

De Bilateral Security Agreement voor Afghanistan

Joop Voetelink¹

Wanneer de VS en de NAVO na 2014 de stationering van troepen in Afghanistan willen voortzetten, zullen zij hiervoor nieuwe internationale overeenkomsten moeten sluiten. De onderhandelingen tussen Afghanistan en de VS zijn het afgelopen jaar gestart en moeten leiden tot de Bilateral Security Agreement. Op basis van deze afspraken zal de NAVO een eigen overeenkomst sluiten. De Nederlandse regering zal de inhoud van dit verdrag moeten betrekken in de besluitvorming over een mogelijk voortgezet Nederlands militair verblijf in Afghanistan na 2014.

De afgelopen maanden zijn in de internationale pers regelmatig berichten verschenen naar aanleiding van de onderhandelingen over de *Bilateral Security Agreement* (BSA) tussen Afghanistan en de Verenigde Staten (VS). Zonder dit verdrag, dat de toekomstige juridische status van de Amerikaanse troepen in Afghanistan moet regelen voor de periode na 2014, zal de VS haar troepen uit het land terugtrekken (de *zero-option*).² De Noord-Atlantische Verdragsorganisatie (NAVO) bereidt zich net als de VS voor op een voortgezet verblijf in Afghanistan na het einde van de *International Security Assistance Force* (ISAF) missie op 31 december 2014 en wil haar werk voorzetten als een *'train, advice and assist'* missie onder de noemer *Resolute Support Mission* (RSM).

Nederland is een van de deelnemende staten aan de huidige ISAF-missie. Het politieke debat over een voortzetting van die bijdrage in de RSM is nog niet gestart. Wanneer de regering een bijdrage aan deze missie overweegt, zal zij daarbij tevens de juridische status van de Nederlandse troepen moeten betrekken, aangezien dit onderwerp een van de kernpunten is van het juridische raamwerk bij de uitzending van troepen.³ Nederland hoeft hierover zelf geen afspraken met Afghanistan te maken, aangezien die taak door de NAVO namens de lidstaten zal worden uitgevoerd. De NAVO zal met Afghanistan een vergelijkbare statusovereenkomst als de BSA moeten sluiten en zal daarvoor aansluiten bij de onderhandelingsresultaten voor de BSA. Daarmee is de BSA van direct belang voor de NAVO en staten als Nederland die momenteel een bijdrage leveren aan de ISAF-missie.

De door de VS en de NAVO beoogde verdragen zijn cruciaal om de buitenlandse militaire aanwezigheid in Afghanistan na 31 december 2014 mogelijk te maken. Daarmee zijn ze eveneens relevant voor verdere inspanningen van de internationale gemeenschap om het land

verder op te bouwen, aangezien veel instanties voor hun veiligheid nog afhankelijk zijn van bescherming door internationale troepen. De onderhandelingen over de BSA zullen de komende periode moeten worden afgerond en ongetwijfeld nog de nodige aandacht trekken. Deze bijdrage heeft tot doel de verdragen in een bredere context te plaatsen en van daaruit de achtergronden te verduidelijken. Deze bijdrage start met de bestaande verdragen die voor de lopende Amerikaanse en NAVO operaties in Afghanistan zijn gesloten, waarbij in het bijzonder zal worden gekeken naar de uitoefening van strafrechtsmacht over de buitenlandse troepen. De wijzigende grondslag voor het verblijf van troepen in Afghanistan na 2014, brengt de vervanging van de bestaande verdragen met zich mee. Vanuit dit perspectief zullen eerst de perikelen rond de onderhandelingen over de uitoefening van strafrechtsmacht worden geanalyseerd en vervolgens enkele specifieke onderwerpen kort worden toegelicht. De bijdrage besluit met een synthese en conclusie.

