



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### De luchtaanval in Kunduz: targeting en oorlogsrecht

Baron, W.; Ducheine, P.A.L.

**Publication date**

2010

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Militaire Spectator

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Baron, W., & Ducheine, P. A. L. (2010). De luchtaanval in Kunduz: targeting en oorlogsrecht. *Militaire Spectator*, 179(10), 493-506.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# De luchtaanval in Kunduz

## Targeting en oorlogsrecht

Op 4 september 2009 voerde ISAF in Kunduz een luchtaanval uit op twee door de Taliban gekeerde tankwagens. Via deze casus worden oorlogsrechtelijke kwesties van *targeting* aangesneden. Het enkele feit dat *achteraf* blijkt dat bij een aanval (veel) burgerslachtoffers zijn gevallen, betekent op zich geen schending van het oorlogsrecht. De feiten en omstandigheden *ten tijde* van de aanval zijn bepalend. Alleen militaire doelen mogen worden aangevallen. Een commandant moet zich vergewissen van het militaire karakter van zijn aanvalsdoel. Bij zo'n aanval kan zelfs nevenschade aan burgers of burgerobjecten worden voorzien. Deze nevenschade is niet per definitie verboden. Zoals bij Kunduz, is ze soms niet te voorzien. Als ze wel voorzien is, moet ze beperkt worden. Als de nevenschade excessief is ten opzichte van het verwachte militaire voordeel, is ze verboden. De 'ruimte' die het oorlogsrecht biedt, kan verder (stevig) worden ingeperkt via *Rules of Engagement (ROE)*. Vooral in *counterinsurgencies* zoals ISAF is dit aan de orde.

Mr. W. Baron – luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst

Dr. P.A.L. Ducheine – kolonel van de Militair Juridische Dienst\*

*We can't win without fighting but we also cannot kill or capture our way to victory. Moreover, if we kill civilians or damage their property in the course of our operations, we will create more enemies than our operations eliminate. That's exactly what the Taliban want. Don't fall into their trap. We must continue our efforts to reduce civilian casualties to an absolute minimum.*

General David H. Petraeus PhD<sup>1</sup>

Duitsland neemt sinds 2001 deel aan ISAF.<sup>2</sup> Het Duitse ISAF-contingent kwam vorig jaar prominent in het nieuws nadat de Duitse commandant van het in Kunduz gestationeerde *Provincial Reconstruction Team (PRT)* op 4 september een luchtaanval liet uitvoeren op twee door opstandelingen<sup>3</sup> gekeerde tankwagens met brandstof. Bij deze aanval, uitgevoerd door Amerikaanse vliegers, bleek aanzienlijke *collateral damage* of nevenschade te zijn ontstaan. Enkele tientallen burgers kwamen om het leven. Het incident had ook in Duitsland enkele opmerkelijke gevolgen.

Allereerst leidde de informatievoorziening in november 2009 tot het aftreden van toenmalig minister van Defensie dr. Franz Josef Jung, de ambtelijke staatssecretaris voor Defensie dr. Peter Wichert en de *Generalinspekteur der Bundeswehr* generaal Wolfgang Schneiderhahn. Ten tweede werd op 16 december 2009 een parlementaire onderzoekscommissie geïnstal-

\* Lkol Baron is beleidsmedewerker op het *Bundesverteidigungsministerium* in Berlijn. Kol Ducheine is universitair hoofddocent aan de Faculteit Militaire Wetenschappen van de NLDA. De auteurs danken Joop Voetelink, Jeroen van den Boogaard, Terry Gill, Henry Snellen, Rogier Bartels en Eric Pouw voor hun suggesties.

1 *COMISAF's Counterinsurgency Guidance*, 1 augustus 2010 ([www.nato.int/isaf](http://www.nato.int/isaf)).

2 Zie hierover: W. Baron, 'De Duitse bijdrage aan ISAF', in: *Militaire Spectator* 178 (2009) (2) 68-79.

3 Gemakshalve hanteren we hierna de term Taliban, hoewel de gewapende opstand ook andere groepen herbergt.

leerd die onderzoek doet naar de rechtmatigheid van de luchtaanval en naar de vraag of de Bondsdag tijdig en juist is geïnformeerd. Daarbij speelt ook de vraag of er op 4 september 2009 in Kunduz sprake was van een gewapend conflict in de zin van het humanitair oorlogsrecht. De conclusies van deze parlementaire onderzoekscommissie worden op zijn vroegst eind 2010 verwacht. Ten derde boog het hoogste Duitse vervolgingsorgaan, de *Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof* (hierna: de Generalbundesanwalt) zich over de vraag of hij vervolging tegen de Duitse PRT-commandant moest instellen. Op 19 april 2010 concludeerde de Generalbundesanwalt in een *Ermittlungsverfahren* dat de Duitse PRT-commandant kolonel Georg Klein en *Fliegerleitfeldwebel* sergeant-majoor/opperwachtmeester Markus Wilhelm in Duitsland niet vervolgd zouden worden wegens vermeende overtredingen van de Duitse strafwet.<sup>4</sup> Daarnaast maakte het ministerie van Defensie op 19 augustus 2010 bekend geen aanleiding te zien voor maatregelen tegen de PRT-commandant. De Duitse overheid heeft inmiddels aan 86 Afghaanse slachtoffers en nabestaanden een bedrag van vijfduizend dollar per familie voor het geleden leed uitgekeerd. Dit betreft een onverplichte of *ex-gratia* betaling. De Duitse regering beschouwt het incident, aldus een verklaring van een regeringswoordvoerder van 3 september 2010, daarmee zo goed als afgedaan.<sup>5</sup>

In dit artikel analyseren we de inhoud van het Ermittlungsverfahren van de Generalbundesanwalt inzake 'Kunduz' vanuit oorlogsrechtelijke

lijkt perspectief. Ons doel is via deze casus generieke oorlogsrechtelijke vraagstukken van doelbestrijding (targeting) toe te lichten. Deze kwesties zullen ook in andere missies relevant zijn voor commandanten en hun staff (officieren), vliegers en *forward air controllers*. Waar de Nederlandse beoordeling af zou wijken van de Duitse, melden we dat specifiek. Aangezien we slechts over een beperkt aantal gegevens van de luchtaanval beschikken, past ons terughoudendheid in relatie tot specifieke beslissingen in deze casus. Omdat we niet over de geclassificeerde Rules of Engagement beschikken en de Generalbundesanwalt daar ook niet inhoudelijk naar verwijst, zullen we niet inhoudelijk op eventuele van toepassing zijnde ROE en hun werkingssfeer ingaan. De politieke gevolgen van de luchtaanval laten we eveneens buiten beschouwing.

Over de luchtaanval bestaan meerdere (niet-openbare) rapporten.<sup>6</sup> Het mag duidelijk zijn dat dit artikel uitsluitend op open bronnen gebaseerd is. De belangrijkste daarvan is het Ermittlungsverfahren. Al met al is het aantal beschikbare (en betrouwbare) open bronnen voor ons beperkt. Waar nodig zullen we naar analyses uit de Duitse pers of wetenschap verwijzen. We zullen hierna eerst de feiten van de luchtaanval beknopt reconstrueren.<sup>7</sup> Vervolgens nemen we het Ermittlungsverfahren van de Generalbundesanwalt gedetailleerd onder de loep. Daarbij bezien we achtereenvolgens de status van het conflict, de status van de strijdende partijen, het doelwit van de aanval, verboden aanvallen onder het internationale strafrecht, civiele strafbaarstelling en het effect van NAVO-richtlijnen (i.c. ROE). Na enkele opmerkingen over de slotconclusies van de aanklager ronden we af met generieke conclusies.

