Ministerie van Buitenlandse Zaken

Aan M en R
Van DJZ Bescherming persoonlijke levenssfeer
Via
Kopie aan Bescherming persoonlijke levenssfeer
Afgestemd met

TER INFO

Datum
16 oktober 2023

Onze Referentie
Min-BuZa.2023.19899-27

Opgesteld door
Directie Juridische Zaken
Bescherming persoonlijke levenssfeer

Uiterlijk bij M op 17 oktober ivm de actualiteit

nota

Internationaalrechtelijke aspecten gewapend conflict Hamas - Israël

Aanleiding

Toenemende vraag naar internationaalrechtelijke duiding van het gewapend conflict tussen Hamas en Israël, in het bijzonder het zelfverdedigingsrecht en het humanitair oorlogsrecht.

Kern/samenvatting

- Israël heeft het recht om geweld te gebruiken ter zelfverdediging tegen de gewapende aanval van Hamas die op 7 oktober jl begon. Het recht op zelfverdediging dient te worden uitgeoefend in overeenstemming met het internationaal recht. Geweld ter zelfverdediging dient noodzakelijk en proportioneel te zijn.
- Zowel Hamas als Israël zijn, als partij bij dit gewapend conflict, gebonden aan de verplichtingen onder het humanitair oorlogsrecht.
- Het niet-naleven van het humanitair oorlogsrecht door de ene partij ontslaat de andere partij niet van zijn verplichtingen.
- Burgers dienen zoveel mogelijk te worden ontzien en beschermd. Ook dient humanitaire hulpverlening te worden gefaciliteerd.
- Schendingen van het humanitair oorlogsrecht dienen onderzocht te worden, de meest ernstige schendingen van het humanitair oorlogsrecht zijn oorlogsmisdrijven.
- Op basis van de beschikbare informatie lijkt een terechte zorg te bestaan dat aan beide zijden schendingen van het humanitair oorlogsrecht c.q. oorlogsmisdrijven zijn gepleegd, maar past terughoudendheid daar waar benodigde informatie ontbreekt om tot een dergelijk oordeel te komen.
- De doelbewuste moordpartijen door Hamas en hun niet-onderscheidende raketaanvallen op Israëlische steden zijn echter zonder meer te kwalificeren als oorlogsmisdrijven. Ook het gijzelen van burgers en het gebruik van burgers als menselijk schild zijn te beschouwen als een oorlogsmisdrijf.
- Anderzijds druist de afgekondigde algehele blokkade van Gaza door Israël zonder meer in tegen de Israëlische verplichtingen op basis van het internationaal recht, w.o. humanitair oorlogsrecht, en dit vormt mogelijk een oorlogsmisdrijf.
- Andere landen hebben een plicht om naleving van het humanitair oorlogsrecht door de partijen te bevorderen.

Toelichting

I Het recht op zelfverdediging / *jus ad bellum*

Heeft Israël het recht om geweld te gebruiken tegen de aanvallen van Hamas? Wat zijn hierbij de juridische grenzen? Is het optreden van Israël proportioneel?

Gewapende aanval

Om een beroep te kunnen doen op het in artikel 51 VN-Handvest neergelegde recht op zelfverdediging dient sprake zijn van een gewapende aanval. Aan dit vereiste lijkt te zijn voldaan, met de grootschalige moordpartij en gijzelingen van Israëlische burgers alsmede aanvallen op Israëlische steden door Hamas vanaf 7 oktober jl. Staten mogen gebruik maken van dit recht totdat de Veiligheidsraad noodzakelijke maatregelen heeft genomen ter handhaving van de internationale vrede en veiligheid. Staten hebben de verplichting de uitoefening van hun recht op zelfverdediging te melden aan de Veiligheidsraad. Daarnaast moet op grond van het internationaal gewoonterecht moet geweldgebruik ter zelfverdediging voldoen aan de eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit.

Noodzakelijkheid

De eis van noodzakelijkheid komt er, kort gezegd, op neer dat de uit te voeren acties noodzakelijk moeten zijn om de gewapende aanval van Hamas te stoppen. Dit betekent niet dat Israël de tegenaanval zou moeten stoppen bij de grens met de Gazastrook. Wel valt punitief gebruik van geweld buiten de grenzen van noodzakelijke, en dus toelaatbare, zelfverdediging.

