. 78.

23 Advisory Opinion of the ICJ (9 juli 2004), *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, p. 136, r.o. 106; ICJ 19 december 2005, I.C.J. Reports 2005, p. 168, r.o. 216 (*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo/Uganda)*). Zie in gelijksoortige bewoordingen Advisory Opinion of the ICJ (8 juli 1996), *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, r.o. 25.

24 EHRM 30 januari 2020, 35746/11, r.o. 36 (*Saribekyan en Balyan/Azerbeidzjan*).

25 EHRM 16 september 2014, 29750/09, r.o. 104 (*Hassan/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 21 januari 2021, 38263/08, m.nt. M.C. Zwanenburg & F. Tan, r.o. 93 (*Georgië/Rusland (II)*). Zie verder EHRM 30 november 2022, 8019/16, 43800/14 en 28525/20, NJ 2023/175, m.nt. R.A. Lawson, r.o. 718 (*Oekraïne en Nederland/Rusland*).

26 General Comment No. 31 van het VN-Mensenrechtencomité (26 mei 2004), *The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 11; zie ook General Comment No. 36 van het VN-Mensenrechtencomité (30 oktober 2018), *Article 6: right to life*, CCPR/C/GC/36, para. 64.

27 IAHRM 30 november 2012, Inter-American Court of Human Rights Series C No 259, para. 24 (*Santo Domingo Massacre/Colombia*).

28 General Comment No. 3 van de African Commission on Human and Peoples’ Rights (18 november 2015) *Charter on Human and Peoples’ Rights: The Right to Life (Article 4)*, para. 32-35. Beschikbaar op <https://refworld.org/docid/5e67c9cb4.html>.

29 Bijv. in het Verenigd Koninkrijk, Court of Appeal (Civil Division), *Serdar Mohammed & Others v Secretary of State for Defence*; en in Nederland Hoge Raad 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, NJ 2019/356, m.nt. C.M.J. Ryngaert & J. Spier, AA m.nt. A.G. Castermans & N.C.W. Dempser (*Mothers of Srebrenica*).

oordeel gekomen. Hetzelfde geldt voor de overgrote meerderheid van wetenschappelijke auteurs.³⁰

Dat mensenrechtenverdragen bedoeld zijn om te gelden tijdens gewapend conflict, blijkt duidelijk uit de opschortingsclausules die zijn opgenomen in mensenrechtenverdragen. Artikel 15 van het EVRM bepaalt dat staten '[i]n tijd van oorlog of in geval van enig andere algemene noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt' maatregelen mogen nemen die afwijken van de in het EVRM opgenomen verplichtingen.³¹ Artikel 4 van het IVBPR bepaalt op zijn beurt dat dergelijke maatregelen genomen mogen worden genomen '[b]ij een algemene noodtoestand, die een bedreiging vormt voor het bestaan van het volk'.³² De verwijzing naar oorlog in het EVRM, die overigens ook is te vinden in het Amerikaans Verdrag voor de Rechten van de Mens,³³ maakt heel expliciet dat deze verdragen bedoeld zijn om te blijven gelden tijdens gewapend conflict. Immers, als zij automatisch buiten toepassing gesteld zouden worden in zulke omstandigheden zouden deze bepalingen hun nuttige effect verliezen. Hetzelfde geldt voor het IVBPR, waar oorlog weliswaar niet specifiek wordt genoemd, maar waar de 'algemene noodtoestand' waarnaar wordt verwezen door het IGH en het VN-Mensenrechtencomité zo is geïnterpreteerd dat dit gewapend conflict omvat.³⁴

Dezelfde conclusie vloeit voort uit de aard van de internationaalrechtelijke verplichtingen onder mensenrechtenverdragen. Omdat mensenrechtenverdragen een collectief belang dienen, gelden zij *erga omnes partes*: een staat is de daarin vervatte verplichtingen verschuldigd aan *alle* verdragspartijen.³⁵ Dit betekent onder meer dat twee verdragspartijen niet zomaar middels een bilateraal verdrag kunnen afwijken van mensenrechtelijke verplichtingen, die zij immers aan alle andere verdragspartijen verschuldigd zijn. In dat licht kan het evenzeer niet dat mensenrechtelijke verplichtingen buiten werking worden gesteld, vanwege een bilateraal gewapend conflict.³⁶

Onder het EVRM is de toepasselijkheid tijdens gewapend conflict, in elk geval extraterritoriaal, betrekkelijk recent hernieuwd ter discussie gesteld door de Grote-Kameruitspraak in *Georgië*/

30 Zie bijv. H. Duffy, 'Harmony or Conflict? The Interplay between Human Rights and Humanitarian Law in the Fight against Terrorism', in: L. van den Herik & N. Schrijver (red.), *Counter-Terrorism Strategies in a Fragmented International Legal Order: Meeting the Challenges*, Cambridge: Cambridge University Press 2013; L. van den Herik & H. Duffy, 'Human Rights Bodies and International Humanitarian Law: Common but Differentiated Approaches', in: C. Buckley, A. Donald & P. Leach (red.), *Towards Convergence in International Human Rights Law: Approaches of Regional and International Systems*, Leiden: Brill Nijhoff 2017; A. Clapham, 'The Complex Relationship Between the Geneva Conventions and International Human Rights Law', in: A. Clapham, P. Gaeta & M. Sassöli (red.), *The 1949 Geneva Conventions. A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2015.

31 Art. 15 lid 1 EVRM.

32 Art. 4 lid 1 IVBPR.

33 Art. 27 lid 1 AVRVM.

34 Advisory Opinion of the ICJ (8 juli 1996), *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, r.o. 25; General Comment No. 29 van het VN-Mensenrechtencomité (31 augustus 2001), *Article 4: Derogations during a State of Emergency*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, para. 3. Het Comité vereist daarbij wel dat het gewapende conflict een bedreiging vormt voor het bestaan van het volk.

35 Advisory Opinion of the ICJ (28 mei 1951), *Reservations to the Convention on Genocide*, p. 15 en 23; ICJ 20 juli 2012, I.C.J. Reports 2012, p. 422, r.o. 68 (*Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (België/Senegal)*); ECieRM 11 januari 1961, 788/60, p. 19 (*Oostenrijk/Italië*); IAHRM 24 september 1982, *Inter-American Court of Human Rights Series A No 2*, r.o. 29 (*The Effect of Reservations on the Entry Into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75)*).

36 Zie ook L. Hill-Cawthorne, 'Just Another Case of Treaty Interpretation? Reconciling Humanitarian Law and Human Rights Law in the ICJ', in: E. Bjorge & M. Andenas (red.), *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, p. 290-291.

Rusland (II).³⁷ Daar boog het Hof zich over de vraag of Rusland rechtsmacht had uitgeoefend op het territorium van Georgië tijdens het gewapende conflict daar in 2008. Kortgezegd oordeelde het Hof dat een onderscheid moest worden gemaakt tussen de ‘vijfdaagse oorlog’ waarin Russische strijdkrachten Georgië binnentrokken, en de fase daarna waarin Zuid-Ossetië en Abchazië bezet werden.³⁸ Het ging dus om de vraag of Rusland *extraterritoriaal* rechtsmacht had uitgeoefend, hetgeen in de jurisprudentie van het Hof hoe dan ook alleen in exceptionele omstandigheden het geval is – namelijk primair waar een staat ofwel effectieve controle uitoefende over een territorium buiten zijn eigen grondgebied, ofwel middels zijn staatsfunctionarissen gezag of controle uitoefende over individuen.³⁹ Maar in *Georgië/Rusland (II)* formuleerde het Hof een uitzondering hierop: de voor rechtsmacht vereiste controle kan, aldus het Hof, niet worden uitgeoefend tijdens de ‘active phase of hostilities’ van een internationaal gewapend conflict, waar de ‘context of chaos’ die gepaard gaat met partijen die strijden om controle over territorium te vestigen, verhindert dat zij rechtsmacht uitoefenen.⁴⁰ Dat leidde het Hof tot de conclusie dat Rusland wél rechtsmacht had uitgeoefend tijdens de bezettingsfase van het conflict, maar niet tijdens de ‘actieve fase van vijandelijkheden’ (met een aantal uitzonderingen, primair individuen die tijdens die fase gevangengenomen waren).⁴¹