## De luchtaanval

Wat in ieder geval vaststaat is dat in de nacht van 3 op 4 september 2009 op aanvraag van de commandant van het Duitse PRT in Kunduz (hierna: de commandant) een luchtaanval is uitgevoerd op twee door de Taliban gekaapte tankwagens met brandstof. De tankwagens zaten

4 Der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof, 19.4.2010-8/2010, *Ermittlungsverfahren wegen des Luftangriffs vom 4. September 2009 eingestellt*. Zie: [www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?newsid=360](http://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?newsid=360). Hierna kortweg: *Ermittlungsverfahren* of EMV.

5 *Welt Online*, 6 september 2010.

6 Er zou een rapport van de Duitse *Feldjäger* zijn, van een NAVO-commissie en van het ICRC. Zie *Spiegel Online*, onder het thema *Kunduz-Affäre*. Het *Feldjäger*-rapport is online op: <http://file.wikileaks.org/file/de-isaf-cas-kunduz-sep09.pdf>.

7 Voor uitgebreidere reconstructies, zie: Matthias Gebauer, 'Luftangriff auf Tanklaster. Protokoll der Alptrumnacht von Kunduz' in: *Spiegel Online* (26-11-2009); David Diehl, 'Tanklasterbeschuss auf Befehl eines deutschen ISAF-Kommandeurs mit fatalen Folgen. Einschätzung der Rechtslage aus völker- und verfassungsrechtlicher Perspektive', in: *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften (HuV-I) / Journal of International Law of Peace and Armed Conflict (JILPAC)* Vol. 23, No. 1 (2010) 4-20; 'Die Schweigespirale' in: *Der Spiegel*, No. 49 (30-11-2009) 23, 25; 'Die einsame Entscheidung des Oberst Klein' in: *Zeit Online* (14-12-2009), zie: [www.zeit.de/politik/ausland/2009-12/kunduz-afaere-bericht](http://www.zeit.de/politik/ausland/2009-12/kunduz-afaere-bericht).

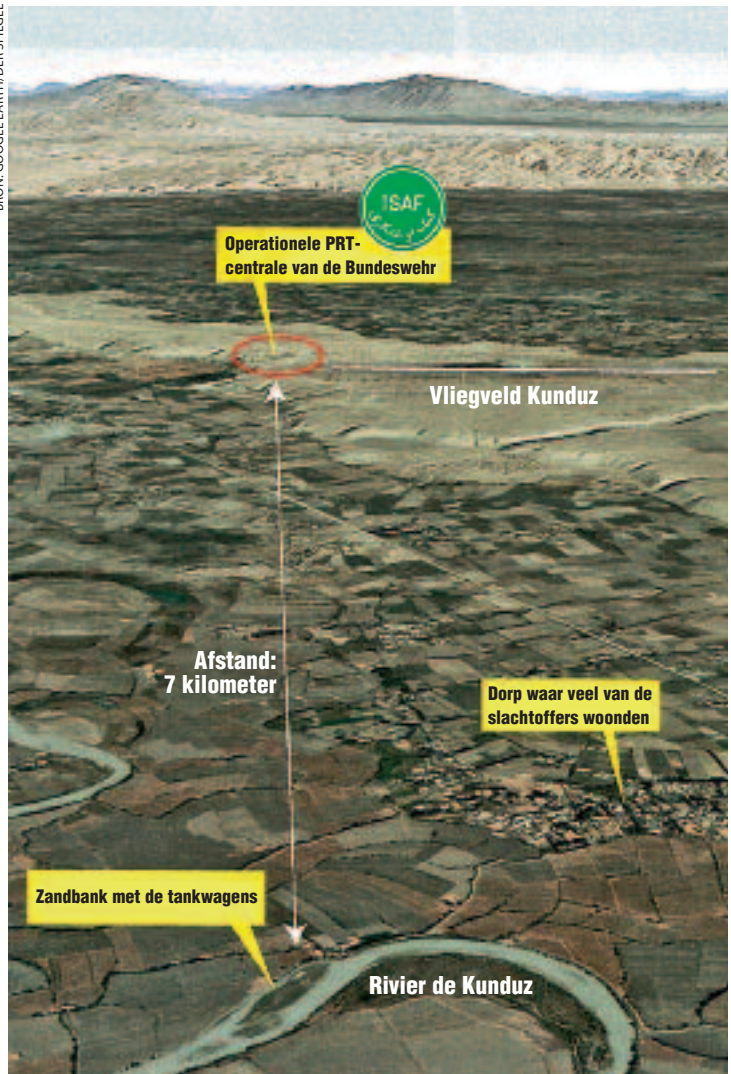
vast in een rivierbedding van de Kunduz, op ongeveer zeven kilometer van het Duitse kamp. De aanval zelf werd door twee Amerikaanse F15-vliegtuigen uitgevoerd. Een aantal omstandigheden valt niet uit het Ermittlungsverfahren af te leiden. Uit Duitse publicaties blijken de volgende zaken. De commandant zou ten eerste blijkbaar een voorstel van de vliegtuigen om als *show of force*, dan wel ter verificatie van de situatie op de grond eerst nog laag over te vliegen, niet hebben overgenomen.<sup>8</sup> Ten tweede kon de commandant bij zijn beslissing om aan te (laten) vallen kennelijk gebruik maken van een lokale informant. Blijkbaar bevond deze informant zich niet op de locatie van de gestrande tankauto's.<sup>9</sup> Ten derde had de commandant de beschikking over luchtwaarnemingsmiddelen boven de locatie.<sup>10</sup> Volgens enkele bronnen zouden er ook nog *Special Forces* van het *Kommando Spezialkräfte* ter plekke zijn geweest.<sup>11</sup>

De tijd- en ruimtifactoren laten zich waarschijnlijk als volgt reconstrueren:<sup>12</sup>

- 20.00 uur 3 september: Afghaanse informant meldt ontvreemding van tankauto's;
- 21.14 uur: luchtwaarneming via B1-bommenwerper;
- 22.00 uur: Afghaanse informant meldt vastgelopen tankauto's op zandbank, hemelsbreed zeven kilometer van het Duitse kamp (zie foto);
- 00.00 uur 4 september: B-1 lokaliseert tankauto's en zendt videobeelden naar commandopost PRT (via Rover);
- 01.08 uur: twee F-15E jachtbommenwerpers boven doel, videobeelden via Rover naar PRT, contact met *Joint Tactical Air Controller* (JTAC) 'Red Baron 20', vliegtuigen nemen ongeveer vijftig opstandelingen bij tankauto's waar;
- 01.49 uur: twee vijfhonderd pond bommen (GBU-38) onder leiding van JTAC afgeworpen.

Wat vooralsnog onduidelijk blijft en waar het Ermittlungsverfahren ook geen klaarheid biedt, is de reden waarom de commandant de lucht-aanval liet uitvoeren. Hij zou zowel een defensieve als een offensieve insteek gehad kunnen hebben.<sup>13</sup> Defensief indien hij het oogmerk had

BRON: GOOGLE EARTH/DER SPIEGEL



Overzicht van de situatie rond het Duitse PRT-kamp in Kunduz

zijn eigen operatie en eenheden te beschermen tegen het gebruik van de gekaapte tankauto's door de Taliban bij een aanslag tegen ISAF.

8 'Schwere Vorwürfe gegen Oberst Klein' in: *Sueddeutsche.de* (19-9-2009) [www.sueddeutsche.de/politik/842/488241/text](http://www.sueddeutsche.de/politik/842/488241/text); en 'Luftangriff auf Tankklaster' [...], in: *Spiegel Online* (26-11-2009).

9 Luftangriff auf Tankklaster [...], *Spiegel Online*.

10 Constantin von der Groeben, 'Criminal Responsibility of German Soldiers in Afghanistan: The Case of Colonel Klein', in: *German/European Law Conversation Series*, Vol. 11 (05) (2010) 469-492, 474-475; 'Die Schweigespirale' in: *Der Spiegel*, 23, 25.

