

LJN: BZ9225, Hoge Raad , CPG 12/03324

Datum 03-05-2013

uitspraak:

Datum 03-05-2013

publicatie:

Rechtsgebied: Civiel overig

Soort procedure: Cassatie

Inhoudsindicatie: Gevolgen val Srebrenica. Onrechtmatige overheidsdaad; internationaal recht; toerekening van handelingen gepleegd door Dutchbat aan Staat?; aansprakelijkheid internationale organisatie; overdracht van 'command and control' over Dutchbat aan VN; 'effective control' van VN over handelingen Dutchbat?; eigen handelen Staat en parallelle 'command and control'. Extra-territoriale werking mensenrechtenverdragen; begrip 'rechtsmacht' in zin van art. 1 EVRM en art. 2 lid 1 IVBPR; 'effective control' over gebied in kader van extra-territoriale werking mensenrechtenverdragen; recht op leven en verbod op onmenselijke behandeling zijn fundamentele, universeel geldende rechten.

Vindplaats(en): Rechtspraak.nl

Uitspraak

Eerste kamer - uitspraak volgt

Conclusie

Zaak 12/03324

Mr P. Vlas

Zitting, 3 mei 2013 (bij vervroeging)

Conclusie inzake:

De Staat der Nederlanden
(Ministerie van Defensie en Ministerie van Buitenlandse Zaken),
eiser tot cassatie

tegen

Hasan Nuhanovic
(hierna: Nuhanovic),
verweerder in cassatie

1. Inleiding

1.1 De dramatische gebeurtenissen van de val van de enclave Srebrenica in juli 1995 hebben eerder aanleiding gegeven tot een arrest van de Hoge Raad. Op 13 april 2012 heeft Uw Raad beslist dat aan de Verenigde Naties (hierna: VN) immuniteit van jurisdictie toekomt, zodat de Nederlandse rechter niet bevoegd is kennis te nemen van de door de Stichting Mothers of Srebrenica c.s. tegen de VN ingestelde vorderingen.(1) Deze vorderingen waren gericht op het verkrijgen van een verklaring voor recht dat de VN onrechtmatig heeft gehandeld wegens het niet nakomen van vóór de val van de enclave Srebrenica door de VN gedane toezeggingen en van schending van op de VN rustende (verdrags)verplichtingen. Thans wordt Uw Raad opnieuw geconfronteerd met de trieste gevolgen van de val van Srebrenica en in het bijzonder met de door (paramilitaire) eenheden van het Bosnisch-Servische leger gepleegde massaexecuties van voornamelijk weerbare moslimmannen in de dagen die volgden op de val van de enclave. Bij deze massaexecuties zijn de vader Ibro Nuhanovic, de moeder Nasiha Nuhanovic-Mehinagic en de broer Muhamed Nuhanovic van Nuhanovic vermoord. Nuhanovic heeft de Staat in rechte aangesproken en onder meer een verklaring voor recht gevorderd dat de Staat aansprakelijk is voor de schade uit onrechtmatige daad jegens Muhamed en/of Ibro en/of Nasiha Nuhanovic en/of jegens Nuhanovic zelf, en dat de Staat jegens Nuhanovic gehouden is tot vergoeding van de schade die hij als gevolg daarvan heeft geleden en nog zal lijden. In cassatie staat de vraag centraal of het niet beschermen van Ibro, Nasiha en Muhamed Nuhanovic door Dutchbat tegen de genoemde eenheden van het Bosnisch-Servische leger heeft te gelden als een handelen of nalaten van de Staat en of dit een onrechtmatige overheidsdaad oplevert. Gelijktijdig met deze zaak wordt heden geconcludeerd in een parallelle zaak (nr. 12/03329), waarin dezelfde vragen aan de orde komen.

1.2 Na een uiteenzetting van de feiten die voor de onderhavige zaak van belang zijn (nr. 2), wordt een korte weergave van het procesverloop gegeven (nr. 3). Alvorens de cassatiemiddelen te bespreken, wijd ik enige algemene beschouwingen aan de kwestie van toerekening van internationaalrechtelijke aansprakelijkheid (nr. 4). Daarna volgt in nr. 5 de bespreking van het cassatieberoep en in nr. 6 de conclusie.

2. Feiten

2.1 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan, die uitvoerig zijn weergegeven in rov. 2.1 t/m 2.34 van het in cassatie bestreden (tussen)arrest van het hof 's-Gravenhage van 5 juli 2011 (hierna aan te duiden als het tussenarrest). Ik hecht eraan deze feiten te herhalen, zij het enigszins bekort.

2.2 In 1991 hebben de Republieken Slovenië en Kroatië zich onafhankelijk verklaard van de Socialistische Federale Republiek Joegoslavië. Naar aanleiding van de gevechten die vervolgens met name in Kroatië uitbraken heeft de Veiligheidsraad van de VN bij Resolutie 743 van 21 februari 1992 besloten tot het instellen van de United Nations Protection Force (hierna: UNPROFOR), met hoofdkwartier in Sarajevo.

2.3 Op 3 maart 1992 heeft ook de republiek Bosnië-Herzegovina zich onafhankelijk verklaard van de Socialistische Federale Republiek Joegoslavië. In Bosnië-Herzegovina wonen bevolkingsgroepen van zowel Moslims als Serviërs. Nadat de Bosnische Serviërs de onafhankelijkheid hadden uitgeroepen van de Republika Srpska (Servische Republiek), braken gevechten uit tussen onder meer het leger van Bosnië-Herzegovina enerzijds en het Bosnisch-Servische leger anderzijds. In verband met deze gevechten heeft de Veiligheidsraad bij Resolutie 758 van 8 juni 1992 UNPROFOR vergroot en zijn mandaat uitgebreid tot Bosnië-Herzegovina.

2.4 Srebrenica is een stad gelegen in het oosten van Bosnië-Herzegovina. Door het gewapende conflict ontstond in Srebrenica en omgeving een moslimenclave. Vanaf begin 1993 was de enclave Srebrenica omsingeld door het Bosnisch-Servische leger.

2.5 Op 16 april 1993 heeft de Veiligheidsraad Resolutie 819 aangenomen, waarin onder meer is opgenomen dat Srebrenica en omgeving als 'safe area' moet worden behandeld en de Secretaris-Generaal van de VN wordt verzocht de aanwezigheid van UNPROFOR in Srebrenica uit te breiden. De Resolutie vermeldt bovendien het volgende:

'5. Reaffirms that any taking or acquisition of territory by the threat or use of force including through the practice of "ethnic cleansing", is unlawful and unacceptable;

6. Condemns and rejects the deliberate actions of the Bosnian Serb party to force the evacuation of the civilian population from Srebrenica and its surrounding areas as well as from other parts of the Republic of Bosnia and Herzegovina as part of its overall abhorrent campaign of "ethnic cleansing"; (...)'.

2.6 In Resolutie 824 van 6 mei 1993 en in Resolutie 836 van 4 juni 1993 heeft de Veiligheidsraad het aantal 'safe areas' uitgebreid en de lidstaten opgeroepen gewapende troepen en logistieke ondersteuning ter beschikking te stellen aan UNPROFOR. Op 15 mei 1993 hebben de VN en Bosnië-Herzegovina de 'Agreement on the Status of the United Nations Protection Force in Bosnia and Herzegovina' ondertekend.

2.7 In zijn rapport van 14 juni 1993 heeft de Secretaris-Generaal van de VN een analyse gegeven van de modaliteiten waarin resolutie 836 zou kunnen worden uitgevoerd. In de analyse is aangegeven dat met een 'light option' van een minimale troepensterkte zou kunnen worden begonnen. In Resolutie 844 van 18 juni 1993 heeft de Veiligheidsraad aldus besloten.

2.8 Ten behoeve van de uitvoering van met name Resolutie 836 inzake de 'safe areas', heeft Nederland de VN een bataljon van de Luchtmobiele brigade aangeboden, welk aanbod op 21 oktober 1993 door de Secretaris-Generaal is aanvaard.

2.9 Op 3 maart 1994 heeft dit bataljon (bekend onder de naam 'Dutchbat') het in Srebrenica aanwezige Canadese regiment afgelost. De hoofdmacht van Dutchbat werd in de enclave Srebrenica gestationeerd. Eén compagnie infanterie werd in de stad Srebrenica gelegerd, de overige eenheden buiten de stad op een verlaten fabrieksterrein te Potocari (hierna: de 'compound').

2.10 Op 5 en 6 juli 1995 is het Bosnisch-Servische leger onder aanvoering van generaal Mladic een aanval begonnen op de enclave Srebrenica. Op 11 juli 1995 is Srebrenica gewapenderhand door het Bosnisch-Servische leger ingenomen. De nog in de stad verblijvende militairen van Dutchbat trokken zich terug op de compound. Vanuit de stad Srebrenica kwam een vluchtelingenstroom op gang. Van deze vluchtelingen zijn ruim 5000 door Dutchbat toegelaten op de compound, waaronder 239 weerbare (dat wil zeggen tussen de 16 en 60 jaar oude) mannen. De vluchtelingen op de compound werden ondergebracht in een lege fabriekshal. Een veel groter aantal vluchtelingen (vermoedelijk rond de 27.000) verbleef te Potocari buiten de compound in de open lucht.

2.11 De volgende personen hadden in de voor deze zaak relevante periode de volgende functies:

- (i) de (Franse) luitenant-generaal Janvier was de Force Commander van UNPF, sinds 1 april 1995 de nieuwe naam van het oorspronkelijke UNPROFOR. Het UNPF-hoofdkwartier bevond zich te Zagreb, Kroatië;
- (ii) de (Engelse) luitenant-generaal Smith was de commandant van BH Command, sinds mei 1995 genaamd HQ UNPROFOR Deze divisie bevond zich te Sarajevo, Bosnië-Herzegovina;
- (iii) de (Franse) generaal Gobillard was waarnemend commandant van HQ UNPROFOR;
- (iv) de (Nederlandse) brigade-generaal Nicolai was chef-staf van HQ UNPROFOR. Zijn 'Military Assistant' was de (Nederlandse) luitenant-kolonel De Ruiter;
- (v) de (Nederlandse) luitenant-kolonel ('overste') Karremans was commandant van Dutchbat;
- (vi) de (Nederlandse) majoor Franken was plaatsvervangend commandant van Dutchbat.

2.12 Voor Dutchbat golden in de VN-lijn vastgestelde gedragsregels en instructies: de door de Force Commander opgestelde Rules of Engagement (RoE), de Standing Operating Procedures en de Policy Directives. Het Ministerie van Defensie heeft deze gedragsregels en instructies, alsmede een aantal bestaande en speciaal voor deze missie opgestelde regels vastgelegd in de (Nederlandstalige) Vaste Order 1 (NL) VN Infbat. In deze 'vaste Order' is de instructie opgenomen dat na steunverlening geen personen mogen worden weggestuurd als fysieke bedreiging het gevolg daarvan is.

2.13 Na de inname van Srebrenica op 11 juli 1995 heeft minister van Defensie Voorhoeve aan het eind van de middag getelefoneerd met generaal Nicolai. Nicolai heeft Voorhoeve verteld dat zij in Sarajevo geen andere oplossing zagen dan het evacueren van de vluchtelingen. Voorhoeve heeft daarmee ingestemd.

2.14 Op 11 juli 1995 om 18.45 uur ontving overste Karremans een fax van generaal Gobillard, waarin onder meer de instructie was opgenomen onderhandelingen te voeren met het Bosnisch-Servische leger voor een onmiddellijk staakt-het-vuren en tot het nemen van 'all reasonable measures to protect refugees and civilians in your care'.

2.15 In de avond van 11 juli 1995 ontving generaal Janvier de Nederlandse chef Defensiestaf Van den Breemen en plaatsvervangend bevelhebber Van Baal, die vanuit Nederland naar Zagreb waren gekomen om te overleggen over de in Srebrenica ontstane situatie. De deelnemers aan dat gesprek waren het erover eens dat zowel Dutchbat als de vluchtelingen dienden te worden geëvacueerd, waarbij wat de evacuatie van de vluchtelingen aanging UNHCR de eerstverantwoordelijke zou zijn.

2.16 In de avond van 11 juli 1995 heeft overste Karremans twee gesprekken gevoerd met Mladic, de tweede keer werd hij vergezeld door Nesib Mandžić als vertegenwoordiger van de plaatselijke bevolking. Tijdens de eerste bespreking zei Mladic dat de moslim-burgerbevolking niet het doelwit van zijn actie was maar dat hij deze wilde helpen. Hij vroeg of Karremans Nicolai kon verzoeken om bussen te sturen en Karremans antwoordde dat hij dacht dat hij dat kon regelen. Voor het script van de video-opnames die van het eerste van deze gesprekken van Karremans met Mladic zijn gemaakt, verwijst ik naar rov. 2.19 van het tussenarrest.

2.17 In de vroege ochtend van 12 juli 1995 heeft Karremans telefonisch met minister Voorhoeve gesproken. Tijdens dit telefoongesprek zei Voorhoeve tegen Karremans: 'redt wat er te redden valt'.