De redenen die het Hof geeft voor deze lezing, zijn deels van praktische aard, en deels van juridische aard. Vanuit praktisch perspectief noemt het Hof de aantallen slachtoffers, incidenten, en de moeilijkheid om feiten vast te stellen;⁴² vanuit juridisch perspectief wijst het op ‘the fact that such situations are predominantly regulated by legal norms other than those of the Convention (specifically, international humanitarian law or the law of armed conflict)’.⁴³ Daaraan voegt het ten slotte nog toe dat het aan de verdragstaten is om een ‘rechtsbasis’ te verschaffen als het Hof wél over dergelijke zaken zou moeten oordelen.⁴⁴ Enerzijds is dit een positie die begrip wekt: het EHRM zou inderdaad geconfronteerd worden met grote aantallen zaken die een grote wissel zouden kunnen trekken op de werklust van het Hof. De juridische redenen die het Hof aandraagt, daarentegen, zijn minder overtuigend.⁴⁵ Er is al een rechtsbasis voor het EHRM om het EVRM toe te passen tijdens gewapend conflict; mensenrechten blijven immers gelden, en het heeft zelf meermaals geoordeeld dat het in dit type gevallen het EVRM moet uitleggen in het licht van toepasselijke regels van het HOR. Het heeft dit ook veelvuldig gedaan, net als andere mensenrechtencomités en -hoven. Daarmee zou het Hof wellicht beter een beroep hebben kunnen doen op praktische ondersteuning voor dit type zaken, dan een juridische basis. Wat daar ook van zij, nu 26 staten gezamenlijk interveniëren in de zaak *Oekraïne/Rusland (X)* die gaat over de huidige invasie, kan worden gespeculeerd dat deze meerderheid van Verdragstaten

37 EHRM 21 januari 2021, 38263/08, m.nt. M.C. Zwanenburg & F. Tan (*Georgië/Rusland (II)*).

38 EHRM 21 januari 2021, 38263/08, m.nt. M.C. Zwanenburg & F. Tan, r.o. 83 (*Georgië/Rusland (II)*).

39 EHRM 21 januari 2021, 38263/08, m.nt. M.C. Zwanenburg & F. Tan, r.o. 115 (*Georgië/Rusland (II)*); EHRM 30 november 2022, 8019/16, 43800/14 en 28525/20, NJ 2023/175, m.nt. Lawson, r.o. 559 (*Oekraïne en Nederland/Rusland*).

40 EHRM 21 januari 2021, 38263/08, m.nt. M.C. Zwanenburg & F. Tan, r.o. 126 en 137 (*Georgië/Rusland (II)*).

41 EHRM 21 januari 2021, 38263/08, m.nt. M.C. Zwanenburg & F. Tan, r.o. 175, 239 en 269 (*Georgië/Rusland (II)*).

42 EHRM 21 januari 2021, 38263/08, m.nt. M.C. Zwanenburg & F. Tan, r.o. 141 (*Georgië/Rusland (II)*).

43 EHRM 21 januari 2021, 38263/08, m.nt. M.C. Zwanenburg & F. Tan, r.o. 141 (*Georgië/Rusland (II)*).

44 EHRM 21 januari 2021, 38263/08, m.nt. M.C. Zwanenburg & F. Tan, r.o. 142 (*Georgië/Rusland (II)*).

45 Nader, zie Tan 2023 (*supra* noot 19), p. 344-8; H. Duffy, ‘Georgia v. Russia: Jurisdiction, Chaos and Conflict at the European Court of Human Rights’, *Just Security* 2021, <https://justsecurity.org/74465/georgia-v-russia-jurisdiction-chaos-and-conflict-at-the-european-court-of-human-rights/> (laatst geraadpleegd 4 oktober 2023).

dat zal doen om Oekraïne te ondersteunen, en dat zij daarmee ook onderschrijven dat het EVRM toegepast kan en moet worden tijdens een internationaal gewapend conflict.⁴⁶

De uitspraak in *Georgië/Rusland (II)* heeft hernieuwde belangstelling opgeroepen over de vraag of het EVRM nu wel van toepassing blijft tijdens gewapend conflict, in elk geval waar het de extraterritoriaal opererende staat betreft.⁴⁷ In zijn Grote Kamerbeslissing in *Oekraïne en Nederland/Rusland*, over het conflict in het oosten van Oekraïne en het neerhalen van vlucht MH17, heeft het Hof daarover duidelijkheid verschaft. Het Hof overwoog:

‘there can be no doubt that a State may have extraterritorial jurisdiction in respect of complaints concerning events which occurred while active hostilities were taking place. The *Georgia v. Russia (II)* judgment cannot, therefore, be seen as authority for excluding entirely from a State’s Article 1 jurisdiction a specific temporal phase of an international armed conflict.’⁴⁸

Het is, met andere woorden, dus zeker niet zo dat het EVRM automatisch buiten werking wordt gesteld wanneer staten buiten hun grondgebied verwickeld zijn in actieve gevechten. Of er sprake is van een ‘context of chaos’ moet op basis van de geldende feiten worden vastgesteld, en alleen als daarvan sprake is, zal de in *Georgië/Rusland (II)* geformuleerde exceptie op rechtsmacht in werking treden. Hoe het Hof zal invullen wat een ‘active phase of hostilities’ is, en welke criteria het zal formuleren voor wat een ‘context of chaos’ behelst, zal in nadere jurisprudentie moeten worden uitgewerkt. Wellicht dat het Hof in de meritesfase van de zaken van Oekraïne en Nederland tegen Rusland, en in de interstatelijke klachten van Armenië en Azerbeidzjan over Nagorno-Karabach, daarover meer duidelijkheid zal geven.⁴⁹

Dát mensenrechten van toepassing zijn, en blijven, tijdens gewapend conflict, is gelet op het bovenstaande duidelijk. De relevante discussie verschuift daarmee van de vraag *of* mensenrechten van toepassing zijn, naar *hoe* ze van toepassing zijn, en hoe ze zich verhouden tot de regels van het HOR. De volgende paragrafen bezien dat met betrekking tot onderzoeksverplichtingen, en nemen daarbij ook in ogenschouw hoe het EHRM en het VN-Mensenrechtencomité het HOR betrekken in hun oordelen.

3.2 De interpretatie van mensenrechten tijdens gewapend conflict en de rol van het HOR

Als mensenrechtenverdragen van toepassing blijven tijdens gewapend conflict, doemt al gauw de vraag op hoe de mensenrechtennormen zich dan verhouden tot het humanitair oorlogsrecht. Dat rechtsgebied vindt immers zijn bestaansrecht in het reguleren van gewapend conflict, en het mitigeren van oorlogslijden.⁵⁰ De vraag naar hoe mensenrechtenorganen het HOR betrekken

46 Zie het persbericht van het EHRM, <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7442168-10192988> (laatst geraadpleegd 4 oktober 2023).

47 Nader, zie F. Tan & M. Zwanenburg, ‘One Step Forward, Two Steps Back? *Georgia v Russia (II)*’, *European Court of Human Rights*, Appl No 38263/08’, *Melbourne Journal of International Law* 2021, p. 136.

48 Zie verder EHRM 30 november 2022, 8019/16, 43800/14 en 28525/20, NJ 2023/175, m.nt. Lawson, r.o. 558 (*Oekraïne en Nederland/Rusland*).

49 Deze zaken zijn hangende bij de Grote Kamer, zie EHRM, 47319/20 (*Azerbeidzjan/Armenië*); EHRM, 42521/20 (*Armenië/Azerbeidzjan*).

50 Advisory Opinion of the ICJ (8 juli 1996), *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, p. 226, r.o. 78.

bij hun oordelen treedt vooral op de voorgrond waar het HOR regels stelt die afwijken van mensenrechtennormen. Pas dan zal het HOR immers mogelijk tot een andere beoordeling leiden. Vooral waar het de toepassing van dodelijk geweldgebruik en het recht op leven, en vrijheidsontneming en het recht op vrijheid betreft, is dit mogelijk het geval.⁵¹ Daar laat het HOR namelijk toe dat dodelijk geweld wordt gebruikt louter op basis van de status van combattant, iets dat onder mensenrechtennormen niet voorzien is.⁵² Verder staat het HOR het nemen van krijgsgevangenen toe, wederom op basis van combattantenstatus, en de veiligheidsinternering van burgers, hetgeen onder mensenrechtennormen niet kan.⁵³ Deze paragraaf beziet kort hoe het VN-Mensenrechtencomité en het EHRM het HOR hebben betrokken in hun toepassing van mensenrechten tijdens gewapend conflict.⁵⁴

Het VN-Mensenrechtencomité heeft zich in *General Comments* meermaals uitgelaten over hoe het IVBPR zich verhoudt tot het HOR. In *General Comment 31*, over de algemene verplichtingen die voortvloeien uit artikel 2 van het IVBPR, overwoog het Comité dat

‘the Covenant applies also in situations of armed conflict to which the rules of international humanitarian law are applicable. While, in respect of certain Covenant rights, more specific rules of international humanitarian law may be specially relevant for the purposes of the interpretation of Covenant rights, both spheres of law are complementary, not mutually exclusive.’⁵⁵

Wat het complementaire karakter van het HOR precies behelst, heeft het later nader uitgewerkt in zijn *General Comments 35* en *36*, over het recht op vrijheid en het recht op leven. Daarin stelt het Comité dat ‘[s]ecurity detention authorized and regulated by and complying with international humanitarian law in principle is not arbitrary’,⁵⁶ en dat ‘[u]se of lethal force consistent with international humanitarian law and other applicable international law norms is, in general, not arbitrary.’⁵⁷ De vraag of een vrijheidsontneming of levensberoving ‘willekeurig’ is in de zin van het IVBPR, wordt daarom ingekleurd door de regels van het HOR. In essentie betreft het hier een vorm van systemische integratie, een vorm van verdragsinterpretatie waarin normen van een verdrag worden uitgelegd aan de hand van andere toepasselijke regels van internationaal recht.⁵⁸ Ook het IGH en het IAHRM hebben op deze wijze mensenrechtennormen uitgelegd

51 Zie bijv. M. Sassòli & L. Olson, ‘The Relationship between International Humanitarian and Human Rights Law Where It Matters: Admissible Killing and Internment of Fighters in Non-International Armed Conflicts’ *International Review of the Red Cross* 2008, p. 599 .

