



Universiteit  
Leiden

The Netherlands

## Hoe de illegale strijder een nuttige bijdrage kan leveren aan het oorlogsrecht

Zegveld, L.

### Citation

Zegveld, L. (2006). Hoe de illegale strijder een nuttige bijdrage kan leveren aan het oorlogsrecht. *Internationaal Humanitair Recht In De Kijker*, 25-36. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13615>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13615>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

## Hoe de illegale strijder een nuttige bijdrage kan leveren aan het oorlogsrecht

Liesbeth Zegveld<sup>1</sup>

De Verenigde Staten oordelen dat er wereldwijd een internationaal gewapend conflict aan de gang is dat pas eindigt wanneer het terrorisme is verslagen. Ondertussen is wereldwijd het internationaal humanitair recht van toepassing wat betekent dat de conflictpartijen, binnen de grenzen van het internationaal humanitair recht, het recht hebben om te doden, bezittingen te vernietigen en gevangenen te nemen, alles zonder tussenkomst van een rechter. In plaats van een vermeende terrorist te arresteren, menen de VS het recht te hebben hem dood te schieten, indien zij hem aanmerken als een vijandelijk strijder.

Onder het internationaal humanitair recht is de keerzijde van deze medaille dat de vijand, de terrorist - mits hij voldoet aan bepaalde criteria - ook het recht heeft om te vechten en te doden. De VS ontzeggen de strijders van de tegenpartij evenwel ieder recht om te vechten, omdat ze niet zouden voldoen aan bepaalde criteria. De terroristen zijn in hun visie wel feitelijk strijder, maar genieten niet de juridische status daarvan. Ze krijgen het etiket 'illegale strijder', een term die vreemd is aan het internationaal humanitair recht.

De controverse over legale en illegale strijders heeft ook directe gevolgen voor de bescherming van burgers in de strijd tegen het terrorisme. De definities van strijders en burgers zijn namelijk communicerende vaten. Je kunt niet tegelijkertijd strijder en burger zijn. De vraag is of je ook geen van beide kunt zijn. Deze bijdrage behandelt deze vraag. Het pleit ervoor het concept illegale strijder een plaats te geven in het internationaal humanitair recht (IHR), omdat dit het onderscheid tussen strijder en burger dient en daarmee ook de bescherming van burgers.

Het gewapende conflict, ook het moderne conflict, wordt gekarakteriseerd door een patroon van aanvallen op burgers. De oorlog in het voormalige Joegoslavië in 1992 kenmerkte zich door een campagne van etnische zui-

<sup>1</sup> Liesbeth Zegveld is advocaat te Amsterdam en hoogleraar internationaal humanitair recht in het bijzonder de rechten van vrouwen en kinderen aan de Universiteit Leiden.

vering die zich vooral tegen burgers richtte om hen ertoe te bewegen te vluchten. In de oorlog in Rwanda in 1994 zijn een half tot één miljoen burgers omgebracht. Het doel was de uitroeiing van de Tutsi's en gematigde Hutu's.

Sinds de eerste Golfoorlog in het begin van de jaren '90 zien we echter ook een ander type oorlog: de zogenoemde schone oorlog. Operatie *Desert Storm* had de reputatie van 'schone en juridische oorlog'. Regelmatig riepen de Verenigde Staten en de geallieerden het IHR in ter rechtvaardiging van hun handelen.

Ook de strijd tegen terrorisme wordt beschouwd als een 'schone' oorlog. In Afghanistan zijn tussen oktober 2001 en april 2002 meer dan 22.000 bommen en raketten afgeworpen door de coalitietroepen onder leiding van de Amerikanen. 60 % hiervan werd naar hun doelen gestuurd door lasers en satellieten. Ter vergelijking: bij de aanval op Servië door de NAVO in 1999 was dat aantal 35 % en in de eerste Golfoorlog was het 8 %. Militaire functionarissen stellen dat 75 % van de bommen en raketten in Afghanistan hun doel heeft bereikt. De commandant van het Amerikaanse leger in Afghanistan, generaal Tommy Franks, noemde de Afghaanse campagne dan ook "*the most accurate war fought in this nation's history*".<sup>2</sup> Iemand anders noemde de Afghaanse luchtoorlog "*the most human and least damaging element in the modern military arsenal*".<sup>3</sup>