Proportionaliteit

De eis van proportionaliteit in het zelfverdedigingsrecht betekent dat de uit te voeren acties naar aard, omvang en intensiteit in verhouding dienen te staan tot de oorspronkelijke gewapende aanval (i.c. de aanval van Hamas). Daarbij gaat het vooral om de keuze en de intensiteit van aanwending van instrumenten waarmee in een zelfverdedigingsoperatie wordt gereageerd op een gewapende aanval. Gekeken wordt vooral naar de militaire (zelfverdedigings)operatie *als geheel* (macro). Deze afweging is niet beperkt tot een vergelijking tussen het aantal aan beide zijden gevallen (burger-)slachtoffers.

Oordelen over de rechtmatigheid van de recente en voorgenomen acties van Israël zouden met name uiteen kunnen lopen bij de interpretatie van de proportionaliteit en noodzakelijkheid ervan.

II Humanitair oorlogsrecht / *jus in bello* / internationaal humanitair recht

Wat zijn de mogelijkheden en beperkingen bij het voeren van de gewapende strijd? Wanneer is iets disproportioneel? Is de blokkade onrechtmatig? Mag de Gazaanse burgerbevolking worden verplaatst? Welke regels gelden tijdens een grondoffensief?

Gewapend conflict

Het conflict tussen Israël en Hamas is een gewapend conflict in de zin van het humanitair oorlogsrecht. Het humanitair oorlogsrecht is verankerd in de Verdragen van Genève en Aanvullende Protocollen, alsook in het internationaal gewoonterecht. Het bevat regels over de manieren en middelen van oorlogvoering alsook de verplichting tot bescherming van degenen die niet, of niet langer, deelnemen aan de strijd. Het gaat dan niet alleen om burgers en burgerobjecten, maar ook om

gewonde, zieke en gevangengenomen strijders. Beide partijen zijn gebonden aan de verplichtingen van het humanitair oorlogsrecht. Wel kunnen de verplichtingen verschillen: Israël is partij bij een aantal relevante verdragen, terwijl Hamas als niet-statelijke actor alleen aan de gewoonterechtelijke regels is gebonden. Het zijn van partij bij een gewapend conflict en de gebondenheid aan het humanitair oorlogsrecht geven als zodanig geen legitimering van het gebruik van geweld of status aan de partijen bij het conflict.

Hieronder staat een aantal basisregels waaraan de strijdende partijen zich dienen te houden.

Doelenselectie
Strijdende partijen dienen te allen tijde onderscheid te maken tussen burgers en strijders, en tussen militaire doelen en burgerobjecten. Alleen strijders en militaire doelen mogen worden aangevallen. Militaire doelen zijn uitsluitend die objecten die naar hun aard, ligging, bestemming of gebruik een daadwerkelijke bijdrage leveren tot de gevechtshandelingen én waarvan de gehele of gedeeltelijke vernietiging onder de omstandigheden van dat moment een duidelijk militair voordeel oplevert. Burgers en burgerobjecten mogen niet worden aangevallen, tenzij zij hun beschermde status verliezen en een militair doel vormen. Dit kan gebeuren als een burger (tijdelijk) meedoet aan de gewapende strijd, of als een burgerobject gebruikt wordt om een daadwerkelijke bijdrage te leveren aan de gevechtshandelingen en uitschakeling ervan een duidelijk militair voordeel oplevert.

Voorzorgsmaatregelen
Nadat het oordeel is gevormd dat het beoogde object van aanval een militair doel betreft, dient te worden bezien welke voorzorgsmaatregelen moeten geworden genomen om bijkomende schade voor burgers te voorkomen of minimaliseren. Strijdende partijen dienen bij elke aanval voorzorgsmaatregelen te nemen. Dit houdt in het:

- verifiëren of het aan te vallen doel daadwerkelijk een militair doel betreft;
- nemen van alle praktisch uitvoerbare voorzorgen bij de keuze van middelen en methoden van aanval om incidenteel verlies van mensenlevens en schade aan burgerobjecten (“*collateral damage*”) te voorkomen en deze in elk geval tot het uiterste te beperken;
- afzien van een aanval waarbij wordt verwacht dat disproportioneel verlies van burgerlevens of schade aan hun bezittingen wordt verwacht;
- staken van een aanval wanneer blijkt dat het toch niet om een militair doel gaat of wanneer een aanval een disproportioneel verlies onder burgers teweeg zal brengen (verlies mensenlevens, verwonding burgers, schade burgerobjecten);
- effectief waarschuwen ten aanzien van aanvallen die de burgerbevolking zouden kunnen treffen, tenzij de omstandigheden dit niet toelaten. Een voorbeeld van die omstandigheden is de situatie waarin het verrassingselement een noodzakelijk onderdeel is van de aanval of als er geen praktische mogelijkheden bestaan burgers te waarschuwen.