11 Aldus: 'Geheime Kommandosache Kundus' in: *Zeit Online*, 29-1-2010. Zie: [www.zeit.de/politik/ausland/2010-01/afghanistan-kundus-ksk?page=all](http://www.zeit.de/politik/ausland/2010-01/afghanistan-kundus-ksk?page=all).

12 Luftangriff auf Tankklaster [...], *Spiegel Online*; Feldjäger-rapport, 2.

13 Zie hierover: Von der Groeben, 'Criminal Responsibility of German Soldiers in Afghanistan', 479.



Offensief in de zin dat hij mogelijk het oogmerk had om de Taliban het gebruik van de brandstof te ontzeggen, dan wel de strijders een slag toe te brengen. Een combinatie van beide oogmerken is uiteraard ook mogelijk. Wat uit het Ermittlungsverfahren kan worden afgeleid, is dat de commandant kennelijk niet wist dat zich burgers (lees: niet-strijders) ter plekke bevonden. Bij de luchtaanval vielen

## Als bij een militaire actie burgerslachtoffers vallen is die aanval niet per definitie disproportioneel

tussen de 50 en 140 doden.<sup>14</sup> Een deel van de slachtoffers waren Taliban-strijders, een ander deel burgers.<sup>15</sup> Dit kon zo komen doordat zich – zo blijkt achteraf – op het moment van de luchtaanval (alsnog) een aantal burgers rondom de tankwagens had verzameld, die (hoogstwaarschijnlijk) benzine wilden aftappen. Het is het grote aantal burgerslachtoffers dat de aandacht trok.

## Het oordeel van de Generalbundesanwalt

De kwestie van de toelaatbaarheid van burgerslachtoffers was een van de centrale punten in het onderzoek dat de Generalbundesanwalt instelde. Als hoogste vervolgingsorgaan onderzocht de Generalbundesanwalt of de commandant en de Fliegerleitfeldwebel in Duitsland vervolgd zouden kunnen worden wegens vermeende overtredingen van het *Völkerstrafgesetzbuch* en het *Strafgesetzbuch*. Het *Völkerstrafgesetzbuch* is van toepassing op strafbare feiten in de zin van het internationale recht, waaronder schendingen van het humanitaire oorlogsrecht ('oorlogsmisdrijven').<sup>16</sup> De hier relevante bepalingen uit het *Völkerstrafgesetzbuch* zijn voor Nederlandse militairen terug te vinden in de Wet internationale misdrijven.<sup>17</sup> Het *Strafgesetzbuch* is het Duitse equivalent van het Nederlandse Wetboek van strafrecht. Zoals gezegd kwam de Generalbundesanwalt tot het oordeel beide militairen niet te vervolgen. De Duitse aanklager staat daarbij – net als in Nederland – onafhankelijk ten opzichte van de regering of de Bundeswehr. Om tot zijn oordeel te kunnen komen moest de Generalbundesanwalt onder meer de volgende thema's en vragen behandelen:<sup>18</sup>

- Is er in Afghanistan sprake van een gewapend conflict?
- Welke status hebben de Duitse eenheden in Kunduz?
- Wat is er gebeurd in de tijd tussen het ontvreemden van de tankauto's op 3 september en het afwerpen van de bommen op 4 september 2009?
- Hoe moeten deze gebeurtenissen geduid worden in de zin van het *Völkerstrafgesetzbuch*?
- Wat is de relatie tussen het *Völkerstrafgesetzbuch* en het civiele ('commune') Duitse strafrecht (*Strafgesetzbuch*)?

Het oordeel van de aanklager dat er geen strafbare feiten waren is gebaseerd op analyses en antwoorden op bovenstaande vragen en thema's. We zullen een aantal – voor Nederlandse commandanten relevante – bevindingen onder

14 Volgens een NAVO-bericht zijn bij de aanval tussen de 17 en 142 doden en gewonden gevallen. Een Afghaanse onderzoekscommissie heeft vastgesteld dat bij de aanval dertig burgers om het leven zijn gekomen. Bron: [www.sueddeutsche.de/politik/nato-bericht-zu-tanklaster-vorfall-bundeswehr-sieht-sich-entlastet-1.150378](http://www.sueddeutsche.de/politik/nato-bericht-zu-tanklaster-vorfall-bundeswehr-sieht-sich-entlastet-1.150378) (29-10-2009).

15 Ermittlungsverfahren: 'Als sicher anzusehen ist, dass zwei namentlich bekannte Talibanführer getötet wurden und dass Aufständische wie auch Zivilisten unter den Opfern waren. Das einzig objektive Beweismittel sind die vorhandenen Videoaufzeichnungen der Kampfflugzeuge, auf denen 30 bis 50 Personen zum Zeitpunkt des Luftangriffs auf der Sandbank zu erkennen sind. In diese Größenordnung weist auch ein Abgleich der Namen auf den in verschiedenen Untersuchungsberichten enthaltenen Opferlisten. Etwa 50 Namen finden sich durchgängig in jeder dieser Aufstellungen, Unsicherheiten bleiben wegen unterschiedlicher Schreibweisen'. Voor een groter aantal: 'Was über die Kundus-Affäre bisher bekannt ist', in: *Zeit Online*, 11-12-2009. Zie: [www.zeit.de/politik/ausland/2009-12/kundus-fragen-offen](http://www.zeit.de/politik/ausland/2009-12/kundus-fragen-offen).

16 *Völkerstrafgesetzbuch* van 26 juni 2002 (BGBl. I S. 2254) Teil 1, Paragraf 1, 'Anwendungsbereich: Dieses Gesetz gilt für alle in ihm bezeichneten Straftaten gegen das Völkerrecht, für die in ihm bezeichneten Verbrechen auch dann, wenn die Tat im Ausland begangen wurde und keinen Bezug zum Inland aufweist'. Het *Völkerstrafgesetzbuch* is op 30 juni 2002 in werking getreden.

17 Zie hierover: E. Dinjens, R. Kok en D.-J. Laman, 'De berechting van oorlogsmisdrijven anno 2008', in: *Militaire Spectator* 177 (3) (2008) 170-179.

18 Daarnaast speelden nog de vragen: hoe moet de veiligheidssituatie in Afghanistan na de val van het Taliban-regime (eind 2001) worden getypeerd, hoe heeft zij zich ontwikkeld tot 4 september 2009 (in Kunduz) en wat is de bevoegdheid en de rol van het *Generalbundesanwaltschaft*?

de loep nemen. We behandelen de status van het conflict, de status van de strijdende partijen, het doelwit van de aanval, gerichte aanvallen tegen burgers en disproportionele aanvallen onder het internationale strafrecht, civiele strafbaarstelling en Rules of Engagement. Ten slotte bezien we de conclusies van de Generalbundesanwalt.

