



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Georgië t. Rusland (II) (EHRM, nr. 38263/08) - Toepasselijkheid van het EVRM tijdens extraterritoriale interstatelijke conflicten**

Zwanenburg, M.; Tan, F.

### **Citation**

Zwanenburg, M., & Tan, F. (2021). Georgië t. Rusland (II) (EHRM, nr. 38263/08) - Toepasselijkheid van het EVRM tijdens extraterritoriale interstatelijke conflicten. *Ehrc Updates: European Human Rights Cases, 2021*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3205245>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3205245>

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

ANNOTATIE

# **Georgië t. Rusland (II) (EHRM, nr. 38263/08) – Toepasselijkheid van het EVRM tijdens extraterritoriale interstatelijke conflicten**

***M. Zwanenburg en F. Tan***

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 21-01-2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0121JUD003826308 (EHRC-2021-0046)*

## **Inleiding**

1. Naar deze uitspraak werd door velen uitgekeken. Dit was vooral omdat de feiten van de zaak naar verwachting het Hof zouden dwingen belangrijke uitspraken te doen over de extraterritoriale toepassing van het EVRM en over de relatie tussen het EVRM en het humanitair oorlogsrecht (HOR). De uitspraak voldoet aan de verwachtingen, in die zin dat het Hof beide onderwerpen uitwerkt. Voor velen zal de inhoud van die uitwerking echter behoorlijk teleurstellend zijn.[1] Het Hof brengt een belangrijke beperking aan op de extraterritoriale reikwijdte van het EVRM, op een manier die weer veel nieuwe vragen oproept. Het trekt zijn eerdere jurisprudentie over de relatie tussen het EVRM en het HOR door, maar maakt weinig woorden vuil aan de mogelijke conflicten die er tussen de twee rechtsgebieden kunnen spelen. Ook verruimt het de onderzoeksplicht onder art. 2 EVRM, zonder veel oog voor potentiële conflicten tussen het EVRM en het HOR op dit punt.

## **Rechtsmacht**

2. Voor het beantwoorden van de vraag of Rusland extraterritoriale rechtsmacht uitoefende in de zin van art. 1 EVRM maakt het Hof onderscheid tussen twee fases. De eerste fase bestaat uit de ‘active phase of hostilities’, die volgens het Hof duurde van 8 tot 12 augustus 2008. Georgië

stelde dat in deze fase art. 2 EVRM was geschonden door Rusland. De tweede fase bestaat uit de 'bezettingsfase' die daarop volgde.

3. Ten aanzien van de 'active phase of hostilities' was vooral de vraag hoe het Hof zou omgaan met de erfenis van *Banković*.<sup>[2]</sup> Het blijkt dat het Hof de deur die in *Banković* leek te zijn gesloten maar in latere jurisprudentie op een kier is gezet weer een beetje dichtdoet, en vervolgens helemaal sluit voor een specifieke categorie, namelijk militaire operaties in de "actieve fase van vijandelijkheden" van (internationaal) gewapend conflict.

4. Zoals bekend zijn er twee hoofdgronden in de jurisprudentie van het Hof om te kunnen aannemen dat personen binnen de extraterritoriale rechtsmacht van de verweerder vallen, namelijk (a) effectieve controle over een gebied (Effective Control of an Area, ECA) en (b) controle over personen (State Agent Authority and Control, SAA).

5. Ten aanzien van de eerste grond (ECA) kan er volgens het Hof in het algemeen geen sprake zijn van effectieve controle over een gebied in geval van militaire operaties tijdens een internationaal gewapend conflict (par. 126). Dat kan dus ook niet in het geval van de strijd tussen Georgië en Rusland. Een reden die het Hof daarvoor aanvoert, is dat er in deze fase van een interstatelijk conflict juist wordt gestreden *om controle over een gebied te verkrijgen*, en de daarmee gepaard gaande 'context of chaos' maakt dat effectieve controle over een gebied is uitgesloten.