De strijd tegen het terrorisme zou dus een schone of menselijke oorlog zijn. Toch vielen er vele slachtoffers. Bovendien is er met de strijd tegen het terrorisme een ander probleem bijgekomen dat de fundamenteën van het IHR aantast, namelijk het probleem van de categorisering. Het IHR valt en staat met het onderscheid tussen verschillende categorieën personen. De status en behandeling van personen wordt bepaald door de categorie waarin ze vallen: burger of strijder. De oorlog kan wel humaan worden gevochten, maar ten opzichte van wie? Wie is onder het IHR doelwit en wie heeft er recht op bescherming? Bij het beantwoorden van deze vraag kunnen de concepten legale of illegale strijders en legale of illegale burgers een nuttige bijdrage leveren, hoewel deze concepten tot op heden onbekend zijn in het IHR.

<sup>2</sup> 12 februari 2002, <http://www.guardian.co.uk/afghanistan/story/0,1284,648784,00.html>

<sup>3</sup> Philip S. MEILINGER, *A Matter of precision*, Foreign Policy, maart-april 2001, p. 78-79.

## Het onderscheid tussen strijder en burger

Het traditionele onderscheid tussen strijder en burger in het IHR dient twee doelen. Het eerste doel is de bescherming van de burgerbevolking tegen vijandelikheden. Oorlogvoering mag alleen om de militaire capaciteit van de vijand te verzwakken. Burgers mogen niet worden aangevallen. Artikel 48 van Aanvullend Protocol I bij de Verdragen van Genève bepaalt: "Ten einde te verzekeren dat de burgerbevolking [...] wordt ontzien en beschermd, dienen de Partijen bij het conflict te allen tijde het onderscheid te maken tussen de burgerbevolking en de strijders." De regel is algemeen. Bij interpretatie ervan komen vage begrippen als militaire noodzaak, onderscheid en proportionaliteit om de hoek kijken. Maar de regel is als zodanig niet controversieel. Niet voor niets luidt de eerste regel van de gewoonterechtstudie van het Internationale Rode Kruiscomité (ICRC): "De partijen bij het conflict moeten te allen tijde onderscheid maken tussen burgers en strijders. Aanvallen mogen uitsluitend tegen strijders gericht worden. Aanvallen mogen zich niet op burgers richten."<sup>4</sup> Het gewoonterecht beschermt dus burgers evengoed als het verdragsrecht.

De tweede doel van het onderscheid tussen strijder en burger is wél controversieel. Dit bepaalt dat strijders mogen deelnemen aan de vijandelikheden. Artikel 43 lid 2 van Aanvullend Protocol I, van toepassing in internationale conflicten, bepaalt: "De leden van de strijdkrachten van een Partij bij het conflict [...] zijn strijders en hebben derhalve het recht om rechtstreeks aan de vijandelikheden deel te nemen." Strijders in internationale conflicten hebben dus onder het IHR het recht om te vechten, het recht om te doden. Deze regel impliceert ook dat wanneer een strijder gevangen wordt genomen, hij als krijgsgevangene moet worden aangemerkt. Krijgsgevangenen mogen niet berecht worden voor het feit dat zij aan de gevechtshandelingen hebben deelgenomen.

