

13

Ministerie van Defensie

Directie Juridische Zaken
Afdeling Internationale en
Juridische
Beleidsaangelegenheden

Bezoekadres:
Plein 4
Postadres:
MPC 58B
Postbus 20701
2500 ES Den Haag
www.defensie.nl

Steller:
drs.
Telefoon
Intern

Defensie

Nota

Aan de Minister
de Staatssecretaris

Door tussenkomst de Secretaris-Generaal
Afschrift aan de Commandant der Strijdkrachten
de HDAB
de DV&C

Datum 30 augustus 2007
Ons kenmerk C/2007 02 1700
Onderwerp Chora - Juridische observaties

| |
|------------------------------------|
| Bestuursstaf BSG |
| 30 AUG. 2007 |
| Registratiekenmerk: D2007024379 |
| I.b.b.: |

In navolging op overleg met de SG en de CDS, overleg tussen mijn Directie en
en het lezen van de drie rapporten aangaande de gebeurtenissen in Chora (het Nederlandse after-
action report, het rapport van UNAMA en de AIHRC en het dossier van COMISAF), geef ik U enkele
juridische kanttekeningen en observaties.

Feitencomplex

Het bepalen van een beginmoment voor de gevechten rond Chora is een arbitraire keuze, mede gelet
op de steeds duidelijker wordende verbanden tussen eerder in het jaar waargenomen bewegingen en
ontwikkelingen en de gevechten in de periode 14 – 21 juni. Het is evenzo arbitrair om te bepalen dat
de gevechten op 21 juni waren afgelopen, ook thans nog blijft Chora immers een aandachtspunt van
de OMF. Niettegenstaande de historische relevantie van al deze aspecten, is in deze juridische
appreciatie ervoor gekozen om uit de thans bij DJZ beschikbare informatie alleen de juridisch meest
relevante gebeurtenissen te bespreken. Hoewel de drie rapporten verschillen tonen in accenten en
details, zijn de daarin weergegeven feitencomplexen op deze hoofdlijnen gelijkloidend.

Juridisch kader

Het optreden van de Nederlandse ISAF militairen vindt plaats binnen een juridisch kader bestaande uit
het mandaat van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties, de Rules of Engagement, de
aanvullende richtlijnen en instructies van COMISAF en de onder hem geplaatste commandanten,
waaronder de zogenaamde Joint Fires Directive en Weapon Release Authority Matrix, en het
internationale en nationale recht, waaronder het humanitair oorlogsrecht en het (militair) strafrecht.

Het mandaat geeft de opdracht om, kort gezegd, de regering van Afghanistan te ondersteunen om
haar gezag in geheel Afghanistan te vestigen c.q. te herstellen. Daartoe is ISAF bevoegd om "all
necessary means" aan te wenden.

Bij beantwoording datum, ons kenmerk en onderwerp vermelden.

Datum

Ons kenmerk

Van de ROE zijn voor de beoordeling van de gebeurtenissen rond Chora het meest relevant ROE :
Deze zijn in bijlage
samengevat.

De ISAF Joint Fires Directive (JFD), met daarin opgenomen de Weapon Release Matrix, bepaalt onder welke omstandigheden vuur- en luchtsteun aan aanvullende beslissingsniveaus en voorwaarden is onderworpen. Daarbij zijn de *collateral damage estimate* (CDE) en het verkrijgen van *positive identification* PID van belang. Kort samengevat houdt dit in dat naarmate meer nevenschade (*collateral damage*) verwachtbaar is, een steeds hoger niveau van besluitvorming vereist is om de inzet van het wapen goed te keuren. De matrix bevat eveneens de eis dat eindgeleiding van de wapeninzet plaatsvindt onder aansturing door een gekwalificeerde en geautoriseerde JTAC of FAC. Deze systematiek en eisen gelden niet in geval van optreden in het kader van zelfverdediging, zo staat in de Directive.

De voor deze analyse meest relevante bepalingen uit het humanitair oorlogsrecht (HOR) zijn de artikelen 48 - 52 en 57 van het Eerste Aanvullende Protocol van 1977 bij de Verdragen van Genève van 1949 (AP1). Deze zijn in bijlage samengevat.