2.18 In de ochtend van 12 juli 1995 heeft Karremans een derde en laatste bespreking met Mladic gehad, waarbij Karremans dit keer behalve door Mandžic ook nog vergezeld werd door Ibro Nuhanovic. Overste Karremans heeft tijdens een van zijn besprekingen met Mladic over de evacuatie van de bevolking gezegd dat hij het lokale personeel met Dutchbat zou willen meennemen. Mladic heeft dat goedgevonden, waarop door Dutchbat een lijst is gemaakt met ongeveer 29 personen die behoorden tot het lokale personeel en die met Dutchbat zouden evacueren.

2.19 Van deze laatste bespreking is aan minister Voorhoeve verslag uitgebracht, waarna de minister opdracht aan zijn medewerkers heeft gegeven om aan UNPROFOR te laten weten dat Dutchbat onder geen beding mocht meewerken aan een aparte behandeling van de mannen.

2.20 Aan het begin van de middag van 12 juli 1995 kwamen er bussen en vrachtwagens van de Bosnische Serviërs buiten de compound aan om de vluchtelingen mee te nemen. Volgens Mladic, die rond die tijd ter plekke aanwezig was, behoefden de vluchtelingen niets te vrezen, zij zouden richting Kladanj in de Moslim-Kroatische Federatie worden gebracht. Vanaf 14.00 uur werden de vluchtelingen die zich buiten de compound bevonden en die gezien hun uitzichtloze situatie graag wilden vertrekken door deze voertuigen weggevoerd. Het wegvoeren is voortgezet in de ochtend van 13 juli 1995 en vervolgens zijn die middag ook de vluchtelingen die op de compound hadden verbleven met voertuigen van de Bosnische Serviërs weggevoerd.

2.21 Gedurende de periode waarin de vluchtelingen (zowel buiten als vanaf de compound) werden weggevoerd bereikten militairen van Dutchbat op verschillende tijdstippen signalen dat de Bosnische Serviërs misdaden tegen met name de mannelijke vluchtelingen pleegden (zie rov. 2.27 van het tussenarrest).

2.22 Voor de onderhavige zaak is van belang dat Nuhanovic als tolk werkzaam is voor de United Nations Military Observers die aan UNPROFOR waren verbonden en deel uitmaakten van Dutchbat. Nuhanovic was als zodanig in dienst van Dutchbat. De vader van Nuhanovic (Ibro Nuhanovic), zijn moeder (Nasiha Nuhanovic-Mehinagic) en zijn minderjarige broer (Muhamed Nuhanovic) hadden na de val van Srebrenica hun toevlucht gezocht op de compound. Nuhanovic beschikte over een VN-pas en stond in tegenstelling tot zijn vader, moeder en broer, op de lijst van lokaal personeel dat met Dutchbat mee mocht evacueren. Nuhanovic heeft diverse pogingen gedaan om met name zijn broer Muhamed op de lijst te krijgen, hetgeen door majoor Franken is geweigerd, omdat Muhamed niet over een VN-pas beschikte en, naar Franken meende te weten, een dergelijke pas ook niet door Dutchbat kon worden aangemaakt.

2.23 Nadat alle overige vluchtelingen van de compound waren vertrokken en de familie van Nuhanovic te horen had gekregen dat zij niet konden blijven, begaven zij zich rond 19.30 uur naar de uitgang van de compound.(2) Franken heeft toen nog aan de vader van Nuhanovic gezegd dat hij kon blijven, omdat hij deel had uitgemaakt van het burgercomité dat overleg had gevoerd met Mladic. Aan de moeder en de broer van Nuhanovic werd die mogelijkheid niet geboden. De vader koos ervoor om de compound samen met zijn vrouw en zoon Muhamed te verlaten. Zij zijn door de Bosnische Serviërs afgevoerd en door het Bosnisch-Servische leger of aanverwante paramilitaire groepen vermoord.

2.24 Op 13 juli 1995 om 20.00 uur ontving overste Karremans een fax van luitenant-kolonel De Ruiter ('releasing officer': Nicolai) met als onderwerp: Richtlijnen voor onderhandelingen met Generaal Mladic. In deze fax staat onder meer:

'Met het oog op de onderhandelingen tussen CO-Dutchbat en Gen Mladic over de mogelijke condities betreffende de evacuatie van Dutchbat uit de enclave van Srebrenica zijn de volgende richtlijnen van kracht:

6. Meenemen van locals in dienst van de VN vereist;
(..)

8. Bij vastlopen onderhandelingen onmiddellijk terugkoppelen op Bgen Nicolai (gevolmachtigd onderhandelaar namens NL Government en UNPROFOR.'

2.25 Karremans heeft vervolgens, eveneens op 13 juli 1995, een fax aan Mladic gestuurd waarin hij

onder meer schrijft:

'1. At 2000 hrs, I did receive a message from the authorities of the Netherlands thru HQ UNPROFOR in SARAJEVO concerning the evacuation of Dutchbat. I have been ordered to pass the following guidelines to you.

2. Guidelines:

a. Dutchbat should leave POTOARI with (...)

(...)

d. Personnel assigned to the UN and to Dutchbat such as interpreters and the people from MSF and UNHCR.'

2.26 Op 19 juli 1995 heeft generaal Smith met Mladic een overeenkomst gesloten die onder meer het volgende inhoudt:

'7. To provide the UNPROFOR displacement (including all military, civilian and up to thirty locally-employed personnel) from Potocari with all UNPROFOR weapons, vehicles, stores and equipment, through Ljubovija, by the end of the week, according to following displacement order:

a. Evacuation of wounded Moslems from Potocari, as well as from the hospital in Bratunac.

b. Evacuation of women, children and elderly Moslems, those who want to leave.

c. Displacement of UNPROFOR to start on 21 July 95 at 1200 hrs.

The entire operation will be supervised by General Smith and General Mladic or their representatives.'

2.27 Dutchbat heeft op 21 juli 1995 de compound verlaten. De Bosnische Serviërs hebben het konvoi niet aan enige controle onderworpen. Het overgrote deel van de weerbare mannen die door de Bosnische Serviërs zijn afgevoerd is door hen vermoord. In totaal zijn door de acties van de Bosnische Serviërs vermoedelijk meer dan 7.000 mannen om het leven gekomen, een groot deel door massaexecuties.

3. Procesverloop(3)

3.1 In eerste aanleg heeft Nuhanovic, voor zover in cassatie nog van belang, het volgende gevorderd: (i) voor recht te verklaren dat de Staat aansprakelijk is voor de schade uit onrechtmatige daad jegens Muhamed en/of Ibro en/of Nasiha Nuhanovic en/of jegens Nuhanovic zelf, (ii) voor recht te verklaren dat de Staat jegens Nuhanovic gehouden is tot vergoeding van de schade die hij als gevolg daarvan heeft geleden en nog zal lijden.

3.2 Bij vonnis van 10 september 2008 heeft de rechtbank 's-Gravenhage de vordering afgewezen op de grond, kort gezegd, dat het handelen van Dutchbat tijdens de evacuatie van de vluchtelingen op 12 en 13 juli 1995 als een handelen van de VN moet worden beschouwd.

3.3 De rechtbank heeft, kort samengevat, overwogen dat de vraag of het optreden van Dutchbat in het onderhavige geval aan de Staat moet worden toegerekend, moet worden beantwoord naar normen van internationaal publiekrecht, omdat de Nederlandse militairen die zich in Srebrenica bevonden belast waren met de uitvoering van een opdracht van de VN-Veiligheidsraad. Naar het oordeel van de rechtbank moet het optreden van Dutchbat exclusief worden toegerekend aan de VN. De rechtbank heeft op dit punt onder meer overwogen dat in het geval de Staat troepen aan de VN ter beschikking stelt in het kader van deelneming aan vredesoperaties onder hoofdstuk VII van het Handvest der Verenigde Naties (hierna: Handvest VN), de 'operational control and command' over die troepen aan de VN wordt overgedragen.

3.4 Nuhanovic heeft hoger beroep ingesteld en zijn eis vermeerdert en gevorderd (voor zover thans van belang):

(i) voor recht te verklaren dat de Staat aansprakelijk is voor de schade uit onrechtmatige daad jegens Muhamed en/of Ibro en/of Nasiha Nuhanovic en/of jegens Nuhanovic zelf, en dat de Staat jegens

Nuhanovic gehouden is tot vergoeding van de schade die hij als gevolg daarvan heeft geleden en nog zal lijden,

(ii) voor recht te verklaren dat de Staat het Genocideverdrag, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) heeft geschonden door geen strafrechtelijk onderzoek in te stellen naar de schendingen door de Nederlandse militairen van de artikelen 2 en 3 EVRM en 6 en 7 IVBPR (respectievelijk het recht op leven en het verbod op onmenselijke behandeling);

(iii) voor recht te verklaren dat de Staat aansprakelijk is voor de schade die Nuhanovic heeft geleden door schending van het recht van Nuhanovic op een eerlijk proces, althans voor recht te verklaren dat dit recht geschonden is, zoals omschreven in grief 15 waarin wordt opgekomen tegen de omstandigheid dat de rechter in de rechtbank, mr. Punt, die de comparitie van partijen heeft voorgezeten, van de zaak is gehaald.

3.5 In het thans in cassatie bestreden tussenarrest heeft het hof 's-Gravenhage een aantal eindbeslissingen gegeven met betrekking tot de aansprakelijkheid van de Staat. Anders dan de rechtbank heeft het hof, kort samengevat, het handelen van Dutchbat tijdens de evacuatie van de vluchtelingen op 12 en 13 juli 1995 als handelen van de Staat aangemerkt op basis van het hierna te bespreken 'effective control'-criterium. Voorts heeft het hof geoordeeld dat de Staat jegens Nuhanovic onrechtmatig heeft gehandeld wegens schending van fundamentele normen die zowel naar nationaal als naar internationaal recht gelden. Volgens het hof heeft de Staat niet onrechtmatig gehandeld jegens Ibro Nuhanovic, die toestemming had om op de compound te blijven, maar zijn dood valt wel als gevolg van het onrechtmatig handelen inzake Muhamed aan de Staat toe te rekenen. Volgens het hof is het in de gegeven omstandigheden begrijpelijk dat Ibro ervoor zou kiezen mee te gaan met zijn minderjarige zoon. Voor de stelling dat de Staat jegens Nasiha Nuhanovic onrechtmatig heeft gehandeld, is volgens het hof onvoldoende gesteld, omdat zij als vrouw volgens Nuhanovic niets van de Serviërs te vrezen had en zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet valt in te zien waarom Dutchbat haar niet van de compound had mogen laten vertrekken (rov. 6.20).

3.6 Ten aanzien van de hiervoor in nr. 3.4 onder (iii) genoemde vordering heeft het hof Nuhanovic toegelaten tot het leveren van bewijs dat mr. Punt in eerste aanleg van de zaak is gehaald teneinde de uitkomst van die zaak te beïnvloeden.

3.7 Bij eindarrest van 26 juni 2012 heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd, voor recht verklaard dat de Staat jegens Nuhanovic uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk is voor de schade die hij heeft geleden en zal lijden als gevolg van de dood van Muhamed en Ibro Nuhanovic en het meer of anders gevorderde afgewezen.

3.8 De Staat is tijdig in cassatie gekomen van zowel het tussenarrest als het eindarrest. In cassatie zijn nog slechts van belang de door het hof in het tussenarrest gegeven eindbeslissingen, zoals hiervoor weergegeven onder nr. 3.5. De zaak is door partijen op 18 januari 2013 mondeling toegelicht ten overstaan van de Hoge Raad, met schriftelijk re- en dupliek op 15 februari 2013.

4. Toerekening van internationaalrechtelijke aansprakelijkheid

4.1 In deze zaak gaat het in de kern genomen om de vraag of de handelingen van de militairen van Dutchbat in de dagen die direct volgden op de val van de enclave Srebrenica op 11 juli 1995 kunnen worden toegerekend aan de Staat. De rechtbank heeft deze aansprakelijkheid van de Staat afgewezen, omdat de militairen van Dutchbat onder 'command and control' van de VN waren gesteld. Daarentegen heeft het hof gemeend dat de vraag of 'command and control' over Dutchbat aan de VN is overgedragen en wat daaronder moet worden verstaan in het midden kan blijven, omdat het beslissende criterium voor de toerekening niet is gelegen in de vraag wie 'command and control' uitoefende maar wie 'effective control' bezat.(4)

4.2 De Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV) heeft in haar advies van 8 mei 2002 inzake aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden tijdens VN operaties opgemerkt dat bepaalde activiteiten van vredesoperaties het risico in zich dragen van schending van lokale privaatrechtelijke en publiekrechtelijke normen en daardoor tot het ontstaan van een onrechtmatige daad naar nationaal recht leiden.(5) In rov. 5.3 en 5.4 van het tussenarrest heeft het hof overwogen dat de vraag of de aan Dutchbat verweten gedragingen aan de Staat kunnen worden toegerekend,

moet worden beoordeeld naar internationaal recht. Dat de aan Dutchbat verweten gedragingen moeten worden beoordeeld naar internationaal recht is in cassatie onbestreden, zodat hiervan thans bij de behandeling van het cassatieberoep moet worden uitgegaan.

