

## Jann Kleffner

### ‘Uitzendingen naar Afghanistan scheppen juridische valkuil’

Foto: Ron Zwagemaker



ISAF, Enduring Freedom, Navo, Verenigde Naties, Verenigde Staten – het aantal landen en organisaties dat militair actief is in Afghanistan is aanzienlijk. Wie is voor wat aansprakelijk als humanitaire rechten worden geschonden? Docent humanitair recht Jann Kleffner schetst een onontwarbare kluwen.

Leon Heuts, journalist

‘Closer operational synergy’, luidt een minieme passage van resolutie 1659 van de VN Veiligheidsraad (2006). Synergie tussen wie? Tussen de NAVO-militairen die actief zijn in Afghanistan onder ISAF-vlag, en de *special forces* die deelnemen aan de Amerikaanse operatie *Enduring Freedom*. In de resolutie ‘verwelkomt’ de Veiligheidsraad ‘toenemende expansie van ISAF in Afghanistan’ en, daarnaast, operationele synergie tussen ISAF en *Enduring Freedom*, de twee missies die volgens de Nederlandse regering en oppositie strikt gescheiden moeten blijven. Die scheiding was zelfs ronduit een eis van de PvdA, wilde de oppositiepartij akkoord gaan met de uitzending van Nederlandse ISAF-militairen naar Uruzgan. Er is het vriendelijke ‘wederopbouw’-gezicht van ISAF, én het grimmige gezicht van de terroristen- en Talibanbestrijders van *Enduring Freedom*. Maar hoe kunnen twee missies, waarvan de Veiligheidsraad operationele synergie verlangt, gescheiden blijven?

*Kleffner: ‘Waarom zou de ene militair kunnen worden uitgesloten van strafvervolging voor bepaalde oorlogshandelingen, en de andere niet, terwijl ze onder dezelfde omstandigheden opereren?’*

‘Daarom moeten politici dus goed letten op wat er in resoluties van de Veiligheidsraad staat en welke besluiten door de NAVO al genomen zijn’, aldus Jann Kleffner, universitair docent Humanitair recht aan de Universiteit van Amsterdam, die een kopie van de tekst van resolutie 1659 voor zich heeft liggen. Het gevolg, beaamt Kleffner, zijn juridische valkuilen, vooral als het gaat om aansprakelijkheid.

Wie kan aansprakelijk worden gesteld als tijdens een operatie, waarin ISAF-troepen en militairen van Enduring Freedom samenwerken, het humanitair oorlogsrecht wordt geschonden? Verschillende vormen van aansprakelijkheid dringen zich volgens Kleffner op: staatsaansprakelijkheid, aansprakelijkheid van organisaties en individuele aansprakelijkheid. ‘Met name kwesties van staatsaansprakelijkheid en aansprakelijkheid van organisaties zijn niet eenvoudig te beantwoorden. Wie is aansprakelijk? De NAVO als organisatie en rechtspersoon? De afzonderlijke NAVO-lidstaten? De Verenigde Staten? Nederland, die een bijdrage levert aan de troepen? De Verenigde Naties, onder wier mandaat ISAF opereert?’

#### MISVERSTAND

Het aansprakelijk stellen van een partij bij gewapende conflicten is juridisch al geen sinecure; de vermenging van missies maakt het er niet bepaald eenvoudiger op. Kleffner: ‘De verschillende mandaten van beide missies laten ook alle ruimte voor verdere vermenging. Het mandaat van ISAF is robuust, maar ook vaag. Het luidt: *maintenance of security*. Hoe ver ga je om veiligheid te garanderen? Vergelijk het met het mandaat van Enduring Freedom: terrorismebestrijding. Het bestrijden van terrorisme kan natuurlijk heel goed noodzakelijk zijn om veiligheid te garanderen. Dat de mandaten gaan overlappen lijkt me onvermijdelijk, zéker als het operationele plan van de NAVO streeft naar synergie, en de Veiligheidsraad dat verwelkomt.’

De vermenging van missies kan leiden tot merkwaardige consequenties: Nederlandse militairen die aan dezelfde operatie meedoen, maar toch een verschillende rechtspositie hebben omdat ze onder een andere vlag opereren. Immers: de Nederlandse commando’s die deelnemen aan *Enduring Freedom* opereren ‘in tijd

van oorlog’, de omschrijving die verwijst naar art. 71 Wetboek Militair Strafrecht. Het artikel biedt strafuitsluitingsgronden voor oorlogshandelingen, waardoor militairen meer zekerheid hebben over hun rechtspositie. Minister Kamp wil met de toepassing van het artikel een tweede ‘Erik O.’, waarbij het Openbaar Ministerie en Defensie lijnrecht tegenover elkaar stonden, voorkomen.