52 Zie in het bijzonder de regels omtrent aanvallen onder het HOR, vervat in Additioneel Protocol I bij de Verdragen van Genève, art. 49-58.

53 Verdrag van Genève betreffende de behandeling van krijgsgevangenen, art. 4A en 21; Verdrag van Genève betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd, art. 42 en 78.

54 Nader, zie Tan 2023 (*supra* noot 19).

55 General Comment No. 31 van het VN-Mensenrechtencomité (26 mei 2004), *The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 11.

56 General Comment No. 35 van het VN-Mensenrechtencomité (16 december 2014), on *Article 9, Liberty and security of person*, CCPR/C/GC/35, para. 64.

57 General Comment No. 36 van het VN-Mensenrechtencomité (30 oktober 2018), *Article 6: right to life*, CCPR/C/GC/36, para. 64.

58 Weens Verdragenverdrag, art. 31, lid 3, sub c. Nader, zie C. McLachlan, ‘The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention’, *International and Comparative Law Quarterly* 2005, p. 279.

in het licht van toepasselijke regels van het HOR.⁵⁹ Deze benadering is open ten aanzien van het HOR: waar van toepassing, vult het HOR in wat er onder mensenrechtennormen is vereist.

Het EHRM heeft een ander pad bewandeld, waarbij het lange tijd weinig tot geen verwijzingen naar het HOR opnam in zijn uitspraken. Een gelijklopende interpretatie als onder het IVBPR is ook niet direct mogelijk, omdat de bepalingen van het EVRM anders zijn geformuleerd. Het EVRM verbiedt geen 'willekeurige' vrijheids- en levensberovingen, maar zet uiteen dat dergelijke inbreuken slechts gerechtvaardigd kunnen zijn op basis van een limitatief opgesomd lijstje gronden.⁶⁰ Vrijheids- of levensberoving op grond van het HOR staat niet in dat lijstje. Daarmee is een harmonieuze interpretatie, zoals onder het IVBPR, niet voorhanden.

Historisch gezien heeft het EHRM in zaken die voortvloeiden uit niet-internationaal gewapende conflicten in Tsjetsjenië geoordeeld dat het, zolang de verwerende staat geen notificatie van opschorting onder artikel 15 had gegeven, het zaken beoordeelde tegen een 'normal legal background'.⁶¹ Bij tijd en wijle vlocht het wel HOR-taalgebruik door zijn uitspraken heen, zoals verwijzingen naar 'incidental loss of civilian life',⁶² 'legitimate targets',⁶³ of 'use of indiscriminate weapons',⁶⁴ maar het deed dit niet in de strikte betekenis die het HOR daaraan toekent.⁶⁵ Daarmee speelde het HOR geen rol van betekenis in de jurisprudentie. Het Hof keek veeleer naar de feitelijke omstandigheden, en paste het EVRM dan contextsensitief toe, waarbij staatsverplichtingen niet zodanig moeten worden uitgelegd dat ze onrealistische lasten opleggen.⁶⁶

Meer recent heeft het Hof een andere benadering gekozen, en het HOR meer expliciet betrokken bij zijn oordeelsvorming. In 2009 oordeelde het Hof al in *Varnava e.a./Turkije* dat het recht op leven

'must be interpreted in so far as possible in light of the general principles of international law, including the rules of international humanitarian law which play an indispensable and universally accepted role in mitigating the savagery and inhumanity of armed conflict'.⁶⁷

Na dit schot voor de boeg bleef het lange tijd stil. Intussen heeft het Hof in een aantal zaken echter een methodologie ontwikkeld om met het samenspel van het EVRM met het HOR om te gaan. In *Hassan/Verenigd Koninkrijk* nam het de significante beslissing dat detentie die was toegestaan onder het HOR, onder een aantal voorwaarden kon worden ingelezen in de tot dan toe limitatieve lijst van detentiegronden in artikel 5, ook zonder dat een staat een notificatie

59 Advisory Opinion of the ICJ (8 juli 1996), *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, r.o. 25; Advisory Opinion of the ICJ (9 juli 2004), *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, r.o. 106; IAHRM 30 november 2012, Inter-American Court of Human Rights Series C No 259, para. 24 (*Santo Domingo Massacre/Colombia*).

60 Art. 2, lid 2, EVRM en art. 5, lid 1, EVRM.

61 EHRM 24 februari 2005, 57950/00, r.o. 191 (*Isayeva/Rusland*); Duffy en Van den Herik 2017 (*supra* noot 30), p. 502.

62 EHRM 24 februari 2005, 57950/00, r.o. 176 (*Isayeva/Rusland*); EHRM 28 juli 1998, 23818/94, r.o. 79 (*Ergi/Turkije*).

63 EHRM 24 februari 2005, 57947/00 57948/00 57949/00, r.o. 175 (*Isayeva, Yusupova en Bazayeva/ Rusland*).

64 EHRM 24 februari 2005, 57950/00, r.o. 191 (*Isayeva/Rusland*).

65 W. Abresch, 'A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya', *European Journal of International Law* 2005, p. 746.

66 Zie bijv. EHRM 27 september 1995, 18984/91, r.o. 200 (*McCann e.a./Verenigd Koninkrijk*); Duffy 2013 (*supra* noot 30), p. 514-515; J. Chevalier-Watts, 'Effective Investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?', *European Journal of International Law* 2010, p. 709.

67 EHRM 18 september 2009, 16064/90 etc., r.o. 185 (*Varnava e.a./Turkije*).

had gegeven onder artikel 15.⁶⁸ Vervolgens heeft het Hof in *Georgië/Rusland (II)* principiëler uitgemaakt dat het per verdragsartikel en specifieke feitelijke context moet beoordelen of er sprake is van een conflict tussen het HOR en het EVRM.⁶⁹ Als daarvan geen sprake is, kan het EVRM gewoon worden toegepast. Hoe het Hof precies zal omgaan met normatieve conflicten tussen beide rechtsregimes heeft het echter nog niet nader bepaald – en of het HOR daarbij ook onder het recht op leven een uitzondering op het EVRM rechtvaardigt, blijft daarmee een heet hangijzer. Het lijkt erop dat het Hof dit punt in zijn uitspraak op de merites in *Oekraïne en Nederland/Rusland* zal beslechten.⁷⁰

Onder het IVBPR bestaat daarmee een open houding ten aanzien van het HOR, terwijl dit onder het EVRM historisch niet zo was, maar wel steeds meer het geval lijkt te worden. In paragraaf 4 van dit artikel zal nader worden ingegaan op hoe het HOR wordt betrokken bij de uitleg van onderzoeksverplichtingen onder beide verdragen.

4 Onderzoeksverplichtingen onder het IVBPR en EVRM tijdens gewapend conflict

4.1 Introductie

Hierboven is reeds uiteengezet dat het IVBPR en EVRM blijven gelden tijdens gewapend conflict. Datzelfde geldt voor de onderzoeksplicht. Het VN-Mensenrechtencomité heeft geoordeeld dat staten ‘must (...) investigate alleged or suspected violations of article 6 [het recht op leven] in situations of armed conflict in accordance with the relevant international standards’.⁷¹ Het EHRM heeft op zijn beurt geoordeeld dat ‘the procedural obligation under Article 2 continues to apply in difficult security conditions, including in a context of armed conflict’,⁷² en ook tijdens ‘violent armed clashes’ in de context niet-internationaal gewapende conflicten.⁷³ Uit de jurisprudentie blijkt dat dit geldt waar staten verwickeld zijn in internationale of niet-internationale gewapende conflicten, zowel territoriaal als extraterritoriaal.⁷⁴ Misschien is dat ook niet verwonderlijk, gezien de enorme kwetsbaarheid van mensen tijdens gewapend conflict. Onderzoek is nodig om ervoor te zorgen dat oorlogsslachtoffers weten wat hen is overkomen, een mogelijkheid te geven gerechtigheid te bewerkstelligen, en om rekenschap zeker te stellen.