4.3 Wanneer een staat (de zendstaat) troepen aan de VN ter beschikking stelt voor vredesoperaties in het kader van hoofdstuk VII van het Handvest VN wordt de gezags- en bevelsverhouding ('command and control') over deze troepen aan de VN overgedragen.(6) De CAVV maakt in haar genoemde advies onderscheid tussen het operationele bevel dat aan de VN wordt overgedragen en het organieke bevel dat blijft berusten bij de zendstaat. Onder het organieke bevel vallen aangelegenheden met betrekking tot de wedde, tot promoties en tot het tucht- en strafrecht.(7) De overdracht van 'command and control' geschiedt bij overeenkomst tussen de zendstaat en de VN. Een dergelijke overeenkomst is door de Staat in de onderhavige zaak niet overgelegd.

4.4 Niet in alle gevallen van vredesoperaties wordt de 'command and control' over de troepen van de zendstaat aan de VN overgedragen. In het reeds genoemde advies van de CAVV wordt erop gewezen dat ingeval de VN een vredesoperatie door de zendstaten autoriseert, de 'command and control' bij de zendstaten blijft berusten.(8) In de onderhavige zaak is daarvan geen sprake, omdat het daarin gaat om de bescherming van de door de VN in het leven geroepen 'safe areas' zoals aangegeven in de verschillende resoluties van de VN-Veiligheidsraad en door de Staat aan de VN troepen ter beschikking zijn gesteld ter uitvoering van deze resoluties, hetgeen derhalve leidt tot de overdracht van 'command and control' aan de VN.

4.5 In het geval van overdracht van 'command and control' aan de VN kunnen zich twee bijzondere situaties voordoen, waarbij de zendstaat ultra vires optreedt. Ik citeer uit het advies van de CAVV:

'De eerste is dat een contingent of een lid daarvan handelt op instructie van nationale autoriteiten in plaats van de VN.

De tweede uitzonderlijke situatie is dat een nationaal contingent of een lid daarvan op eigen initiatief treedt buiten de bevoegdheden door de VN gegeven of tegen de instructies van de VN in. In beide gevallen is er sprake van optreden ultra vires'.(9)

4.6 In het volkenrecht geldt als uitgangspunt dat iedere staat volkenrechtelijk aansprakelijk is voor het eigen handelen, indien sprake is van een schending van een internationale verplichting van die staat ('independent responsibility').(10) Een internationale organisatie is bij uitsluiting aansprakelijk voor het handelen van een van haar lidstaten wanneer deze staat als 'orgaan' van de internationale organisatie moet worden beschouwd ('exclusive responsibility'). De term 'responsibility' duidt op de juridische consequenties van schending van een internationaalrechtelijke verplichting,

'including liability for wrongful acts and forms of reparation. It is a subset of the notion accountability. Responsibility consists of two key elements: (i) the breach of an obligation under international law through an act or omission (ii) which is attributable or imputable to a State or an international organization possessing legal personality under international law'.(11)

Anders dan in het privaatrecht zijn rechtsfiguren zoals risicoaansprakelijkheid en hoofdelijkheid, in het volkenrecht niet of onvoldoende ontwikkeld.

4.7 Het beginsel van 'independent responsibility' is neergelegd in de door de International Law Commission (ILC) opgestelde 'Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts' (hierna: DARS).(12) In deze bepalingen zijn de voorwaarden waaronder aansprakelijkheid aan de staat kan worden toegerekend (de secundaire regels van staatsaansprakelijkheid) nader uitgewerkt, terwijl de aansprakelijkheid zelf (de geschonden norm) volgt uit andere bronnen van internationaal recht.(13) In 2001 heeft de Algemene Vergadering van de VN de ILC verzocht een regeling te ontwerpen ten aanzien van de volkenrechtelijke aansprakelijkheid van internationale organisaties. De ILC heeft in 2011 tijdens haar 63e zitting in Genève de tekst van de 'Draft Articles on the Responsibility of International Organizations' (hierna: DARIO) aanvaard en aan de Algemene Vergadering van de VN aanbevelingen gedaan om te komen tot een verdrag op basis van dit ontwerp.(14) In het algemeen geldt dat de (niet-bindende) aanbevelingen van de ILC kunnen worden aanvaard als een afspiegeling van het ongeschreven internationaal recht.(15)

4.8 De DARIO gaat uit van het beginsel dat de internationale organisatie exclusief aansprakelijk is voor haar internationale onrechtmatige daden ('exclusive responsibility'). Anders dan het geval is met de 'independent responsibility' van staten voor eigen handelen, kan niet gezegd worden dat het beginsel van 'exclusive responsibility' van internationale organisaties voor het handelen van een staat die als 'orgaan' van de desbetreffende organisatie is opgetreden, zich heeft ontwikkeld tot internationaal gewoonterecht. De daarvoor noodzakelijke internationale opinio iuris ontbreekt, hetgeen verklaart dat de ILC bij het opstellen van de DARIO vooral heeft gesteund op de uitgangspunten van de DARS.(16)

4.9 De vraag in hoeverre handelingen van een troepencontingent van de zendstaat in het kader van een VN-vredesoperatie exclusief moeten worden toegerekend aan de VN dan wel dat sprake is van een (parallel) eigen handelen van zowel de zendstaat als de VN, kan noch uit de DARS noch uit de DARIO worden afgeleid. In de DARIO is onbehandeld gebleven de kwestie in hoeverre lidstaten van een internationale organisatie aansprakelijk zijn voor onrechtmatig handelen van deze organisatie. De omgekeerde kwestie, namelijk de vraag in hoeverre de internationale organisatie aansprakelijk is voor handelingen van de lidstaten van deze organisatie, is daarentegen wel geregeld. Art. 7 DARIO bepaalt het volgende:

'The conduct of an organ of a State or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct'.

4.10 In art. 7 DARIO is derhalve bepaald dat het handelen van een 'orgaan' van een internationale organisatie heeft te gelden als een handeling van die organisatie als deze effectieve controle ('effective control') uitoefent over de gewraakte handeling. Volgens de toelichting op art. 7 heeft deze bepaling betrekking op vredesmissies waarbij een zendstaat een nationaal troepencontingent ('orgaan') uitleent of overdraagt aan de VN om onder VN-mandaat te opereren.(17) Sinds de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof (IGH) in de Nicaragua-zaak van 27 juni 1986 is het uitoefenen van 'effective control' een algemeen aanvaarde maatstaf in het geval dat strikt formele criteria voor toerekening van handelingen tot onwenselijke uitkomsten leiden of geen recht doen aan de feiten en omstandigheden van het concrete geval.(18) Het criterium van 'effective control' doorbreekt de strikt normatieve eis van toerekening van onrechtmatig handelen zoals het hebben van 'legal authority' over degenen die feitelijk handelen.

4.11 Het uitgangspunt van de Nicaragua-zaak is door het IGH bevestigd in de meer recente beslissing van 26 februari 2007 inzake Bosnië-Herzegovina tegen Servië-Montenegro.(19) Hierin betrof het de vraag of Servië aansprakelijk was voor de massaexecuties op de Bosnische moslims in Srebrenica die met name of mede zijn uitgevoerd door paramilitaire eenheden die formeel geen deel uitmaakten van de Federale Republiek Joegoslavië (hierna FRJ), de voorganger van Servië. Nadat het IGH heeft vastgesteld dat de Servische Republiek (zelf geen soevereine staat) en het Bosnisch-Servische leger niet konden worden aangemerkt als organen van de FRJ, moest de vraag worden beantwoord of deze eenheden en paramilitaire groeperingen konden worden gelijkgesteld met staatsorganen of agenten van de FRJ. Daarvoor was nodig dat enige feitelijke invloed van Belgrado (in het bijzonder van de toenmalige president Milošević) op de besluitvorming van de machthebbers in Bosnië-Herzegovina (met name op Karadžić en Mladić) kon worden vastgesteld. Volgens het IGH kon niet bewezen worden dat de beslissing om de weerbare moslimmannen te elimineren vooraf onder de aandacht van Belgrado was gekomen, zodat de aansprakelijkheid van de FRJ werd afgewezen.(20) Daarentegen werd de FRJ wel aansprakelijk geacht voor het niet voorkomen van genocide en het niet meewerken aan de uitlevering van de beide genoemde Bosnische leiders aan het VN Joegoslavië Tribunaal in Den Haag.(21)

4.12 Anders dan in de Nicaragua-zaak en in de zaak van Bosnië-Herzegovina staat in de zaak die thans in cassatie aan de orde is, de vraag of het nationale contingent formeel als 'orgaan' van de VN heeft te gelden in de zin van art. 7 DARIO niet ter discussie. Art. 7 DARIO gaat uit van de exclusieve aansprakelijkheid van de internationale organisatie, nu deze bepaling betrekking heeft op het vaststellen of de gewraakte handeling heeft te gelden als een handeling van de organisatie dan wel van de zendstaat. Volgens art. 7 geldt het optreden van het nationale contingent van de zendstaat als het handelen van de internationale organisatie, indien haar operationele controle over het contingent in de gegeven omstandigheden zodanig was dat deze organisatie ook daadwerkelijk effectieve controle

uitoefende. Ik citeer op dit punt gezaghebbende schrijvers:

'(...) the purpose of this rule [Art. 7 DARIO, A-G] is not to determine whether particular conduct is attributable as such, but rather it addresses the question of to which of two entities (the 'borrowing' international organization or the 'lending' State (or international organization)), the conduct is to be attributed.

That provision is of particular relevance in the context of the attribution of the conduct in breach of applicable international obligations of national contingents assigned to United Nations peacekeeping missions. Whether or not the conduct in question is to be attributed to the United Nations or to the contributing State turns on the relative degree of 'effective control' in fact exercised by those entities over the conduct in question. That in turn depends upon a number of factors, including the mandate under which the peacekeeping mission has been set up, any agreements between the United States and the contributing State as to the terms on which troops were to be placed at the disposal of the United Nations, the extent to which the troops remain subject to the command and jurisdiction of the contributing State, and whether (operational) United Nations command and control was effective'.(22)

4.13 Op grond van art. 7 DARIO is uitsluitend de internationale organisatie aansprakelijk ('exclusive responsibility') en niet daarnaast ook de zendstaat op grond van eigen handelen ('independent responsibility'). Wanneer in het kader van de internationaalrechtelijke aansprakelijkheid de verweten gedragingen zowel aan de organisatie als aan de zendstaat zouden kunnen worden toegerekend, wordt wel gesproken van 'dual attribution' hetgeen zou leiden tot wat in het privaatrecht wordt aangeduid met de term hoofdelijke aansprakelijkheid. 'Dual attribution' is een leerstuk dat in de internationaalrechtelijke doctrine is ontstaan in verband met de toerekening van handelen aan internationale organisaties in het kader van vredesoperaties, omdat als uitgangspunt geldt dat de internationale organisatie exclusief aansprakelijk is en niet daarnaast ook de zendstaat. 'Dual attribution' is echter in het volkenrecht niet algemeen aanvaard. In de literatuur wordt hierover opgemerkt:

'The principle of independent responsibility is directly related to the principle of exclusive responsibility. The latter principle in fact involves two separate points. The first is that conduct is in principle attributed to one actor only. Dual attribution, if possible at all, is very rare. Although a few scholars have defended the possibility of dual attribution, in particular in the context of peacekeeping operations, this is a minority opinion and there is little practice to support it. The commentary in Article 6 of the ARIIO [DARIO; A-G] emphasizes that in principle the attribution of wrongful conduct is made on an individual basis and that attribution is an exclusive operation'.(23)

4.14 Uit het voorgaande volgt dat wanneer de '(operational) command and control' van de VN niet effectief is, de zendstaat aansprakelijk is voor eigen handelen. Met andere woorden, kon de VN geen operationele controle uitoefenen, omdat de organisatie in de gegeven omstandigheden het gewraakte optreden niet daadwerkelijk kon of had kunnen voorkomen, dan is sprake van 'independent responsibility' van de zendstaat voor eigen handelen en doet niet ter zake of de zendstaat 'effective control' over zijn contingent had. Dit contingent geldt immers als een orgaan van de zendstaat en deze staat is uit dien hoofde aansprakelijk voor het eigen handelen. Het criterium van 'effective control' is nu juist in het leven geroepen, zoals ik hierboven heb getracht aan te tonen, voor het geval dat er geen formele band bestaat tussen de feitelijk optredende groeperingen en de desbetreffende staat. Gesteld kan worden dat de regeling van 'independent responsibility' van de staat in de DARS en de regeling van 'exclusive responsibility' van de internationale organisatie in de DARIO met elkaar samenhangen.(24) Waar in de DARS wordt uitgegaan van 'independent responsibility' van de staat, wordt in de DARIO een regeling getroffen om te komen tot exclusieve toerekening aan de internationale organisatie.

4.15 Aan het einde van deze beschouwing over de toerekening van internationale aansprakelijkheid merk ik op dat de zaken Behrami en Saramati, die hebben geleid tot een beslissing van het EHRM en waarin het ging om de vredesmissies UNMIK en KFOR in Kosovo, in belangrijke mate verschillen van de onderhavige zaak.(25) In de zaken Behrami en Saramati had immers de VN Veiligheidsraad operationele bevoegdheden gedelegeerd aan KFOR, dat weer als onderdeel van een andere internationale organisatie (in casu de NAVO) moest worden beschouwd.(26) Het EHRM kwalificeerde de UNMIK als een 'subsidiary organ' van de VN met 'ultimate authority and control'.(27) Door hantering van dit criterium heeft het EHRM de pas afgesloten voor de vraag of de betrokken lidstaten

effectieve controle uitoefenden. Nu immers de VN zowel de facto als de iure 'ultimate control' heeft, is daarmee de effectieve controle van de zendstaat uitgesloten.