Proportionaliteit
Tenslotte dient te worden beoordeeld of de geplande aanval proportioneel is. Bij de proportionaliteitseis van het humanitair oorlogsrecht gaat het om specifieke aanvallen (micro) en van een aanval als geheel. Er dient voorafgaand aan en tijdens elke aanval steeds een afweging te worden gemaakt tussen enerzijds het verwachte, tastbare en rechtstreekse militair voordeel en anderzijds het te

verwachten bijkomend verlies van mensenlevens, verwonding onder burgers, schade aan burgerobjecten of een combinatie daarvan. *Proportionaliteit is geen rekenkundige maatstaf, maar een feitelijke maatstaf* – de kern is een afweging tussen de verwachte schade (materiële schade) en het militair voordeel van een bepaalde actie. Dit betekent, afhankelijk van de feitelijke omstandigheden, bijvoorbeeld dat het uitschakelen van een doelwit dat een groot militair voordeel vertegenwoordigt, een grotere hoeveelheid verwachte bijkomende schade toch kan rechtvaardigen. Het gaat hierbij niet om vergelijking tussen de type middelen die een partij kan inzetten of het aantal burgerslachtoffers dat in totaliteit aan beide zijden valt te betreuren.

Humanitaire hulpverlening en noden burgerbevolking

Humanitaire hulpverleners en humanitaire hulpgoederen dienen door de strijdende partijen te worden ontzien en beschermd. Strijdende partijen moeten de snelle en ongehinderde doortocht van onpartijdige humanitaire hulp toestaan en faciliteren, maar mogen deze humanitaire hulp wel controleren. Het uithongeren van de burgerbevolking als methode van oorlogvoering is verboden. Ook is het verboden om objecten die onmisbaar zijn voor het overleven van de burgerbevolking aan te vallen of te vernietigen.

Oorlogsmisdrijven

Niet alle schendingen van het humanitair oorlogsrecht vormen 'oorlogsmisdrijven'. Onder het begrip 'oorlogsmisdrijven' vallen alleen de meest serieuze schendingen van het humanitair oorlogsrecht. Hieronder wordt een aantal oorlogsmisdrijven weergegeven die relevant kunnen zijn in de huidige context:

- Het opzettelijk aanvallen van de burgerbevolking of individuele burgers;
- Het opzettelijk gebruikmaken van uithongering van burgers als methode van oorlogvoering door hun voorwerpen te onthouden die onontbeerlijk zijn voor hun overleving, waaronder het opzettelijk belemmeren van de aanvoer van hulpgoederen zoals voorzien in de Verdragen van Genève;
- Het uitvoeren van een niet-onderscheidende aanval waardoor de burgerbevolking of burgerobjecten worden getroffen, in de wetenschap dat een zodanige aanval buitensporig verlies van mensenlevens, verwondingen van burgers of schade aan burgerobjecten zal veroorzaken;
- Het opzettelijk inzetten van een aanval in de wetenschap dat een dergelijke aanval disproportionele verliezen aan levens of letsel onder burgers of schade aan burgerobjecten zal veroorzaken;
- Het gebruikmaken van de aanwezigheid van een burger of een andere beschermde persoon teneinde bepaalde punten, gebieden of strijdkrachten te vrijwaren van militaire operaties (gebruik als menselijke schilden);
- Het aanvallen of bombarderen van steden, dorpen, woningen of gebouwen die niet worden verdedigd en geen militair doelwit zijn;
- Het opzettelijk aanvallen van gebouwen, materieel, medische eenheden en transport, alsmede personeel dat gebruik maakt van Rode Kruis of Rode Halve Maan emblemen;
- Het opzettelijk aanvallen richten op personeel, installaties, materieel, eenheden of voertuigen, betrokken bij humanitaire hulpverlening of vredesmissies overeenkomstig het Handvest van de Verenigde Naties, zolang deze als burger recht hebben op de bescherming die aan burgers of burgerobjecten wordt verleend krachtens het internationale recht inzake gewapende conflicten;

- Het opzettelijk aanvallen richten op gebouwen, bestemd voor godsdienst, onderwijs, kunst, wetenschap of charitatieve doeleinden, historische monumenten, ziekenhuizen en plaatsen waar zieken en gewonden worden samengebracht, mits deze geen militair doelwit zijn.

