

De Legal Advisor in de Directie Operaties van de Defensiestaf

DOOR LUITENANT-KOLONEL MR. AART JAN DE HAAN¹⁾

Inleiding

De Directie Operaties van de Defensiestaf (DOPS) stuurt nationale en internationale operaties van de krijgsmacht aan. Voor juridische ondersteuning kan de DOPS terugvallen op een Legal Advisor (Legad) van de Directie Juridische Zaken (DJZ). In deze bijdrage ga ik in op de werkwijze van deze Legal Advisor en zijn inbedding in de defensie-organisatie. Vervolgens zal ik aan de hand van een concreet voorbeeld aangeven welke afwegingen een Legal Advisor maakt voordat hij een advies geeft over inzet van Nederlandse eenheden en middelen.

De Legad in de Directie operaties

De Directie Operaties is een *joint* organisatiedeel waarin alle operationele commando's zijn vertegenwoordigd. De DOPS is georganiseerd volgens het standaard NATO-model waarin de staf ingedeeld is in J-secties. De Legad is niet opgenomen in één van de secties maar valt rechtstreeks onder de Directeur DOPS. Hij heeft daardoor direct toegang tot de (plaatsvervangend) directeur en de chef staf. In de praktijk wordt de Legad overigens wel beschouwd als J-hoofd waardoor hij deelneemt aan de fora waar de aanwezigheid van de J-hoofden wordt verwacht.

In de Blauwdruk Juridisch Functiegebied²⁾ is destijds gekozen voor de constructie waarin de DOPS Legad organisatorisch deel uitmaakt van de Directie Juridische Zaken en tewerkgesteld is bij de Directie Operaties. Omwille van de continuïteit is een tweede militair jurist van de Directie Juridische Zaken aangewezen als achtervang van de DOPS Legad.

Hiermee wordt recht gedaan aan het in dezelfde blauwdruk verwoorde uitgangspunt dat de juridische ondersteuning van de Commandant der Strijdkrachten op het gebied van operaties plaatsvindt door de Directie Juridische Zaken. Onder operaties dienen te worden begrepen crisisbeheersing, vredesoperaties en nationale operaties. De rechtsgebieden die daarin primair aan de orde komen zijn het volkenrecht, waaronder het humanitair oorlogsrecht, het recht van de zee en het internationaal strafrecht.³⁾

Inmiddels is de constructie van inbedding van de DOPS Legad in de Directie Juridische Zaken met feitelijke tewerkstelling bij de Directie Operaties een beproefd model. De Legad is fysiek aanwezig bij en ter beschikking van de Directie Operaties maar heeft een formele binding met de Directie Juridische Zaken. Enerzijds kan hierdoor niet alleen de DJZ zijn verantwoordelijk-

¹⁾ De auteur was van 2005 tot 2007 werkzaam bij de Directie Juridische Zaken, onder meer als militair juridisch adviseur operatiën, in deze bijdrage aangeduid als DOPS Legad. In deze functie werd hij tevens uitgezonden als jurist van het Nederlandse contingentscommando in Afghanistan. Overigens heet de functie sinds kort Legad DJZ.

²⁾ Blauwdruk Juridisch functiegebied, SAMSON maatregel I 6a, 25 mei 2005, p. 28

³⁾ Ibidem, p. 25 en 26

heid als concernjurist waarborgen, ook staat daardoor de expertise van de DJZ ter beschikking aan de Legad en in diens verlengde aan de DOPS. Daarbij gaat het met name om de specialistische kennis binnen de Afdeling Internationale en Juridische Beleidsaangelegenheden (IJB) van de DJZ. Deze afdeling beschikt over wetenschappelijke kennis van het humanitair oorlogsrecht en de Rules of Engagement die op eenvoudige wijze voor de DOPS Legad beschikbaar is. Anderzijds kan de Legad zorgdragen voor het operationeel geheel “up to date” blijven van de DJZ, aangezien hij dagelijks aanwezig is bij de briefing aan de Directeur Operaties over lopende acties en toekomstige operaties. Door deze wisselwerking tussen DJZ/IJB en de DOPS ontstaat een synergetisch effect. Daarbij moet wel de opmerking worden gemaakt dat er een spanningsveld kan bestaan tussen operationele wenselijkheid en juridische haalbaarheid. Er kunnen situaties voorkomen waarin DOPS-medewerkers de jurist dringend vragen in te stemmen met een bepaalde operationele inzet terwijl juridische overwegingen daaraan in de weg kunnen staan. De Legad kan daarmee in een spagaat komen tussen beide “partijen”. Echter, veelvuldig contact en een goede informatie-uitwisseling tussen de afdeling IJB en de Legad maken dat de laatste de spanningsvelden goed kan onderkennen en inschatten wanneer hij moet terugkoppelen op de afdeling IJB voordat hij de DOPS adviseert.