68 EHRM 16 september 2014, 29750/09, r.o. 101-104 en 107 (*Hassan/Verenigd Koninkrijk*).

69 EHRM 21 januari 2021, 38263/08, m.nt. M.C. Zwanenburg & F. Tan, r.o. 95 (*Georgië/Rusland (II)*).

70 EHRM 30 november 2022, 8019/16, 43800/14 en 28525/20, NJ 2023/175, m.nt. Lawson, r.o. 720 (*Oekraïne en Nederland/Rusland*).

71 General Comment No. 36 van het VN-Mensenrechtencomité (30 oktober 2018), *Article 6: right to life*, CCPR/C/GC/36, para. 64.

72 EHRM 7 juli 2011, 55721/07, r.o. 164 (*Al-Skeini e.a./Verenigd Koninkrijk*).

73 EHRM 19 februari 1998, 22729/93, r.o. 91 (*Kaya/Turkije*). Zie ook P. Leach, ‘The Chechen Conflict: Analysing the Oversight of the European Court of Human Rights’, *European Human Rights Law Review* 2008, p. 732; P. Leach, ‘Egregious Human Rights Violations in Chechnya: Appraising the Pursuit of Justice’, in: L. Mälksoo & W. Benedek (red.), *Russia and the European Court of Human Rights*, vol 1, Cambridge: Cambridge University Press 2017.

74 Extraterritoriale IACs: EHRM 7 juli 2011, 55721/07, r.o. 164 (*Al-Skeini e.a./Verenigd Koninkrijk*); EHRM 21 januari 2021, 38263/08, m.nt. M.C. Zwanenburg & F. Tan, r.o. 328-332 (*Georgië/Rusland (II)*); territoriale IACs: EHRM 29 april 2010, 7864/06 (*Çakir e.a./Cyprus*); extraterritoriale NIACs: EHRM 16 februari 2021, 4871/16 (*Hanan/Duitsland*); territoriale NIACs: EHRM 24 februari 2005, 57950/00 (*Isayeva/Rusland*).

Niettemin kan het gebruik van dodelijk geweld tijdens een gewapend conflict snel oplopen, zo zijn er naar schatting in het eerste jaar van het conflict in Oekraïne alleen al aan Russische zijde tot tweehonderdduizend strijders gewond geraakt of gesneuveld.⁷⁵ Gelet op de reikwijdte van de verplichting tot het doen van onderzoek, naar ieder dodelijk geweldgebruik door agenten van de staat, betekent dit in beginsel dat er een zeer vergaande verplichting bestaat om onderzoek te doen naar vele duizenden en zelfs honderdduizenden geweldsincidenten. Dat roept de vraag op of dit realistisch is.⁷⁶ Bovendien is de vraag of tijdens een gewapend conflict de gebruikelijke onderzoeksstandaarden wel kunnen gelden: waar normaliter de politie een plaats delict kan afsluiten en in isolatie kan onderzoeken, is dat tijdens actieve gevechten in een gewapend conflict toch wel anders. Paragraaf 4 beziet hoe dit onder het IVBPR en EVRM is geregeld.

4.2 De Notstandfeste status van onderzoeksverplichtingen

Alvorens nader in te gaan op de precieze reikwijdte en inhoud van onderzoeksverplichtingen tijdens gewapend conflict, is een relevante vraag of deze verplichting niet kan worden opgeschort. Artikel 4 IVBPR en artikel 15 EVRM bieden staten immers de mogelijkheid om, onder meer tijdens gewapend conflict, in die verdragen vervatte rechten op te schorten om een noodsituatie het hoofd te bieden. Maar precies de rechten die het meest relevant zijn voor onderzoeksverplichtingen tijdens gewapend conflict zijn niet-opschortbaar. Onder zowel het EVRM als het IVBPR zijn, onder meer, het recht op leven, het verbod op foltering en onmenselijke behandeling en bestraffing, en het slavernijverbod niet-opschortbaar.⁷⁷ Het VN-Mensenrechtencomité heeft daarnaast geoordeeld dat de procedurele waarborgen die noodzakelijk zijn om deze rechten te waarborgen ook niet-opschortbaar zijn – net als het recht op een effectief rechtsmiddel.⁷⁸ Het recht op vrijheid is wel opschortbaar, maar naar schendingen van dat recht is onderzoek onder bestaande jurisprudentie alleen vereist waar het gaat om gedwongen verdwijningen en *incommunicado* detentie – praktijken die ook in strijd komen met andere niet-opschortbare rechten, en bovendien ook na opschorting verboden zijn.⁷⁹ Daarmee kan, onder beide verdragsregimes, de onderzoeksverplichting niet worden opgeschort ten aanzien van de tijdens gewapend conflict meest relevante rechten.⁸⁰

Voor zover onder het EVRM wel een opschorting van het recht op leven mogelijk zou zijn, ingevolge de bepaling dat artikel 15 'geen enkele afwijking toe[staat] van artikel 2, behalve

75 Zie bijv. G. Oost, 'VK: 200.000 Russische slachtoffers sinds oorlog in Oekraïne', *NRC* 18 februari 2023.

76 Zie N.Quénivet, 'The Obligation to Investigate After a Potential Breach of Article 2 ECHR in an Extra-Territorial Context: Mission Impossible for the Armed Forces?' *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2019, p. 119.

77 Art. 15, lid 2, EVRM; art. 4, lid 2, IVBPR.

78 General Comment No. 29 van het VN-Mensenrechtencomité (31 augustus 2001), *Article 4: Derogations during a State of Emergency*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, para. 14-15.

79 Zie bijv. General Comment No. 35 van het VN-Mensenrechtencomité (16 december 2014), on *Article 9, Liberty and security of person*, CCPR/C/GC/35, para. 55 en 65-66.

79 General Comment No. 36 van het VN-Mensenrechtencomité (30 oktober 2018), *Article 6: right to life*, CCPR/C/GC/36, para. 67.

80 Expliciet t.a.v. het recht op leven, zie General Comment No. 36 van het VN-Mensenrechtencomité (30 oktober 2018), *Article 6: right to life*, CCPR/C/GC/36, para. 64.

ingeval van dood als gevolg van rechtmatige oorlogshandelingen', wordt hieronder nader ingegaan.⁸¹

4.3 Reikwijdte van de onderzoeksplicht tijdens gewapend conflict

Hierboven bleek dat onderzoeksverplichtingen blijven gelden tijdens gewapend conflict, en niet kunnen worden opgeschort. Dan is de volgende relevante vraag *hoe* ze worden toegepast tijdens gewapend conflict. Wat kan worden verwacht van een staat die verwickeld is in een conflict?

De reikwijdte van de onderzoeksplicht is door zowel het VN-Mensenrechtencomité als het EHRM in beginsel gelijkloidend toegepast als in situaties van vrede. Daarbij passen twee kanttekeningen, ten aanzien van het recht op leven, en ten aanzien van extraterritoriale toepassing.

4.3.1 *Het recht op leven*

Voor wat betreft het recht op leven, is hierboven reeds aangehaald dat het VN-Mensenrechtencomité heeft bevonden dat tijdens gewapend conflict *schendingen* van het recht op leven onderzocht moeten worden. Daarnaast heeft het Comité echter ook geoordeeld dat tijdens gewapend conflict levensberovingen die in lijn zijn met het humanitair oorlogsrecht in beginsel niet willekeurig zijn.⁸² Dat betekent dat levensberovingen in lijn met het HOR, zoals het doden van combattanten, geen onderzoek vereisen onder het IVBPR. Daar past echter nog een *caveat* bij: het Comité heeft daarnaast geoordeeld dat waar een staat een agressieoorlog voert, iedere levensberoving een schending van het recht op leven behelst, óók wanneer deze in lijn zijn met het HOR.⁸³ Ten aanzien van de huidige invasie van Oekraïne, zou dat betekenen dat iedere dodelijke aanval door Rusland, ongeacht of deze Oekraïense strijdkrachten of burgers tot doelwit heeft, een schending van het IVBPR behelst. Waar onder het IVBPR dus enerzijds rekening wordt gehouden met de realiteit van gewapend conflict en in dat licht niet ieder dodelijk geweldgebruik onderzoek vereist, geldt dat anderzijds niet voor een staat die een agressieoorlog voert. Een dergelijke scheiding lijkt enerzijds logisch. Waarom zou een staat die een agressieoorlog initieert, daaruit profijt kunnen trekken door minder belastende juridische standaarden te hoeven naleven?⁸⁴ Anderzijds raakt dit een van de pijlers van het HOR, waar gelijkheid van strijdende partijen centraal staat: het is een pragmatisch rechtsgebied dat regels stelt om menselijk lijden ten gevolge van gewapend conflict te verminderen, zonder partij te kiezen aan de hand van wie een gerechtvaardigde strijd voert.