Schendingen humanitair oorlogsrecht in het conflict tussen Hamas en Israël?
Regelmatig, met inbegrip van de afgelopen periode sinds 7 oktober jl., wordt de vraag gesteld of gedragingen van Hamas en Israël een schending vormen van het humanitair oorlogsrecht of zelfs een oorlogsmisdrijf zijn. Gedegen onafhankelijk onderzoek zal nodig zijn om dit te kunnen vaststellen, en zeker ten aanzien van oorlogsmisdrijven zal de vaststelling daarvan in beginsel aan een (inter)nationale rechter zijn. Op basis van beschikbare informatie lijkt evenwel terechte zorg te bestaan dat door beide partijen schendingen van het oorlogsrecht c.q. oorlogsmisdrijven zijn gepleegd, zoals hieronder toegelicht.

- De doelbewuste moordpartijen door Hamas en hun niet-onderscheidende raketaanvallen op Israëlische steden zijn zonder meer te kwalificeren als oorlogsmisdrijven. Ook het gijzelen van burgers en het gebruik van gegijzelde burgers of militairen als menselijk schild zijn te beschouwen als een oorlogsmisdrijf. Er bestaat een plicht voor Hamas om waar mogelijk de burgerbevolking uit de nabijheid van militaire doelen te verwijderen, maar Hamas heeft de burgerbevolking juist opgeroepen in Noord-Gaza te blijven. Daden van geweld of bedreiging met geweld waarvan het belangrijkste oogmerk is de burgerbevolking angst aan te jagen, zijn verboden.

- De grootschalige Israëlische luchtaanvallen op Gaza, met groot verlies onder de burgerbevolking en veel schade aan burgerobjecten, geven eveneens aanleiding tot zorg over de naleving van het humanitair oorlogsrecht. Zonder precieze gegevens en omstandigheden van een aanval is een beoordeling over rechtmatigheid echter beperkt en is terughoudendheid geboden. Informatie over de militaire doelen die werden beoogd bij een aanval zal immers voor buitenstaanders niet altijd beschikbaar zijn, omdat doelenselectie vaak gebaseerd is op (geheime) inlichtingen. Ook een burgerobject zou, door het gebruik van dit object voor militaire doeleinden, een militair doel kunnen worden en een aanval hierop zou derhalve rechtmatig kunnen zijn. Daarnaast is het aantal burgerslachtoffers dat bij een aanval valt alléén onvoldoende om een gefundeerd oordeel te kunnen vellen over de rechtmatigheid van een aanval. Hoge aantallen burgerslachtoffers onderstrepen wel de noodzaak van verder onafhankelijk onderzoek.

- De afgekondigde algehele blokkade van Gaza door Israël, waardoor geen water, voedsel, medicijnen en brandstof meer naar een noodlijdende burgerbevolking in Gaza kunnen gaan, druist evident in tegen de Israëlische verplichtingen op basis van het humanitair oorlogsrecht, waaronder het bezettingsrecht, ten opzichte van de burgers en hulpverleners in Gaza. Mogelijk vormt dit ook een oorlogsmisdrijf (doelbewust uithongeren van de burgerbevolking).

- De Israëlische oproep aan burgers om Noord Gaza te verlaten lijkt te zijn ingegeven door de mogelijkheid die het humanitair oorlogsrecht biedt om de burgerbevolking, bij uitzondering, te verplaatsen indien hun veiligheid of dwingende militaire redenen dit vereisen. In dat geval dienen alle mogelijke maatregelen te worden genomen om deze burgers in behoorlijke

omstandigheden elders op te vangen v.w.b. onderdak, hygiëne, gezondheid, veiligheid, voedsel en water. In de huidige omstandigheden in Gaza, waar ook een algehele blokkade is afgekondigd, lijkt hiervan geen sprake. De oproep kan ook worden gezien als invulling door Israël van de oorlogsrechtelijke plicht de burgerbevolking te waarschuwen.