De controverse over deze regel in het IHR is politiek gemotiveerd: hebben vermeende terroristen het recht om te vechten? Moeten zij worden aangemerkt als strijder in de zin van het IHR, dat wil zeggen als "lid van de strijdkrachten van een partij bij het conflict"? Dat betekent dat zij bij gevangenneming recht hebben op krijgsgevangenenstatus en als zodanig niet kunnen worden

4 Louise DOSWALD-BECK & Jean-Marie HENCKAERTS, *Customary International Humanitarian Law* (Volume I: Rules), Cambridge, ICRC 2005, p. 3.

berecht voor hun deelname aan de vijandelijkheden. Neen, zeggen de VS. Terroristen zijn geen lid van de strijdkrachten en hebben geen recht om deel te nemen aan de vijandelijkheden. Als ze dat wel doen, kunnen ze daarvoor worden berecht. Ze zijn volgens de VS geen strijders in de zin van het IHR. Ze maken dus ook geen aanspraak op krijgsgevangenenstatus. Tegelijkertijd stellen de VS vast dat de vermeende terroristen wel feitelijk deelnemen aan de strijd. Ze zijn om die reden in hun ogen wel een legitiem doelwit van aanval. Het begrip ‘*illegal combatants*’ is daarmee geboren en daarmee het onderscheid tussen de feitelijke en juridische strijder.<sup>5</sup> Het begrip illegale strijder is tot op heden onbekend in het IHR. Mijn inziens verdient het begrip een plaats binnen het oorlogsrecht omdat het het onderscheid tussen de strijder en de burger ten goede komt en daarmee de bescherming van de burger.

## De legale (juridische) strijder

Wanneer is een vermeende terrorist strijder in de zin van het traditionele IHR? Wanneer maakt hij aanspraak op het recht om te doden en daarmee, bij gevangenneming, op de status van krijgsgevangene? Artikel 4 van het Derde Verdrag van Genève bepaalt dat strijders leden van de strijdkrachten van een conflictpartij zijn.<sup>6</sup> Artikel 43.1 van Aanvullend Protocol I voegt hieraan toe: “De strijdkrachten van een Partij bij het conflict bestaan uit alle georganiseerde strijdkrachten, groepen en eenheden die onder een bevel staan dat tegenover die Partij verantwoordelijk is voor het gedrag van zijn ondergeschikten, zelfs indien die Partij wordt vertegenwoordigd door een niet door een Tegenpartij erkende regering of autoriteit.” Dit is een gewoonterechtelijke regel die teruggaat op het Haagse oorlogsrecht. Regel 4 van de gewoonterechtstudie van het ICRC zegt: “De strijdkrachten van een partij bij het conflict omvatten alle georganiseerde gewapende machten, groepen en eenheden onder een bevel dat tegenover die partij verantwoor-

5 Hoewel het begrip ‘*illegal combatant*’ of ‘*unlawful combatant*’ niet voorkomt in de humanitairrechtelijke verdragen, is het fenomeen wel reeds aan de orde geweest bij de onderhandelingen over het Derde en Vierde Verdrag van Genève van 1949, zie Knut DÖRMANN, *The legal situation of “unlawful/unprivileged combatants”*, International Review of the Red Cross, maart 2003, vol. 85, no 849, p. 45-74, op p. 52.

6 Artikel 4 van het Derde Verdrag van Genève: “Krijgsgevangenen, in de zin van dit Verdrag, zijn de personen die, behorend tot één van de volgende categorieën, in handen van de vijand zijn gevallen: 1. leden van de gewapende macht van een partij bij het conflict, alsmede leden van de milities en vrijwilligerskorpussen welke deel uitmaken van deze gewapende macht.”

delijk is voor het gedrag van zijn ondergeschikten”.<sup>7</sup> Over deze regel bestaat weinig discussie.

Voor de definitie van een strijder in de zin van het IHR is het onderscheid tussen reguliere en ongeregelde troepen dus niet relevant. Terroristengroepen kunnen ook binnen de definitie vallen. Vereist is dat de terrorist vecht namens een partij bij het conflict, die een duidelijke gezagsstructuur heeft, en dat hij zich onderwerpt aan dat gezag. Deze voorwaarden zijn van toepassing op de groep als zodanig. Leden van die groep zijn daarmee een legitiem doelwit en zijn gerechtigd deel te nemen aan de gevechten.