Onder het EVRM heeft het EHRM vooralsnog geen uitzondering geformuleerd voor de reikwijdte van de onderzoeksplicht onder artikel 2. In zaken waarin burgerdoden vielen tijdens de bezetting in Irak of luchtaanvallen in Afghanistan, of tijdens het conflict tussen Cyprus en

81 Art. 15, lid 2, EVRM.

82 General Comment No. 36 van het VN-Mensenrechtencomité (30 oktober 2018), *Article 6: right to life*, CCPR/C/GC/36, para. 64.

83 General Comment No. 36 van het VN-Mensenrechtencomité (30 oktober 2018), *Article 6: right to life*, CCPR/C/GC/36, para. 70.

84 Zie P. Kempees, *Thoughts on Article 15 of the European Convention on Human Rights*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2017.

Turkije, of waar doden vielen bij geweld in Tsjetsjenië, het zuidoosten van Turkije en Noord-Ierland, heeft het Hof bevonden dat de onderzoeksverplichting onder artikel 2 van toepassing is – ongeacht het bestaan van een internationaal of niet-internationaal gewapend conflict. Niettemin is dit nooit tot op het scherpst van de snede op de proef gesteld: er zijn geen zaken aangebracht bij het EHRM waarin bijvoorbeeld expliciet werd geklaagd dat onderzoek had moeten worden ingesteld naar het doden van combattanten tijdens een internationaal gewapend conflict, waar het HOR dergelijk geweld eenduidig als toelaatbaar aanmerkt. Het Hof heeft geoordeeld dat het EVRM, en ook het recht op leven, zo veel mogelijk geïnterpreteerd moeten worden in het licht van de toepasselijke regels van het HOR.⁸⁵ Maar het heeft dat voorsnog nog nooit gedaan in de context van artikel 2. Eerder was de verwachting dat het dit in *Georgië/Rusland (II)* voor het eerst zou doen,⁸⁶ maar gezien de bevinding dat er, kort gezegd, geen Russische rechtsmacht was tijdens de actieve vijandelijkheden, is dat oordeel er niet gekomen. Het zal er nu van moeten komen in de zaak *Oekraïne en Nederland/Rusland*, waar het Hof in zijn ontvankelijkheidsbeslissing heeft aangekondigd dat het in de meritesfase op deze vraag zal ingaan.⁸⁷

Gezien die stand van zaken is het voorsnog onduidelijk of er een onderzoekspllicht bestaat ten aanzien van dodelijk geweldgebruik dat in lijn is met het HOR. Daarbij kan worden gedacht aan het opzettelijk doden van combattanten en burgers die rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden, maar ook – afhankelijk van de omstandigheden – aan burgerdoden die het gevolg zijn van een aanval op een militair doel, of burgerslachtoffers die ondanks het nemen van alle mogelijke voorzorgsmaatregelen het gevolg zijn van een foutieve classificatie als militair doelwit.⁸⁸ Omdat de onderzoekspllicht ten doel stelt vast te stellen of geweldgebruik *onrechtmatig* was, hangt de reikwijdte van de onderzoekspllicht samen met de uitleg van materiële verplichtingen onder het recht op leven. Worden die in het licht van het HOR aangepast, dan volgt de onderzoekspllicht. Een eventuele rechtsbasis daarvoor kan worden gevonden in artikel 15 lid 2 EVRM, waarin bepaald is dat opschortingen van artikel 2 niet mogelijk zijn, behoudens ‘ingeval van dood als gevolg van rechtmatige oorlogshandelingen’. In *Hassan/Verenigd Koninkrijk* oordeelde het Hof al eerder dat onder een aantal voorwaarden van de limitatieve lijst van detentiegonden in artikel 5 kan worden afgeweken, wanneer het HOR een expliciete rechtsbasis biedt voor detentie – en dat dit gezien de praktijk van staten om *niet* te derogeren, ook kon *zonder* derogatie.⁸⁹ Eenzelfde redenering is mogelijk onder artikel 2, maar deze is nog niet toegepast.

De enige zaak waar voorsnog op kan worden gewezen in deze context, is die van *Hanan/Duitsland*.⁹⁰ Die zaak betrof een luchtbombardement in Afghanistan met burgerdoden tot gevolg, onder verantwoordelijkheid van een Duitse kolonel. Het Duitse strafonderzoek had zich toegespitst op de vraag wat de kolonel wist of had moeten weten ten tijde van zijn fiat voor de

85 EHRM 18 september 2009, 16064/90 etc., r.o. 185 (*Varnava e.a./Turkije*).

86 F. Hampson, ‘Article 2 of the Convention and Military Operations during Armed Conflict’, in: L. Early et al. (red.), *The Right to Life under Article 2 of the European Convention on Human Rights. Twenty Years of Legal Developments since McCann v. the United Kingdom*. In Honour of Michael O’Boyle, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2016.

87 EHRM 30 november 2022, 8019/16, 43800/14 en 28525/20, NJ 2023/175, m.nt. Lawson, r.o. 720 (*Oekraïne en Nederland/Rusland*).

88 Zie in het bijzonder de regels omtrent aanvallen onder het HOR, vervat in Additioneel Protocol I bij de Verdragen van Genève, art. 49-58.

89 EHRM 16 september 2014, 29750/09, r.o. 101-104 en 107 (*Hassan/Verenigd Koninkrijk*).

90 EHRM 16 februari 2021, 4871/16 (*Hanan/Duitsland*).

aanval – zijn *mens rea*. Die vraag is beslissend voor de rechtmatigheid van de aanval onder het HOR, maar is niet per definitie maatgevend voor een toets onder het EVRM. Toch gaat het Hof hierin mee. Sterker nog, het Hof overweegt expliciet dat het precieze aantal doden dat was gevallen, waar het strafonderzoek door de actieve gevechten in Afghanistan geen zekerheid over had kunnen stellen, hoe dan ook niet relevant was voor het vaststellen van de rechtmatigheid van de aanval.⁹¹ Daarmee achtte het Hof *de facto* de rechtmatigheid onder het HOR maatgevend in zijn analyse van de effectiviteit van het onderzoek door Duitsland. Dat is voor het eerst, en van groot belang voor de maatstaven waaraan het handelen van strijdkrachten tijdens gewapend conflict moeten voldoen. In deze benadering blijft het HOR daarbij de toetssteen.

Hierbij past wel de kanttekening dat in de omstandigheden van het geval, waar een luchtaanval was uitgevoerd tijdens een extraterritoriaal niet-internationaal gewapend conflict waar geen controle bestond over territorium, er naar alle waarschijnlijkheid geen sprake was geweest van rechtsmacht in de zin van artikel 1 EVRM onder de materiële tak van het recht op leven, en de materiële standaarden onder dat recht, en wellicht om die reden ook niet als maatstaf hadden kunnen gelden. Omdat klagers slechts onder de procedurele tak hadden geklaagd, is dit punt niet door het Hof ter discussie gesteld. Ook het betoog van een aantal interveniërende staten dat het HOR als *lex specialis* moest worden gehanteerd, is daarom niet door het Hof geadresseerd. Al met al blijft het daarom de vraag hoe het Hof de materiële spanning tussen het HOR en artikel 2 EVRM beziet, en daarmee ook wat de materiële reikwijdte is van de onderzoeksverplichting.

4.3.2 Extraterritoriale toepassing van de onderzoeksverplichting tijdens gewapend conflict

Een volgende kanttekening past ten aanzien van de extraterritoriale toepasselijkheid van de onderzoeksverplichting. Dat is niet hetzelfde als toepasselijkheid tijdens gewapend conflict, maar er bestaat wel een verband tussen de twee. Ten eerste is het praktisch gezien, vooral voor Europese staten, vaak het geval dat hun strijdkrachten worden ingezet buiten hun eigen grondgebied. Denk aan de inzet door NAVO-landen in Afghanistan,⁹² Irak⁹³ en Syrië.⁹⁴ In Syrië zijn bovendien ook Turkije en Rusland militair aanwezig. En dan is er nog de militaire inzet van Turkije in Cyprus,⁹⁵ van Rusland in Georgië,⁹⁶ Moldavië⁹⁷ en Oekraïne,⁹⁸ enzovoorts. In een internationaal gewapend conflict zal per definitie minimaal een van de twee partijen extraterritoriaal opereren. Ten tweede is er onder het EVRM, zoals in paragraaf 2 reeds aangestipt, jurisprudentie die een uitzondering formuleert voor de extraterritoriale uitoefening van rechtsmacht specifiek voor een ‘actieve fase van vijandelijkheden’ van een internationaal gewapend conflict. Daarom wordt hier kort op deze materie ingegaan.