De werkzaamheden van de Legad zijn omvangrijk en divers te noemen. Weliswaar is de belangrijkste inspanning momenteel gericht op de operatie in Afghanistan en is ook de publieke aandacht daar voornamelijk op gericht, maar de Directie Operaties stuurt daarnaast nog vele kleinere operaties aan in het buitenland alsook nationale operaties. Het aantal operaties dat gelijktijdig wordt uitgevoerd schommelt rond de twintig en varieert van monitor-operaties van enkele militairen in de Gaza-strook tot maritieme operaties zoals enkele jaren geleden CTF-150 bij de Hoorn van Afrika. Dat betekent niet dat alle operaties evenveel inspanning vereisen maar zonder uitzondering komen bij alle operaties juridische aspecten aan de orde. Voor vrijwel elke operatie moeten Rules of Engagement (ROE) worden vertaald in geweldsinstructies en daarnaast spelen veelal vraagstukken op het gebied van jurisdictie en andere statusaangelegenheden. Ook bij de totstandkoming van Memoranda of Understanding (MOU's) speelt de Legad een rol. Tot slot noem ik nog de frequente contacten met de verbindingsofficier krijgsmacht bij het Openbaar Ministerie in Arnhem en het begeleiden van werkbezoeken van leden van het OM aan operatiegebieden. Deze werkbezoeken zijn mijns inziens van groot belang voor een juiste en volledige beeldvorming bij het OM over de wijze waarop Nederlandse militairen - indien noodzakelijk - geweld aanwenden tijdens uitzendingen.

Als we kijken naar de adviesfunctie van de Legad dan betreft die in eerste instantie advisering van de Directeur Operaties en zijn sectiehoofden. Maar daarnaast is de Legad het eerste aanspreekpunt voor alle uitgezonden juristen. De *Legal chain* werkt hier op een manier die zijn weerga niet kent binnen de rest van de krijgsmacht. Dat heeft alles te maken met de invoering van het besturingsmodel bij Defensie waarbij de Commandant der Strijdkrachten, en voor hem de Directeur Operaties als *corporate operator*, verantwoordelijk is voor de aansturing van operaties. In dat model past niet dat uitgezonden juristen rechtstreeks zaken doen met de troepenleverende operationele commando's. Nu is de wereld niet zwart-wit en bestaan er in de praktijk vele contacten tussen de juristen te velde en de juristen van de operationele commando's. Dat is ook de kracht van het juridische netwerk. Echter, voor de *unité de doctrine* is het noodzakelijk dat de *Legal chain* vanuit de inzetgebieden naar de DOPS Legad loopt. Alleen op

die wijze kan de inbreng van de DJZ worden geborgd. Hierin schuilt overigens ook een gevaar. Gezien de veelheid van onderwerpen kan de Legad niet op alle vragen een antwoord hebben. Zo zal de gemiddelde landmachtjurist geen uitputtende kennis hebben van het recht van de zee terwijl hij wel aanspreekpunt kan zijn voor vragen in het kader van maritiem optreden. Zo zijn er natuurlijk meer voorbeelden te bedenken waarbij de Legad terug moet vallen op expertise die ofwel binnen DJZ voorhanden is ofwel waarvoor hij een beroep moet doen op juristen van de operationele commando's. Om dit laatste te structureren vindt op regelmatige basis overleg plaats met vertegenwoordigers van de Hoofden Juridische Zaken van de operationele commando's. Dit forum, in de wandelgangen Defensie Operationeel Juristen Overleg genoemd, blijkt van grote waarde voor de informatie-uitwisseling tussen de DOPS Legad en de operationele krijgsmachtdeelnemers.

Een praktijkvoorbeeld

Om te illustreren met welke vraagstukken de DOPS Legad⁴⁾ te maken kan krijgen wil ik hieronder een situatie behandelen die zich in augustus 2006 voordeed in Afghanistan.