Dit militair recht is echter niet van toepassing op de ISAF-soldaten. Een juridisch riskante poging om twee missies te scheiden die in werkelijkheid in elkaar gaan overlopen? Kleffner: ‘Misschien. Ik kan me in ieder geval voorstellen dat dit in bepaalde gevallen tot problemen kan leiden. Waarom zou de ene militair kunnen worden uitgesloten van strafvervolging voor bepaalde oorlogshandelingen, en de andere niet, terwijl ze onder dezelfde omstandigheden opereren? Maar een belangrijke nuancering is op

### *Toepassing van het oorlogsrecht is niet afhankelijk van een regeringsbesluit maar van de vraag of er sprake is van een gewapend conflict*

zijn plaats: als deze problemen zich voordoen, dan heeft een verklaring van minister Kamp dat Nederlandse militairen “in tijd van oorlog” opereren, alleen betekenis voor het nationale recht. Voor het *internationaal* recht maakt het in feite niet zo veel uit. Want zowel Enduring Freedom als ISAF is hoe dan ook gebonden aan het oorlogsrecht, als zij tot de strijdende partijen in een gewapend conflict horen. Het is een veelgehoord misverstand dat het oorlogsrecht alleen zou gelden voor commando’s van Enduring Freedom, omdat de minister heeft bepaald dat zij “in tijd van oorlog” zijn. Maar een minister kan het oorlogsrecht niet “van toepassing” verklaren. Toepassing van het oorlogsrecht is namelijk afhankelijk van de feitelijke vraag of er sprake is van een gewapend conflict. En daarvan is in Afghanistan sprake. Andersom kan ISAF dus evenmin zeggen: wij opereren onder VN-mandaat, dat is een wederopbouwmissie dus zijn we niet gebonden aan het oorlogsrecht, ook

al nemen wij deel aan vijandelijkheden om de veiligheid de waarborgen.’

#### LASTIG PARKET

Volgens Kleffner balanceert het huidige oorlogsrecht, dat zijn belangrijkste bron vindt in de vier conventies van Genève, tussen twee belangen: de militaire noodzaak op te treden tijdens een conflict, en de meest elementaire humanitaire belangen. Belangrijke beginselen zijn het onderscheid tussen burgers en civiele doelen enerzijds, en vijandelijke troepen en militaire doelen anderzijds, proportionaliteit – afwegen hoeveel burgers het risico lopen te worden gedood bij een aanval op een militair object – en het verbod om onnodig leed toe te brengen aan vijandelijke soldaten. Onder het laatste valt het verbod op het gebruik van sommige wapens. Verder moeten burgers en personen die *hors de combat* zijn, altijd menselijk worden behandeld, hetgeen bijvoorbeeld een strikt verbod van foltering en standrechtelijke executies inhoudt.

Kleffner: ‘Dat verbod op folteren – dat overigens niet alleen in het oorlogsrecht is geregeld, maar ook een belangrijke beginsel is van de rechten van de mens – zou Nederland eveneens in een lastig parket kunnen brengen. Want Nederland zou mede aansprakelijk kunnen worden als het bij foltering *aided of assisted* – bijvoorbeeld door het uitleveren of overdragen van gevangenen aan derden die wél folteren. Dit is een algemeen beginsel van staatsaansprakelijkheid in het internationaal recht.’

Kleffner deelt de zorgen van het Nederlands Juristen Comité Mensenrechten (NCJM). Het NCJM stelt dat het zogeheten *Memorandum of Understanding* dat de Nederlandse regering heeft bedongen bij Afghanistan en waarin onder andere is vastgelegd dat gevangenen die door Nederland worden overgedragen aan de Afgaanse overheid worden behandeld conform het internationaal recht, absoluut onvoldoende is. Kleffner: ‘Het Memorandum of Understanding sluit op zich een mogelijke medeaansprakelijkheid van Nederland niet uit. Als Nederland informatie ter beschikking heeft waaruit blijkt dat desalniettemin wordt gefolterd, of dat de kans daarop groot is, en alsnog gevangenen overdraagt, blijft Nederland medeaansprakelijk.’