Onder het IVBPR is de extraterritoriale toepasselijkheid van de onderzoeksverplichting gekoppeld aan de toepasselijkheid van de materiële verplichtingen onder het verdrag. In *General Comment*

91 EHRM 16 februari 2021, 4871/16, r.o. 218 (*Hanan/Duitsland*).

92 EHRM 16 februari 2021, 4871/16, r.o. 218 (*Hanan/Duitsland*).

93 EHRM 7 juli 2011, 55721/07 (*Al-Skeini e.a./Verenigd Koninkrijk*).

94 T. Gill, ‘Classifying the Conflict in Syria’, *International Law Studies* 2016, p. 353.

95 EHRM 10 mei 2001, 25781/94 (*Cyprus/Turkije*).

96 EHRM 21 januari 2021, 38263/08, m.nt. M.C. Zwanenburg & F. Tan (*Georgië/Rusland (II)*).

97 EHRM 8 juli 2004, 48787/99 (*Ilaşcu e.a./Moldavië en Rusland*).

98 EHRM 30 november 2022, 8019/16, 43800/14 en 28525/20, NJ 2023/175, m.nt. Lawson (*Oekraïne en Nederland/Rusland*), en de inmiddels met deze zaak gevoegde interstatelijke zaak over de invasie.

36 heeft het VN-Mensenrechtencomité daarover gesteld dat het recht op leven van toepassing is wanneer staten controle uitoefenen over een territorium of een persoon, maar ook over individuen ‘whose right to life is (...) impacted by its military or other activities in a direct and reasonably foreseeable manner’.⁹⁹ Deze laatste vorm van rechtsmacht, die ook wel wordt aangeduid als een functionele benadering van rechtsmacht, is extensiever dan de eerdere twee. Redelijkerwijs voorzienbare *impact*, op *een recht*, is immers iets heel anders dan fysieke controle over *een persoon*. Daarmee komen onder deze laatste benadering ook militaire operaties in beeld waar bijvoorbeeld slechts vanuit de lucht aanvallen worden uitgevoerd, waar immers in veel gevallen redelijkerwijs voorzienbaar is dat het recht op leven van individuen op de grond in het geding komt. Daarmee lijkt aannemelijk dat het IVBPR op vele extraterritoriale militaire operaties van toepassing is. Wanneer hiervan sprake is, is ook de onderzoeksplicht van toepassing.

Onder het EVRM heeft het EHRM een specifieke benadering ontwikkeld voor de extraterritoriale toepasselijkheid van de onderzoeksplicht. Naast de twee hoofdgronden voor extraterritoriale rechtsmacht, namelijk waar een staat controle had over een territorium of over een persoon, heeft het de onderzoeksplicht als een aparte categorie onderscheiden. Die kan van toepassing zijn ook als er geen sprake is van controle onder een van de twee andere gronden, wanneer er sprake is van een ‘jurisdictional link’ die gebaseerd is op de ‘special features’ van een zaak. Het Hof legt dit als volgt uit:

‘the procedural obligation to carry out an effective investigation under Article 2 has evolved into a separate and autonomous obligation that can be considered to be a detachable obligation arising out of Article 2 and capable of binding the State even when the death occurred outside its jurisdiction.’¹⁰⁰

Uit de jurisprudentie blijkt dat relevant is (i) of een staat een onderzoek heeft ingesteld,¹⁰¹ (ii) of de staat onder internationale of nationale rechtsregels verplicht was onderzoek te doen,¹⁰² (iii) of de staat een internationale overeenkomst is aangegaan waarin hij akkoord is gegaan met het doen van onderzoek,¹⁰³ (iv) of de verdachten aanwezig zijn binnen het territorium of binnen de rechtsmacht van de staat,¹⁰⁴ en (v) of de territoriale staat verhinderd is een effectief onderzoek te doen.¹⁰⁵

99 General Comment No. 36 van het VN-Mensenrechtencomité (30 oktober 2018), *Article 6: right to life*, CCPR/C/GC/36, para. 63.

100 EHRM 30 november 2022, 8019/16, 43800/14 en 28525/20, NJ 2023/175, m.nt. Lawson, r.o. 573 (*Oekraïne en Nederland/Rusland*).

101 EHRM 29 januari 2019, 36925/07, r.o. 191 (*Güzelyurtlu e.a./Cyprus en Turkije*); EHRM 21 januari 2021, 38263/08, m.nt. M.C. Zwanenburg & F. Tan, r.o. 330-331 (*Georgië/Rusland (II)*); EHRM 16 februari 2021, 4871/16, r.o. 135 (*Hanan/Duitsland*).

102 EHRM 21 januari 2021, 38263/08, m.nt. M.C. Zwanenburg & F. Tan, r.o. 331 (*Georgië/Rusland (II)*); EHRM 16 februari 2021, 4871/16, r.o. 137 en 139-140 (*Hanan/Duitsland*); EHRM 9 juli 2019, 8351/17, r.o. 41 (*Romeo Castaño/België*).

103 EHRM 26 mei 2020, 17247/13, r.o. 50 (*Makuchyan en Minasyan/Azerbeidzjan en Hongarije*).

104 EHRM 29 januari 2019, 36925/07, r.o. 194 (*Güzelyurtlu e.a./Cyprus en Turkije*); EHRM 21 januari 2021, 38263/08, m.nt. M.C. Zwanenburg & F. Tan, r.o. 331 (*Georgië/Rusland (II)*); EHRM 21 september 2021, 20914/07, r.o. 134 (*Carter/Rusland*).

105 EHRM 29 januari 2019, 36925/07, r.o. 193-195 (*Güzelyurtlu e.a./Cyprus en Turkije*); EHRM 21 januari 2021, 38263/08, m.nt. M.C. Zwanenburg & F. Tan, r.o. 331 (*Georgië/Rusland (II)*); EHRM 16 februari 2021, 4871/16, r.o. 138 (*Hanan/Duitsland*).

Het EHRM heeft bovenstaande benadering ook toegepast tijdens gewapend conflict, en sterker nog, in *Georgië/Rusland (II)* heeft het geoordeeld dat de onderzoeksverplichting óók van toepassing is tijdens de ‘actieve fase van vijandelijkheden’, waarvan het oordeelde dat rechtsmacht op basis van controle over territorium of personen uitgesloten was.¹⁰⁶ Ook in *Hanan* werd de onderzoeksverplichting van toepassing geacht tijdens de actieve gevechten in Afghanistan. Bovendien zal, hoewel de ‘special features’ die het Hof heeft geformuleerd relatief vaag zijn, op het eerste gezicht de inzet van strijdkrachten nu juist voldoen aan die criteria.¹⁰⁷ Immers, waar strijdkrachten optreden in strijd met het HOR, zal ook dat regime onderzoek vergen, terwijl de strijdkrachten vrijwel altijd onder de strafrechtsmacht van hun eigen staat zullen vallen. Daarnaast is het vaak zo dat de territoriale staat niet in staat is om effectief onderzoek te doen, omdat deze of de controle over het territorium is verloren ten gevolge van bezetting, of de verdachten zijn teruggekeerd naar hun eigen staat, of omdat een *Status of Forces Agreement* bepaalt dat de zendstaat bij uitsluiting van de territoriale staat rechtsmacht heeft over zijn strijdkrachten. Kortom, zelfs waar de extraterritoriale toepasselijkheid van het EVRM als zodanig twijfelachtig is in situaties waarin staten weinig controle hebben, of waar rechtsmacht zelfs uitgesloten zou zijn ten gevolge van een ‘context of chaos’ tijdens een internationaal gewapend conflict, zal de onderzoeksverplichting doorgaans wél van toepassing zijn.¹⁰⁸

4.4 Standaarden voor een effectief onderzoek tijdens gewapend conflict

Voor wat betreft de *standaarden* waaraan een onderzoek moet voldoen, geldt in beginsel hetzelfde lijstje standaarden als buiten gewapend conflict. Het VN-Mensenrechtencomité verwijst in deze context naar het *Minnesota Protocol on the Investigation of Potentially Unlawful Death* van de Hoge Commissaris voor de Mensenrechten van de Verenigde Naties.¹⁰⁹ Uit dat document blijkt dat onderzoek naar schendingen tijdens gewapende conflicten een specifieke benadering vergt, die rekening houdt met uit de omstandigheden voortvloeiende beperkingen van het onderzoek. Veel zienswijzen in individuele zaken ten aanzien van onderzoek in de context van gewapend conflict zijn er niet. Het heeft slechts in vrij algemene bewoordingen geoordeeld dat een ‘thorough and effective investigation’ nodig was naar gedwongen verdwijningen tijdens een gewapend conflict,¹¹⁰ en dat administratieve bestraffing niet volstaat.¹¹¹ In *Concluding observations* heeft het Comité wel overwogen dat de Verenigde Staten, in de context van droneaanvallen, verplicht waren ‘[to c]onduct independent, impartial, prompt and effective investigations of allegations of violations of the right to life and bring to justice those responsible’.¹¹² Ten slotte was het

106 EHRM 21 januari 2021, 38263/08, m.nt. M.C. Zwanenburg & F. Tan, r.o. 328-332 (*Georgië/Rusland (II)*).

107 M. Milanović, ‘Georgia v. Russia No. 2: The European Court’s Resurrection of Bankovic in the Contexts of Chaos’, *EJIL:talk!*, 2021).