6. Ten aanzien van de tweede grond (SAA) erkent het Hof dat zijn jurisprudentie over extraterritoriale rechtsmacht sinds *Banković* verder is 'ontwikkeld', onder meer in die zin dat het heeft aangegeven dat de rechten in het EVRM 'divided and tailored' kunnen worden en dat een nuancering is aangebracht in het concept van de 'legal space' van het verdrag. Het Hof beschrijft een aantal uitspraken waarin het al afstand leek te hebben genomen van *Banković*, waaronder *Issa, Pad* en zaken betreffende geweldgebruik vanuit Noord-Cyprus (*Isaak, Solomou, Andreou*).<sup>[3]</sup> De benadering in die uitspraken, zo overweegt het Hof, 'refines and broadens the concept of territorial jurisdiction'.<sup>[4]</sup> Dit is een opvallend contrast met vooral *Al-Skeini*, waarin het Hof het deed voorkomen alsof de eerdere jurisprudentie met elkaar in overeenstemming te brengen was.<sup>[5]</sup> Tot zover lijkt het Hof dus terug te komen op *Banković*.

7. Dat blijkt echter maar ten dele het geval. Ten eerste neemt het Hof geen afstand van de lijn in *Banković* in die zin dat het onderstreept dat er geen rechtsmacht is in gevallen van een 'instantaneous extraterritorial act'. Ten tweede erkent het dat het in een aantal zaken SAA heeft vastgesteld in geval van geweldgebruik waarin personen niet onder fysieke controle ('physical power and control') van agenten van de staat waren. Maar vervolgens geeft het Hof een beperkende draai aan die erkenning door te stellen dat het daarbij ging om 'isolated and

specific acts involving an element of proximity’.[6] Het Hof contrasteert dit met de actieve fase van vijandelijkheden in het conflict tussen Georgië en Rusland, waarin het ging om bombardementen en artilleriebeschietingen gericht op het buiten gevecht stellen van de Georgische troepen door Rusland. In een cruciale overweging zegt het Hof doorslaggevend te vinden dat de realiteit van een gewapend treffen en gevechten tussen vijandelijke troepen die proberen controle over een gebied te krijgen in een chaotische situatie niet alleen uitsluit dat er sprake kan zijn van effectieve controle over een gebied, maar ook enige vorm van controle over personen uitsluit.[7] Opvallend is in dit verband dat het Hof van oordeel is dat deze interpretatie wordt gesteund door het feit dat EVRM-partijen niet hebben gederogeerd in geval van internationale gewapende conflicten buiten hun grondgebied.[8] Volgens het Hof kan het feit dat er geen derogaties zijn geweest in geval van extraterritoriale internationale conflicten zo worden geïnterpreteerd, dat EVRM-partijen van mening waren dat zij in die situaties geen rechtsmacht uitoefenen in de zin van art. 1 EVRM. Hoewel het Hof dat niet met zoveel woorden zegt, doelt het vermoedelijk op de mogelijkheid die is voorzien in art. 15 lid 2 EVRM om te derogeren van art. 2 ten aanzien van ‘deaths resulting from lawful acts of war’. Een vergelijkbare redenering volgde het Hof ook in *Banković*, een uitspraak waar het nu deels afstand van neemt.

8. De vraag is hoe ver deze nieuwe beperking op rechtsmacht reikt. Ten eerste is de vraag wat precies de drempel is voor een ‘actieve fase van vijandelijkheden’. Hoe ‘actief’ en hoe grootschalig moeten vijandelijkheden precies zijn om deze drempel over te gaan? En hoe moet precies worden bepaald wanneer een dergelijke fase eindigt? Ten tweede is de vraag of deze beperking alleen opgaat in interstatelijke gewapende conflicten zoals dat tussen Georgië en Rusland, of ook in niet-internationale conflicten. Het Hof lijkt zelf een link te leggen met de eerste categorie,[9] maar het blijft onduidelijk of het ook de tweede in gedachten had. Dat zou relevant kunnen zijn voor Europese staten die deelnemen aan extraterritoriale conflicten tegen niet-statelijke actoren, zoals bijvoorbeeld de strijd tegen IS. Ten derde past het Hof deze nieuwe lijn alleen toe in de context van artikel 2 EVRM. Immers, het accepteert wel dat Rusland rechtsmacht had over personen die gevangen waren genomen en mishandeld, ook tijdens de ‘actieve fase van vijandelijkheden’.[10] Een verdere vraag, ten slotte, is nog in hoeverre de territoriale staat zelf wél geacht wordt rechtsmacht uit te hebben geoefend tijdens de ‘actieve fase van vijandelijkheden’. Strikt genomen heeft het Hof in de onderhavige zaak alleen uitspraak gedaan over de uitoefening van *extraterritoriale* rechtsmacht. Maar de gevolgtrekking dat Georgië *wel* en Rusland *niet* gebonden was aan het EVRM, lijkt moeilijk te verteren als dit betekent dat een agressorstaat die extraterritoriaal opereert zich aan het EVRM niets gelegen hoeft te laten liggen, terwijl verdedigende staten op hun beurt wel binnen de lijntjes van het EVRM moeten blijven. In deze zaak hoefde het Hof die vraag niet te beantwoorden, maar gezien de recent ingediende interstatelijke klachten over en weer tussen