Indien individuele leden van terroristengroepen aanspraak willen maken op een krijgsgevangenenstatus, bevat het IHR evenwel een bijkomend criterium: ze moeten zich duidelijk onderscheiden van burgers. Volgens het Derde Verdrag van Genève komt deze plicht neer op het dragen van een uniform of een onderscheidend teken en het open dragen van de wapens.<sup>8</sup> Leden van de gewapende strijdmachten worden geacht zonder meer aan deze voorwaarden te voldoen. Voor leden van ongeregelde troepen, zoals terroristengroepen, is dit minder evident.

De plicht om zich te onderscheiden is gewoonterechtelijk van aard. Maar de inhoud van die onderscheiding is betwist. Aanvullend Protocol I is soepeler dan het Derde Verdrag van Genève op dit punt. Artikel 44 van Aanvullend Protocol I bevestigt het beginsel van onderscheid: “Ter bevordering van de bescherming van de burgerbevolking tegen de gevolgen van de vijandelijkheden zijn de strijders verplicht zich van de burgerbevolking te onderscheiden wanneer zij een aanval of een militaire operatie ter voorbereiding van een aanval uitvoeren”. Maar de vraag hoe en vooral wanneer strijders zich van burgers moeten onderscheiden, beantwoordt het Protocol aanzienlijk soepeler. Er wordt slechts vereist dat de strijder zijn wapens zichtbaar draagt “a) gedurende ieder militair treffen, en b) gedurende de tijd dat hij zichtbaar is voor de tegenpartij terwijl hij deelneemt aan een militaire ontplooiing die voorafgaat aan het inzetten van een aanval waar-

7 Gewoonterechtelijke studie van het ICRC, Regel 3: Alle leden van de strijdkrachten van een partij bij het conflict zijn strijders, met uitzondering van geneeskundig en geestelijk personeel.

8 Artikel 4.2 van het Derde Verdrag van Genève stelt als voorwaarde dat de betreffende terrorist een vast en op enige afstand herkenbaar onderscheidingsteken heeft; de wapens openlijk draagt; zich in zijn handelingen gedraagt naar de wetten en gebruiken van de oorlog.

aan hij moet deelnemen” (API art. 44.3). Terwijl volgens het Derde Verdrag van Genève strijders hun wapens altijd openlijk moeten dragen wanneer ze betrokken zijn bij een militaire aanval of bij de voorbereiding daarvan, hoeven onder Aanvullend Protocol I die wapens alleen openlijk te worden gedragen tijdens een militaire aanval en in de periode voorafgaand aan een aanval wanneer de strijders zichtbaar zijn voor de vijand.

Aanvullend Protocol I creëert een aanzienlijk voordeel voor de vermeende terrorist: hij kan zich schuilhouden onder de burgerbevolking tot kort voor de aanval. Tegelijkertijd heeft hij toch recht om deel te nemen aan de gevechten en op de krijgsgevangenenstatus.

Regel 106 van de gewoonterechtstudie van het ICRC is gelijk aan de eerste zin van artikel 44.3 van Aanvullend Protocol I en bepaalt: “Strijders dienen zich te onderscheiden van de burgerbevolking wanneer zij deelnemen aan een aanval of aan een militaire operatie ter voorbereiding van een aanval. Indien zij dit nalaten, hebben zij geen recht op de status van krijgsgevangene.”<sup>9</sup> De studie zwijgt echter over hoe de strijders zich dienen te onderscheiden. Het is precies rond deze vraag dat de controverse zich concentreert. De beperkte omstandigheden waarin de strijder zich moet onderscheiden van Aanvullend Protocol I maken in ieder geval geen deel uit van het gewoonterecht. Zo bepaalde het Israelische militaire gerecht in Ramallah in de Kassemzaak (1969) dat: “*the condition of carrying arms openly was neither fulfilled in a case where the person carried the arms openly in places where they could not be seen nor by the mere fact of bearing the arms during a hostile engagement. The fact that the defendants used their weapons during the encounter with the Israeli army was not determinative, since no weapons were known to be in their position until they started firing at Israeli soldiers.*”<sup>10</sup>