### Een niet-internationaal gewapend conflict

Het eerste aspect betreft de status van het conflict. Het oorlogsrecht onderkent slechts twee typen gewapende conflicten. Allereerst internationale gewapende conflicten (IGC), doorgaans tussen staten. Alle andere gewapende conflicten, mits ze een bepaalde drempel (zie hierna) overschrijden, zijn niet-internationaal gewapende conflicten (NIGC). Deze laatste hebben met elkaar gemeen dat er geen *twee* statelijke partijen strijden: minstens één van de partijen is niet-statelijk. Beide typen kennen een oorlogsrechtelijk regime. Voor internationaal gewapende conflicten zijn dat (met name) de vier Geneefse Conventies en het Eerste Aanvullende Protocol (AP I). Voor de niet-internationaal gewapende conflicten is dat voornamelijk het Gemeenschappelijke Artikel 3 van de Geneefse Conventies (GA 3). In beide gevallen – IGC en NIGC – zijn ook de gewoonterechtelijke regels van dat type conflict van toepassing. De eerste conclusie van de Generalbundesanwalt bevestigt het bestaan van een gewapend conflict in Afghanistan in de zin van het humanitair oorlogsrecht. Meer in het bijzonder gaat het om een niet-internationaal gewapend conflict tussen Taliban-strijders enerzijds en de Afghaanse regering ondersteund door ISAF anderzijds:

*1. Bei den Auseinandersetzungen zwischen den aufständischen Taliban und der afghanischen Regierung sowie der ISAF in Afghanistan handelt es sich um einen nicht-internationalen bewaffneten Konflikt im Sinne des Völkerstrafrechts. [...]*

De Generalbundesanwalt laat in het midden hoe hij tot dit oordeel komt.<sup>19</sup> Kennelijk acht

hij de drempelwaarde voor dit type conflict overschreden. Bij gebrek aan twee statelijke opponenten is pas sprake van een NIGC indien er (1) feitelijke vijandelijkheden zijn van een zekere intensiteit, bestaande uit aan elkaar gerelateerde gewapende ‘incidenten’, die (2) uitgevoerd worden door tegenover elkaar staande georganiseerde gewapende groepen die over het vermogen beschikken om over een langere periode militaire operaties te ondernemen.<sup>20</sup> De conclusie van de Generalbundesanwalt impliceert dat aan beide criteria – intensiteit van gewapend geweld en georganiseerde gewapende groepen – is voldaan. Dit betekent dat het oorlogsrecht van toepassing is voor de strij-

FOTO REUTERS



*Volgens de aanklager kon de Duitse commandant niet voorzien dat er bij de luchtaanval burgerslachtoffers zouden vallen*

dende partijen: zowel voor het Afghaanse leger en ISAF als voor de opstandelingen. De Generalbundesanwalt laat in het midden of dit NIGC ook als ‘burgeroorlog’ in de zin van de strenge eisen van het Tweede Aanvullend Protocol II bij de Geneefse Conventies (AP II) kan worden aangemerkt. Hoe dit ook zij, de aanduiding als

<sup>19</sup> Zie ook de regeringsverklaring van de Duitse minister van Buitenlandse Zaken van 10 februari 2010 over de voortzetting van de Duitse ISAF-deelname.

<sup>20</sup> P.A.L. Ducheine, *Krijgsmacht, Geweldgebruik & Terreurbestrijding*, dissertatie Universiteit van Amsterdam (Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008) 474.

NIGC is van belang voor de vraag welk oorlogsrechtelijk deelregime van toepassing is.<sup>21</sup> Anders gezegd: doordat er sprake is van een NIGC weten we dat de vijandelijkheden bestreken worden door Gemeenschappelijk Artikel 3 bij de Geneefse Conventies, het internationale gewoonterecht ter zake van NIGC's en (eventueel) Aanvullend Protocol II bij de Geneefse Conventies (zie hierna). Bovendien zijn er uiteraard Rules of Engagement van toepassing.

## De status van de strijdende partijen

De aanklager stelt vervolgens vast dat de Duitse militairen de status van geprivilegieerde belligerent hebben:

1. [...] Die Soldaten der Bundeswehr sind im Rahmen des ISAF-Einsatzes reguläre Kombattanten, eine Strafbarkeit scheidet daher aus, soweit völkerrechtlich zulässige Kampfhandlungen vorliegen.

Als gevolg van deze status beschikken de (Duitse) ISAF-militairen over het privilege om vijandelijkheden uit te voeren en geweld te gebruiken.<sup>22</sup> Voor handelingen binnen de grenzen van het toepasselijke oorlogsrecht kunnen ze daarbij niet vervolgd worden.

Opmerkelijk is dat de Generalbundesanwalt hier de term 'Kombattanten' gebruikt. Deze term hoort bij het oorlogsrecht voor internationaal gewapende conflicten (IGC). Oorlogsrechtelijk is het echter onzuiver omdat de Generalbundesanwalt vaststelde dat er sprake is van

een NIGC, terwijl dit conflict de term 'Kombattant' niet kent.<sup>23</sup> De status van de geprivilegieerde belligerent is overigens wel vergelijkbaar met een combattant in een IGC: hij mag gevechtshandelingen verrichten en geniet daarbij onder voorwaarden immuniteit. Waar de (Duitse) ISAF-militairen als geprivilegieerd gelden, kunnen de Taliban-strijders als ongeprivilegieerd worden getypeerd. Zij zijn ongeprivilegieerd belligerent omdat ze zich – zonder dat ze deel uitmaken van reguliere strijdkrachten – met geweld tegen de overheid keren.<sup>24</sup> Als gevolg van een belligerente status mogen zowel Taliban-strijders als regeringsleger en ISAF-troepen (door de opponent) worden aangevallen. Dit aspect zullen we nader toelichten.

## Een legitiem militair doel

Hoewel de Generalbundesanwalt er niets over schrijft, moet worden aangenomen dat de Taliban-strijders 'rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden'.<sup>25</sup> Dit heeft tot gevolg dat zij hun beschermde status als burger verliezen voor de duur van die 'rechtstreekse deelname aan de vijandelijkheden'. Hierdoor mogen zij gedurende deze 'rechtstreekse deelname aan de vijandelijkheden' worden aangevallen en vormen zij een legitiem militair doel.<sup>26</sup> Op de doorgezonden videobeelden van 01.08 uur waren vijftig personen zichtbaar, die kennelijk door de commandant als 'opstandeling' zijn gekwalificeerd.

Indien de luchtaanval niet tegen de Taliban-strijders, maar tegen de tankauto's was gericht, moeten we de gewoonterechtelijke regel betreffende militaire doelen bezien:

*Ten aanzien van goederen beperken militaire doelen zich tot die goederen die door hun aard, locatie, doel of gebruik daadwerkelijk bijdragen tot de militaire actie en waarvan de gedeeltelijke of totale vernietiging, verovering of onbruikbaarmaking onder de omstandigheden van dat moment een duidelijk militair voordeel oplevert.*<sup>27</sup>

Naar hun aard kunnen de tankauto's en de brandstof een bijdrage leveren aan de militaire

21 Zie: P.A.L. Ducheine en E.H. Pouw, *ISAF Operaties in Afghanistan: oorlogsrecht, doelbestrijding in counterinsurgency, ROE, mensenrechten & ius ad bellum* (Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2010).

22 Daar staat de niet-geprivilegieerde belligerent (of *unlawful combatant*) tegenover. Deze voldoet niet aan de vereiste criteria en vecht ongeprivilegieerd.

23 Zo kent het een NIGC evenmin krijgsgevangenen.

24 Tijdens *Enduring Freedom* werd ook wel de term 'unlawful combatant' of 'unprivileged combatant' gebruikt.

25 Zie het concept 'Direct Participation in Hostilities'. Voor de studie hierover: ICRC – N. Melzer, *The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities* (2009).

26 Ducheine & Pouw, *ISAF Operaties in Afghanistan*, 99-100.

27 Regel 8 van ICRC, *Internationaal humanitair gewoonterecht* (Mechelen, Phillippe Vanderkerckhove, 2009) 18. On-line op: [www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/customary-law-translations\\_res/\\$File/IHRGewoonterecht.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/customary-law-translations_res/$File/IHRGewoonterecht.pdf). Het verdragsrecht voor NIGC's bevat zo'n definitie niet.