Armenië en Azerbeidzjan met betrekking tot het conflict in Nagorno-Karabach,[11] zal het deze hete aardappel niet al te lang voor zich uit kunnen schuiven.

9. Uit het dictum van de uitspraak en de *dissenting opinions* blijkt overigens dat er binnen het Hof zeker geen overeenstemming bestond over de uitsluiting van rechtsmacht tijdens ‘actieve fases van vijandelijkheden’. Zes rechters waren van mening dat Rusland wel rechtsmacht uitoefende tijdens de actieve fase van vijandelijkheden. Als het gaat om een dergelijk fundamenteel punt is dat een groot aantal dissidenten binnen het Hof.

10. Ten aanzien van de bezettingsfase heeft het Hof betrekkelijk weinig moeite om vast te stellen dat Rusland ECA uitoefende. Het sluit aan bij de criteria die het hiervoor in eerdere jurisprudentie heeft ontwikkeld, te weten de sterkte van de militaire presentie van in dit geval Rusland, en de mate van militaire, politieke en economische steun die Rusland gaf aan de separatisten in Zuid-Ossetië en Abchazië. Opvallend is dat het Hof zich grotendeels baseert op informatie die door Rusland zelf naar buiten is gebracht of als bewijs voor het Hof is ingebracht.[12]

11. Ook opvallend is dat het Hof, nadat het al heeft vastgesteld dat er sprake was van ECA, overweegt dat wanneer er sprake is van een bezetting in de zin van het HOR er automatisch sprake is van effectieve controle (waarmee blijkbaar wordt bedoeld: controle over een gebied). Als dat inderdaad zo evident is, is de vraag waarom het Hof in *Al-Skeini* ervoor koos rechtsmacht te baseren op SAA en niet op ECA.[13] Immers, er was in dat geval geen twijfel dat het Verenigd Koninkrijk een deel van Irak bezette. Het is gissen naar de reden voor het verschil. Wellicht dat de prominente rol die het HOR toebedeeld heeft gekregen in het besproken arrest hier ook doorwerkt. Het zou bijvoorbeeld kunnen dat het Hof nu bereid was een meer vergaande gevolgtrekking te verbinden aan het bestaan van een bezetting in de zin van het HOR dan in *Al-Skeini*, waar het het HOR uiteindelijk grotendeels links liet liggen. Of het hier gaat om een inconsistentie of een nieuwe weg die het Hof kiest, zal moeten worden afgewacht.

### **Het EVRM en humanitair oorlogsrecht (HOR)**

12. Volgens Rusland was het HOR de enige maatstaf voor Russisch optreden in het conflict. Het suggereerde dat het EVRM niet van toepassing is tijdens gewapend conflict.[14] Omdat het Hof geen rechtsmacht *ratione materiae* heeft over HOR, zou het zich daar niet over moeten uitspreken. Het Hof gaat daar niet in mee.[15] Het bekijkt per aspect van de zaak of er tegenstrijdige regels zijn van het EVRM en het HOR. Hiermee sluit het Hof aan bij zijn uitgangspunt in *Hassan* dat de twee rechtsgebieden naast elkaar van toepassing kunnen zijn, en dat het EVRM moet worden geïnterpreteerd met inachtneming van andere regels van

internationaal recht, *in casu* het HOR.[16]