Gezien deze uitspraak mag het niet verbazen dat Israël geen partij is bij Aanvullend Protocol I. Ook de Verenigde Staten hebben in 1987 Protocol I afgewezen omwille van de beperkte plicht van strijders om zich te onderscheiden. Aanvullend Protocol I is weliswaar door 166 staten geratificeerd, maar door een aantal staten die een belangrijke bijdrage leveren aan de

9 Louise DOSWALD-BECK & Jean-Marie HENCKAERTS, *Customary International Humanitarian Law* (Volume I: Rules), Cambridge, ICRC 2005, p. 384.

10 Military Court at Ramallah, *Military Prosecutor v. Omar Mahmud Kassem and Others*, Judgement, 13 April 1969, gepubliceerd in ILR, Vol. 42, 1971, p. 470.

hedendaagse oorlogvoering niet. Naast Israël en de VS hebben ook India, Indonesië, Pakistan, Turkije... Aanvullend Protocol I niet geratificeerd.

## De illegale strijder

Zoals gezegd komt de term illegale strijder niet voor in het IHR. De term is in oorlogsrechtelijke zin een *contradictio in terminis*, omdat een strijder onder het IHR per definitie legaal is. Anders is hij geen strijder. De term legaal of illegaal voegt hieraan niets toe.

De term illegale strijder is een combinatie van de juridische en feitelijke definitie. Diegenen die vijandelijke handelingen verrichten in het kader van een gewapend conflict, maar niet als reguliere soldaten of geprivilegieerde strijders, worden door de Amerikanen illegale strijders genoemd. Zij mogen in deze logica wel aangevallen worden, omdat zij feitelijk deelnemen aan de strijd. Omdat zij zich echter onvoldoende onderscheiden van de burgerbevolking zoals vereist door het Derde Verdrag van Genève, zijn zij juridisch geen strijder in de zin van het IHR en om die reden niet gerechtigd aan de strijd deel te nemen. Als zij gevangen worden genomen, kunnen zij om die reden dan ook geen aanspraak maken op de krijgsgevangenenstatus.

Verlies van krijgsgevangenenstatus is onder het traditionele IHR uitsluitend het gevolg van het verzuim zich te onderscheiden. Een strijder die de regels van het oorlogsrecht schendt, verliest zijn krijgsgevangenenstatus niet, hij wordt daardoor geen illegale strijder.<sup>11</sup> Overigens is deelname aan de vijandelikheden niet verboden onder enige regel van internationaal (humanitair) recht. Illegale strijders kunnen enkel onder nationaal recht worden vervolgd voor hun deelname aan het conflict.

De vraag is of de term illegale strijder zoals gebruikt in de strijd tegen het terrorisme een plaats verdient in het IHR en tot aanpassing van het IHR moet leiden. Nu kent het IHR alleen de strijder, en die is per definitie legaal. Degene die geen strijder is (en ook niet valt onder de andere categorieën beschermde personen van het IHR, bijvoorbeeld zieken en gewonden) is burger. Het is een sluitend systeem. Niemand is niets, je bent altijd iets. Iedereen die geweld of ongewild aanwezig is in een gewapend conflict

<sup>11</sup> Zie artikel 44 (2) Aanvullend Protocol I.

maakt aanspraak op een vorm van bescherming: strijders middels de status van krijgsgevangenen en burgers doordat ze geen doelwit van aanval mogen zijn. Dat is de stand van het recht.

Dat zou veranderen met de introductie van het begrip illegale strijder in het IHR. Een illegale strijder is geen krijgsgevangene. Hij is in deze logica ook geen burger. Een sterk argument om het begrip illegale strijder in het IHR te gebruiken, is de bescherming van burgers, zowel in internationale als interne conflicten.