Ik werd toen plotseling uitgezonden naar Kabul, na het tragische helikopterongeluk waarbij onze gewaardeerde collega luitenant-kolonel mr. Jan van Twist het leven liet. Het Hoofd van de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht vroeg mij toen om de functie van Contingentsjurist over te nemen. In die hoedanigheid kwam ik regelmatig in het CJOC, het Combined Joint Operations Centre van de International Security Assistance Force (ISAF) in Kabul, als vertegenwoordiger van de contingentscommandant. De Chief Joint Fires legde op een gegeven moment de volgende vraag aan mij voor:

Ergens in de provincie Helmand vliegt een Predator, een Amerikaans onbemand verkenningsvliegtuig. De Predator neemt een MVT waar, een Medium Value Target. Het betreft een ongewapende Taliban-commandant. De Chief Joint Fires vraagt toestemming om Nederlandse F-16's in te zetten om deze Taliban-commandant uit te schakelen.⁵⁾

Aan de hand van deze casus wil ik een aantal onderwerpen bespreken. Aan de orde komen de volgende onderwerpen: de geweldsinstructie, de samenwerking tussen ISAF en Operation Enduring Freedom (OEF), national caveats, de functie van de Red Card Holder, gevangenneming, afdoening van schade, en ten slotte de positie van een Legad tijdens operaties.

Het zal u duidelijk zijn dat je een casus zoals ik zojuist heb geschetst alleen maar kunt beoordelen als je kennis hebt van het juridisch kader waarbinnen de troepen opereren. Daarop gebaseerd is de geweldsinstructie. Maar wat is nu precies de geweldsinstructie. Bij de geweldsinstructie in enge zin denken we dan aan de instructiekaart geweldgebruik die iedere militair op zak heeft en de aide-memoire voor commandanten die instructies bevat voor commandanten vanaf groepsniveau. Maar de geweldsinstructie in ruime zin omvat veel meer. Dat begint bij het internationale recht, gewoonlijk aangeduid met termen als Law of Armed Conflict, Internationaal Humanitair Recht of Humanitair oorlogsrecht. Op de (academische) verschillen tus-

⁴⁾ Als de contingentsjurist zich niet op de locatie van het CJOC bevindt, kan een gemandateerde Red Card Holder (zie verderop in deze bijdrage) een dergelijke situatie per beveiligde verbinding voorleggen aan de contingentsjurist dan wel aan de DOPS Legad. In dit geval was sprake van samenloop van beide functies.

⁵⁾ Deze casus heb ik eerder behandeld tijdens een lezing voor de Militair Rechtelijke Vereniging.

sen deze benamingen ga ik hier niet verder niet in maar vermeldenswaard is dat het Eerste Aanvullende protocol bij de Conventies van Geneve formeel niet van toepassing is zolang er geen sprake is van een internationaal gewapend conflict. Nederland heeft zich echter bij het uitvoeren van vredesoperaties wel geconformeerd aan de bepalingen van dat protocol.⁶⁾ Dat heeft grote gevolgen voor o.a. de samenwerking met OEF-eenheden en voor de behandeling van gevangenen. Ik kom daar later nog op terug. Terug naar de geweldsinstructie in ruime zin. Die omvat naar mijn mening ook de resoluties van de Veiligheidsraad, de overeenkomsten met de Afghaanse regering waarvan met name de Military Technical Agreement (MTA) van belang is, de Rules of Engagement zoals die voor een operatie worden vastgesteld door de Noordatlantische Raad (NAR), de operatiebevelen op de verschillende niveau's, de national caveats en aanwijzingen die de Directeur Operaties uitdeeft namens de Commandant der Strijdkrachten. Een breed scala aan bepalingen dus waar de Legad mee te maken krijgt. Waar overigens iedere commandant en zelfs de enkele geweschutter mee te maken krijgen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat commandanten op alle niveau's zich graag laten bijstaan door een Legad.