13. Bij de toepassing van dit uitgangspunt door het Hof valt op dat de regels van het HOR die volgens het Hof van toepassing zijn betrekking hebben op internationale gewapende conflicten. Dit is correct voor zover het gaat om optreden van Russische troepen: er is geen twijfel dat er een internationaal gewapend conflict bestond tussen Rusland en Georgië. De vraag kan echter worden gesteld of het HOR-regime voor internationale gewapende conflicten ook het toepasselijke regime is voor optreden van troepen van Zuid-Ossetië, zoals het Hof lijkt te veronderstellen. Hier raakt het Hof aan een heikele discussie binnen het humanitair oorlogsrecht. Kort gezegd gaat deze discussie over de mate van controle die een staat moet hebben over een niet-statelijke gewapende groep, wil de strijd die laatstgenoemde voert tegen een andere staat of de bezetting die hij uitoefent van het gebied van een andere staat gereguleerd worden door de regels voor interstatelijke conflicten.[17] De opvatting die de meeste steun geniet is dat daarvoor sprake moet zijn van ‘overall control’ over het handelen van de niet-statelijke actor. Als er geen sprake is van dergelijke controle, wordt het handelen van de niet-statelijke actor gereguleerd door het HOR-regime voor niet-internationale conflicten. Dat regime is veel beperkter dan het regime voor internationale gewapende conflicten, in elk geval voor zover het verdragsregels betreft. Het Hof stelt echter nergens expliciet vast dat er sprake was van zulke ‘overall control’. Integendeel, in het kader van de bespreking van rechtsmacht laat het de precieze mate van controle die Rusland uitoefende over troepen van Zuid-Ossetië in het midden, door te stellen dat het niet nodig is te bewijzen dat er sprake was van ‘detailed control’ over handelen van die troepen.[18]

14. Zoals gezegd bekijkt het Hof per aspect van de zaak of er tegenstrijdige regels zijn van het EVRM en het HOR. In alle gevallen komt het vrij makkelijk tot de conclusie dat daar geen sprake van is. Het Hof erkent dat er in theorie wel onverenigbaarheid is tussen art. 5 EVRM en de regels in het HOR over internering van burgers en krijgsgevangenen. Dit leidt in deze zaak echter niet tot een accommoderen van het HOR via een interpretatie van art. 5 EVRM, zoals in *Hassan*. Dit komt doordat het Hof terecht concludeert dat de reden voor internering die Rusland gaf – de eigen veiligheid van de betreffende personen – geen rechtsgeldige grond biedt voor internering onder het HOR. Hoewel het op zichzelf toe te juichen valt dat het Hof per recht en per context bepaalt of het EVRM en het HOR met elkaar in conflict komen, maakt het maar weinig woorden vuil aan de mogelijke conflicten die er tussen de twee rechtsgebieden kunnen spelen. Een voorbeeld daarvan is hoe het omgaat met de hieronder nader te bespreken procedurele verplichting om onderzoek te doen naar mogelijk onrechtmatige levensontnemingen onder art. 2 EVRM. Ook geeft het Hof, begrijpelijkerwijs, geen verdere indicaties over wat het zou doen als er wél een conflict bestaat tussen het EVRM en het HOR. In *Hassan* oordeelde het Hof via de band van ‘impliciete derogaties’ dat de

limitatieve detentiegronden van art. 5 EVRM kunnen worden ‘geacommodeerd’, en dat zodoende vrijheidsberovingen op grond van het HOR daarin kunnen worden ingelezen.[19] In de literatuur is wel gespeculeerd dat dit in de onderhavige zaak ook zou gebeuren voor art. 2 EVRM – nu het HOR levensberoving louter op grond van status toestaat, terwijl het EVRM absolute noodzaak vereist – maar omdat het Hof uiteindelijk oordeelt dat Rusland geen rechtsmacht had ten tijde van de ‘active phase of hostilities’, komt het Hof aan die vraag uiteindelijk niet toe.[20]

### **De procedurele verplichting onderzoek te doen**

15. Belangwekkend is ook, ten slotte, hoe het Hof oordeelt over de onderzoeksplicht onder art. 2 EVRM. Als bekend vergt deze verplichting van staten dat zij een effectief onderzoek uitvoeren naar dodelijk geweldgebruik door agenten van de staat, net als overigens naar andere verdachte sterfgevallen.[21] Georgië stelde dat Rusland deze plicht had geschonden, door geen (effectief) onderzoek te doen naar vermeende schendingen van het HOR door hun eigen strijdkrachten, noch die van de strijdkrachten van Zuid-Ossetië.[22] De benadering die het Hof kiest biedt een interessant perspectief op beide hierboven besproken punten, namelijk die van rechtsmacht en de samenspel met het HOR.