Terzijde merk ik op dat wanneer een illegale strijder gevangen wordt genomen, overigens nog altijd de vangnetconstructie van artikel 75 van Aanvullend Protocol I geldt. Dit artikel dat wereldwijd, ook door de VS, als gewoonterecht wordt erkend, biedt een minimale bescherming aan personen die zich in de macht van een partij bij het conflict bevinden, en die - om welke reden dan ook - geen aanspraak kunnen maken op een status als krijgsgevangene of burger. Dit artikel toont overigens aan dat reeds ten tijde van de onderhandelingen over de Aanvullende Protocollen aangenomen en aanvaard werd dat de verschillende categorieën niet naadloos op elkaar aansloten.<sup>12</sup>

## Wie is burger?

Burgers zijn een restcategorie. Het zijn alle personen die niet behoren tot de gewapende strijdkrachten.<sup>13</sup> In de *Blaskic*-zaak definieerde het Joegoslavië-Tribunaal burgers als “personen die niet of niet langer lid zijn van de strijdkrachten”.<sup>14</sup> Regel 5 van de gewoonterechtstudie van het ICRC stelt: “Burgers zijn personen die geen lid zijn van de strijdkrachten. De burgerbevolking omvat alle personen die burger zijn”. Om als burger bescherming te genieten, mag een persoon niet direct deelnemen aan de vijandelijkheden. Een duidelijke definitie van ‘directe deelname aan de vijandelijkhe-

12 De Verenigde Staten zijn dus hoe dan ook gehouden de gevangenen op Guantanamo Bay, die krijgsgevangenenstatus worden onthouden, op grond van artikel 75 Aanvullend Protocol I, humanaan te behandelen. Zie *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S., 70-71 (2006) (slip opinion sub VI-D-iv) (Justice Stevens; Souter, Ginsburg en Breyer concurring).

13 Artikel 50 Aanvullend Protocol I: “Burger is ieder die niet behoort tot één van de categorieën personen, bedoeld in artikel 4, ... van het Derde Verdrag en in artikel 43 van dit Protocol.”

14 *The Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Judgement, Trial Chamber I, 3 March 2000, Case No.

den' is er echter niet. Ook hier stuiten we op de elastische beginselen van het Haagse recht. De gewoonterechtstudie van het ICRC bepaalt met betrekking tot het beginsel van directe deelnemen aan de vijandelijkheden: *"it is fair to conclude however that outside the few uncontested examples cited above, in particular use of weapons or other means to commit acts of violence against human or material enemy forces, a clear and uniform definition of direct participation in hostilities has not been developed in state practice."* Van geval tot geval zal dus moeten worden beoordeeld of er sprake is van directe deelname. Bij twijfel of iemand een burger is, moet er van worden uitgegaan dat hij burger is.<sup>15</sup>

Directe deelname aan de vijandelijkheden maakt een persoon evenwel nog niet tot strijder onder het IHR. De achterliggende idee is immers dat dit van tijdelijke aard is zoals wanneer burgers de wapens oppakken om hun leven of dat van familieleden te beschermen tegen het oorlogsgeweld. Een burger verliest alleen zijn recht op bescherming tegen de vijandelijkheden voor de duur dat hij direct betrokken is bij de vijandelijkheden. Zodra hij niet meer deelneemt aan de vijandelijkheden, heeft hij weer recht op bescherming.<sup>16</sup> In de *Tablada*-zaak stelde de Inter-Amerikaanse Commissie voor de Rechten van de Mens: *"the persons who participated in the attack on the military base were legitimate military targets only for such time as they actively participated in the fighting."*<sup>17</sup> Je kunt onder het IHR dus op en af aanspraak maken op bescherming als burger. Hier onderscheidt de burger zich scherp van de strijder. Je kunt niet af en toe strijder zijn. Ongeacht de vraag of ze daadwerkelijk betrokken zijn bij militaire handelingen, blijven zij een militair doelwit, ook als zij slapen.