Een onderzoekscommissie van de Bondsdag wil onder meer antwoord op de vraag of het parlement tijdig en juist is geïnformeerd over de luchtaanval

operaties van de opstandelingen. De vernietiging levert bovendien een duidelijk militair voordeel op voor ISAF, omdat de opstandelingen daarvoor deze brandstof en/of trucks kwijtraken. Al met al blijkt dat zowel strijders als de brandstof(trucks) een legitiem militair doel in de zin van het oorlogsrecht vormden. Binnen de overige grenzen van het oorlogsrecht mogen deze dus worden aangevallen. Een aantal van die ‘overige’ regels betreft verboden methoden/wijzen van oorlogvoering. De Generalbundesanwalt toetste de luchtaanval aan twee verboden ‘methoden’ of wijzen van oorlogvoering in de zin van het Völkerstrafgesetzbuch: een gerichte aanval tegen burgers en een disproportionele aanval.

### Een gerichte aanval op burgers?

Een eerste verboden methode betreft gerichte aanvallen tegen burgers.<sup>28</sup> Dit is een gewoonterechtelijke regel die bovendien deel uitmaakt van het Gemeenschappelijke Artikel 3 bij de Geneefse Conventies.<sup>29</sup> Onder het oorlogsrecht voor NIGC genieten burgers bescherming mits zij niet ‘rechtstreeks aan de vijandelikheden deelnemen’. Anders geformuleerd: aanvallen mogen alleen tegen strijders (belligerenten) gericht zijn. De Generalbundesanwalt stelt vast dat de commandant in deze specifieke situatie op basis van de beschikbare informatie geen

aanwijzingen had voor de aanwezigheid van burgers. Integendeel, aldus de aanklager, de commandant mocht na nauwkeurige en herhaalde controle van de feiten en omstandigheden (lees: zijn inlichtingen) terecht aannemen dat zich uitsluitend opstandelingen bij de tankauto’s bevonden:

*2. [...] Nach dem Ergebnis der Ermittlungen sind die Beschuldigten schon nicht davon ausgegangen, dass sich zum Zeitpunkt des Luftangriffs Zivilisten auf der Sandbank des Kunduz-Flusses aufhielten. Diese Frage war Gegenstand der Erörterungen des etwa einhalbstündigen Entscheidungsprozesses bis zum Bombenabwurf.*

*Nach Ausschöpfung der ihnen in der konkreten militärischen Lage zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten hatten die Beschuldigten keine Hinweise auf die Anwesenheit von Zivilisten. Vielmehr konnten sie nach gewissenhafter und immer wieder aktualisierter Prüfung aller ihnen zum Geschehensablauf bekannten Fakten und Umstände annehmen, dass ausschließlich Aufständische vor Ort waren.*

<sup>28</sup> Zie Vsgb § 8 en § 11 (1)(1): ‘Wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt [...] mit militärischen Mitteln einen Angriff gegen die Zivilbevölkerung als solche oder gegen einzelne Zivilpersonen richtet, die an den Feindseligkeiten nicht unmittelbar teilnehmen’. In Nederland is dit strafbaar gesteld in art. 6 Wet internationale misdrijven (Wim).

<sup>29</sup> Zie Regel 1 van Internationaal humanitair gewoonterecht (volgens ICRC).



Op basis van zijn analyse komt de Generalbundesanwalt tot de conclusie dat de Duitse commandant geen gerichte (lees: doelbewuste) aanvallen op personen met een beschermde status zoals burgers heeft uitgevoerd:<sup>30</sup>

*3. Auch sonstige Tatbestände des Völkerstrafgesetzbuch (§ 8 und § 11 Abs. 1 Nr. 1) sind nicht erfüllt, weil keine der von diesen Vorschriften geschützten Personengruppen Ziel des Luftangriffs waren.*

De aanklager komt tot deze conclusie omdat de Duitse commandant – volgens hem terecht – aan mocht nemen dat zich géén burgers, maar louter opstandelingen (strijders) in de omgeving van de tankauto's bevonden. De commandant kan dus ook geen oogmerk hebben gehad om burgers aan te vallen. Dat we *achteraf* wel weten dat zich wel degelijk burgers bij de tank-

deze kwestie het verwijt gehoord worden dat de aanval op burgers was gericht (omdat er burgerslachtoffers waren). Dat er burgers waren, is een feit dat achteraf inderdaad is gebleken, maar toen kennelijk niet bij de Duitse commandant bekend was. Het oorlogsrecht doet met deze *ex ante*-beoordelingen recht aan het karakter van oorlogvoering en biedt de commandant enige beoordelingsruimte. Waar het om gaat is wat een andere *reasonable commander* in die omstandigheden zou hebben gedaan.<sup>31</sup> Uiteraard moet de commandant zich wel vergewissen (lees: voorzorgsmaatregelen nemen) van de afwezigheid van burgers. We bespreken dat hierna.

In dit licht is het interessant dat de aanklager vindt dat de commandant zijn 'Erkenntnismöglichkeiten' had uitgeput. Dit zou in contrast kunnen staan met het mogelijke aanbod van de F15-vliegers voor het uitvoeren van een passage als show of force of ter verificatie. Wellicht beschikte de commandant over meer informatiebronnen dan nu bekend zijn. Ook is onduidelijk op basis van welke informatie hij de vijftig personen om 01.08 uur als 'strijders' heeft aangeduid. Dit is interessant omdat de tankauto's op redelijk korte afstand (minder dan duizend meter) van een dorpsrand gestrand waren. Het is ook niet duidelijk of de dorpsbewoners hiervan wisten en wellicht hun oog op de brandstof hadden laten vallen. Indien de commandant wel geweten had dat zich burgers bij de tankauto's bevonden, maar hij weloverwogen de aanval had gelast, dan zou die handelwijze niet automatisch verboden zijn. Daarvoor zou eerst de disproportionaliteit van de aanval moeten worden bepaald. Dit aspect raakt de tweede verboden methode die door de aanklager werd gezien.

## Een disproportionele aanval?

Die tweede verboden 'methode' is een disproportionele aanval.<sup>32</sup> Het gaat om een aanval waarvan verwacht wordt dat de onbedoelde nevenschade – de *collateral damage*, oftewel het 'bijkomend verlies van mensenlevens onder de burgerbevolking, verwonding van burgers, schade aan burgerobjecten of een combinatie

## Vanuit operationeel of politiek perspectief kan het wenselijk zijn *collateral damage* te vermijden

auto's bevonden, doet daar wederom niet aan af. Het gaat bij de beoordeling van dit soort kwesties namelijk om de kennis die een commandant toen (*ex ante*) had. Zoals het overigens ook gaat om de omstandigheden waarin een commandant zich op dat moment van de beslissing bevond. Die omstandigheden zijn typisch voor oorlogvoering en betreffen tijdsdruk, gebrek aan informatie, gebrek aan middelen, stress of gevaar. Dat anderen naderhand (*ex post*) tot alternatieve besluiten kunnen komen, is een feit. Vaak is dit trouwens een bron van verwarring voor niet-deskundigen. Zo kon ook in

<sup>30</sup> EMV, § 3.

<sup>31</sup> Ducheine & Pouw, *ISAF Operaties in Afghanistan*, 110.

<sup>32</sup> Die in het Vsgb strafbaar is gesteld in § 11 (1)(3): 'Wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt [...] mit militärischen Mitteln einen Angriff durchführt und dabei als sicher erwartet, dass der Angriff die Tötung oder Verletzung von Zivilpersonen oder die Beschädigung ziviler Objekte in einem Ausmaß verursachen wird, das außer Verhältnis zu dem insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil steht.'

daarvan' – buitensporig zal zijn in verhouding tot het vooraf 'verwachte tastbare en rechtstreekse militaire voordeel' van die aanval.<sup>33</sup> Kort gezegd: een aanval is disproportioneel (en daarom verboden) als de verwachte collateral damage excessief zal zijn ten opzichte van het verwachte militaire voordeel. Dit verbod maakt deel uit van het internationale gewoonterecht voor NIGC's. In de uitgebreide studie van het ICRC betreft het Regel 14. In Duitsland is deze methode strafbaar gesteld in zowel een IGC als een NIGC, in Nederland – vreemd genoeg – alleen tijdens een IGC.<sup>34</sup>

De Generalbundesanwalt is aan de beantwoording van deze tweede vraag naar de disproportionaliteit niet toegekomen. De Duitse com-

aanval per definitie niet disproportioneel zijn. Daarbij dient volgens het Ermittlungsverfahren in ogenschouw te worden genomen dat de Duitsers onder tijdsdruk stonden. Waarom die tijdsdruk bestond, is niet duidelijk; wellicht was de luchtsteun niet langer beschikbaar.