16. Om de bespreking van het samenspel met het HOR maar direct voort te zetten, stelt het Hof vast dat ook onder het HOR een plicht bestaat onderzoek te doen, namelijk naar oorlogsmisdrijven gepleegd door de eigen troepen of onderdanen, op het eigen grondgebied, of die anderszins binnen hun rechtsmacht vallen.[23] In dat kader overweegt het dat de verplichting onder het EVRM een bredere reikwijdte heeft, namelijk waar die van staten eist dat ze onderzoek doen naar burgerdoden ook waar die het gevolg zouden zijn van geweldgebruik dat rechtmatig is onder het HOR, maar dat er anderszins geen conflict bestaat.[24] Het is de vraag of het Hof daarmee volledig recht doet aan de relatie tussen het EVRM en het HOR in deze context. Er kunnen namelijk wel degelijk conflicten of spanningen bestaan tussen wat het EVRM en het HOR van staten vergen in het kader van het doen van onderzoek. Waar het de reikwijdte van die verplichting betreft, kan inderdaad worden gedacht aan gevallen waar het EVRM wel een onderzoek vergt naar (burger)doden, maar het HOR niet. Waar het Hof daar vrij eenvoudig overheen stapt, is het de vraag of hier niet een belangrijker conflict kan schuilgaan. Immers, het EHRM eist dat staten onderzoek instellen naar ieder dodelijk geweldgebruik door agenten van de staat,[25] hetgeen in gevallen van gewapend conflict waar zulk geweld tegen vijandige combattanten bovendien door het HOR wordt toegestaan, een wel heel vergaande verplichting zou inhouden.[26] Ook verleent het HOR ‘combatant privilege’ aan strijders, hetgeen inhoudt dat zij niet door een andere staat dan hun eigen strafrechtelijk vervolgd kunnen worden voor rechtmatige oorlogshandelingen.[27] Het EHRM, daarentegen, insisteert op een strafrechtelijk onderzoek

naar dodelijk geweldgebruik, ook door derden.[28] Zo kan het dus dat in voorkomende gevallen het EVRM strafrechtelijke vervolging eist waar het HOR die verbiedt. Overigens is het begrijpelijk dat het Hof op deze materie niet verder ingaat, nu Georgië slechts heeft geklaagd over een gebrek aan onderzoek naar schendingen van het HOR, en dus niet naar andere levensberovingen.

17. Een ander mogelijk conflict betreft de *wijze waarop* onderzoek moet worden gedaan, de onderzoeksstandaarden dus. Het EHRM stelt daarbij voorop dat om effectief te zijn, een onderzoek onafhankelijk moet worden uitgevoerd. Het HOR, echter, wijst de directe meerdere, de ‘commander’, aan als degene die verantwoordelijk is voor onderzoek.[29] Sterker nog, het stelt deze commandanten rechtstreeks strafbaar als zij *geen* onderzoek uitvoeren.[30] Dit zou kunnen betekenen dat waar een commandant geen onderzoek doet naar een schending, hij het HOR schendt en daarvoor strafrechtelijk kan worden aangesproken, terwijl wanneer hij wél onderzoek doet, hij daarmee het EVRM schendt omdat het onderzoek niet onafhankelijk is. Hoewel dit *prima facie* conflict in de praktijk vermeden kan worden door commandanten te verplichten mogelijk strafbaar handelen te rapporteren bij een onafhankelijk onderzoeksorgaan, gaat het EHRM er vrij eenvoudig aan voorbij dat veel staten in hun militaire praktijk hebben ingebed dat onderzoeken binnen de *chain of command* plaatsvinden, en dat het HOR daarvoor ook een basis lijkt te bieden.