In geval van beperkte directe deelname aan de vijandelijkheden zou je kunnen spreken van *'illegal civilians'*. Illegale burgers kunnen geen aanspraak maken op bescherming tegen de vijandelijkheden. Ze blijven echter wel burger, zonder aanspraak te kunnen maken op de bescherming die bij de burgerstatus hoort. Het traditionele IHR kent deze term net zomin als de

15 Artikel 51 Aanvullend Protocol I. ICTY zaak *Galic* : "a person shall be considered to be a civilian for as long as there is a doubt as to his or her real status". *The Prosecutor v. Stanislav Galic*, Judgement, Trial Chamber I, 5 December 2003, Case No. IT-98-29-T.

16 Overigens ook hier geldt: burgers die deelnemen aan de vijandelijkheden plegen daarmee geen oorlogsmisdrijf. Hoogstens handelen ze in strijd met andere regels van internationaal recht of het recht van de betreffende staat.

17 Report No 55/97, Case No 11.137 (Argentina), par. 189 (30 October 1997).

term illegale strijder. Zoals voor de illegale strijder geldt ook voor de illegale burger dat zijn deelname aan de vijandelijkheden alleen illegaal is onder nationaal recht, niet onder internationaal recht.

Wanneer een burger voor langere periode deelneemt aan de vijandelijkheden, wordt hij een strijder. Hij is dan niet langer burger. In deze logica wordt de gewezen burger enkel strijder in feitelijke zin, ongeacht of hij aanspraak maakt op de krijgsgevangenenstatus, want dat hangt af van de vraag of hij zich voldoende onderscheidt van burgers en deel uitmaakt van een georganiseerde groep die verantwoordelijkheid aflegt bij een partij bij het conflict.

Ten behoeve van de bescherming van burgers verdient de feitelijke definitie van burger en strijder de voorkeur. Deze feitelijke definities dienen namelijk het onderscheid tussen strijders en burgers en daarmee de bescherming van burgers. Het voordeel is dat ongeacht of een vermeende terrorist aan de oorlogsrechtelijke criteria van een strijder voldoet, hij toch strijder is (zij het wellicht een illegale) en daardoor geen inbreuk maakt op het statuut als beschermde categorie onder het IHR. Regel 1 van de gewoonterechtstudie gebruikt precies om deze reden de feitelijke definitie van strijder: “De partijen bij het conflict moeten te allen tijde onderscheid maken tussen burgers en strijders. Aanvallen mogen uitsluitend tegen strijders gericht worden. Aanvallen mogen zich niet op burgers richten.” De toelichting op deze regel zegt: *“the term combatant in this rule is used in its generic meaning, indicating persons who do not enjoy the protection against attack accorded to civilians, but does not imply a right to combatant status or prisoner of war status.”*

De term *illegal combatant* moet in deze context begrepen worden en is aldus ook nuttig. Het betekent slechts een strijder die niet gerechtigd is aan de vijandelijkheden deel te nemen en die ook geen burger is.

## Intern gewapend conflict

De controverse over illegale strijders is vooral ontstaan in het kader van internationale conflicten. De discussie is evenwel ook belangrijk in interne conflicten. Ten behoeve van het beginsel van onderscheid en bescherming

van de burgerbevolking is het zinvol het begrip feitelijke strijder ook in interne conflicten te gebruiken.

De strijderstatus, waardoor een deelnemer aan de gevechten aanspraak maakt op krijgsgevangenenstatus, kennen we niet in interne gewapende conflict. Het woord strijder komt in de verdragsregels voor deze conflicten dan ook niet voor. Gemeenschappelijk artikel 3 van de Verdragen van Genève en artikel 4 van Aanvullend Protocol II beschermen iedereen die de wapens heeft neergelegd en die niet direct deelneemt in de vijandelijkheden. Die bescherming is voor iedereen gelijk. Er is geen bijzondere status voor verschillende categorieën gevangenen.