III Naleving van internationale verplichtingen
Welke mogelijkheden zijn er om de naleving van internationale verplichtingen door de partijen af te dwingen?

Onderzoek naar schendingen humanitair oorlogsrecht
Voor een beoordeling of er sprake is van schending van het humanitair oorlogsrecht of zelfs van oorlogsmisdrijven, is het nodig alle feiten en omstandigheden te kennen. Op basis van het humanitair oorlogsrecht hebben partijen de verplichting een onafhankelijk onderzoek in te stellen naar alle beweerdelijke schendingen van het recht. Als zij dat niet kunnen of willen doen, zou een internationaal onderzoek aan de orde kunnen zijn.

Rol van derde staten zoals Nederland
Staten hebben op basis van het humanitair oorlogsrecht de plicht om naleving van het humanitair oorlogsrecht te bevorderen (te "doen naleven", *to ensure respect*). Het oproepen van partijen in dit conflict om het humanitair oorlogsrecht na te leven, evenals het aanspreken van partijen bij concrete zorgen over naleving, geven belangrijke invulling aan deze verplichting. Ook het oproepen tot het instellen van onafhankelijke onderzoek naar beweerdelijke schendingen is van belang. Nederland zou hier in contacten met Israël en de Palestijnse autoriteiten (verder) voor kunnen pleiten.

Rol van internationale gerechtshoven en tribunalen
Individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid. Israël is geen partij bij het Statuut voor het Internationaal Strafhof; 'Palestina' is wel toegetreden tot het Statuut en het Strafhof heeft beslist dat het rechtsmacht heeft over internationale misdrijven die sinds 2014 zijn gepleegd in dit conflict in de Palestijnse gebieden. De huidige vijandelijkheden vallen hieronder, waardoor het (opnieuw) verwijzen van de situatie naar het Internationaal Strafhof juridisch gezien niet noodzakelijk is. Voor Nederland geldt dat dit ook niet kan, omdat Nederland de Palestijnse Gebieden niet erkent als staat. Het is aan het Strafhof om te bepalen of het lopende onderzoek moet worden uitgebreid. Nederland reageert in de regel niet inhoudelijk op lopende onderzoeken vanwege de onafhankelijkheid van het Strafhof.

Staatsaansprakelijkheid. Een oordeel van het Internationaal Gerechtshof (IGH) of een arbitraal tribunaal is alleen mogelijk indien staten de rechtsmacht hebben aanvaard.

- Israël is weliswaar partij bij verschillende relevante multilaterale verdragen, maar die verdragen (a) voorzien niet in verplichte geschillenbeslechting of (b) bevatten het recht om daarbij een voorbehoud te maken waarvan Israël in alle gevallen gebruik heeft gemaakt met uitzondering van het Genocideverdrag. Indien er bewijs zou zijn van een (dreigende) genocide, zou een staat Israël aansprakelijk kunnen stellen op grond van dat verdrag voor het IGH. In dat geval zouden andere staten kunnen interveniëren in de procedure om een juridische visie te geven op de constructie van het verdrag.

- Palestina is weliswaar partij bij verschillende relevante multilaterale verdragen, maar geen daarvan voorziet in verplichte geschillenbeslechting. Nederland heeft Palestina ook niet als staat erkend en derhalve ook niet als partij bij deze multilaterale verdragen. Hierdoor is het (voor Nederland) niet mogelijk Palestina aansprakelijk te stellen.

Advies. De AVVN heeft het IGH op 30 december 2022 verzocht om een advies over de rechtsgevolgen van de voortdurende Israëlische bezetting en praktijken in de bezette gebieden, waarbij naar verwachting ook vraagstukken van zelfverdediging en humanitair oorlogsrecht aan de orde zullen komen. Uw voorganger heeft pas na het verstrijken van de deadline van het Hof besloten om daaraan deel te nemen. Het Hof heeft de Nederlandse schriftelijke bijdrage aan de procedure niet meer willen toelaten. Nederland kan nog wel deelnemen aan de mondelinge fase van de procedure (later dit jaar of begin volgend jaar).