Relatie ROE, zelfverdediging en HOR

Militair optreden vindt plaats in een juridisch kader dat uit verschillende lagen bestaat, het best weer te geven als een serie concentrische ringen. De binnenste ring, zijnde het meest restrictieve kader, bestaat uit de specifieke opdrachten en instructies voor operaties. Daartoe behoren in deze casus bijvoorbeeld ook de JFD, maar ook de ROE. De tweede ring bestaat uit het recht op militaire zelfverdediging. Dit betreft optreden in antwoord op een aanval of onmiddellijk dreigende aanval. Regels (ROE) die een eenheid zouden beletten zichzelf te verdedigen, hoeven in deze ring niet te worden nageleefd voor zolang de situatie uit zelfverdediging bestaat. Op het optreden in deze ring zijn alleen die ROE van toepassing die geen belemmering vormen voor het optreden in zelfverdediging. Deze ring geeft dus ruimere bevoegdheden tot optreden.

De derde ring bevat het HOR. Zoals uit dit stelsel blijkt, zijn ROE nooit ruimer dan het HOR en dus nooit (mits op de juiste wijze tot stand gekomen en getoetst voor implementatie) strijdig met het HOR.

In individuele gevallen kan een militair, waaronder een commandant, bij schending van zelfs het HOR een beroep doen op de strafuitsluitingsgrond "noodweer" zoals omschreven in artikel 41 van het Wetboek van Strafrecht.

Analyse

Een vergelijking tussen het feitencomplex en het toepasselijke juridische kader zoals hierboven uiteen gezet, levert de volgende observaties op. Daarbij wijs ik er op dat het toetsen van militair optreden aan het recht uitsluitend dient plaats te vinden op basis van de informatie die de betreffende militair op dat moment tot zijn beschikking had, zoals ook in de Nederlandse verklaring bij ratificatie van AP1 staat weergegeven. Tevens wijs ik er op dat deze observaties gebaseerd zijn op de informatie zoals thans bij DJZ beschikbaar. Aanvullende of afwijkende informatie kan evident gevolgen hebben voor de navolgende conclusies en stellingen. Tot slot zij opgemerkt dat de uiteindelijke beoordeling van de rechtmatigheid is voorbehouden aan de rechter.

Datum

Ons kenmerk

De gebeurtenissen in de periode van 13 tot en met 15 juni zijn mijns inziens aan te merken als vijandige bedoelingen of, indien geplaatst in het licht van de MIVD rapportages, als een vijandige daad. Door het innemen van aanvalsposities en het ontplooiën in de omgeving van de ISAF locaties ging van betrokkenen een dreiging uit, gericht tegen onder andere de uitvoering van de ISAF missie. Op basis van de beschikbare informatie waren deze bewegingen echter onder de gegeven omstandigheden niet voldoende om te spreken van een onmiddellijk dreigende aanval. Het ISAF kader, waaronder de ROE en de JFD, was in deze fase van toepassing.

Uit de rapporten blijkt dat op 16 juni de in het gebied aanwezige OMF de aanval openden op de Nederlandse ISAF eenheden. Op dat moment was sprake van een aanval, waarop het recht op (militaire) zelfverdediging van toepassing was. Hoewel zoals hierboven omschreven althans formeel de ROE en de JFD daardoor op dat moment niet van toepassing waren, is blijkens de rapporten bij inzet van luchtsteun niettemin steeds gewerkt op basis van PID door interactie tussen piloot en JTAC.

In de nacht van 16 op 17 juni werden de aanvallen van de OMF gestaakt of althans namen zij in hevigheid af. Uit de rapporten blijkt dat ook bij TFU informatie voorhanden was waaruit kon worden afgeleid dat het districtscentrum, tevens het compagnieshoofdkwartier, het doelwit was van het OMF offensief. De TFU ging er dan ook van uit dat de OMF op ieder moment een volledige aanval op de compound kon openen. De staf TFU heeft in deze periode aangegeven dat in het gebied west van verticaal 21 een grote concentratie OMF aanwezig was, teneinde (aldus het Nederlandse rapport) vuurcoördinatie mogelijk te maken. Alle rapporten geven aan dat vervolgens getracht is de burgerbevolking in het gebied te waarschuwen en op te dragen het gebied te verlaten. Pas daarna is indirect vuur uitgebracht, waarbij op bijna elk doel slechts één schot is afgevuurd en op één doel drie schoten is afgevuurd. Bij deze inzet van vuursteun heeft geen eindgeleiding plaatsgevonden door een JTAC of FAC. De gekozen doelen, zo blijkt uit de rapporten, betroffen objecten die tijdens de gevechten op de 16^e gezien waren in gebruik te zijn bij de OMF, c.q. van waaruit vuur was afgegeven door OMF, alsmede aanvoerroutes voor een aanval.