108 Tan & Zwanenburg 2021 (*supra* noot 47), p. 153-154.

109 General Comment No. 36 van het VN-Mensenrechtencomité (30 oktober 2018), *Article 6: right to life*, CCPR/C/GC/36, para. 27; Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *The Minnesota Protocol on the Investigation of Potentially Unlawful Death (2016)*, New York/Geneva 2017, para. 20.

110 VN-Mensenrechtencomité 16 juli 2003, CCPR/C/78/D/950/2000, r.o. 11 (*Sarma/Sri Lanka*).

111 VN-Mensenrechtencomité 27 oktober 1995, CCPR/C/55/D/563/1993, r.o. 8.2 en 8.6 (*Bautista de Arellano/Colombia*).

112 *Concluding observations concerning the United States of America* van het VN-Mensenrechtencomité (23 april 2014), CCPR/C/USA/CO/4, para. 9.

Comité in *General Comment 36* van oordeel dat staten een vergaande mate van transparantie moeten betrachten bij dodelijk geweldgebruik in het kader van militaire operaties:

'States parties should, in general, *disclose* the criteria for attacking with lethal force individuals or objects whose targeting is expected to result in deprivation of life, including the legal basis for specific attacks, the process of identification of military targets and combatants or persons taking a direct part in hostilities, the circumstances in which relevant means and methods of warfare have been used, and whether less harmful alternatives were considered.'¹¹³

Al met al is het lijstje aan onderzoeksstandaarden daarmee gelijk aan de normaal geldende standaarden. Hoe deze standaarden precies worden ingekleurd, en in hoeverre er ruimte is voor een contextuele interpretatie, zal nog moeten blijken. Voor zover het Comité een schot voor de boeg heeft gegeven ten aanzien van transparantie, lijkt dit er niet op te wijzen dat staten een heel grote mate van flexibiliteit toekomt.

Onder het EVRM heeft het EHRM geoordeeld dat bij de beoordeling van de effectiviteit van een onderzoek rekening moet worden gehouden met de omstandigheden van het geval. In situaties van gewapend conflict, en te meer waar een staat ook nog extraterritoriaal opereert, houdt het rekening met de beperkte controle die staten hebben om een onderzoek uit te voeren op een wijze die veilig is. In *Al-Skeini/Verenigd Koninkrijk* formuleerde het Hof het aldus:

'It is clear that where the death to be investigated under Article 2 occurs in circumstances of generalised violence, armed conflict or insurgency, obstacles may be placed in the way of investigators and (...) concrete constraints may compel the use of less effective measures of investigation or may cause an investigation to be delayed. Nonetheless, the obligation under Article 2 to safeguard life entails that, even in difficult security conditions, all reasonable steps must be taken to ensure that an effective, independent investigation is conducted into alleged breaches of the right to life.'¹¹⁴

De kern is daarmee dat de onderzoeksverplichting van toepassing is, maar dat deze wel flexibel en contextafhankelijk wordt toegepast. Wat dat precies behelst is *in abstracto* niet te zeggen. Uit de jurisprudentie blijkt er nog wel wat variatie te zitten in de flexibiliteit die het Hof aan staten gunt, en dat dat bovendien anders uitpakt afhankelijk van welke onderzoeksstandaard er in het geding is. Zo is in een aantal zaken die voortvloeien uit het conflict in het voormalig Joegoslavië, geoordeeld dat hoewel uiteindelijk geen strafrechtelijke verantwoordelijke kon worden geïdentificeerd, alleen al het identificeren van een lichaam en het bieden van compensatie aan nabestaanden, bewonderenswaardig was in de context: meer dan honderdduizend mensen hadden de dood gevonden, en meer dan dertigduizend mensen waren vermist.¹¹⁵

Zonder hier alle zaken te kunnen bespreken,¹¹⁶ heeft het Hof zich verder nader gebogen over de standaarden dat een onderzoek prompt geïnitieerd is, onafhankelijk was, adequaat was, en in voldoende mate nabestaanden heeft betrokken. Voor wat betreft een prompt geïnitieerd onderzoek, lijkt het Hof een balans te zoeken tussen het belang van een snel gestart onderzoek

113 General Comment No. 36 van het VN-Mensenrechtencomité (30 oktober 2018), *Article 6: right to life*, CCPR/C/GC/36, para. 64, cursief FT.

114 EHRM 7 juli 2011, 55721/07, r.o. 164 (*Al-Skeini e.a./Verenigd Koninkrijk*). Nadere verwijzingen in de uitspraak.

115 EHRM 15 februari 2011, 4704/04, r.o. 70-71 (*Palić/Bosnië en Herzegovina*).

116 Uitgebreid, zie Tan 2023 (*supra* noot 19).

– bewijs gaat immers, en juist in conflictsituaties, heel snel verloren – en een realistische benadering in het licht van moeilijke omstandigheden. Daarbij betreft het niet alleen de omstandigheden in de zaak zelf, maar ook in hoeverre staten hebben voldaan aan andere onderzoeksstandaarden, en er duidelijk blijkt van hebben gegeven te hebben gepoogd de waarheid boven tafel te krijgen. In *Hanan*, dat ging over een luchtbombardement in Afghanistan, oordeelde het Hof dat onderzoek vertraagd kan worden door de context van gewapend conflict. Dat betekende dat het acceptabel was dat onderzoekers pas zo'n twaalf uur na het bombardement op locatie aanwezig waren, gezien de actieve gevechten die plaats hadden. Sterker nog, de onderzoekers werden, ondanks een honderdtal gewapende begeleiders, zelf ook onder vuur genomen. Inlichting van de officier van justitie de dag van het bombardement, en instelling van preliminaire onderzoeken drie en vier dagen nadien, waren acceptabel volgens het Hof.¹¹⁷ Het oordeel viel anders uit in *Damayev/Rusland*, waar Rusland in de context van het Tsjetsjeense conflict een onderzoek startte acht dagen na een luchtbombardement waarbij zes doden waren gevallen.¹¹⁸ Waar het veiligstellen van een plaats delict in 'normale' situaties onmiddellijk zal moeten gebeuren, is er daarom enige flexibiliteit in moeilijke omstandigheden. Maar waar staten simpelweg op hun handen zitten, zal het Hof dat niet zomaar accepteren.

Met betrekking tot de adequaatheid van het onderzoek, blijkt uit de jurisprudentie dat het Hof doorgaans zijn gebruikelijke standaarden hanteert. In zaken met betrekking tot de territoriale niet-internationaal gewapende conflicten in Tsjetsjenië en Zuid-Oost Turkije werden de genomen onderzoeksstappen langs de normale maatstaf gelegd. Zo oordeelde het in *Tagayeva e.a./Rusland* dat staten forensisch bewijs moeten verzamelen om een doodsoorzaak vast te stellen, en ander bewijs moeten zekerstellen en verzamelen.¹¹⁹ Alle 'redelijke stappen' moeten daarbij worden genomen, en hoewel wat 'redelijk' is zich leent voor een contextuele benadering, lijkt daar in gevallen van niet-internationaal gewapend conflict weinig ruimte voor te zijn geweest.¹²⁰ Ook in geval van extraterritoriale internationale gewapende conflicten, in elk geval tijdens bezetting, lijkt de maatstaf even veeleisend als in 'normale' gevallen. Zo oordeelde het Hof in de context van de Nederlandse inzet in Irak, in *Jaloud/Nederland*, dat het lichaam van een Iraakse burger die was doodgeschoten bij een checkpoint, niet aan een Iraakse arts overhandigd had mogen worden voor de autopsie.¹²¹ Ook oordeelde het dat de Nederlandse luitenant die zijn geweer had afgevuurd van de andere getuigen had moeten worden afgezonderd, ook al had dat betekend dat de hoogst aanwezige officier had moeten worden gescheiden van zijn manschappen, in een heel gespannen veiligheidssituatie.¹²² Van een sterk versoepelde toepassing is daarom geen sprake.