De term burger wordt wel verschillende malen in het verdragsrecht voor interne conflicten gebruikt. Aanvullend Protocol II noch gemeenschappelijk artikel 3 definiëren deze term.<sup>18</sup>

Hoewel de termen strijder en burger in de geschreven regels voor interne conflicten vaag blijven, is het onderscheid tussen beide categorieën in deze situaties niet minder belangrijk dan in internationale conflicten. De bescherming van burgers valt of staat bij dit onderscheid. Het hoofdbeginsel van bescherming van burgers in internationale en interne conflicten is in het gewoonterecht nagenoeg identiek. Artikel 13.1 van Aanvullend Protocol II bepaalt: “De burgerbevolking en de burgers genieten algemene bescherming tegen de uit militaire operaties voortvloeiende gevaren.” Het tweede lid van dit artikel zegt: “Noch de burgerbevolking als zodanig, noch de burgers mogen het voorwerp van een aanval worden.” Het ontbreken van een definitie van een strijder in interne conflicten maakt de bescherming van burgers in interne conflicten evenwel zwakker.

Om het beginsel van bescherming van burgers in interne conflicten inhoud te geven, is het onderscheid tussen burger en strijder in de feitelijke zin, ook in deze situaties belangrijk en bruikbaar.

18 In de voorlopige versie van Aanvullend Protocol II was de volgende definitie opgenomen: “a civilian is anyone who is not a member of the armed forces or of an organised armed group”. Deze definitie was bij consensus aangenomen in het comité III van de diplomatieke conferentie die uiteindelijk leidde tot de aanneming van de additionele protocollen. De definitie werd echter weer verlaten op het allerlaatste moment toen er werd gekozen voor de aanneming van een vereenvoudigde tekst.

Regel 5 van de gewoonterechtstudie van het ICRC bepaalt: “Burgers zijn personen die geen lid zijn van de strijdkrachten. De burgerbevolking omvat alle personen die burgers zijn.” Het commentaar op deze regel zegt: “*This also applies to non-international armed conflicts although practice is ambiguous as to whether members of armed opposition groups are considered members of armed forces or civilians*”. De vraag of leden van gewapende oppositiegroepen als lid van de strijdmacht of als burger moeten worden beschouwd, wordt irrelevant als we ook in interne conflicten het feitelijke begrip strijder gebruiken. Duidelijk is dat leden van gewapende oppositiegroeperingen niet de bescherming genieten tegen vijandelijkheden zoals die voor burgers bestaat. Voor zover leden van gewapende oppositiegroeperingen als burgers worden beschouwd, creëert dat een onevenwicht tussen de strijdkrachten van de regering en gewapende oppositiegroeperingen en ook tussen interne en internationale conflicten. Het zou namelijk betekenen dat een aanval op leden van gewapende oppositiegroeperingen onder het IHR alleen rechtmatig is voor de duur dat deze personen direct deelnemen aan de vijandelijkheden. Een aanval op leden van de regeringsstrijdkrachten (in interne en internationale conflicten) is onder het IHR echter altijd rechtmatig. Beter is het dus om leden van gewapende oppositiegroeperingen, voor het onderscheid met burgers en ten behoeve van de bescherming van burgers als feitelijke strijders te beschouwen, die geen aanspraak maken op krijgsgevangenenstatus: *illegal combatants* dus.

## Besluit

Toen President Reagan op 29 januari 1987 uitlegde waarom Aanvullend Protocol I niet moest worden geratificeerd door de VS zei hij dat het toekennen van combattantenstatus aan ongeregelde troepen die zich onder burgers schuil houden, de burgers in gevaar zou brengen. De kern van de Amerikaanse zorg – en die is sinds 1987 niet veranderd – is dat het IHR misbruikt kan worden doordat het onterecht erkenning geeft aan terroristen. Het is deze zorg die zich scherp laat zien in de strijd tegen het terrorisme. Het is ook deze zorg die de kern van het IHR in de strijd tegen het terrorisme dreigt uit te hollen, namelijk het onderscheid tussen strijders en burgers en de bescherming van burgers. Het is om die reden dat het gebruik van de term strijder in het IHR uitsluitend in de juridische betekenis problematisch is. Ter bescherming van de burgerbevolking kan de invoering van het begrip ‘*unlawful combatant*’ of ‘*illegale strijder*’ nuttig zijn.