4.16 Na deze algemene uiteenzetting kom ik toe aan de bespreking van de door de Staat aangevoerde cassatiemiddelen.

5. Bespreking van de cassatiemiddelen

5.1 Het door de Staat ingestelde cassatieberoep bestaat uit elf onderdelen, waarvan sommige met subonderdelen. De onderdelen 1 t/m 4 hebben betrekking op de vraag of de verweten gedragingen van Dutchbat kunnen worden toegerekend aan de Staat. De onderdelen 5 t/m 11 zijn gericht tegen het oordeel van het hof dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld.

5.2 De klachten over de toerekening aan de Staat van de verweten gedragingen van Dutchbat vallen in vier onderdelen uiteen, waarvan de onderdelen 2 en 3 zijn opgebouwd uit verschillende subonderdelen.

5.3 Onderdeel 1 betoogt dat het hof in rov. 5.7 en 5.8 van het tussenarrest heeft miskend dat Dutchbat moet worden gekwalificeerd als orgaan van de VN en onder 'command and control' van de VN is gesteld. Het onderdeel voert aan dat op grond van art. 6 DARIO het optreden van Dutchbat in beginsel steeds en uitsluitend aan de VN moet worden toegerekend en dat art. 7 DARIO, waarvan het hof is uitgegaan, in dit geval niet van toepassing is.(28)

5.4 Het onderdeel berust op een verkeerde lezing van art. 6 en 7 DARIO. Blijkens de toelichting op art. 7 DARIO is deze bepaling uitdrukkelijk bedoeld voor vredesoperaties als de onderhavige. Ik citeer uit de toelichting van de ILC op art. 7 DARIO:

'Article 7 deals with the different situation [ten opzichte van art. 6 DARIO; A-G] in which the seconded organ or agent still acts in a certain extent as organ of the seconding State or as an organ or agent of the seconding organization. This occurs for instance in the case of military contingents that a State places at the disposal of the United Nations for a peacekeeping operation, since the State retains disciplinary powers and criminal jurisdiction over the members of the national contingent. In this situation the problem arises whether a specific conduct of the seconded organ or agent is to be attributed to the receiving organization or to the seconded State or organization'.(29)

In deze zaak staat niet ter discussie dat de Staat het in nr. 4.3 van mijn conclusie aangeduide organieke bevel (in de zin van 'disciplinary powers and criminal jurisdiction') over Dutchbat heeft behouden. Ik meen dan ook dat het onderdeel moet falen.

5.5 Onderdeel 2 is gericht tegen de invulling die het hof in rov. 5.8 t/m 5.20 van het tussenarrest heeft gegeven aan de in rov. 5.7 en 5.8 gehanteerde maatstaf van 'effective control'. Het onderdeel valt uiteen in zeven subonderdelen (genummerd a t/m g).

5.6 In onderdeel 2(a) klaagt de Staat kort samengevat dat het hof heeft miskend dat na de overdracht van 'command and control' over Dutchbat aan de VN de Staat niet langer bevoegd was aan Dutchbat operationele bevelen te geven en de VN in beginsel steeds bij uitsluiting de 'effective control' over Dutchbat uitoefende. Van 'effective control' door de Staat over handelen of nalaten van Dutchbat kan slechts sprake zijn, indien de Staat door het geven van instructies aan Dutchbat het bevel of de bevelsstructuur van de VN heeft doorbroken, aldus het onderdeel. Voor zover het hof een en ander niet zou hebben miskend, is het oordeel van het hof onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd, omdat het hof niet heeft vastgesteld dat de door het hof genoemde omstandigheden zouden meebrengen dat de Staat met betrekking tot de verweten gedragingen van Dutchbat de bevelsstructuur van de VN heeft doorbroken. In onderdeel 2(b) wordt betoogd dat het hof in rov. 5.9 van het tussenarrest ten onrechte tot uitgangspunt heeft genomen dat algemeen is aanvaard dat het mogelijk is dat meer dan één partij 'effective control' uitoefent, zodat niet uitgesloten is dat met toepassing van dit criterium toerekening van een bepaalde gedraging aan meer dan één partij kan plaatsvinden. Volgens het onderdeel is dit uitgangspunt niet algemeen aanvaard en kent het geldende internationale recht niet de norm dat bij toepassing van het criterium van de 'effective control' meerdere partijen over dezelfde gedraging 'effective control' uitoefenen.

5.7 De beide onderdelen kunnen gezamenlijk worden besproken. In nr. 4.12 van mijn conclusie heb ik erop gewezen dat volgens art. 7 DARIO het optreden van het nationale contingent van de zendstaat geldt als het handelen van de internationale organisatie, indien haar operationele controle over het contingent in de gegeven omstandigheden zodanig was dat deze organisatie ook daadwerkelijk effectieve controle uitoefende. Met andere woorden, de '(operational) command and control' moet effectief zijn geweest.(30) In de context van VN-vredesoperaties komt het derhalve niet zozeer aan op de vraag wie 'effective control' bezat - zoals het hof aan het slot van rov. 5.7 van het tussenarrest overweegt ('dat het voor toerekening beslissende criterium niet is wie 'command and control' uitoefende, maar wie 'effective control' bezat') - maar veeleer om de vraag of de operationele controle van de VN zodanig was dat de VN ook daadwerkelijk 'effective control' uitoefende. Als uitgangspunt dient te gelden dat de VN bij uitsluiting aansprakelijk is zodra komt vast te staan dat de VN na overdracht van 'command and control' ook daadwerkelijk 'effective control' bezat. In beginsel moet ervan worden uitgegaan dat daarvan sprake is bij VN-vredesoperaties waarbij de 'command and control' over het nationale troepencontingent aan de VN is overgedragen.(31) Het hof had echter niet in het midden mogen laten of, achteraf gezien, de VN daadwerkelijke effectieve controle uitoefende. Zodra is vastgesteld dat de VN geen effectieve controle uitoefende, geldt immers, zoals ik in nr. 4.14 van deze conclusie heb aangegeven, dat de zendstaat aansprakelijk is voor eigen handelen (in casu het gewraakte handelen van Dutchbat als orgaan van de Staat) en doet het niet ter zake of de zendstaat 'effective control' over zijn troepencontingent had. Het hof heeft aan het slot van rov. 5.9 overwogen dat slechts moet worden onderzocht of de Staat 'effective control' uitoefende over de verweten handelingen en dat de vraag of ook de VN 'effective control' bezat in het midden kon worden gelaten. Het hof heeft dit in het midden gelaten, omdat volgens het hof in het kader van de internationaalrechtelijke aansprakelijkheid de toerekening van gedrag aan meerdere partijen ('dual attribution') algemeen is aanvaard. Zoals ik in nr. 4.13 van mijn conclusie heb aangegeven, is 'dual attribution' volkenrechtelijk niet algemeen aanvaard. De verwijzingen naar internationaalrechtelijke literatuur in rov. 5.8 van het bestreden tussenarrest kunnen het oordeel dat 'dual attribution' algemeen aanvaard is, niet dragen.(32) De in de beide onderdelen tegen het oordeel van het hof aangevoerde rechtsklachten treffen daarom doel.

5.8 De motiveringsklacht van onderdeel 2(a) faalt, omdat de vraag of de Staat de aan de VN overgedragen 'command and control' heeft doorbroken, betrekking heeft op optreden ultra vires, waarvan in casu geen sprake is. Ik volsta op dit punt te verwijzen naar hetgeen ik onder nr. 4.5 van deze conclusie heb opgemerkt. Kennelijk heeft de rechtbank de onderhavige zaak in deze sleutel geplaatst door te oordelen dat niet is komen vast te staan dat tegen de instructies van de VN is ingegaan en derhalve niet ultra vires is gehandeld.(33)

5.9 Hoewel de in de beide onderdelen aangevoerde rechtsklachten terecht zijn voorgesteld, kan dit naar mijn oordeel niet tot vernietiging van het bestreden arrest leiden bij gebrek aan belang. Daartoe geldt het volgende. Het oordeel van het hof kan naar mijn mening in stand blijven wanneer (i) uit de feiten en de gedingstukken de onontkoombare gevolgtrekking(34) kan worden gemaakt dat de VN in de kritieke dagen van 12 en 13 juli 1995 niet daadwerkelijk 'effective control' had, dan wel (ii) de Staat in het kader van de evacuatie van de vluchtelingen en de terugtrekking uit de missie na de val van de enclave een eigen (parallele) formele bevoegdheid of 'legal authority' over Dutchbat had. Bij dit laatste gaat het in wezen om de reikwijdte van de 'command and control'.

5.10 Over het eerste punt merk ik het volgende op. Uit de vastgestelde feiten kan onomstotelijk de conclusie worden getrokken dat de VN op 12 en 13 juli 1995 geen effectieve controle had over het gewraakte handelen van Dutchbat en dat Dutchbat in die dagen er alleen voor stond. Dit blijkt onder meer uit de gedingstukken, waaronder het in feitelijke instantie overgelegde rapport van het Nederlands Instituut voor Oorlogsdocumentatie (NIOD). Uit dit rapport citeer ik het volgende:

'Daags na het overleg met Janvier [te weten op 12 juli 1995; A-G] deed Van den Breemen, teruggekeerd in Den Haag, generaal Nicolai in Sarajevo verslag van de bijeenkomst. Van den Breemen zei bezorgd te zijn geweest over het lot van de vluchtelingen, maar meer nog over het lot van het civiele personeel in dienst van Dutchbat, omdat Nederland daar een verantwoordelijkheid had. Tevens spraken beide generaals over de voorwaarden die zouden moeten gelden bij de evacuatie van Dutchbat zelf. Van den Breemen stelde zich daarbij op het standpunt dat de staf in Sarajevo hoe dan ook moest proberen om partner te worden in de onderhandelingen met Mladic, en deze de

onderhandelingen van Karremans moest overnemen. Iedereen in Sarajevo was er van overtuigd dat Karremans na de val niet in een positie was om ferme taal tegen Mladic te spreken. Dat gebeurde niet: Karremans stond er alleen voor. Pas een paar dagen later zou Smith inderdaad de onderhandelingen over het vertrek van Dutchbat met Mladic gaan voeren'.(35)

Voorts valt te lezen:

'In de ochtend van 13 juli was duidelijk geworden dat Mladic geen VN-delegatie vanuit Zagreb wilde ontvangen, en uitsluitend zaken wilde doen met Karremans. UNPROFOR legde zich hierbij neer omdat anders zonder toestemming van de Bosnische Serven en met alle risico's van dien de tocht naar Srebrenica zou moeten worden gemaakt. Nicolai bracht dit bericht aan Van den Breemen over. Ze spraken af dat Nicolai Karremans zoveel mogelijk zou steunen'. (36)

5.11 In hoger beroep heeft Nuhanovic ook gesteld dat 'men vanaf Sarajevo er niet bij kon komen', waarbij bedoeld werd op de VN-leiding.(37) Pas op 19 juli 1995 - een kleine week nadat Ibro, Muhamed en Nasiha Nuhanovic door de Bosnische Serviërs waren afgevoerd - trad generaal Smith namens de VN met Mladic in onderhandeling (zie rov. 2.32 van het bestreden tussenarrest, alsmede nr. 2.26 van mijn conclusie). Uit de door het hof vastgestelde feiten kan derhalve tot geen andere gevolgtrekking worden gekomen dan dat de VN op de kritieke dagen van 12 en 13 juli 1995 niet de 'effective control' uitoefende. In dat geval geldt, zoals ik in nr. 4.14 heb uiteengezet, dat wanneer de '(operational) command and control' van de VN niet effectief is, de VN niet exclusief aansprakelijk is. Nu de effectieve controle over het contingent niet kan worden uitgeoefend door de VN, 'herneemt' de zendstaat noodzakelijkerwijs 'command and control'. Voor de verweten handelingen van Dutchbat als 'orgaan' van de Staat is derhalve de Staat naar internationaal recht aansprakelijk ('independent responsibility'), nu het handelen van Dutchbat als eigen handelen van de Staat te gelden heeft. De vraag naar 'effective control' speelt daarbij geen rol.(38)

5.12 De tweede kwestie die ik in nr. 5.9 noemde om aan te geven dat het bestreden oordeel van het hof in stand kan blijven, betreft de reikwijdte van 'command and control', namelijk de vraag in hoeverre de Staat in het kader van de evacuatie van de vluchtelingen en de terugtrekking uit de missie na de val van de enclave een eigen (parellele) bevoegdheid had.(39) Voor de reikwijdte van 'command and control' zijn een aantal factoren van belang: de sterkte of zwakte van het VN-mandaat, de gemaakte afspraken tussen de zendstaat en de internationale organisatie en de bijzondere omstandigheden van het geval. Uiteraard geldt dat de overdracht van 'command and control' nimmer ertoe kan leiden dat fundamentele normen worden geschonden.(40) Het volgende citaat is in dit verband illustratief:

'That which one cannot control, one cannot prevent. And that which one cannot prevent, should not and cannot engage one's responsibility. In practical terms, as far as UN peace operations are concerned, this theoretical premise should yield the result that, if, due to the command structure of a UN operation, sufficient discretion is granted to Member States to exercise control over acts of their troops contributed to the operation, liability should lie with Member States. Should, in contrast, the UN tightly supervise the conduct of Member State troops at an operational level by expansively limiting the powers of the national force commander and strengthening the powers of the UN command, then the UN will be deemed to be exercising effective control, hence incurring liability. If, due to the circumstances, both the UN and the Member State exercise joint, parallel, and/or roughly equal control, both will incur joint and several liability (shared responsibility)'.(41)

5.13 Vanaf de val van de enclave kreeg de missie van Dutchbat een wezenlijk andere dynamiek, namelijk die van een vredesmissie waarbij de veiligheid van zowel de militairen van Dutchbat als de vluchtelingen aan de orde was. Het hof heeft in rov. 5.11 van het bestreden tussenarrest overwogen dat na de val op 11 juli 1995 de missie om Srebrenica te beschermen mislukt was en dat er geen sprake meer van was dat Dutchbat of UNPROFOR in een andere samenstelling, de missie zou voortzetten of hervatten. Het ging er, aldus het hof, 'nog slechts om Dutchbat en de vluchtelingen te evacueren, en dit op een zodanige manier te doen dat de vluchtelingen niet onbeschermd zouden blijven'.