18. Op het punt van rechtsmacht maakte het Hof als gezegd een scheiding tussen de fase van ‘active hostilities’, en die van bezetting. Tijdens de bezetting oefende Rusland rechtsmacht uit, en op die basis oordeelde het Hof dat Rusland art. 2 EVRM had geschonden door een ‘systematic campaign of killings of civilians’, die een administratieve praktijk behelsden. Dat Rusland in dit kader ook verplicht was daarnaar onderzoek te doen, moge duidelijk zijn. Maar vervolgens beziet het Hof of Rusland ook verplicht was onderzoek te doen naar voorvallen tijdens de ‘active phase of hostilities’, en concludeert het dat dit inderdaad het geval is. In de zaak *Güzelyurtlu e.a. t. Cyprus en Turkije* oordeelde het al eerder dat staten verplicht kunnen zijn mee te werken aan een onderzoek door een andere staat, zelfs waar het incident waarnaar onderzoek wordt gedaan buiten hun rechtsmacht viel.[31] Dit kan het geval zijn waar die staat, in de onderhavige zaak Rusland, zelf onderzoek heeft ingesteld, en anderszins als er ‘special features’ zijn die een ‘jurisdictional link’ met de staat opleveren. Het Hof acht dit soort ‘speciale omstandigheden’ aanwezig, nu (i) Rusland onder het HOR verplicht was onderzoek te doen naar vermeende oorlogsmisdrijven, (ii) de Russische autoriteiten wel enige (ineffectieve) onderzoeksstappen hadden gezet, (iii) Rusland direct na beëindiging van de actieve gevechtshandelingen rechtsmacht over het territorium in kwestie had gevestigd, en (iv) alle verdachten, waaronder leden van de Russische krijgsmacht, ofwel in Rusland zelf, ofwel in territorium onder Russische rechtsmacht verbleven.[32] Zo normeert het EVRM dus



niet het Russisch handelen ten tijde van de ‘active hostilities’, maar is de onderzoeksverplichting niettemin van toepassing op dergelijk handelen, in elk geval voor zover het oorlogsmisdrijven betreft.[33] Dat is een belangrijke nuancering van de beperkende uitleg die het Hof eerder in zijn arrest gaf aan de reikwijdte van rechtsmacht onder art. 1 EVRM.

19. De toepasselijkheid van de onderzoeksplicht hoeft enerzijds niet tot de verbazing te strekken. Al eerder oordeelde het EHRM immers dat deze plicht autonoom is en losgekoppeld kan worden van materiële schendingen, en dat deze daarom ook van toepassing kan zijn op incidenten die buiten de temporele reikwijdte van het EVRM vallen voor de betrokken staat.[34] Verder duiden *Güzelyurtlu* en daarop volgende uitspraken er al op dat ditzelfde kon gelden voor incidenten die buiten de geografische reikwijdte van het EVRM vielen voor de betrokken staat.[35] Niettemin breidt het EHRM deze uitleg in *Georgië t. Rusland (II)* uit. In eerdere jurisprudentie had het Hof het namelijk over een ‘duty to cooperate’, die staten verplichtte rechtshulp te verlenen aan staten binnen wiens geografische rechtsmacht een incident viel, en die onderzoek daarnaar deden (en daartoe onder het EVRM verplicht waren). De verplichting koppelde het expliciet aan daartoe aangenomen rechtshulpverdragen, en deze plicht kan daarom wel worden gezien als de nieuwste loot aan de stam van de procedurele verplichtingen onder (onder meer) art. 2 EVRM. Nu neemt het Hof een eigenstandige onderzoeksplicht aan voor Rusland, en dat is in die zin nieuw. Zolang er maar ‘special features’ zijn, waarbij van belang lijkt dat de staat bewijs en/of verdachten binnen zijn rechtsmacht heeft, zal de staat een eigenstandig onderzoek moeten instellen, ook naar incidenten die zelf buiten zijn rechtsmacht vielen.