Ook hier houdt het oorlogsrecht rekening met de realiteit van oorlogvoering. Bepalend voor de beoordeling is wederom de situatie ten tijde van de aanval (ex ante). De commandant moet een zo goed mogelijke inschatting maken van de te verwachten collateral damage enerzijds en het vermoedelijke militaire voordeel anderzijds. Als de commandant terecht inschat dat de collateral damage nihil is, zal de aanval dus ook niet disproportioneel zijn. Dat het achteraf

anders uitpakt omdat zich wel degelijk burgers op het doel bevonden en de nevenschade wel aanzienlijk is, doet daar wederom niet aan af. De beoordeling geschiedt aan de hand van de feiten en omstandigheden ex ante. Wat wel meegewogen moet worden is de schade die door de explosie van twee volle tankauto's in de nabijheid van een dorp (500-1000 meter) ontstaat. De Generalbundesanwalt zegt daar niets over.

Zelfs indien de commandant had geweten dat zich burgers op of bij het doel hadden bevonden en hij nevenschade verwacht had, is de

aanval niet automatisch verboden.<sup>35</sup> Dat verbod is pas aan de orde als de nevenschade *excessief* is ten opzichte van het te verwachten militaire voordeel. Disproportionaliteit is dus een



FOTO PICTURE ALLIANCE, W. SARFERAZ

Enkele maanden na de luchtaanval: de Bundeswehr deelt hulpgoederen uit aan inwoners van Kunduz

mandant kon er volgens de aanklager namelijk van uitgaan dat er zich op het moment van de luchtaanval geen burgers in de omgeving van de beide tankwagens bevonden. Anders geformuleerd: omdat de commandant ten tijde van zijn besluit tot het inzetten van de luchtaanval op basis van de hem ter beschikking staande middelen en beschikbare informatie aannam dat er louter opstandelingen en geen burgers in de omgeving van de tankauto's waren, werd geen collateral damage verwacht en kon de

33 Dit correspondeert ook met de tekst van art. 57 (2) (a) (iii) van het Eerste Aanvullende Protocol dat op IGC van toepassing is.

34 Zie art. 5 Wet internationale misdrijven (Wim).

35 Von der Groeben, 'Criminal Responsibility of German Soldiers in Afghanistan' (blz. 479 e.v.) voert deze hypothetische toets wel uit. Diehl, 'Tanklasterbeschuss auf Befehl eines deutschen ISAF-Kommandeurs mit fatalen Folgen' (blz. 4, 19) stelt dat de aanval in ieder geval disproportioneel was.

relatief begrip: de ontoelaatbaarheid is mede afhankelijk van de 'hoeveelheid' militair voordeel. Bij weinig voordeel zal nevenschade sneller excessief zijn dan bij veel militair voordeel. Vanwege zijn vaststelling dat de commandant terecht aan kon nemen dat zich geen burgers op het doel van de aanval bevonden, kon de Generalbundesanwalt tot de conclusie komen dat er geen verboden methode van oorlogvoering (tegen een legitiem militair doel) is geweest zoals het internationale strafrecht deze beschrijft.

### Strafbaarstelling onder het civiele Strafgesetzbuch

De Generalbundesanwalt stelt verder vast dat de Duitse wetgever de toepassing van het civiele ('commune') strafrecht naast de toepassing van het Völkerstrafgesetzbuch niet heeft uitgesloten.<sup>36</sup> Aangezien de Generalbundesanwalt hiervoor tot de conclusie was gekomen dat het Völkerstrafgesetzbuch niet was overtreden, heeft hij vervolgens getoetst of er wellicht sprake was van een strafbaar feit uit het commune strafrecht in relatie tot het humanitaire oorlogsrecht:

*5. Der Abwurf von Bomben auf Ziele, in deren unmittelbarer Nähe sich Menschen aufhalten, ist auch nach den Vorschriften des deutschen Strafgesetzbuchs bei Geltung des Konfliktsvölkerrechts immer dann gerechtfertigt und damit straflos, wenn der militärische Angriff völkerrechtlich zulässig ist. [...]*<sup>37</sup>

Zoals gezegd kwam de Generalbundesanwalt tot de conclusie dat ook onder het civiele strafrecht geen sprake was van strafbare feiten. Hij hanteerde daarbij een aantal overwegingen. We bespreken achtereenvolgens zijn overwegingen over: een alternatieve aanvalsmethode, inlichtingenplicht, (dis)proportionaliteit, en voorzorgsmaatregelen.

### Aanval met grondtroepen?

Voor zover de slachtoffers van de luchtaanval tot de opstandelingen behoorden, konden zij als strijders/belligerenten van een niet-statelijke partij bij het gewapende conflict terecht worden aangevallen. Een aanval met grondtroepen in plaats van de luchtaanval tegen de Taliban-strijders zou niet zonder risico voor de eigen troepen zijn geweest. Op basis daarvan kan onder het oorlogsrecht *niet* van een commandant verwacht worden dat hij (als alternatief voor de luchtaanval) kiest voor een aanval met grondtroepen, aldus de aanklager.<sup>38</sup>

### Inlichtingenplicht

Achteraf is gebleken dat zich onder de slachtoffers burgers bevonden die 'niet rechtstreeks deelnamen aan de vijandelikheden'.<sup>39</sup> Desondanks was de aanval rechtmatig. Doorlaggevend is wat de commandant ten tijde van zijn beslissing wist, niet wat achteraf is vast komen te staan. De PRT-commandant die zich bewust was van zijn plicht burgerslachtoffers te vermijden, is daarbij naar het oordeel van de Generalbundesanwalt niet nalatig geweest in zijn plicht om – voor zover praktisch mogelijk – extra informatie te verzamelen:

*[...] Nach Ausschöpfung aller ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen war in der konkreten zeitkritischen militärischen Situation vielmehr eine weitere Aufklärung nicht möglich, so dass er nach den ihm vorliegenden Informationen nicht mit der Anwesenheit geschützter Zivilisten rechnen musste. [...]*<sup>40</sup>

De Generalbundesanwalt is op basis van zijn onderzoek dan ook tot de conclusie gekomen dat de PRT-commandant, gezien de geringe beschikbare tijd en de gegeven omstandigheden, niet in de gelegenheid is geweest zich nauwkeuriger te verdiepen in de situatie om zo antwoord te krijgen op de vraag of er zich burgers in de nabijheid van de beide tankwagens ophielden. Hoewel de aanklager over tijdsdruk spreekt, is uit de open bronnen niet duidelijk waaruit die tijdsdruk bestond. De tankauto's zaten kennelijk vast in de zandbank en konden niet weg. Zoals enkele bronnen aangeven is de

36 EMV, § 4.

37 EMV, § 5.

38 EMV, § 5 (a).

39 Onder het oorlogsrecht bezitten deze burgers een beschermde status waardoor ze niet aangevallen mochten worden.

40 EMV, § 5 (b).

commandant mogelijk niet ingegaan op een aanbod van de F15-vliegers om eerst nog een passage als show of force of ter verificatie uit te voeren. Daarmee had mogelijk een beter en actueler zicht op de situatie op de grond kunnen worden gekregen.<sup>41</sup> In plaats daarvan vertrouwde de commandant kennelijk op de bestaande luchtwaarnemingsbeelden en de informant op de grond. We weten niet of

daar een vorm van.<sup>42</sup> De Generalbundesanwalt stelt in dit verband vast dat de PRT-commandant proportioneel gehandeld heeft:

*Oberst Klein hat sich trotz des besonderen Drucks der Entscheidungssituation für einen örtlich eng begrenzten Einsatz mit der kleinsten zur Verfügung stehenden Bombengröße und -anzahl entschieden.*<sup>43</sup>

FOTO PICTURE ALLIANCE, M. KAPPELER



De huidige Duitse minister van Defensie, Karl-Theodor zu Guttenberg (rechts), bezoekt in Kunduz gelegeerde militairen van de Bundeswehr, augustus 2010

de aanklager bekend was met andere (en recentere) inlichtingen waardoor de commandant een extra passage van de vliegers niet nodig vond.