5.14 Gesteld kan worden dat vanaf de val van de enclave aan de ene kant sprake was van individuele zelfverdediging en van algehele terugtrekking van de militairen van Dutchbat uit de vredesmissie

('individual self-defence') en aan de andere kant van evacuatie van vluchtelingen ter verdediging van de missie ('extended self-defence').(42) Voor deze conclusie bestaat temeer aanleiding, nu het - in de woorden van het NIOD-rapport - ging om een 'missie met een zeer onhelder mandaat'.(43) Vanaf 11 juli 1995 ontstond een 'overgangperiode' (zie rov. 5.17 van het tussenarrest) waarin het eigen belang van de Staat en het belang van de VN-operatie onlosmakelijk met elkaar samenhangen en in de gegeven omstandigheden niet goed van elkaar konden worden onderscheiden. In dit verband kan nog worden gewezen op de in rov. 2.30 en 2.31 van het tussenarrest aangehaalde faxberichten, waaruit blijkt dat de Staat verantwoordelijkheid heeft genomen ten aanzien van de mogelijke condities voor evacuatie van Dutchbat uit de enclave. Verdedigd kan worden dat in dergelijke omstandigheden zowel de VN als de Staat gezamenlijk (parallele) controle uitoefenden en dat zulks bij schending van de internationaalrechtelijke norm aanleiding zou kunnen zijn tot een gedeelde aansprakelijkheid ('shared responsibility')(44), waarbij derhalve de Staat aansprakelijk is voor het eigen handelen (via Dutchbat) en er eveneens aansprakelijkheid komt te rusten op de VN voor het handelen van deze organisatie.

5.15 Op grond van het bovenstaande meen ik derhalve dat de Staat, hoewel de rechtsklacht vervat in de onderdelen 2(a) en 2(b) terecht is voorgesteld, belang ontbeert bij vernietiging van het bestreden tussenarrest. Uit de feiten van de zaak blijkt immers onomstotelijk dat de VN geen daadwerkelijke effectieve controle uitoefende op de dagen die direct op de val van de enclave volgden, en dat de Staat in die periode in ieder geval (parallele) 'command and control' uitoefende, zodat van toerekening van de gewraakte handelingen van Dutchbat aan de Staat sprake kan zijn.

5.16 In onderdeel 2 (c) betoogt de Staat dat rov. 5.9 en 5.18 van het tussenarrest rechtens onjuist zijn, waar het hof oordeelt dat ook van belang is dat de Staat het in zijn macht had het desbetreffende optreden van Dutchbat te voorkomen. Voor de vraag of de Staat 'effective control' over de verweten gedraging had, is uitsluitend beslissend of de Staat ter zake van die specifieke gedraging aan Dutchbat instructies heeft gegeven en niet of de Staat ter zake daarvan aan Dutchbat instructies had kunnen geven en of in dat geval die instructies ook zouden zijn opgevolgd, aldus het onderdeel. Onderdeel 2 (d) voert een motiverings- en een rechtsklacht aan tegen rov. 5.10 van het tussenarrest, waarin het hof heeft geoordeeld dat voor de toepassing van het 'effective control'-criterium van belang is dat - kort gezegd - de troepenleverende staat het 'organieke' bevel blijft behouden en dat deze staat te allen tijde de bevoegdheid behoudt die troepen terug te trekken en de operatie te staken. Volgens het onderdeel is het behoud van de genoemde bevoegdheden niet van belang voor de vraag of de Staat over de verweten gedragingen van Dutchbat 'effective control' had en kan daaruit niet de conclusie worden getrokken dat die gedragingen daarom aan de Staat moeten worden toegerekend. Onderdeel 2(e) is eveneens gericht tegen rov. 5.10 voor zover het hof daarin heeft overwogen dat de verweten gedragingen van Dutchbat behoorden tot de personele aangelegenheden van Dutchbat.

5.17 De Staat ontbeert belang bij deze klachten, omdat het bestreden arrest reeds in stand kan blijven op de grond dat in de dagen direct volgend op de val van de enclave de operationele controle van de VN niet zodanig was dat de VN ook daadwerkelijk effectieve controle uitoefende en dat, kort gezegd, de reikwijdte van de aan de VN overgedragen 'command and control' in de gegeven omstandigheden beperkt(er) was geworden. Ik verwijs naar nr. 5.7 t/m 5.14 van deze conclusie. Het onderscheid dat in onderdeel 2(e) nog wordt gemaakt tussen de algehele terugtrekking van de ter beschikking gestelde militairen en een verplaatsing van de troepen binnen het operatiegebied van UNPROFOR, doet naar mijn mening onvoldoende recht aan het feit dat de enclave Srebrenica was gevallen en dat voor de veiligheid van zowel de militairen van Dutchbat als de vluchtelingen moest worden gevreesd.

5.18 Onderdeel 2(f) komt met rechts- en motiveringsklachten op tegen rov. 5.11 en 5.17 van het tussenarrest waarin het hof de context van het optreden van Dutchbat heeft geschetst en daarbij van belang heeft geacht dat de vredesmissie was 'mislukt' en dat ervan geen sprake was dat Dutchbat de vredesmissie zou voortzetten. Volgens het onderdeel was de missie nog niet voorbij en gold dat Dutchbat na 11 juli 1995 nog steeds onder 'command and control' van de VN viel.

5.19 Ook dit onderdeel kan niet tot cassatie leiden, omdat het miskent dat overdracht van 'command and control' aan de VN niet absoluut is en de reikwijdte van de overdracht afhankelijk is van diverse factoren, zoals hierboven is uiteengezet in nr. 5.12. Voorts ontbeert de Staat belang bij deze klacht omdat het handelen van Dutchbat aan de Staat kan worden toegerekend, nu immers in de dagen direct volgend op de val van de enclave de VN geen daadwerkelijke effectieve controle uitoefende en

daardoor de 'command and control' over Dutchbat bij de Staat is komen te berusten ('independent responsibility').

5.20 Onderdeel 2(g) voert in de kern genomen aan dat het hof in rov. 5.18 heeft miskend dat de internationaalrechtelijke regels inzake toerekening van toepassing zijn indien de door de Staat onder 'command and control' van de VN geplaatste militairen hebben gehandeld in de uitvoering van hun mandaat, ook indien de verweten gedragingen in strijd zijn met dat mandaat. Het hof zou met bedoelde overweging buiten de rechtsstrijd zijn getreden.

5.21 Het onderdeel faalt, omdat de Staat niet de bevelsstructuur van de VN doorbrak in de zin dat ultra vires werd opgetreden. De Staat heeft eigen instructies aan Dutchbat gegeven in de zeer moeilijke omstandigheden en dagen die volgden op de val van de enclave. Ik volsta met een verwijzing naar mijn uiteenzetting onder nr. 5.7 t/m 5.14.

5.22 Onderdeel 3 heeft betrekking op rov. 5.8 t/m 5.20 van het tussenarrest, waarin het hof heeft geoordeeld dat de Staat over de verweten gedragingen van Dutchbat 'effective control' had. Het onderdeel valt uiteen in vijf subonderdelen (genummerd a t/m e).

5.23 De onderdelen kunnen gezamenlijk worden behandeld in het licht van hetgeen in nr. 5.7 t/m 5.14 van deze conclusie is uiteengezet. De klachten missen belang voor zover zij zich richten tegen het oordeel van het hof dat de Staat 'effective control' had en daarom naar internationaal recht aansprakelijk kan zijn, waarbij het hof de vraag of de VN 'effective control' uitoefende in het midden liet. In nr. 5.7 heb ik aangegeven dat de klacht tegen dit oordeel van het hof weliswaar slaagt, maar dat de Staat geen belang heeft bij vernietiging van het bestreden arrest omdat de uitspraak op andere gronden in stand kan blijven.

5.24 Onderdeel 4 betreft een veegklacht en behoeft geen afzonderlijke bespreking.

5.25 De onderdelen 5 t/m 11 zijn gericht tegen het oordeel van het hof dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld (rov. 6.3 t/m 6.21 van het tussenarrest).

5.26 Onderdeel 5 klaagt in de kern genomen dat het hof de door Nuhanovic gestelde onrechtmatige daad heeft getoetst aan de rechtsbeginselen (het recht op leven en het verbod op onmenselijke behandeling) die verankerd liggen in art. 2 en 3 EVRM en in art. 6 en 7 IVBPR. Volgens onderdeel 5a heeft het hof miskend dat deze artikelen slechts van toepassing zijn wanneer de Staat in Srebrenica en op de compound in Potocári rechtsmacht had als bedoeld in art. 2 IVBPR (en art. 1 EVRM), hetgeen volgens dit subonderdeel vereist dat de Staat ter plaatse totale en exclusieve controle, althans in ieder geval effectieve controle, kon uitoefenen. Volgens onderdeel 5b heeft het hof door te overwegen dat art. 6 en 7 IVBPR (en art. 2 en 3 EVRM) onderdeel uitmaken van het internationaal gewoonterecht en universele werking hebben, miskend dat bij toepassing van die beginselen ook sprake moet zijn van het hebben van rechtsmacht in de zin van het effectief uitoefenen van controle. Onderdeel 5c bevat een motiveringsklacht.

5.27 De subonderdelen kunnen gezamenlijk worden behandeld. De kernvraag betreft de kwestie of de Staat rechtsmacht had over de compound in Potocári in de zin van art. 2 lid 1 IVBPR en daarom kan worden aangesproken wegens schending van art. 6 en 7 IVBPR voor het niet beschermen van Muhamed Nuhanovic. Het begrip 'rechtsmacht' in de zin van art. 2 lid 1 IVBPR (en hetzelfde begrip in art. 1 EVRM) duidt op het (extra)territoriale geldingsbereik van de verplichtingen die het IVBPR (resp. het EVRM) aan de daarbij aangesloten staten oplegt. (45) Art. 2 lid 1 IVBPR luidt als volgt:

'1. Iedere Staat die partij is bij dit Verdrag verbindt zich de in dit Verdrag erkende rechten te eerbiedigen en deze aan een ieder die binnen zijn grondgebied verblijft en aan zijn rechtsmacht is onderworpen te verzekeren, zonder onderscheid van welke aard ook, zoals ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, welstand, geboorte of enige andere omstandigheid'.

Art. 1 EVRM bevat een soortgelijke bepaling:

'De Hoge Verdragsluitende Partijen verzekeren een ieder die ressorteert onder haar rechtsmacht de

rechten en vrijheden die zijn vastgesteld in de Eerste Titel van dit Verdrag'.

Het gaat bij het begrip 'rechtsmacht' dus in essentie om het bepalen van de kring van personen die aan de mensenrechtenverplichtingen van de verdragsluitende staten zijn onderworpen.(46) Art. 2 lid 1 IVBPR verschilt in zoverre van art. 1 EVRM dat in art. 2 lid 1 wordt gesproken van 'binnen zijn grondgebied verblijft en aan zijn rechtsmacht is onderworpen' ('within its territory and subject to its jurisdiction').(47) Uit art. 1 van het Optional Protocol 1966 blijkt echter dat het Human Rights Committee de ontwikkeling heeft bevorderd van mensenrechtenbescherming buiten het territorium van de verdragsluitende staten.(48) In de onderhavige zaak is de rechtsmacht onder het IVBPR aan de orde en wordt door de Staat niet verdedigd dat art. 2 lid 1 IVBPR strikter moet worden toegepast dan art. 1 EVRM. In de schriftelijke toelichting zijdens de Staat wordt de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot de uitleg van art. 1 EVRM tot maatstaf genomen bij de uitleg en toepassing van art. 2 lid 1 IVBPR.(49)

5.28 In de rechtspraak van het EHRM wordt als uitgangspunt genomen dat de rechtsmacht (in de zin van art. 1 EVRM) van een verdragsluitende staat in beginsel beperkt is tot het territorium van de desbetreffende staat en dat slechts in uitzonderingsgevallen rechtsmacht kan worden aangenomen voor door de desbetreffende staat buiten zijn territorium gepleegde handelingen. De rechtspraak van het EHRM over art. 1 EVRM sluit uitdrukkelijk aan bij de volkenrechtelijke doctrine inzake rechtsmacht(50) en neemt tot uitgangspunt dat de extraterritoriale werking van het EVRM haar beperking vindt in de soevereine rechten van staten waarin de mensenrechtenschending plaatsvindt.(51) Het EHRM heeft in zijn uitspraak inzake Al-Skeini over de genoemde uitzonderingsgevallen het volgende overwogen:

'132. To date, the Court in its case-law has recognised a number of exceptional circumstances capable of giving rise to the exercise of jurisdiction by a Contracting State outside its own territorial boundaries. In each case, the question whether exceptional circumstances exist which require and justify a finding by the Court that the State was exercising jurisdiction extra-territorially must be determined with reference to the particular facts'.(52)

Het EHRM heeft in deze uitspraak herhaald welke uitzonderingen in zijn eerdere rechtspraak zijn aanvaard, waaronder:

'133. (...) the exercise of extra-territorial jurisdiction by a Contracting State when, through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, it exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government (...)'.