De combinatie van de gevechten op de 16^e en de volgens het rapport van de CDS beschikbare inlichtingen betreffende het oogmerk en doelwit van de OMF waren mijns inziens voldoende om aan te nemen dat een grootscheepse aanval op handen was en ieder moment kon plaatsvinden. In de nacht van de 16^e op de 17^e juni was gelet hierop dan ook sprake van een onmiddellijk dreigende aanval. Het optreden tijdens deze nacht viel mijns inziens dan ook onder het recht op militaire zelfverdediging waarop niet het restrictieve ISAF kader, maar het (ruimere) humanitair oorlogsrecht van toepassing was.

Voorafgaand aan het afgeven van indirect vuur zijn volgens de rapporten objecten of gebieden uitgekozen die naar hun locatie of gebruik door de tegenpartij een effectieve bijdrage leverden aan het militaire optreden van de tegenpartij. De gehele of gedeeltelijke vernietiging, verovering of uitschakeling van deze objecten of gebieden, waaronder mede verstaan het ontzeggen van het gebruik daarvan door de tegenpartij, leverde naar de informatie die op dat moment beschikbaar was een beslist militair voordeel op. Hiermee zou immers een grootscheepse aanval op de compound voorkomen kunnen worden. Hiermee wordt invulling gegeven aan zowel artikel 52 als aan artikel 48, doordat onderscheid is gemaakt tussen militaire objecten (in de zin van artikel 52) en civiele objecten. Tevens wordt invulling gegeven aan de eis van zorgvuldige doelselectie in artikel 57.

Datum

Ons kenmerk

Vervolgens is (voorafgaand aan het geven van indirect vuur) getracht de lokale bevolking ertoe te bewegen het gebied west van de 21^e vertikaal te verlaten. Alle drie de rapporten geven zulks aan. Het UNAMA / AIHRC rapport geeft daarbij aan dat het deels falen van deze boodschap niet ISAF is aan te rekenen, maar de lokale autoriteiten. Hiermee wordt invulling gegeven aan de waarschuwingsplicht van artikel 57.

Op elk doel is slechts één schot afgevuurd, met uitzondering van één doel waarop drie schoten zijn afgevuurd. Van een verboden vorm van aanval zoals omschreven in artikel 51 was dan ook geen sprake.

Het humanitair oorlogsrecht stelt eindgeleiding niet verplicht. Deze eis komt dan ook in het recht niet voor, maar wordt als eis gesteld in het (restrictievere) kader van ISAF, en wel in de JFD. Deze was echter, zoals de Directive zelf ook zegt, niet van toepassing op optreden in zelfverdediging, zoals het geval was tijdens de nacht van de 16^e op de 17^e.

Het rapport van COMISAF komt echter tot de conclusie dat hoewel de inzet van vuursteun gericht was op geselecteerde objecten in gebruik door de tegenpartij en het middel proportioneel was in relatie tot de aard en omvang van de dreiging, het afgeven van vuur zonder eindgeleiding *als zodanig* in strijd zou zijn met het beginsel van onderscheidend optreden onder het HOR. Gelet op de betekenis van dat beginsel zoals onder andere verwoord in artikel 48 van AP1, het feit dat dit beginsel in detail is uitgewerkt in de daaropvolgende artikelen van het betreffende deel van AP1 en het in de rapporten weergegeven feitencomplex, is deze redenering en de daarop gebaseerde conclusie van COMISAF juridisch aanvechtbaar.

De tegenaanval, tot slot, die plaatsvond in de periode 19 – 21 juni vond plaats onder toepassing van de ISAF kaders, waaronder de ROE en de JFD. Hiertoe zijn de betreffende ROE, waaronder vooraf aangevraagd en vrijgegeven en heeft bij inzet van luchtsteun steeds eindgeleiding door een JTAC plaatsgevonden. Er zijn in de verslaglegging van deze periode verder geen juridisch relevante feiten gevonden.