### Nogmaals proportionaliteit

De Generalbundesanwalt komt binnen het kader van de Duitse civiele strafwet nog terug op het punt van aanvallen waarbij burgerslachtoffers vallen. Niet-onderscheidende aanvallen zijn verboden, aldus de aanklager. Er kan sprake zijn van een niet-onderscheidende aanval als niet voldoende verschil kan worden gemaakt tussen burgers en burgerobjecten en militaire doelen. Een disproportionele aanval is

Op dit derde punt valt wel enige kritiek te verwachten. Allereerst had de aanklager hiervoor al geconcludeerd dat er geen disproportionaliteit was omdat de commandant aan mocht nemen dat er geen collateral damage op zou treden. Waarom hij er dan toch nog op ingaat, valt zonder nadere informatie niet te achterhalen. Hiervoor zouden twee redenen kunnen bestaan: hij haakt opnieuw – maar foutief –

41 Zie Diehl, 'Tanklasterbeschuss auf Befehl eines deutschen ISAF-Kommandeurs mit fatalen Folgen', 6.

42 Zie art. (5)(b) Eerste Aanvullende Protocol, en ook Regel 14 van Internationaal humanitair gewoonterecht (volgens ICRC).

43 EMV, § 5.



aan bij het oorlogsrechtelijke beginsel van disproportionaliteit, of hij verwijst hier naar het civiele strafrechtelijke beginsel van proportionaliteit. In oorlogsrechtelijke zin lijkt de Generalbundesanwalt veeleer aan te sluiten op een andere oorlogsrechtelijke regel, namelijk bij 'de keuze van strijdmiddelen en -methoden alle mogelijke voorzorgen nemen om [collateral damage] te vermijden of in elk geval tot het uiterste te beperken'.<sup>44</sup> En in dat geval heeft de Generalbundesanwalt waarschijnlijk verschillende regels verward. Zonder collateral damage is de keuze van inzetmiddelen een

van de tankwagens bevonden was hij niet verplicht om voorafgaande aan de aanval te waarschuwen, aldus de Generalbundesanwalt.<sup>45</sup>

*Der Beschuldigte Klein durfte davon ausgehen, dass keine Zivilisten vor Ort waren. Deshalb war er nicht verpflichtet, Warnhinweise vor dem militärischen Angriff zu geben.*

Ook deze vierde overweging bevat een conclusie die voor kritiek vatbaar zou kunnen zijn. Het oorlogsrecht kent meerdere verplichtingen tot het treffen van voorzorgsmaatregelen bij aanvallen. Volgens Regel 15 van het gewoonterecht (inzake een NIGC) 'moet er voortdurend op gelet worden dat de burgerbevolking, burgers en burgerlijke goederen worden ontzien' en dat 'alle mogelijke voorzorgen moeten worden genomen om [collateral damage of nevenschade] te vermijden of in elk geval tot het uiterste te beperken'.<sup>46</sup> Volgens Regel 16 moet een commandant bovendien 'al het mogelijke doen om zich ervan te vergewissen dat de doelen militaire doelen zijn'.<sup>47</sup>

Op dit vierde punt wordt de Generalbundesanwalt door Duitse wetenschappers bekritiseerd.<sup>48</sup> De PRT-commandant heeft kennelijk besloten om zijn 'beeld van de situatie' niet aanvullend te laten controleren of aan te vullen via bijvoorbeeld de (door twee F15-vliegers voorgestelde) passage als show of force of ter verificatie. In theorie had dit natuurlijk nog gekund,<sup>49</sup> zeker omdat de tankauto's vastzaten op de zandbank. Daar komt bij dat de tankauto's zich op relatief korte afstand van een dorp bevonden. Maar mogelijk beschikten de commandant en de aanklager over meer informatie dan wij, waardoor zij anders kunnen concluderen. Onduidelijk is of er (via Rover) videobeelden vanuit de vliegtuigen waren en hoeveel informatie die bevatten. Evenmin is duidelijk of de commandant waarnemers ter plekke had. Wellicht had hij zicht op de naderingswegen vanuit het dorp en bood dit houvast voor zijn beeld van de situatie. Het gewoonterecht vereist dat een aanvaller 'alle mogelijke' voorzorgsmaatregelen neemt. Aan de vraag of de commandant 'alle mogelijke' voorzorgsmaatregelen heeft getroffen is

## In de Nederlandse opvatting kunnen ROE de bepalingen van het humanitair oorlogsrecht wel degelijk verder inperken

louter operationele afweging. Zonder nevenschade maakt het niet uit of een 'vijfhonderd' dan wel een 'duizendponder' wordt gebruikt. Deze misvatting berust op een vaak gehoorde, maar verkeerde interpretatie van de oorlogsrechtelijke betekenis van disproportionaliteit. Die misvatting wordt gevoed door het parallelle beginsel uit het strafrecht: proportionaliteit. In strafrechtelijke zin gaat proportionaliteit om de balans tussen effecten van de dreiging en de verdediging. De keuze van de middelen (ook wel subsidiariteit genoemd) speelt daarbij ook een rol. Mogelijk heeft de aanklager zijn oog gehad op strafrechtelijke proportionaliteit toen hij zijn opmerking over het aantal en gewicht van de bommen maakte.

### Voorzorgsmaatregelen

Aangezien de Duitse commandant ervan uitging dat er zich geen burgers in de nabijheid

44 Regel 17 van Internationaal humanitair gewoonterecht (volgens ICRC).

45 EMV, § 6.

46 Regel 15 van Internationaal humanitair gewoonterecht (volgens ICRC).

47 Regel 16 van Internationaal humanitair gewoonterecht (volgens ICRC).

48 Zie onder meer Von der Groeben, 'Criminal Responsibility of German Soldiers in Afghanistan'.

49 Conform: Von der Groeben, 'Criminal Responsibility of German Soldiers in Afghanistan', 484, 488.

de aanklager niet toegekomen. Wat onder ‘alle mogelijke’ verstaan moet worden is afhankelijk van de omstandigheden, de beschikbare middelen en andere humanitaire en operationele overwegingen.<sup>50</sup> Volgens de Generalbundesanwalt konden Klein en Wilhelm

*nach gewissenhafter und immer wieder aktualisierter Prüfung aller ihnen zum Geschehensablauf bekannten Fakten und Umstände annehmen, dass ausschließlich Aufständische vor Ort waren.*<sup>51</sup>

Naar mening van de aanklager had de commandant blijkbaar voldoende controle betracht.

Een opvatting ten gunste van de commandant is de volgende. Omdat kolonel Klein aannam dat er geen burgers waren, was de burgerbevolking überhaupt niet in gevaar en hoefde hij geen voorzorgsmaatregelen te treffen. In die lezing heeft hij zijn verzorgingsplicht dan ook niet geschonden. Omdat we niet over het exacte feitenrelaas van het besluitvormingstraject beschikken, lijkt een finaal oordeel op dit punt erg lastig en is terughoudendheid gepast.