In *Hanan*, een situatie van een extraterritoriaal niet-internationaal gewapend conflict, tenslotte, kwam het Hof tot een meer contextuele uitleg van het adequatievereiste. Het Hof oordeelde daarin allereerst

'that the challenges and constraints for the investigation authorities stemming from the fact that the deaths occurred in active hostilities in an (extraterritorial) armed conflict pertained to the investigation as a whole

117 EHRM 16 februari 2021, 4871/16, r.o. 228 (*Hanan/Duitsland*).

118 EHRM 29 mei 2012, 36150/04, r.o. 81 (*Damayev/Rusland*).

119 EHRM 13 april 2017, 26562/07 etc., r.o. 500-516 (*Tagayeva e.a./Rusland*).

120 EHRM 13 april 2017, 26562/07 etc., r.o. 511 (*Tagayeva e.a./Rusland*).

121 EHRM 20 november 2014, 47708/08, r.o. 212-216 (*Jaloud/Nederland*).

122 EHRM 20 november 2014, 47708/08, r.o. 206-208 (*Jaloud/Nederland*).

and continued to influence the feasibility of the investigative measures that could be undertaken throughout the investigation, including by the civilian prosecution authorities in Germany.¹²³

Vervolgens kwam het tot het oordeel dat het Duitse onderzoek adequaat was geweest, ook al was daarin niet vastgesteld hoeveel slachtoffers waren gevallen ten gevolge van het luchtbombardement. Normaliter zou dit maken dat een onderzoek tekortschiet,¹²⁴ maar zoals hierboven reeds aangehaald, neemt het Hof in deze zaak de rechtmatigheid onder het Duitse recht – en daarmee onder het HOR – als uitgangspunt. Omdat daar de hoeveelheid slachtoffers niet bepalend is, oordeelde het Hof dat het onderzoek toch adequaat was.

Waar het onafhankelijkheid betreft, heeft het Hof in *Al-Skeini/Verenigd Koninkrijk en Jaloud/Nederland* duidelijk gemaakt dat onderzoekers geen onderdeel mogen vormen van de commandostructuur. Een onderzoek door de Nederlandse Koninklijke Marechaussee voldeed aan deze eis. Dit vereiste ligt gevoelig, omdat het HOR nu juist commandanten opdraagt onderzoek uit te voeren, en ze zelfs strafrechtelijk verantwoordelijk houdt als zij dat niet doen.¹²⁵ In *Hanan* gaat het Hof specifiek in op deze frictie. Daar stonden de onderzoekers onder het commando van de kolonel die het luchtbombardement had goedgekeurd, hetgeen volgens het Hof weliswaar niet de voorkeur genoot, maar te rechtvaardigen viel in de omstandigheden van actieve vijandelijkheden. Het oordeelde bovendien dat commandanten, mede gelet op hun rol onder het HOR, niet hoeven te worden uitgesloten van onderzoek naar hun ondergeschikten.¹²⁶ Niettemin moeten commandanten niet worden betrokken bij een onderzoek naar hun eigen handelen.¹²⁷

Ten slotte heeft het Hof ten aanzien van transparantie geoordeeld dat waar het gaat om gevoelig materiaal in het kader van militaire operaties in een lopend gewapend conflict, het niet ‘automatisch’ zo is dat nabestaanden toegang hoeven te hebben tot dit onderzoek.¹²⁸

5 Reflectie en conclusie

Het voorgaande laat zien dat strijdende partijen zich niet zomaar kunnen hullen in de nevelen van de oorlog om zich te onttrekken aan het afleggen van rekenschap. Zij zullen grote inspanningen moeten betrachten om bij incidenten die mogelijk het recht hebben geschonden, boven tafel te krijgen wat er is gebeurd, of een schending heeft plaatsgevonden, en wie er verantwoordelijk is. De onverminderde toepasselijkheid van het IVBPR en het EVRM, en het onverminderde belang van respect voor mensenrechten, vereisen dat.

In dit artikel is uiteengezet wanneer en hoe staten onderzoek moeten doen naar vermeende mensenrechtenschendingen tijdens gewapend conflict, volgens de jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité en het EHRM. Voor wat betreft de reikwijdte van onderzoeksverplichtingen is gebleken dat het bereik breed is. Zij zijn onverminderd van toepassing tijdens gewapend conflict, beslaan de tijdens conflicten meest relevante rechten, en kunnen in veel gevallen ook

123 EHRM 16 februari 2021, 4871/16, r.o. 200 (*Hanan/Duitsland*), nadere verwijzingen in uitspraak.

124 EHRM 16 februari 2021, 4871/16, r.o. 218 (*Hanan/Duitsland*).

125 Additioneel Protocol I bij de Verdragen van Genève, art. 86 en 87.

126 *Hanan* EHRM 16 februari 2021, 4871/16, r.o. 223-224 (*Hanan/Duitsland*).

127 EHRM 16 februari 2021, 4871/16, r.o. 226 (*Hanan/Duitsland*).

128 EHRM 16 februari 2021, 4871/16, r.o. 233 (*Hanan/Duitsland*).

extraterritoriaal gelden – hoewel het criterium van ‘special features’ naar zijn aard onbepaald, en daarmee onvoorspelbaar is.

Voor wat betreft onderzoeksstandaarden geldt een groot aantal vrij gedetailleerde standaarden, die tijdens gewapend conflict met een zekere mate van flexibiliteit kunnen worden toegepast, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Waar dergelijke omstandigheden onderzoek bemoeilijken, kan dit in de jurisprudentie leiden tot een toegeeflijkere toets. Deze flexibiliteit maakt dat verplichtingen realistisch blijven, ook in de moeilijke omstandigheden tijdens conflict. Dit maakt dat minder snel onrealistische verwachtingen worden opgelegd die op de grond niet waargemaakt kunnen worden. Tegelijk maken flexibele en contextafhankelijke standaarden het moeilijker vooraf te voorspellen hoe een toets zal uitvallen. Daarmee is het voor staten ook moeilijker secuur te bepalen waaraan een onderzoek in oorlogssituaties concreet moet voldoen. Ook voor rechtzoekenden, meestal oorlogsslachtoffers, brengt dit onzekerheid met zich. Niettemin past dit bij de inspanningsverplichting die een onderzoeksplicht uiteindelijk is. Staten moeten doen wat ze kunnen om de feiten boven tafel te krijgen, maar worden niet gehouden het onmogelijke te doen.

Dit laatste wordt verder versterkt door de incorporatie van HOR-regels in de interpretatie van mensenrechtelijke onderzoeksverplichtingen. Staten zijn niet zelden terughoudend waar het gaat om toepassing van mensenrechtenstandaarden tijdens gewapend conflict, omdat de regels van het HOR al geschreven zijn om mensen te beschermen tijdens gewapend conflict. Als de toepassing van mensenrechtennormen in die situaties rekening houdt met de geldende normen onder het HOR, komt dit daarmee ook de acceptatie door staten ten goede, en vergemakkelijkt het bovendien de implementatie van geldende regels. Immers, voor zover die standaarden ook onder het HOR gelden, zijn die door strijdkrachten – als het goed is – al geïncorporeerd in bestaande structuren en praktijk.

Het conflict in Oekraïne laat eens te meer zien dat mensenrechten tijdens gewapend conflict onder grote druk staan. En het laat zien dat waarheidsvinding en rekenschap van levensbelang zijn. Dat geldt niet alleen voor de Russische agressieoorlog, maar voor alle gewapende conflicten waar ook ter wereld, ook die waarbij Nederland is betrokken. Zoals het EHRM het verwoordde in *Oekraïne en Nederland/Rusland*, met betrekking tot het neerhalen van vlucht MH17,

‘the exceptional work of the [Joint Investigation Team] demonstrates that it is not impossible to pierce “the fog of war” in relation to particular incidents. Its painstaking investigation has provided a great deal of clarity as to the circumstances in which flight MH17 was downed. Most importantly, as noted above, it has shown beyond any doubt that the missile, which had been supplied and transported by the Russian Federation, was launched from and the aircraft was struck over territory under separatist control.’

Het is mogelijk de nevelen van de oorlog te ontsluitieren. En de effectieve bescherming van mensenrechten vereist dat.