'137. It is clear that, whenever the State through its agents exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section 1 of the Convention that are relevant to the situation of that individual. (...)'.

Gaat het in par. 133-137 van deze uitspraak om gevallen van incidentele uitoefening van staatsmacht, in par. 138-140 gaat het om de effectieve controle van een staat over buitenlands grondgebied.(53) Ik citeer:

'138. Another exception to the principle that jurisdiction under Article 1 is limited to a State's own territory occurs when, as a consequence of lawful or unlawful military action, a Contracting State exercises effective control of an area outside that national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention, derives from the fact of such control, whether it be exercised directly, through the Contracting State's own armed forces, or through a subordinate local administration (...). The controlling State has the responsibility to secure, within the area under its control, the entire range of substantive rights set out in the Convention and those additional Protocols which it has ratified. It will be liable for any violations of those rights (...).

139. It is a question of fact whether a Contracting State exercises effective control over an area outside its own territory. In determining whether effective control exists, the Court will primarily have reference to the strength of the State's military presence in the area (...). Other indicators may also be relevant, such as the extent to which its military, economic and political support for the local subordinate administration provides it with influence and control over the region'.(54)

5.29 De uitspraak inzake Al-Skeini van het EHRM en zijn eerdere rechtspraak hebben geen betrekking

op de situatie die in de onderhavige zaak aan de orde is. Het ging in de uitspraken van het EHRM steeds om gevallen waarin een staat incidenteel handelingen op het grondgebied van een andere staat verrichtte dan wel om een geval van bezetting (zoals de inval en bezetting van Irak in de zaak Al-Skeini). De vraag rijst derhalve of de maatstaf van 'effective control' zoals deze door het EHRM is aangelegd, ook moet worden gehanteerd in het kader van VN-vredesoperaties. In zijn noot onder de uitspraak inzake Al-Skeini merkt Keijzer het volgende op:

'Het EVRM heeft de vraag omtrent het bestaat van effective control over an area een feitelijke kwestie genoemd. Hoewel in casu in de overwegingen is betrokken dat het Verenigd Koninkrijk bezettende mogendheid was, zou Nederland er dus rekening mee moeten houden dat slachtoffers van gedragingen van zijn militairen tijdens vredesoperaties of andere buitenlandse acties reeds bij feitelijk bestaan van zodanige effective control onder Nederlandse jurisdictie in de zin van art. 1 EVRM zullen vallen, en Nederland dan op die gedragingen kan worden aangesproken bij het EHRM. Indien de operaties zijn authorized door de Veiligheidsraad doet dat aan die aanspreekbaarheid niet af'.(55)

Keijzer maakt in zijn noot geen onderscheid tussen enerzijds vredesoperaties waarbij het optreden van de militaire contingenten wordt geautoriseerd door de VN-Veiligheidsraad en de 'command and control' derhalve bij de zendstaten blijft, en, anderzijds vredesoperaties door militaire contingenten van de zendstaten waarbij de 'command and control' aan de VN wordt overgedragen. Voor beide vormen van vredesoperaties acht hij ingeval van feitelijk bestaan van 'effective control' over een gebied rechtsmacht in de zin van art. 1 EVRM aanwezig.

5.30 Voor een goed begrip merk ik op dat het begrip 'effective control' in de zaak die thans in cassatie aan de orde is verschillende betekenissen heeft.(56) Voor zover 'effective control' aan de orde komt bij de vraag naar de toerekening van internationale aansprakelijkheid, betreft het de vraag of de VN daadwerkelijk effectieve controle over het handelen van het aan de VN ter beschikking gestelde (nationale) troepencontingent heeft uitgeoefend. Bij het in de rechtspraak van het EHRM ontwikkelde begrip 'effective control' gaat het om de afbakening van de extra-territoriale werking van de mensenrechtenverdragen (de kwestie van de rechtsmacht in de zin van art.1 EVRM). Het betreft dan de vraag over de controle over personen die zich binnen de jurisdictie van de verdragsluitende staat bevinden, waarbij de jurisdictie zich onder omstandigheden kan uitstrekken tot gebieden die zijn gelegen buiten het territoire van de desbetreffende staat.(57) Anders gezegd, bij jurisdictie in de zin van de mensenrechtenverdragen gaat het om de relatie tussen het slachtoffer van de mensenrechtenschending en de aangesproken staat. In de onderhavige zaak bestond de relatie tussen Ibro, Muhamed en Nasiha Nuhanovic en de Staat uit het feit dat zij zich op de compound van Dutchbat bevonden. In deze zaak staat vast dat Dutchbat formeel de bevoegdheid had om in Srebrenica op te treden, nu immers Dutchbat deel uitmaakte van UNPROFOR. UNPROFOR ontleende zijn bevoegdheid tot optreden in Srebrenica aan de tussen de VN en Bosnië-Herzegovina gesloten Status of Force Agreement (SOFA).(58) Daarmee is niet alleen het optreden van UNPROFOR, maar ook het optreden van Dutchbat in Srebrenica gelegitimeerd. Deze legitimatie bewerkstelligt dat de vraag of sprake is van rechtsmacht in de zin van art. 2 lid 1 IVBPR (en art. 1 EVRM) bevestigend moet worden beantwoord. De personen die zich op de compound in Potocári bevonden, vielen onder de rechtsmacht van de Staat in de zin van art. 2 lid 1 IVBPR, nu de Staat formeel bevoegd was aldaar op te treden. De 'effective control'-toets fungeert bij het hebben van de formele bevoegdheid, zoals in casu op basis van de SOFA, als een soort van overmachtsverweer voor de aangesproken staat in die zin dat ondanks jurisdictie geen feitelijke controle over de slachtoffers kon worden uitgeoefend door de situatie ter plekke. In de kern komt het standpunt van de Staat erop neer dat hij geen rechtsmacht in de zin van het IVBPR heeft, omdat hij geen feitelijke controle heeft. Niet is gebleken dat Dutchbat in de absolute onmogelijkheid verkeerde die formele bevoegdheid uit te oefenen, althans dit is door de Staat niet aangevoerd.(59) Bovendien kan worden aangenomen dat Dutchbat effectieve controle uitoefende over Ibro, Muhamed en Nasiha Nuhanovic, nu zij na de val van de enclave op de Nederlandse compound hun toevlucht hadden gezocht. Vaststaat immers dat de compound het kamp van Dutchbat was, dat Dutchbat 5000 vluchtelingen (waaronder 239 weerbare mannen) heeft toegelaten op de compound, dat Mladic Dutchbat de gelegenheid gaf zich van de (door Mladic gerespecteerde) compound terug te trekken en dat Mladic aan Dutchbat heeft toegestaan het lokale personeel mee te nemen (de 'lijst van 29'), zie rov. 2.14 en 2.22 van het tussenarrest.

5.31 In rov. 6.3 van het tussenarrest heeft het hof overwogen het verweten optreden van Dutchbat in de eerste plaats te toetsen aan de bepalingen van nationaal Bosnisch recht, omdat niet in geschil is

dat naar Nederlands internationaal privaatrecht de gestelde onrechtmatige daad wordt beheerst door het recht van Bosnië-Herzegovina. Het hof overweegt verder 'tevens' te toetsen

'aan de rechtsbeginselen die besloten liggen in de artikelen 2 en 3 EVRM en de artikelen 6 en 7 IVBPR (respectievelijk het recht op leven en het verbod op onmenselijke behandeling), omdat deze beginselen, die tot de meest fundamentele rechtsbeginselen van de beschaafde naties behoren, moeten worden beschouwd als regels van internationaal gewoonterecht, die universele werking hebben en waaraan de Staat gebonden is'.

Kennelijk gaat het hof in deze overweging voor twee ankers liggen: enerzijds de toepassing van het op grond van het Nederlandse conflictenrecht toepasselijke recht van Bosnië-Herzegovina, anderzijds de directe toepassing van de genoemde fundamentele rechten op basis van het internationaal gewoonterecht.(60) Wat hiervan ook zij, voor zover de Staat nog aanvoert dat bij dit alles ook rekening moet worden gehouden met art. 2 lid 1 IVBPR, kan dit niet tot cassatie leiden. De toepassing van het recht van Bosnië-Herzegovina kan op grond van art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO niet in cassatie worden getoetst. Voor het overige is die toepassing niet onbegrijpelijk, nu het hof niet heeft overwogen dat de regel inzake rechtsmacht van art. 2 lid 1 IVBPR is te kwalificeren als een regel van internationaal gewoonterecht en universele werking heeft.(61)

5.32 Op grond van het voorgaande faalt onderdeel 5.

5.33 Onderdeel 6(a) is gericht tegen rov. 6.11 van het tussenarrest waarin het hof heeft vastgesteld dat alle andere vluchtelingen de compound al hadden verlaten op het moment dat Muhamed Nuhanovic zich daar (met zijn familie) nog op bevond. Volgens het onderdeel is deze vaststelling onbegrijpelijk in het licht van het betoog van de Staat dat op dat moment de meeste van 5000 vluchtelingen, maar nog niet alle vluchtelingen, van de compound waren vertrokken en in het licht van de stellingen van Nuhanovic dat Muhamed (en zijn vader en moeder) met de vluchtelingen van de compound is (zijn) vertrokken.

5.34 De motiveringsklacht stuit af op het oordeel van het hof in het slot van rov. 6.14 van het tussenarrest, waarin het hof heeft overwogen dat de Staat een en ander niet heeft betwist. Het hof wijst in dit verband op de stelling van Nuhanovic dat de overeenkomst van 19 juli 1995 tussen generaal Smith en Mladic erop neerkwam dat allen die op de compound aanwezig waren met Dutchbat mochten vertrekken. De omstandigheid dat Muhamed Nuhanovic met zijn vader en moeder als laatste de compound hebben verlaten, is dus niet zelfstandig dragend voor het onrechtmatigheidsoordeel. Bovendien golden voor Dutchbat de in rov. 2.13 van het tussenarrest genoemde in de VN-lijn vastgestelde gedragsregels en instructies, die samen met een aantal bestaande en speciaal voor deze missie opgestelde regels door het Ministerie van Defensie zijn vastgelegd in de (Nederlandstalige) Vaste Order 1 (NL) VN Infbat. In deze 'Vaste Order' is de instructie opgenomen dat na steunverlening geen personen mogen worden weggestuurd als fysieke bedreiging het gevolg daarvan is.

5.35 De vraag of Muhamed Nuhanovic (en zijn vader en moeder) wel of niet gelijktijdig met de meeste van de 5000 vluchtelingen van de compound is (zijn) vertrokken, is voor de onderhavige onrechtmatigheidsvraag niet relevant. Het gaat immers om de vraag of op Dutchbat als orgaan van de Staat de verplichting rust personen te beschermen die onder zijn hoede zijn geplaatst en die gevaar lopen. Het betoog van de Staat faalt op grond van hetgeen het hof in rov. 6.11 van het tussenarrest heeft vastgesteld, namelijk dat het hof slechts heeft te oordelen over Muhamed, Ibro en Nasiha Nuhanovic. Dat oordeel van het hof is niet onbegrijpelijk.

5.36 Onderdeel 6(b) is gericht tegen rov. 6.7 en 6.8 van het tussenarrest. In de kern betoogt het onderdeel dat in het licht van de uitspraak van het IGH van 26 februari 2007 onbegrijpelijk is de vaststelling door het hof dat de moslimmannen een reëel gevaar liepen te worden gedood of onmenselijk te worden behandeld indien zij de compound verlieten en dat Dutchbat dit kon voorzien. In zijn uitspraak van 26 februari 2007 heeft het IGH vastgesteld dat de beslissing van het Bosnisch-Servische leger om de mannelijke moslimbevolking te elimineren pas is genomen in een kort tijdsbestek van 13 tot 16 juli 1995, zodat niet valt in te zien hoe Dutchbat op 13 juli 1995 een beslissing van de Bosnische Serviërs kon voorzien die op dat moment nog niet was genomen, aldus het onderdeel.