Eén element uit de geweldsinstructie wil ik graag nader toelichten en dat betreft de Rules of Engagement, de ROE, hoewel ik mij ervan bewust ben dat daar elders in deze uitgave ook aandacht aan wordt besteed. ROE zijn geclassificeerd, ik zal ze dus niet uitgebreid behandelen. De gemiddelde lezer zal overigens wel een beeld hebben van wat ROE inhouden. Kort gezegd zijn ROE de vangrails waarbinnen een commandant moet opereren, ook al geeft het mandaat ruimere bevoegdheden. Zo spreekt Veiligheidsraadresolutie 1386 ⁷⁾ van *all necessary measures* om het mandaat⁸⁾ uit te voeren. Dat is erg ruim. De ROE geven daar nader invulling aan maar beperken de middelen ook. Als ik stel dat ROE de vangrails voor de commandant zijn, dan bedoel ik ook de commandant. Gelukkig ligt de tijd achter ons dat ROE werden gezien als het exclusieve terrein van een Legad waar een commandant zich niet mee hoefde te bemoeien. Een commandant, en zeker ook zijn S3 en functionarissen die zich bezighouden met doelanalyse en doelbepaling, dienen getraind te zijn in de toepassing van de ROE. Daarbij is de Legad beschikbaar om uitleg te geven over de interpretatie van de ROE. En daar maken commandanten ruim gebruik van omdat zij terdege beseffen hoe belangrijk het is om binnen het mandaat te blijven. Of, zoals COM SFOR het in 2001 in Sarajevo zei voor een gehoor van SFOR Legal Advisors: *your only job is to keep your commander out of jail*. Natuurlijk is dit een simplificatie maar het geeft wel aan hoe deze commandant naar zijn Legads keek.

Eén opmerking nog over de ROE in het algemeen. ROE beperken nooit het recht op zelfver-

⁶⁾ In een regeringsnotitie over juridische aspecten van vredesoperaties (Kamerstuk 30300 X,A van 25 november 2005) staat: "Wat betreft de beperkingen [uit het humanitair oorlogsrecht – aut.] bestaat reeds lange tijd het beleid binnen de NAVO en, ook buiten het kader van de NAVO binnen Nederland, om deze beperkingen ook wanneer het humanitair oorlogsrecht formeel juridisch niet van toepassing is, als veilige marge te hanteren bij het optreden van de Nederlandse krijgsmacht. Daarmee wordt voorkomen dat onduidelijkheid zou ontstaan over de bevoegdheden, afhankelijk van de soms mogelijk wisselende status van een vredesmacht in een conflictgebied." Daarnaast is in veel antwoorden op Kamervragen i.v.m. ISAF (m.n. over burgerslachtoffers) verwezen naar AP I.

⁷⁾ Resolution 1386 (2001), Adopted by the Security Council at its 4443rd meeting, on 20 December 2001

⁸⁾ De resolutie omschrijft het mandaat als "... to assist the Afghan Interim Authority in the maintenance of security in Kabul and its surrounding areas, so that the Afghan Interim Authority as well as the personnel of the United Nations can operate in a secure environment." In latere resoluties is het gebied waarvoor het mandaat geldt successievelijk uitgebreid tot geheel Afghanistan.

dediging. Dat betreft zowel de individuele zelfverdediging als de *extended self defence* waaronder we verstaan de zelfverdediging van troepen waar een militair deel van uitmaakt of waarmee hij samenwerkt.

Keren we nu terug naar de casus dan zien we dat de resolutie van de Veiligheidsraad weinig moeite heeft met het uitschakelen van de Talibancommandant. Maar is het ook voor het overige in overeenstemming met het internationale recht? Ik meen van wel. Kernbegrippen hierbij zijn *capability* en *willingness*. Een Medium Value Target is een militair doel dat op grond van een uitgebreid inlichtingenproces als een concrete bedreiging voor de uitvoering van het ISAF-mandaat is gekwalificeerd. En ook al was deze Talibancommandant op dat moment ongewapend dan nog weten we dat hij *capable* en *willing* was om ISAF of OEF-troepen aan te (laten) vallen.

Nu de resolutie van de Veiligheidsraad geen beperkingen oplegt voor het aangrijpen van de Taliban-commandant dient te worden gezien of de Rules of Engagement beperkingen opleggen. De eerste vraag die dan beantwoord moet worden is of alle ROE die door de NAR zijn vastgesteld zijn doorverstrekt aan de commandant die ze wil gebruiken. Daarbij is de vuistregel dat hoe robuuster de ROE zijn, hoe hoger het niveau dat daarover beslist. Hogere commandanten *retainen* bepaalde ROE om het geweldgebruik te reguleren. Wil een lagere commandant zo'n Rule toch toepassen dan moet hij daarvoor expliciet toestemming vragen. Welnu, commandant ISAF, die over de inzet van F16's beslist, is het hoogste tactische niveau en had alle ROE doorverstrekt gekregen van het operationele niveau, commandant Joint Forces Command in Brunssum. Dat wil overigens niet zeggen dat lagere commandanten, zoals de commandant van de Task Force Uruzgan over dezelfde set ROE beschikt aangezien commandant ISAF niet alle ROE doorverstrekt, in dit geval via de commandant van het *Regional Command South* in Kandahar.