## **Conclusie**

20. Alles overziend is *Georgië t. Rusland (II)* een moeilijke zaak om te duiden. Het Hof neemt principiële stappen in het inkaderen van zijn rechtsmacht ten tijde van gewapende conflicten, en begrenst die op een duidelijke maar controversiële wijze. Het geeft daarvoor rechtspolitieke redenen, namelijk dat als de Verdragsstaten willen dat het Hof zich kan buigen over de vraag of staten zich tijdens internationaal gewapende conflicten aan de regels hebben gehouden, zij daarvoor een expliciete basis aan het Hof zullen moeten verschaffen.[36] Dat lijkt duidelijk, maar roept de vraag op of het nu de feitelijke context is van een (internationaal) gewapend conflict die maakt dat effectieve controle onmogelijk is (en waarom dat dan anders is voor niet-internationale conflicten?), of dat er een juridische reden is, namelijk de toepasselijkheid van het HOR. Dat laatste zou in tegenspraak zijn met de eerdere beslissingen van het EHRM zelf, maar ook van andere mensenrechtenorganen en het Internationaal Gerechtshof.[37] Ondanks het principiële karakter van de uitspraak van het EHRM, wordt de soep ten slotte niet zo heet gegeten als die wordt opgediend: het Hof acht het EVRM tóch van

toepassing op incidenten tijdens de ‘active phase of hostilities’ voor zover het gevangengenomen burgers en combattanten betreft, en waar het de onderzoeksplicht betreft. En ook tijdens situaties van bezetting is het EVRM volledig van toepassing. Zo is het een gemengde uitspraak, die weinigen echt tevreden zal stellen. Dat geldt ook voor de Grote Kamer zelf, getuige de stemverhouding van 11 tegen 6 op het cruciale punt van de rechtsmacht van Rusland tijdens de actieve gevechtshandelingen.

Marten Zwanenburg

Hoogleraar militair recht aan de Faculteit Militaire Wetenschappen van de Nederlandse Defensie Academie.

Floris Tan

Jurist bij de afdeling internationaal recht van de directie juridische zaken van het ministerie van Buitenlandse Zaken, en promovendus bij de Universiteit Leiden. Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.

[1] Zie bijv. M. Milanović, ‘Georgia v. Russia No. 2: The European Court’s Resurrection of Bankovic in the Contexts of Chaos’, *Ejil:Talk!* 25 januari 2021, <https://www.ejiltalk.org/georgia-v-russia-no-2-the-european-courts-resurrection-of-bankovic-in-the-contexts-of-chaos/>.

[2] *Banković e.a. t. België e.a.*, EHRM (GK) 12 december 2001 (ontv.), nr. 52207/99, ECLI:CE:ECHR:2001:1212DEC005220799, «EHRC» 2002/13 m.nt. Van der Velde.

[3] *Issa e.a. t. Turkije*, EHRM 16 november 2004, nr. 31821/96, ECLI:CE:ECHR:2004:1116JUD003182196, «EHRC» 2005/4 m.nt. Gondek; *Pad e.a. t. Turkije*, EHRM 28 juni 2007 (ontv.), nr. 60167/00, ECLI:CE:ECHR:2007:0628DEC006016700; *Isaak e.a. t. Turkije*, EHRM 28 september 2006 (ontv.), nr. 44587/98, ECLI:CE:ECHR:2006:0928DEC004458798; *Solomou e.a. t. Turkije*, EHRM 24 juni 2008, nr. 36832/97, ECLI:CE:ECHR:2008:0624JUD003683297; *Andreou t. Turkije*, EHRM 3 juni 2008 (ontv.), nr. 45653/99, ECLI:CE:ECHR:2008:0603DEC004565399.

[4] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 124.

[5] *Al-Skeini e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 7 juli 2011, nr. 55721/07, ECLI:CE:ECHR:2011:0707JUD005572107, «EHRC» 2011/156 m.nt. Den Heijer.

[6] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 132.