### Een overtreding van de ROE?

Het Ermittlungsverfahren bevat een opmerkelijke conclusie rond de status van Rules of Engagement. De Generalbundesanwalt concludeerde dat overtredingen tegen interne regels waaronder ROE in deze casus niet aan de orde zijn, aangezien deze interne regels volkenrechtelijk toelaatbare handelingen niet kunnen beperken. Dergelijke interne regels hebben geen volkenrechtelijke werking:

*7. Verstöße gegen innerdienstliche Vorgaben, insbesondere gegen einzelne Einsatzregeln (Rules of Engagement) sind nicht geeignet, völkerrechtlich zulässige Handlungen einzuschränken, weil solche Einsatzregeln rein intern gelten und ihnen keine völkerrechtlich verbindliche Rechtswirkung nach außen zukommt.*

De conclusie van de Generalbundesanwalt zou zo gelezen kunnen worden dat een commandant

via ROE de bevoegdheden tot geweldgebruik onder het oorlogsrecht *niet* zou kunnen beperken. Dit is een opmerkelijke visie, die wellicht te verklaren valt door de strafrechtelijke status van ROE in de Duitse wetsystematiek. Het voert te ver om daar in deze context uitgebreid over uit te wijden.<sup>52</sup> In de Nederlandse opvatting en benadering kunnen ROE de bepalingen van het humanitair oorlogsrecht wel degelijk verder inperken.<sup>53</sup> De vraag naar de status van ROE heeft zich ook in Nederland voorgedaan. In Nederland heeft de militaire kamer van het Gerechtshof in Arnhem de strafrechtelijke betekenis van ROE via het arrest Eric O. duidelijk gemaakt.

### De conclusie van de Generalbundesanwalt

De Generalbundesanwalt komt tot een aantal afsluitende conclusies. Allereerst is het exacte aantal burgerslachtoffers – dat vanwege de aanpak van de aanklager voor het uiteindelijke oordeel in deze zaak niet relevant is – uit de ter beschikking staande documenten niet op te maken.<sup>54</sup> Een tweede conclusie is dat op basis van de huidige ter beschikking staande informatie vaststaat dat zowel Taliban-stijders/belligerenten als burgers bij de luchtaanval zijn omgekomen. Onder de omgekomen belligerenten bevinden zich twee bekende Taliban-leiders. Dit oordeel is gebaseerd op het enige daarvoor ter beschikking staande bewijsmiddel: een video-opname gemaakt vanuit de bij de luchtaanval betrokken vliegtuigen. Op die video zijn dertig tot vijftig personen te onderscheiden. Dit aantal komt overeen met de verschillende overzichten van slachtoffers die rouleren. Een nader onderzoek van de lichamen van de doden was en is op basis van de plaatselijke gebruiken in Afgha-

50 J.M. Heckearts en L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (Vol. I: Rules) (Cambridge, Cambridge University Press, 2005) 54.

51 EMV, § 2.

52 Een en ander voert onder meer terug op het gerubriceerde karakter van de ROE. Zie hierover bijvoorbeeld Von der Groeben, ‘Criminal Responsibility of German Soldiers in Afghanistan’, 490.

53 Zie onder meer Ducheine en Pouw, *ISAF Operaties in Afghanistan*, 39; Ducheine, Paul A.L., ‘Rechtsregimes tijdens militaire operaties’ in: *Ars Aequi*, Vol. 58 (juli/augustus 2009) 490-497, 492.

54 EMV, § 8.

nistan uitgesloten. Ten slotte komt de Generalbundesanwalt op basis van het bovenstaande tot de slotsom dat de direct betrokken Duitse militairen niet worden vervolgd.

## Conclusies

Met deze bijdrage en via deze casus wilden we oorlogsrechtelijke onderwerpen aansnijden die aan de orde kwamen bij de beoordeling van de luchtaanval in Kunduz. Daarbij vielen, zoals achteraf bleek, tientallen burgerslachtoffers. De oorlogsrechtelijke onderwerpen zijn voor Nederlandse commandanten, hun staf (officieren), vliegers en forward air controllers van belang bij andere beslissingen inzake doelbestrijding of targeting, óók voor missies buiten Afghanistan.

Het enkele feit dat achteraf blijkt dat bij een aanval veel burgerslachtoffers zijn gevallen, levert op zich nog geen schending van het oorlogsrecht op. Doorslaggevend zijn de feiten en omstandigheden *ten tijde* van de aanval. Gevechtshandelingen moeten onder het oorlogsrecht ex ante beoordeeld worden. Het oorlogsrecht heeft daarbij oog voor de realiteit van oorlogvoering. De commandant heeft daarom een zekere beoordelingsvrijheid. Bij een beoordeling van gevechtshandelingen zal gekeken worden wat een (andere) redelijke commandant in vergelijkbare omstandigheden op basis van de beschikbare informatie zou beslissen.

Uiteraard moet allereerst worden vastgesteld dat de aanval tegen een militair doel gericht is. Dit kunnen personen zijn (zij die 'rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden') of goederen. Een commandant moet al het mogelijke doen om zich er van te vergewissen dat zijn aanvalsdoel inderdaad een militair doel is. Een legitiem militair doel mag, binnen de andere grenzen van het oorlogsrecht, worden aangevallen. Gerichte aanvallen op personen met een beschermde status zoals burgers zijn verboden. Een commandant dient voortdurend burgers en burgerobjecten te ontzien. Wanneer achteraf blijkt dat burgers bij een aanval zijn omgekomen, zal bij de beoordeling van die

gevechtshandeling bezien worden of deze informatie vooraf bekend was (of kon zijn). Als een commandant echter weet of kan vermoeden dat burgers ter plekke zijn, dient hij voorzorgsmaatregelen te treffen om burgers en burgerobjecten te ontzien en om collateral damage of nevenschade te beperken. Naast gerichte aanvallen op burgers zijn niet-onderscheidende aanvallen, waaronder disproportionele aanvallen, verboden. Als een commandant verwacht dat collateral damage kan ontstaan, dient hij een (dis)proportionaliteitstoets uit te voeren. Indien de verwachte collateral damage excessief is ten opzichte van het beoogde militaire voordeel van de aanval, mag die niet worden uitgevoerd.

Collateral damage die niet excessief is, is wel acceptabel onder het oorlogsrecht. De hoeveelheid toelaatbare nevenschade is een relatief begrip en is afhankelijk van het militaire voordeel dat de vernietiging van het aanvalsdoel naar verwachting oplevert. Uiteraard moet de commandant de nevenschade, door de keuze van methoden en middelen, zo beperkt mogelijk houden. Hij dient hiervoor voorzorgsmaatregelen te treffen.

Als een aanval na een voorafgaande oorlogsrechtelijke analyse rechtmatig wordt bevonden, kunnen andere overwegingen zich naar onze mening alsnog hiertegen verzetten. Vanuit operationeel of politiek perspectief kan het wenselijk zijn collateral damage te vermijden. Met name ROE kunnen naar Nederlands recht de vrije ruimte die het oorlogsrecht biedt beperken.

Dat de aanval in Kunduz veel burgers het leven heeft gekost valt te betreuren. Dit enkele feit maakt de aanval niet meteen onrechtmatig, zoals helaas maar al te vaak wordt aangegomen. Om tot een deugdelijk oordeel te komen moeten meerdere analyses aan de hand van de toenmalige feiten en omstandigheden worden uitgevoerd. Dit zijn dezelfde stappen die commandanten en hun (staf)officieren doorlopen. Deze analyses zijn niet altijd eenvoudig. ■