5.37 De verwijzing naar de uitspraak van het IGH van 26 februari 2007 gaat niet op, omdat het in de onderhavige zaak niet gaat om de wetenschap van het besluit van de Bosnische Serviërs tot het elimineren van de (weerbare) moslimmannen, maar om het vermoeden ervan en het niet ondernemen van (voldoende) pogingen om genocide te voorkomen. In de uitspraak van het IGH werd immers de FRJ wel aansprakelijk geacht voor het niet voorkomen van genocide (zie onder nr. 4.11 van mijn conclusie). Het IGH heeft in zijn uitspraak vastgesteld dat gelet op 'all the given international concern about what looked likely to happen at Srebrenica' de FRJ maatregelen had moeten nemen ter voorkoming van genocide. Het IGH wijst erop dat het Genocideverdrag(62) ook een ruim geldingsbereik heeft, hetgeen met zich brengt dat de internationaalrechtelijke aansprakelijkheid voor schending van dit verdrag niet alleen afhankelijk is van de vraag of de aangesproken staat wetenschap heeft van de concrete besluitvorming van zijn organen of van entiteiten waarover hij effectieve controle uitoefent.(63) De Staat legt ten onrechte de nadruk op het moment waarop het besluit zou zijn genomen om tot massaexecuties over te gaan. Het onderdeel faalt derhalve.

5.38 Onderdeel 7 keert zich tegen rov. 6.8, 6.11 t/m 6.14 en 6.18 van het tussenarrest. Het onderdeel betoogt in subonderdeel 7(a) dat het hof heeft miskend dat, mede in verband met de rechtsbeginselen die in art. 6 en 7 IVBPR besloten liggen, niet met de kennis van achteraf dient te worden beoordeeld of Dutchbat betere beslissingen had kunnen nemen en/of zorgvuldiger had kunnen handelen jegens de vluchtelingen en Muhamed Nuhanovic. Volgens het onderdeel is de noodzaak van een terughoudende toetsing door de rechter op zijn plaats nu (i) sprake was van een oorlogssituatie, (ii) Dutchbat ter plaatse geen rechtsmacht had, en (iii) de leiding van Dutchbat ook diende te waken voor de veiligheid van de personen werkzaam bij Dutchbat. Onderdeel 7(b) betoogt dat, indien het hof heeft beslist dat Dutchbat met de kennis die het destijds bezat in redelijkheid niet tot de beslissingen heeft kunnen komen die het heeft genomen, dit oordeel onbegrijpelijk is. Onderdeel 7(c) voert aan dat indien uit rov. 6.18 van het tussenarrest zou volgen dat het hof het in onderdeel 7(a) betoogde niet heeft miskend, dat oordeel eveneens onbegrijpelijk is.

5.39 De verschillende subonderdelen van onderdeel 7 kunnen gezamenlijk worden behandeld. In het algemeen geldt dat een zekere terughoudendheid op zijn plaats is om met de kennis waarover wij thans beschikken het handelen of nalaten van (de leiding van) Dutchbat achteraf te toetsen en vervolgens de vraag te beantwoorden of (de leiding van) Dutchbat in redelijkheid tot de beslissingen heeft kunnen komen zoals deze destijds onder de druk van de oorlogsomstandigheden zijn genomen. De rechter kan niet op de stoel van de operationele commandant(en) gaan zitten en hun destijds in de hitte van de strijd gegeven orders achteraf steeds voluit beoordelen, maar dit neemt niet weg dat het wel degelijk tot de taak van de rechter behoort om te beoordelen of de destijds gegeven bevelen hebben geleid tot een schending van universeel geldende fundamentele mensenrechten, in het bijzonder het recht op leven en het verbod op onmenselijke behandeling. Wanneer de rechter zich daarover niet zou mogen uitspreken, zou rechteloosheid ons ten deel kunnen vallen.

5.40 De Staat heeft in zijn pleitnota in cassatie erop gewezen dat de gevolgen van het oordeel van het hof verstrekkend zijn in die zin dat door de beslissing de bereidheid van landen om troepen ter beschikking te stellen voor VN-vredesoperaties kan afnemen. Verder, zo betoogt de Staat, kan de beslissing 'een belemmering (...) opleveren voor het geheel onafhankelijk en als eenheid kunnen optreden door de VN in dit soort situaties'.(64) Hoewel aan de Staat kan worden toegegeven dat sprake kan zijn van een afnemende bereidheid van landen om troepen voor VN-vredesoperaties beschikbaar te stellen, kan dit bezwaar er niet toe leiden de Staat te ontslaan van zijn aansprakelijkheid voor eigen handelen wanneer sprake is van schending van fundamentele mensenrechten. Bovendien geldt dat, zoals in het NIOD-rapport onder meer is geconcludeerd, de missie werd ondernomen met 'een zeer onhelder mandaat', Dutchbat werd uitgezonden naar een gebied 'om vrede te handhaven waar geen vrede was' en de uitzending van Dutchbat heeft plaatsgevonden 'zonder adequaat te zijn opgeleid voor deze specifieke taak in die specifieke omstandigheden'.(65) Daarbij komt dat Dutchbat werd uitgezonden naar een gebied waarvan bekend was dat sprake was van 'ethnic cleansing' en daarmee van mogelijke schending van fundamentele rechten.(66)

5.41 In het tussenarrest heeft het hof zich rekenschap gegeven van de omstandigheden van het onderhavige geval en van deze terughoudendheid. Het hof heeft immers niet geoordeeld wat Dutchbat had moeten doen, maar wat in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van Dutchbat verwacht kon worden. Het feit dat sprake was van een oorlogssituatie en dat Dutchbat ook het eigen personeel

moest verdedigen, ontsloegen Dutchbat niet van de fundamentele mensenrechtelijke verplichtingen jegens Muhamed Nuhanovic. Wat in redelijkheid van Dutchbat verwacht mocht worden, is uiteraard mede afhankelijk van de kennis die destijds bestond over de intenties van de Bosnische Serviërs met betrekking tot het lot van de weerbare moslimmannen. De Staat betoogt dat Dutchbat geen wetenschap kon hebben van de beslissing van het Bosnisch-Servische leger om de mannelijke moslimbevolking te elimineren en heeft zich daarvoor gebaseerd op de beslissing van het IGH van 26 februari 2007 inzake Bosnië-Herzegovina tegen Servië-Montenegro. Het gaat daarbij om het onderscheid tussen enerzijds 'ethnic cleansing' en anderzijds 'genocide'. Het staat vast dat 'ethnic cleansing' destijds in ieder geval internationaal bekend was en dat dit ook op 16 april 1993 aanleiding was voor het aannemen van Resolutie 819 van de VN-Veiligheidsraad.(67) Het IGH heeft in zijn uitspraak van 26 februari 2007 onderkend dat 'ethnic cleansing' geen juridisch relevante betekenis heeft voor de toepassing van het Genocideverdrag, omdat dit begrip ook kan verwijzen naar het creëren van een homogene groep (Bosnische Serviërs) in een bepaalde regio door het verplaatsen of verwijderen van een andere groep (Moslims) uit die regio, maar dit is op zich zelf niet voldoende voor het aannemen van genocide.(68) Volgens het IGH kunnen echter handelingen van etnische zuivering samenvallen of parallel lopen met de verboden handelingen in de zin van art. II van het Genocideverdrag en een belangrijke indicator zijn voor de aanwezigheid van een specifieke bedoeling (dolus specialis) dergelijke verboden handelingen te verrichten.(69)

5.42 De in dit onderdeel bestreden overwegingen moeten in samenhang worden gelezen met rov. 6.7, waarin het hof erop wijst dat in nr. 2.27 van het tussenarrest is vastgesteld dat het de leiding van Dutchbat in ieder geval aan het eind van de middag van 13 juli 1995 duidelijk was dat de Bosnische Serviërs een specifieke bedoeling met de (weerbare) moslimmannen hadden. Een minder terughoudende toetsing door de rechter is dan, gelet op alle omstandigheden van het onderhavige geval, op haar plaats. De rechter kan vervolgens constateren dat Dutchbat alles in het werk had moeten stellen om Muhamed Nuhanovic mee te nemen (met of zonder VN-pas) en dat Dutchbat in dat kader bepaalde risico's en gevaren (dat de konvooien gecontroleerd zouden worden door de Bosnische Serviërs) had moeten accepteren. Ik meen dan ook dat het oordeel van het hof juist en begrijpelijk is, zodat het onderdeel faalt. Voor het overige bouwt het onderdeel voort op eerdere onderdelen en deelt het in hun lot.

5.43 Onderdeel 8 is gericht tegen rov. 6.13 van het tussenarrest, waarin het hof heeft overwogen dat het verweer van de Staat geen doel treft dat de evacuatie niet kon worden gestopt vanwege het grote risico dat vrouwen en kinderen zouden lopen. Volgens het hof hadden de vrouwen en kinderen de compound reeds verlaten op het moment dat Muhamed Nuhanovic de compound verliet en heeft de Staat op geen enkele wijze onderbouwd dat vrouwen en kinderen een risico hadden gelopen indien Muhamed op de compound had mogen blijven. Het onderdeel voert aan dat deze overweging zonder nadere onderbouwing onbegrijpelijk is.

5.44 Het onderdeel faalt, gelet op hetgeen ik heb opgemerkt bij de bespreking van onderdeel 7. De door onderdeel 8 aangevallen rov. 6.13 is niet dragend voor het eindoordeel van het hof. Aan het onrechtmatigheidsoordeel ligt ten grondslag dat zodanige fundamentele mensenrechtelijke beginselen zijn geschonden (te weten het niet beschermen van Muhamed Nuhanovic met de wetenschap, althans het redelijke vermoeden, dat hij door de Bosnische Serviërs zou worden vermoord), dat de mogelijke risico's bij het meenemen van Muhamed door Dutchbat er niet toe doen. Het oordeel van het hof is voorts niet onbegrijpelijk.

5.45 Onderdeel 9 is gericht tegen rov. 6.18 van het tussenarrest. Daarin heeft het hof overwogen dat het risico voor Muhamed Nuhanovic had kunnen worden verkleind door voor hem een VN-pas te maken en door hem op de lijst met lokaal personeel (de 'lijst van 29') te plaatsen. Verder heeft het hof overwogen dat onvoldoende is gesteld om te kunnen aannemen dat Dutchbat in redelijkheid rekening moest houden met enig ander risico dan dat Muhamed Nuhanovic bij controle door de Bosnische Serviërs alsnog zou zijn tegengehouden en vermoord. Het onderdeel betoogt in de kern genomen dat achteraf niet kan worden vastgesteld dat Dutchbat niet in redelijkheid heeft kunnen besluiten dat risico te vermijden.

5.46 In rov. 6.18 heeft het hof overwogen dat de Staat niet heeft betwist dat op de 'lijst van 29' ruimte was ontstaan door 'leegloop'. Dit punt is in onderdeel 9 door de Staat niet bestreden. Het uitvoerige betoog van de Staat in nrs. 1.6 t/m 1.12 van de schriftelijke repliek in cassatie van 15

februari 2013 over de achtergrond van de 'lijst van 29' en de voor Dutchbat geldende (gedrags)regels dat alleen personeel met een VN-pas mocht worden meegenomen (aangezien er nog 40 tot 50 weerbare mannen voor Dutchbat werkten en, net als Muhamed Nuhanovic, niet tot het personeel behoorden met recht op een VN-pas), kan dan ook buiten beschouwing blijven. Het hof heeft in rov. 6.11 van het tussenarrest slechts geoordeeld over de positie van Muhamed, Ibro en Nasiha Nuhanovic en is in rov. 6.18 tot de conclusie gekomen dat ten aanzien van Muhamed de mogelijkheid bestond hem op de 'lijst van 29' te plaatsen. Daarmee faalt het onderdeel.

5.47 Onderdeel 10 is gericht tegen rov. 6.20 t/m 6.22 van het tussenarrest op grond van de in de onderdelen 5 t/m 9 aangevoerde klachten. Nu de klachten van deze onderdelen falen, deelt ook onderdeel 10 in hun lot.

5.48 Onderdeel 11 voert aan dat gegrondbevinding van één of meer van de in de onderdelen 1 t/m 10 aangevoerde klachten ook de oordelen van het hof in rov. 2.1 t/m 2.4 van het eindarrest van 26 juni 2012 vitieert. Nu alle aangevoerde klachten niet tot cassatie kunnen leiden, strandt ook dit onderdeel.

6. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

1 HR 13 april 2012, LJN: BW1999, RvdW 2012/579.

2 Hoewel rov. 2.29 geen datum vermeldt, moet worden aangenomen dat het hier gaat om 13 juli 1995.

3 Zie rov. 3.1 t/m 3.10 van het tussenarrest.

4 Zie rov. 5.7 (slot) van het tussenarrest.

5 Zie CAVV-rapport, p. 11.

6 Een uitvoerige uiteenzetting over 'command and control' in het kader van VN-vredesoperaties wordt gegeven door Terry D. Gill, *Legal Aspects of the Transfer of Authority in UN Peace Operations*, NYIL 2011, p. 37-68.

7 Zie CAVV-rapport, p. 6-7. Voorts: B. van Lent, "Command and Control" in VN-vredesoperaties, *Traktatie 1995*, p. 18-22

8 Zie CAVV-rapport, p. 7, onder verwijzing naar bijvoorbeeld de operatie 'Desert Storm' (Golffoorlog 1990-1991); voorts: Terry D. Gill, a.w., NYIL 2011, p. 53-54.