Gezien de classificatie van de ROE kan ik hier niet vermelden onder welke *rule* het uitschakelen van de Talibancommandant zou vallen. Maar zelfs zonder de meest vergaande ROE toe te passen zou dat gerechtvaardigd zijn. Ik citeer hetgeen de toenmalige contingentscommandant, brigadegeneraal mr. J.P. Spijk, daarover heeft gezegd:⁹⁾ "In het ISAF-mandaat is het toegestaan om waar nodig met gepast geweld te reageren op tegenstanders die ons in onze taakuitvoering belemmeren. Ook is het toegestaan, maar na een aparte toestemmingsprocedure, met veel aandacht voor onder andere *collateral damage*, kopstukken uit te schakelen wanneer die niet gearresteerd kunnen worden. Een *Positive Identification* van dat individu is daarbij een eerste vereiste."¹⁰⁾

Op basis van deze analyse is er sprake van een legitiem doel. Maar mogen ter bestrijding daarvan Nederlandse F-16's worden ingezet? Zijn er nationale beperkingen die dat verhinderen? En ten gunste van welke troepen zetten we de F-16's in? Stel dat het troepen van Operation Enduring Freedom (OEF) betrof. Immers, OEF opereert niet op basis van veiligheidsraadresoluties maar op basis van het recht op collectieve zelfverdediging.¹¹⁾ Nederlandse troepen mogen aan OEF-eenheden alleen *in extremis* ondersteuning geven. Dat betekent dat alleen als OEF-eenheden daadwerkelijk in de problemen komen en zonder hulp van ISAF daar niet meer uit kunnen

⁹⁾ Zoals uitgesproken tijdens een gedachtenwisseling met een vertegenwoordiging van het Openbaar Ministerie; Tarin Kowt, najaar 2006

¹⁰⁾ Zoals uitgesproken tijdens een gedachtenwisseling met een vertegenwoordiging van het Openbaar Ministerie; Tarin Kowt, najaar 2006

¹¹⁾ Zie voor het onderscheid tussen ISAF en OEF ook de bijdrage van mr. J.P. Spijk, elders in dit nummer.

komen, ISAF te hulp mag schieten. *Pre-planned* ondersteuning OEF-operaties is niet toegestaan. Evenmin zullen ISAF-eenheden in actie komen als er voldoende andere OEF-assets ter beschikking zijn. Verder mag slechts ondersteuning gegeven worden als het om zelfverdediging van de OEF-eenheden gaat en mag de steun niet gebruikt worden voor mission accomplishment. En ten slotte zal de steun evenmin gegeven worden als er een grote kans is op onacceptabele nevenschade. Er zijn dus nogal wat voorwaarden aan in extremis support van ISAF aan OEF. Toch werkt het wel. Ik heb ervaren dat de operators in het CJOC zich zeer goed bewust zijn van het precaire karakter van OEF-support en dat zij om die reden altijd het fiat zullen vragen van de contingentscommandant van het land dat de benodigde inzetmiddelen kan leveren.

