

De Rechtsgrondslag van de Militaire Acties van Israël in Gaza

Position paper prof. A. Nollkaemper, Universiteit van Amsterdam

Vaste Commissie Buitenlandse Zaken - Rondetafelgesprek over Humanitair oorlogsrecht, 16 november 2023

1. De juridische beoordeling van de Israëlische militaire acties in Gaza¹ wordt in belangrijke mate bepaald door de rechtsgrondslag van deze acties. Deze rechtsgrondslag is onderdeel van het zogenaamde *ius ad bellum*; het stelsel van regels dat bepaalt op welke grond een staat buiten zijn grondgebied geweld mag gebruiken.
2. De rechtsgrondslag voor gebruik van geweld buiten landsgrenzen is gescheiden van, en bestaat naast, het humanitair oorlogsrecht (het zogenaamde *ius in bello*) dat bepaalt of militaire handelingen toelaatbaar zijn *tijdens* een (internationaal dan wel intern) gewapend conflict. Het *ius ad bellum* blijft van toepassing gedurende de gehele periode waarin Israël geweld gebruikt, en functioneert in die periode dus *naast* het humanitair oorlogsrecht. Dit kan betekenen dat een militaire aanval die rechtmatig is op grond van het *ius ad bellum* onrechtmatig is op grond van het *ius in bello*; omgekeerd kan een militaire actie die toelaatbaar is op grond van het humanitair oorlogsrecht, onrechtmatig zijn als deze geen rechtsgrondslag heeft in het *ius ad bellum*.
3. Tussen staten, en tussen deskundigen, bestaan uiteenlopende interpretaties van de rechtsgrondslag van het optreden van Israël. Deze verdeeldheid is terug te voeren op verschillende opvattingen over de vraag of Palestina in juridische zin een staat is; of Hamas kan worden beschouwd als representant van Palestina, en of Gaza in juridische zin nog bezet gebied is. Dit zijn juridische vragen, maar het uiteenlopen van antwoorden op deze vragen is veelal niet los te zien van de politieke context.
4. In het complexe geheel van opvattingen over de rechtsgrondslag van de Israëlische militaire acties, zijn twee lezingen dominant.
5. De *eerste lezing* is dat Israël in Gaza op grond van het VN Handvest en internationaal gewoonterecht het recht op zelfverdediging uitoefent. Dit recht bepaalt dan ook de reikwijdte en grenzen van de toegestane militaire acties van Israël. Deze lezing wordt, behalve door Israël zelf, gedeeld door Nederland, de EU en de Verenigde Staten, en een aantal andere staten.
6. Als het recht op zelfverdediging van toepassing is, moeten de Israëlische militaire acties voldoen aan twee voorwaarden. De eerste is dat deze acties noodzakelijk zijn om de aanvallen van Hamas te stoppen en Hamas terug te drijven – in het Engels: *to halt and repel*. De tweede voorwaarde is dat zij proportioneel moeten zijn in het licht van dit doel.
7. Deze twee voorwaarden bieden Israël ruimte om militaire acties uit te voeren tegen Hamas, bijvoorbeeld gericht op vernietiging van de militaire capaciteit van Hamas en het uitschakelen van het leiderschap. Maar de voorwaarden stellen ook grenzen. Zo zullen militaire acties gericht op de totale vernietiging van Hamas, of langdurige militaire herbezetting van Gaza, al snel in strijd komen met deze criteria. Gezien de verwevenheid van Hamas met de samenleving in Gaza, gezien de grote aantallen burgerslachtoffers, en gezien het feit dat een dergelijke strategie een voedingsbodem kan vormen voor nieuwe aanvallen van Hamas, is het de vraag of deze doelen *noodzakelijk* zijn om de veiligheid van Israël te beschermen, en of burgerslachtoffers *proportioneel* zijn aan dat doel.
8. Mede in het licht van de onduidelijkheid welk doel Israël nastreeft, is het opmerkelijk dat vragen die deze weken worden gesteld over het optreden van Israël, vooral geformuleerd lijken te zijn in termen van het humanitair oorlogsrecht en niet in termen van de grenzen van het recht op zelfverdediging, waarop Israël zich beroept.

¹ Ik ga niet in op de beoordeling van de aanvallen van Hamas, nu over de onrechtmatigheid daarvan, en de verplichting op grond van internationaal recht om gijzelaars vrij te laten, geen onduidelijkheid kan bestaan.