9 CAVV-rapport, p. 7. Zie ook Terry D. Gill, a.w., NYIL 2011, p. 55.

10 Zie hierover André Nollkaemper & Dov Jacobs, *Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework*, SHARES Research Paper 03 (2011), ACIL 2011-07 (www.sharesproject.nl), p. 35-36; André Nollkaemper, *Issues of Shared Responsibility before the International Court of Justice*, SHARES Research Paper 01 (2011), ACIL 2011-01 (www.sharesproject.nl), p. 6 (tevens gepubliceerd in: E. Rietter & H. de Waele (eds.), *Evolving Principles of International Law: Studies in Honour of Karel C. Wellens*, 2012, p. 199 e.v.).

11 Terry D. Gill, a.w., NYIL 2011, p. 52.

12 De ILC heeft de DARS tijdens haar 53e zitting in 2001 aangenomen. De DARS zijn voorzien van commentaar gepubliceerd in: *Yearbook of the International Law Commission 2001*, vol. II, Part Two.

13 CAVV-rapport, p. 2.

14 De DARIO zijn voorzien van commentaar gepubliceerd in: *Yearbook of the International Law Commission 2011*, vol. II, Part Two. Zie ook VN Doc. A/CN.4/L.778 van 30 mei 2011, gegevens te vinden op de officiële website van de ILC (<http://untreaty.un.org/ilc/summaries.htm>).

15 CAVV-rapport, p. 1.

16 Zie hierover Noemi Gal-Or & Cydric Ryngaert, *From Theory to Practice: Exploring the Relevance of the Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (DARIO) - The Responsibility of the WTO and the UN*, *German Law Journal* 2012, p. 513; Alain Pellet, *The Definition of Responsibility in International Law*, in: James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, 2010, p. 7. Zie in het algemeen over opinio iuris: Jan Wouters, *Bronnen van het internationaal recht*, in: Nathalie Horbach, René Lefeber, Olivier Ribbelink (red.), *Handboek*

Internationaal Recht, 2007, p. 85-86.

17 DARIO with commentaries, Yearbook of the ILC, 2011, vol. II, Part Two Art. 7, par. 1.

18 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America, Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, p. 14, par. 110-116.

19 Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, ICJ Reports 2007, p. 43.

20 Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, ICJ Reports 2007, par. 413-415.

21 Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, ICJ Reports 2007, par. 425-450.

22 Zie James Crawford & Simon Olleson, The Nature and Forms of International Responsibility, in: M.D. Evans (ed.), International Law, 2010, p. 444.

23 Zie André Nollkaemper & Dov Jacobs, a.w., in: SHARES Research Paper 03 (2011), ACIL 2011-07, p. 38-39, met verdere verwijzingen. Schrijvers bestrijden onder meer de visie van Tom Dannenbaum, Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers, (2010) 51 Harvard International Law Journal, p. 113. Zie ook André Nollkaemper, Dual Attribution, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), p. 1143-1175, in het bijzonder p. 1152-1153, waar hij erop wijst dat rov. 5.9 van het thans in cassatie bestreden tussenarrest een 'overstatement' bevat waar het hof opmerkt dat 'algemeen aanvaard wordt dat het mogelijk is dat meer dan één partij 'effective control' heeft zodat niet uitgesloten is (...) dat toerekening aan meer dan één partij kan plaatsvinden'. Volgens Nollkaemper is 'the proper basis for such dual attribution (...) not well established'. Zie ook de schriftelijke toelichting zijdens de Staat nr. 5.2.15 en 5.3.16 met de aldaar vermelde literatuur.

24 Zie André Nollkaemper & Dov Jacobs, a.w., p. 38.

25 EHRM 2 mei 2007, Behrami v. Frankrijk (Appl. No. 71412/01) en Saramati v. Frankrijk, Duitsland en Noorwegen (Appl. No. 78166/01), EHRC 2007, 111, LJN:BB3180, par. 135. Zie uitvoerig over deze zaak Cedric Ryngaert, The Accountability of International Organizations for Human Rights Violations: The Cases of the UN Mission in Kosovo (UNMIK) and the UN 'Terrorism Blacklist', in: The interpretation and application of the European Convention of Human Rights: legal and practical implications, 2013, p. 73-91.

26 Noemi Gal-Or & Cydric Ryngaert, From Theory to Practice: Exploring the Relevance of the Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (DARIO) - The Responsibility of the WTO and the UN, 13 German Law Journal, 2012, p. 530-531; Ulf Häusler, Human Rights Accountability of International Organisations in the lead of International Peace Missions, in: Jan Wouters, Eva Brems, Stefaan Smis, Pierre Schmitt (eds.), Accountability for Human Rights Violations by International Organisations, 2010, p. 230-231 en p. 237-243.

27 EHRM 2 mei 2007, par. 133. Zie ook Kjetil Mujezinovic Larsen, Attribution of Conduct in Peace Operations: The 'Ultimate Authority and Control' Test, EJIL 2008, p. 522; DARIO with commentaries, Yearbook of the ILC, 2011, vol. II, Part Two, Art. 7, par. 10.

28 Het hof vermeldt in rov. 5.8 art. 6 DARIO zoals dit artikel in het destijds bekende ontwerp was genummerd. In het ontwerp van 2011 is art. 6 vernummerd tot art. 7; inhoudelijk is de bepaling ongewijzigd gebleven.

29 DARIO with commentaries, Yearbook of the ILC, 2011, vol. II, Part Two, Art. 7, par. 1.

30 Zie het hierboven in nr. 4.12 aangehaalde citaat van Crawford en Olleson.

31 Zie ook Terry D. Gill, a.w., NYIL 2011, p. 55.

32 Overigens wijst Tom Dannenbaum in zijn ook door het hof aangehaalde bijdrage (a.w., Harvard International Law Journal 2010, elektronische kopie van <http://ssrn.com/abstract=1391617>, p. 40) erop dat het teleurstellend is dat aansprakelijkheid voor schending van de mensenrechten door 'peacekeepers' in recente beslissingen is toegerekend aan de VN 'with very little thought or deliberation on what "effective control" means with respect to the specific case before the court'.

33 Zie rov. 4.16.5 van het vonnis van de rechtbank van 10 september 2008.

34 Zie Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), p. 111 en p. 354.

35 NIOD-rapport, Srebrenica: een 'veilig' gebied, deel III, De val van Srebrenica, hoofdstuk 9: Vertrek van Dutchbat uit Srebrenica, p. 2441-2442. Het uit meer dan 6000 pagina's bestaande rapport kan worden gedownload van <http://www.srebrenica.nl/Pages/OOR/23/313.bGFuZz1OTA.html>.

36 NIOD-rapport, a.w., p. 2444-2445.

- 37 Zie pleitnota in appel zijdens Nuhanovic, nr. 123.
- 38 Zie ook art. 4 DARS, Yearbook of the ILC 2001, vol. II, Part Two.
- 39 Vgl. Terry D. Gill, a.w., NYIL 2011, p. 39, die erop wijst dat de zendstaat de bevoegdheid behoudt zich uit de missie terug te trekken.
- 40 Zie ook CAVV-rapport, p. 22: 'Voor wat betreft de vraag van aansprakelijkheid van troepenleverende staten voor schendingen van fundamentele primaire normen in algemene zin begaan door de troepen die opereren onder "command and control" van de VN, stelt de CAVV zich op het standpunt dat er ondanks overdracht van bevoegdheden door de troepenleverende staten aan de VN ruimte is voor eigen aansprakelijkheid van deze staten vis-à-vis derde staten'.
- 41 Zie Noemi Gal-Ort & Cedric Ryngaert, a.w., German Law Journal 2012, p. 530.
- 42 Zie ook Ulf Häusler, a.w., in: Accountability for Human Rights Violations by International Organisations, 2010, p. 259-261; André Nollkaemper, a.w., Journal of International Criminal Justice 2011, p. 1150-1151;
- 43 Zie de geautoriseerde samenvatting van de conclusies uit de epiloog van het hoofdrapport, onder 3 (<http://www.srebrenica.nl/Pages/OOR/20/057.bGFuZz1OTA.html>).
- 44 Zie Noemi Gal-Ort & Cedric Ryngaert, a.w., German Law Journal 2012, p. 530.
- 45 Zie Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, 2009, p. 804 e.v.
- 46 Zie M. den Heijer, Procedural Aspects of Shared Responsibility in the European Court of Human rights, SHARES Research Paper 17 (2012), ACIL 2012-6 (www.sharesproject.nl), p. 5. Zie ook EHRM 7 juli 2011, nr. 55721/07, LJN: BU7943, NJ 2012/430, m.nt. N. Keijzer onder NJ 2012/431 (Al-Skeini e.a./Verenigd Koninkrijk), par. 130.
- 47 Zie ook M. Milanovic, From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties, Human Rights Law Review 8 (2008), p. 415. Zie ook EHRM 21 december 2001, Bankovic and Others v. Belgium and Others, no. 52207/99, ECHR 2001-XII, par. 26.
- 48 Zie de reeds vermelde uitspraak van het EHRM in de zaak Bankovic, par. 26-27. Voorts: M. Scheinin, Extraterritorial Effect of the International Covenant on Civil and Political Rights, in: F. Coomans, M.T. Kamminga (eds.), Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, 2004, p. 73-74; Noëlle Quénivet, Human Rights Law and Peacekeeping Operations, in: Marco Odello, Ryszard Piotrowicz (eds.), International Military Missions and International Law, 2011, p. 104.
- 49 Schriftelijke toelichting zijdens de Staat, nr. 6.1.6 e.v.
- 50 Zie de genoemde uitspraak van het EHRM inzake Bankovic, met verwijzing naar eerdere rechtspraak, par. 57 en 59.
- 51 Zie hierover D. McGoldrick, Extraterritorial Application of the International Covenant on Civil and Political Rights, in: F. Coomans, M.T. Kamminga (eds.), a.w., p. 69.
- 52 EHRM 7 juli 2011, nr. 55721/07, NJ 2012/430, par. 130 (Al-Skeini e.a./Verenigd Koninkrijk). In deze zaak ging het om incidenten met Britse militairen in Irak die in 2003 Iraakse burgers hadden gedood.
- 53 Zie ook de noot van M. den Heijer onder de uitspraak van het EHRM, EHRC 2011/156, onder 4.
- 54 EHRM 7 juli 2011 nr. 55721/07, NJ 2012/430 (Al-Skeini e.a./Verenigd Koninkrijk).
- 55 Zie de noot van N. Keijzer, in: NJ 2013/431, ad 7.
- 56 Zie voor de verschillende betekenissen ook M. Milanovic, a.w., p. 446-447, die opmerkt: "'Effective control" is also a homonym - there is the effective control test for the purposes of attribution, as developed by the ICJ in Nicaragua; there is effective control of an area as sometimes used in humanitarian law to describe the threshold of the beginning of a belligerent occupation of a territory; there is effective (overall) control of an area as a test developed by the European Court for the purposes of determining a state's jurisdiction over a territory; finally, there is also effective control as used in international criminal law to describe the relationship a superior has to have over a subordinate so his command responsibility could be engaged. Same words different concepts'.
- 57 Zie ook Michal Gondek, Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?, NILR 2005, p. 371; M. Milanovic, a.w., p. 446.
- 58 Zie rov. 2.6 van het tussenarrest, alsmede nr. 5.1.3 van de schriftelijke toelichting zijdens de Staat.
- 59 Vgl. M. den Heijer, a.w., ACIL 2012-16, p. 9: '(...) also in the exceptional situation where a State is effectively prevented from exercising authority in part of its territory, the Court has held the territorial State not to be discharged of its positive obligations to take the steps within its power to stop a human rights violations from occurring'.
- 60 Vgl. CAVV-rapport, p.10, waar wordt opgemerkt dat een aantal normen van mensenrechten normen van gewoonterecht zijn, zoals het martelverbod en het recht op leven.

61 Zie nr. 6.1.23 van de schriftelijke toelichting zijdens de Staat.

62 Verdrag inzake de voorkoming en de bestraffing van genocide, gesloten te New York op 9 december 1948, Trb. 1960, 32 en 1966, 179.

63 Case concerning the application of the Convention on the Prevention of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, ICJ Reports (2007), p. 43, par. 438. Zie ook M. Milanovic, a.w., p. 442.

64 Zie pleitnota in cassatie zijdens de Staat, nr. 2.7 en 2.8.

65 Zie NIOD-rapport, geautoriseerde samenvatting van de conclusies, t.a.p. In dit verband kan ook worden gewezen op de uitkomsten van de parlementaire enquête Srebrenica, Tweede Kamer, vergaderjaar 2002-2003, 28 506, nrs. 2-3, waarin regelmatig wordt verwezen naar het NIOD-rapport.

66 Zie de in nr. 2.5 van mijn conclusie aangehaalde Resolutie 819 van de VN-Veiligheidsraad.

67 Zie rov. 2.4 van het tussenarrest, tevens vermeld in nr. 2.5 van mijn conclusie.

68 Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, ICJ Reports 2007, par. 190, onder verwijzing naar de uitspraak van het VN Joegoslavië Tribunaal inzake Stakic, IT-97-24-T, Trial Chamber Judgment 31 July 2003, par. 519.

69 Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, ICJ Reports 2007, par. 190.