Terug naar de Talibancommandant. Het betrof hier een ISAF-operatie dus de in extremis discussie behoefde niet gevoerd te worden. Maar voordat Nederlandse F-16's *airborne* gaan, moeten er nog twee hobbels genomen worden. De eerste is dat we moeten nagaan of er national caveats zijn die de inzet verhinderen. Caveats worden binnen de NAVO als volgt omschreven: *In NATO operations, any limitation, restriction or constraint by a nation on its military forces or civilian elements under NATO command and control or otherwise available to NATO, that does not permit NATO commanders to deploy and employ these assets fully in line with the approved operation plan.*¹²⁾ Caveats, oftewel voorbehouden, betreffen bijvoorbeeld geografische beperkingen, de aard van optreden of de inzet van bepaalde munitie. Maar met deze beschrijving van caveats is nog niet duidelijk waarom caveats bestaan. De internationale (ISAF-)commandanten zijn geen voorstanders van caveats omdat ze de mogelijkheden om de eenheden van *Troop Contributing Nations* (TCN's) feitelijk in te zetten beperken. Begrijpelijk, vanuit de visie van de commandant op de grond. Er wordt vanuit de NAVO dan ook regelmatig druk op de TCN's uitgeoefend om de caveats op te heffen of qua werking te beperken. Maar de keerzijde is dat national caveats onontbeerlijk lijken om in een nationaal-politieke context tot besluitvorming te komen over de inzet van militairen in (vredes-)operaties. We hoeven maar naar de discussie over OEF-support in ons eigen land te kijken om te beseffen hoe gevoelig deelname aan een operatie kan liggen. Zouden landen niet de mogelijkheid hebben om die politieke gevoeligheden in national caveats te vertalen dan zou de consequentie heel goed kunnen zijn dat een land besluit om geen troepen ter beschikking te stellen. Of om in de NAR niet akkoord te gaan met de ROE. Je kunt je dan ook afvragen of het altijd verstandig is om te trachten de caveats te laten intrekken. Het gevaar is namelijk dat je *hidden caveats* krijgt. Een land trekt dan formeel zijn caveats in maar doet als het erop aankomt toch niet mee aan een bepaalde gevechtsactie. Zie hieronder in het gedeelte over de Red Card Holder. Ook Nederland heeft op verzoek van SACEUR zijn caveats nog eens kritisch bezien en een aantal ervan geschrapt.

Daarmee kom ik toe aan de Red Card Holder. Een land dat om wat voor reden dan ook niet wenst deel te nemen aan een bepaalde actie kan te allen tijde "een rode kaart trekken" om te voorkomen dat militaire middelen van dat land worden ingezet. De Directeur Operaties kan namens de Commandant der Strijdkrachten een rode kaart trekken. Doorgaans delegeert hij die bevoegdheid aan de contingentscommandant, wat ook voor Afghanistan is gebeurd. Die kan die bevoegdheid overigens tijdelijk mandateren, hetgeen bijvoorbeeld

¹²⁾ Zie Allied Publication AAP-6(2008), Original NATO glossary of terms and definitions.

nodig is als een dislocatie of ontoereikende verbindingen daartoe noodzaken. Zo zetelt de contingentscommandant tegenwoordig in Kandahar terwijl de inzet van F-16's plaatsvindt vanuit het CJOC in Kabul. Als er tussen de contingentscommandant en het CJOC geen goede beveiligde verbindingen bestaan dan kan het noodzakelijk zijn om in het CJOC een gemandateerde Red Card Holder te hebben.

De Red Card Holder zal gebruik maken van zijn bevoegdheid als hij van mening is dat een voorgenomen gevechtsactie niet binnen het Nederlandse beleid valt. Dat kan zijn omdat er voor dat soort gevechtsactie een caveat is maar doorgaans is de internationale commandant heel goed op de hoogte van de caveats die door de verschillende landen worden gehanteerd. Hij zal daar in planning van een actie al rekening mee houden, om te voorkomen dat hij te elfder ure met een rode kaart wordt geconfronteerd. Waarschijnlijker is dat een rode kaart wordt getrokken indien de afweging moet worden gemaakt of *in extremis support* mag worden geleverd, zoals hierboven beschreven.

Recapitulerend. Mag de Taliban-commandant worden uitgeschakeld? Zo'n actie valt binnen het mandaat en het humanitair oorlogsrecht, er zijn ROE die de actie toestaan, het betreft een ISAF-operatie zodat we niet naar de in extremis bepalingen voor OEF-support hoeven te kijken, er zijn geen national caveats die aan de actie in de weg staan en de Red Card Holder ziet ook geen bezwaren. De actie kan dus doorgaan.