9. De **tweede** lezing over het toepasselijke *ius ad bellum* is dat het recht op zelfverdediging in dit conflict niet van toepassing is. Deze lezing rust op de aanname dat Israël ook na de *disengagement* in 2005 Gaza onrechtmatig bezet, dat het Palestijnse volk een recht heeft om zich tegen deze bezetting te verzetten, en dat Israël zich als bezettende macht niet kan beroepen op het recht op zelfverdediging om verzet, dat het met de bezetting zelf heeft uitgelokt, neer te slaan – ook niet als het verzet gepaard gaat met ernstige schendingen van humanitair recht, zoals dat het geval was op 7 oktober.
10. Indien het recht op zelfverdediging niet van toepassing is, ligt de rechtsgrondslag van de Israëlische militaire acties om haar burgers te beschermen tegen aanvallen uit Gaza in het internationale bezettingsrecht. Ook op die grond kan Israël actie ondernemen tegen militaire capaciteiten van Hamas en leiding van Hamas. Maar de juridische toets is een andere, en de reikwijdte van het gebruik van geweld jegens Hamas op deze grondslag is beperkter. Zo moeten de acties van Israël worden beoordeeld in samenhang met de verplichting de onrechtmatige bezetting te beëindigen.
11. Naar mijn oordeel is de tweede lezing van het *ius ad bellum* overtuigender; in het licht van het Advies van het Internationaal Gerechtshof in 2004, in het licht van de feitelijke controle die Israël ook na de *disengagement* ten aanzien van Gaza is blijven uitvoeren; en gezaghebbende VN-rapporten die hebben geconcludeerd dat er nog steeds sprake is van een bezetting. Maar erkend moet worden dat de statenpraktijk verdeeld is, op grond van een andere waardering van de feiten, van het internationale recht dan wel op grond van politieke overwegingen.
12. Hoewel deze twee lezingen van de rechtsgrondslag van de Israëlische militaire acties in Gaza dus verschillen, is van belang expliciet te benoemen dat in beide lezingen internationaal recht de belangen en rechten van Israël erkent om haar burgers te beschermen en de gijzelaars vrij te krijgen. Maar het is ook van belang een viertal gemeenschappelijke punten te benoemen, die los van de keuze van de rechtsgrondslag gelden, en die even zoveel beperkingen stellen aan de uitoefening van dit recht.
13. Ten *eerste* stelt in beide lezingen internationaal recht belangrijke grenzen aan de uitoefening van dit recht op bescherming; deze vloeien niet alleen voort uit humanitair oorlogsrecht maar ook uit de rechtsgrondslag zelf.
14. Ten *tweede* stelt in beide lezingen het recht op zelfbeschikking grenzen aan de rechtmatige doelstelling en uitvoering van militaire acties. Langdurige militaire herbezetting van Gaza past daar hoe dan ook niet in. Meer in het algemeen moeten de handelingen van Israël ten aanzien van Hamas en Gaza worden beoordeeld in het licht van de ondeelbare verplichtingen ten aanzien van alle Palestijnse gebieden, inclusief de westelijke Jordaanoever en Oost-Jerusalem.
15. Ten *derde* kent in beide lezingen internationaal recht een belangrijke rol toe aan internationale organisaties en derde staten. Het recht op zelfverdediging geldt slechts zolang en voor zover de Veiligheidsraad niet handelt. Internationaal recht verplicht voorts alle staten om, individueel en gezamenlijk, het recht op zelfbeschikking van het Palestijnse volk te realiseren; en bij te dragen aan handhaving van het *ius ad bellum* en het *ius in bello*, door zich te onthouden van erkenning van illegale situaties die door schendingen worden gecreëerd, en van militaire steun aan handelingen die in strijd zijn met het *ius ad bellum* en het *ius in bello*.
16. Ten *vierde* en tot slot: hoewel we als juristen terughoudend moeten zijn in de beoordeling van complexe feitelijke situaties met vaak beperkte, en soms onjuiste, informatie, lijken de slachtoffers onder de burgerbevolking op geen manier proportioneel in termen van zowel het *ius ad bellum* als het *ius in bello*. Een staakt het vuren is niet alleen wenselijk op humanitaire gronden, maar is ook vereist op juridische gronden om voortgaande schendingen van het recht te beëindigen en pad te vinden naar een oplossing die in overeenstemming is met fundamentele rechten van zowel Israël als het Palestijnse volk.