- [7] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 137.
- [8] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 139.
- [9] *Georgië t. Rusland (II)*, o.a. par. 138.
- [10] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 239 en 269.
- [11] *Azerbeidzjan t. Armenië*, nr. 47319/20 en *Armenië t. Azerbeidzjan*, nr. 42521/20.
- [12] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 165-166.
- [13] *Al-Skeini*, reeds aangehaald, par. 149.
- [14] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 86.
- [15] Zie over dit argument verder de noot van Tan, bij *Saribekyan en Balyan t. Azerbeidzjan*, EHRM 30 januari 2020, nr. 35746/11, ECLI:CE:ECHR:2020:0130JUD003574611, *EHRC Updates*, [https://www.ehrc-updates.nl/commentaar/209356?skip\\_boomportal\\_auth=1](https://www.ehrc-updates.nl/commentaar/209356?skip_boomportal_auth=1), m.nt. Tan.
- [16] *Hassan t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 16 september 2014, nr. 29750/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0916JUD002975009, «EHRC» 2014/258 m.nt. De Lange, par. 102-104.
- [17] Zie o.a. M. Zwanenburg, 'The Requirement of Effective Control in the Law of Occupation', in R. Bartels e.a. (red.), *Military Operations and the Notion of Control under International Law*; T.M.C. Asser Press 2020, p. 263.
- [18] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 214.
- [19] *Hassan*, reeds aangehaald, par. 96-107.
- [20] Zie bijv. Françoise Hampson, 'Article 2 of the Convention and Military Operations during Armed Conflict' in Lawrence Early e.a. (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*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016, pp. 191-211, p. 211.
- [21] Zie bijv. *Al-Skeini*, reeds aangehaald, par. 163-167.
- [22] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 316.
- [23] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 323-324.
- [24] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 325.

[25] O.a. in *Al-Skeini*, reeds aangehaald, par. 163.

[26] Zie bijv. K. Watkin, 'Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict', *American Journal of International Law*, 2004, p. 33; 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. 119-138.

[27] Zie bijv. S. Krähenmann, 'Protection of Prisoners in Armed Conflict' in Dieter Fleck (red.), *The Handbook of International Humanitarian Law* (3e ed., Oxford University Press 2013), p. 367.

[28] Zie bijv. *Tahsin Acar t. Turkije*, EHRM (GK) 8 april 2004, nr. 26307/95, ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD002630795, «EHRC» 2004/45, par. 220.

[29] *Additional Protocol I*, art. 87 lid 3.

[30] *Additional Protocol I*, art. 86 lid 2.

[31] *Güzelyurtlu e.a. t. Cyprus en Turkije*, EHRM (GK) 29 januari 2019, nr. 36925/07, ECLI:CE:ECHR:2019:0129JUD003692507, «EHRC» 2019/88, m.nt. Van der Wilt, par. 232.

[32] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 331.

[33] Het EHRM spreekt in par. 331 en 336 over respectievelijk "war crimes" en "crimes". Of het hiermee een beperking beoogt aan te leggen (niet alle schendingen van het HOR zijn immers oorlogsmisdrijven), blijft echter in het midden in de uitspraak.

[34] *Šilih t. Slovenië*, EHRM 9 april 2009 (GK), nr. 71463/01, «EHRC» 2009/83 m.nt. Van der Velde, par. 159, 162-163.

[35] Zie naast *Güzelyurtlu*, reeds aangehaald, *Romeo Castaño t. België*, EHRM 9 juli 2019, nr. 8351/17, ECLI:CE:ECHR:2019:0709JUD000835117, «EHRC» 2019/32, par. 79-92; *Makuchyan en Minasyan t. Azerbeidzjan en Hongarije*, EHRM 26 mei 2020, nr. 17247/13, ECLI:CE:ECHR:2020:0526JUD001724713, *EHRC Updates*, [https://www.ehrc-updates.nl/commentaar/209591?skip\\_boomportal\\_auth=1](https://www.ehrc-updates.nl/commentaar/209591?skip_boomportal_auth=1), m.nt. Trampert.

[36] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 142.

[37] Bijv. *Hassan*, reeds aangehaald, IAHRM 30 november 2012 (Preliminary Objections, Merits and Reparations), *Inter-American Court of Human Rights Series C No 259 (Santo Domingo Massacre t. Colombia)*, par. 24; VN-Mensenrechtencomité 30 oktober 2018, CCPR/C/GC/36 (*General Comment No. 36 on Article 6 of the International Covenant on Civil and*

*Political Rights, on the right to life*), par. 64; ACHPR 18 november 2015, Adopted during the 57th Ordinary Session of the African Commission on Human and Peoples' Rights (*General Comment No. 3 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Life (Article 4)*), par. 32-35, beschikbaar op <https://www.refworld.org/docid/5e67c9cb4.html>; IGH 8 juli 1996 (Advisory Opinion), *I.C.J. Reports* 1996, p. 226 (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*), par. 25.