Stel nu dat er als gevolg van de actie Taliban-strijders gevangen worden genomen en dat er tevens bijkomende schade ontstaat, en wel aan de bezittingen van Afghaanse burgers die met de actie niets te maken hebben. Allereerst de gevangenen of detainees, de term die daar meestal voor wordt gebruikt om elke associatie met de term krijgsgevangene te voorkomen. De reden daarvoor is dat alleen in een internationaal gewapend conflict sprake is van krijgsgevangenen als bedoeld in de derde Conventie van Geneve. Detentie is een heet hangijzer, niet alleen in de publiciteit maar ook binnen de NAVO. Nederland heeft een MOU met de Afghaanse regering afgesloten over de behandeling van detainees. Daarin wordt niet alleen geregeld dat detainees altijd waardig worden behandeld maar ook dat detainees die door Nederland aan de Afghaanse autoriteiten worden overgedragen niet de doodstraf opgelegd kunnen krijgen. Uitgangspunt bij alle ISAF-acties, en dus ook bij de behandeling of overdracht van gevangenen, is dat ISAF er is ter ondersteuning van de Afghaanse regering. Niet voor niets is ISAF een *assistance force*. Dat betekent dat ook voor detentie de Afghaanse regering eerstverantwoordelijk is. In de praktijk houdt dat in dat Nederland alleen mensen gevangen neemt als de Afghanen dat zelf niet kunnen. En bovendien dat Nederlandse troepen gevangenen altijd zo spoedig mogelijk over zullen dragen aan de Afghaanse autoriteiten. Maar dat neemt onze verantwoordelijkheid niet weg. Als Nederlandse militairen iemand gevangen nemen, dan is de Nederlandse staat verantwoordelijk voor de behandeling van de detainee totdat overdracht aan de Afghanen heeft plaatsgevonden. Maar ook daarna wil Nederland door een *tracking and tracing* systeem pogen te garanderen dat overgedragen detainees worden behandeld zoals overeengekomen in de MOU.

Detainees zijn zoals gezegd geen krijgsgevangenen in de zin van de Derde Conventie van Geneve. Echter, Nederland behandelt detainees wel minimaal volgens de bepalingen uit die conventie. Deze zelf opgelegde verplichtingen hebben er toe bijgedragen dat Nederland een prominente positie inneemt als het gaat om de procedures die voor detainees gelden. Ik durf te beweren dat incidenten met detainees die zich in de macht van Nederlandse troepen bevinden

nagenoeg zijn uitgesloten door de zorgvuldige procedures die worden gevolgd. Het Nederlandse detentiebeleid in Afghanistan geldt, ook internationaal, als zeer afgewogen.

Tot slot nog een enkele opmerking over claims. Dat er tijdens operaties schade ontstaat, is niet te voorkomen, hoewel Nederlandse troepen uiterst voorzichtig zijn als het gaat om het voorkomen van *collateral damage*. Het is dus ook logisch dat er claims worden ingediend om schade vergoed te krijgen. De verplichtingen om schade te vergoeden zijn opgenomen in de Military Technical Agreement. In de kern komt het erop neer dat materiele schade die ontstaat *in pursuit of the mission* niet gecompenseerd hoeft te worden en dat voor immateriele schade een claim ingediend kan worden. Over de aansprakelijkheid spreekt de MTA zich dus niet uit. Een land zal op grond van deze bepalingen niet snel verplicht zijn om schadevergoeding te betalen. Wel kunnen er andere redenen dan aansprakelijkheid zijn om schade te vergoeden. Met name in het kader van *winning hearts and minds* kan dat het geval zijn. We spreken dan van *ex gratia* vergoedingen aangezien er geen juridische verplichting tot schadevergoeding bestaat.

De lezer vraagt zich inmiddels af hoe het met de Talibancommandant is afgelopen. Die heeft geluk gehad, zonder dat hij dat zelf ooit beseft heeft. De missie van de Predator werd afgebroken omdat er elders een gevecht gaande was waar de Predator harder nodig was. Maar de casus laat denk ik goed zien met welke dilemma's een Legad te maken krijgt. En dat brengt mij bij mijn laatste punt: Wat behoort de rol van een Legad te zijn?

Mijns inziens is de rol van de Legad die van een kritische maar oplossingsgerichte en pragmatische adviseur. Een commandant, maar ook de Defensieorganisatie in bredere zin, heeft niets aan juristen die alleen maar problemen opwerpen. De Legad moet tijdig waarschuwen voor onverantwoorde plannen maar dan tevens bruikbare en juridisch verantwoorde alternatieven of oplossingsrichtingen aandragen. Dat geldt voor elke jurist in elke situatie, of het nu om straf- en tuchtrecht gaat of om personeelsbeheer. Maar dat geldt zeker, zoals in de casus hiervoor, onder operationele omstandigheden waar onder grote druk adequate, verantwoorde en tijdige adviezen worden verwacht. Onbruikbare adviseurs worden omzeild. Legads kunnen een positief verschil maken.