Conclusie

Een analyse van het genoemde feitencomplex zoals gepresenteerd in de drie rapporten aangaande de gebeurtenissen rond Chora in het licht van de beschreven toepasselijke rechtskaders leidt dezerzijds, gebaseerd op de informatie zoals thans bij DJZ beschikbaar, mijns inziens niet tot de genoemde conclusie van COMISAF dat van handelen in strijd met het humanitair oorlogsrecht sprake is geweest. Daarbij merk ik echter nogmaals op dat de uiteindelijke beoordeling van de rechtmatigheid van enig handelen is voorbehouden aan de rechter.

Directeur Juridische Zaken

Vertaling van relevante ROE

Samenvatting relevante artikelen uit het Eerste Aanvullende Protocol bij de Verdragen van Genève

Art. 48: De strijdende partijen dienen een onderscheid te maken tussen de burgerbevolking en combattanten en hun operaties uitsluitend te richten tegen militaire doelen.

Art. 49: "Aanvallen" in de zin van deze artikelen betekent daden van geweld gericht tegen de tegenstander, ongeacht of zij defensief of offensief van aard zijn.

Art. 50: Burgers zijn zij die in de Verdragen en Protocolen als zodanig zijn aangeduid. Het onder de burgerbevolking aanwezig zijn van tegenstanders ontnemt de burgerbevolking als zodanig niet de civiele hoedanigheid.

Art. 51: De burgerbevolking en individuele burgers mogen niet het doelwit van een aanval vormen. Burgers genieten deze bescherming echter alleen voor zover zij niet rechtstreeks deelnemen aan het gevecht. Niet onderscheidende aanvallen zijn verboden. Hiertoe behoren onder andere:

- Aanvallen die niet op een militair doel zijn gericht;
- Aanvallen met middelen die niet richtbaar zijn;
- Het als één doelwit bestempelen (en aanvallen) van meerdere militaire doelwitten in bewoond gebied of gebied met daarin tevens burgers of burgerobjecten

Tevens zijn verboden:

- Aanvallen waarvan de verwachtbare nevenschade excessief is in verhouding tot het verwachtbare specifieke en directe militaire voordeel van de aanval
- Represailles
- Het gebruik van de burgerbevolking als schild tegen aanvallen

Art. 52: Alleen militaire objecten mogen worden aangevallen. Dit zijn objecten die naar hun:

- Aard
- Locatie
- Doelstelling of
- Gebruik door de tegenpartij

een effectieve bijdrage leveren aan het militaire optreden van de tegenpartij én waarvan de gehele of gedeeltelijke vernietiging, verovering of uitschakeling een beslist militair voordeel opleveren.

Art. 57: Voor het inzetten van een aanval dienen bepaalde voorzorgsmaatregelen in acht te worden genomen. Zo moet al het uitvoerbare worden gedaan om zeker te stellen dat de aan te vallen objecten geen burgers of burgerobjecten zijn en niet onder speciale bescherming vallen, maar militaire objecten zijn op grond van de criteria van art. 52.

Voorts moet al het uitvoerbare worden gedaan in het kiezen van middelen en methoden om nevenschade te voorkomen of in ieder geval tot het minimum te beperken. Aanvallen die verwachtbaar nevenschade opleveren die disproportioneel is aan het militaire voordeel van de aanval mogen niet worden ingezet.

Effectieve waarschuwingen moeten worden verstrekt voorafgaand aan aanvallen die de burgerbevolking kunnen raken, tenzij de omstandigheden zulks onmogelijk maken.

In de keuze tussen militaire doelwitten die bij de aanval daarop eenzelfde militair voordeel kunnen opleveren, zal het doelwit worden gekozen waarvan de aanval daarop het minste risico voor de burgerbevolking oplevert.

Nederland heeft bij ratificatie van AP1 een aantal verklaringen vastgelegd, waarvan de volgende twee aangaande de voorgaande artikelen voor deze analyse van belang zijn:

- Ook gebieden kunnen een militair object zijn als zij aan de criteria van art. 52 voldoen;
- Het besliste militaire voordeel (o.a. genoemd in art. 52) moet worden gewogen op basis van de aanval als geheel en niet voor elk individueel onderdeel van die aanval afzonderlijk.