Een maand na de terreuraanslagen van 11 september 2001 startten de VS onder de naam *'Operation Enduring Freedom'* (OEF) militaire acties tegen Al-Qaeda en het Taliban-regime in Afghanistan. Korte tijd later verleende de VN-Veiligheidsraad machtiging voor de oprichting van ISAF.⁴ Hoewel OEF en ISAF gelijktijdig worden uitgevoerd, zijn de grondslagen en taken voor beide operaties verschillend en is bovendien de juridische status van de troepen die deelnemen aan OEF en ISAF op een andere wijze geregeld. In het kader van OEF sloten de VS met het tijdelijke bewind in Afghanistan een overeenkomst over de status van de Amerikaanse strijdkrachten.⁵ De status van de ISAF-troepen werd vastgelegd in een bijlage bij de *Military Technical Agreement* (MTA).⁶ Deze laatste overeenkomst is tevens van toepassing op de Neder-

landse troepen die momenteel deelnemen aan ISAF.

De kern van deze zogeheten *Status of Forces Agreements* (SOFAs) wordt gevormd door de bepalingen over de uitoefening van de strafrechtsmacht ten aanzien van de in het buitenland verblijvende militairen. De hierboven genoemde overeenkomsten komen op dit punt met elkaar overeen en bepalen dat de troepen zijn onderworpen aan de exclusieve strafrechtsmacht van respectievelijk de VS en de aan ISAF-missie bijdragende staten. Dat betekent dat alle troepenleverende staten met uitsluiting van Afghanistan hun eigen militairen kunnen vervolgen voor strafrechtelijke vergrijpen begaan in Afghanistan. Wanneer bijvoorbeeld een Nederlandse militair die deel uitmaakt van de ISAF-troepen een strafbaar feit begaat, kan alleen Nederland in deze zaak vervolging instellen en hoeft Afghanistan hiervoor geen toestemming te verlenen.

Hoewel deze regelingen de uitoefening van strafrechtsmacht door de gaststaat volledig uitsluiten, zijn dergelijke vergaande bepalingen tegenwoordig de internationale norm bij crisis beheersingsoperaties en andere missies waar militaire eenheden kunnen worden ingezet voor het uitvoeren van gevechtsacties.⁷ Wanneer echter de grondslag van de missie wijzigt en daarmee ook de taken van de troepen, kan dat van invloed zijn op de statusregelingen. Dit proces is in Afghanistan in gang gezet met de NAVO-top in 2010 te Lissabon. Hier is besloten de verantwoordelijkheden van de NAVO op het gebied van veiligheid geleidelijk over te dragen aan de *Afghan National Security Forces* (ANSF)⁸ wat zal resulteren in de terugtrekking van de buitenlandse gevechtseenheden uit Afghanistan op 31 december 2014.

Ook na deze datum blijven zowel de NAVO als de VS Afghanistan en de ANSF ondersteunen. Zij hebben daartoe hun samenwerking voor de lange termijn met Afghanistan bevestigd in de *Declaration on an Enduring Partnership* (NAVO)⁹ en de *Enduring Strategic Partnership Agreement* (hierna: de *Partnership Agreement*).¹⁰ Beide documenten voorzien in een voortgezette buiten-

Een ander discussiepunt kan de inhuur van bewapende contractors zijn

landse militaire aanwezigheid in Afghanistan met als doel het trainen, adviseren en assisteren van de ANSF, en specifiek voor de VS: '*combating al-Qaeda and its affiliates*'.¹¹

Aangezien de status van troepen niet los gezien kan worden van de juridische grondslag voor de buitenlandse aanwezigheid van troepen, moeten voor de post-2014 periode de bestaande SOFAs worden heroverwogen; een punt dat expliciet wordt genoemd in artikel III, para. 2(b) van de *Partnership Agreement*. Nog voordat de onderhandelingen formeel van start waren gegaan, gaf de Afghaanse president Karzai al te kennen dat het verlenen van immuniteit aan de buitenlandse troepen niet vanzelfsprekend zou zijn.¹² Zodoende plaatste hij de vraag naar de uitoefening van strafrechtsmacht boven aan de agenda. In het recente verleden is dit onderwerp cruciaal gebleken bij onderhandelingen over het buitenlandse verblijf van troepen. Zo leidde het stuklopen van het overleg tussen Irak en de VS over dit punt tot de terugtrekking eind 2011 uit Irak van niet alleen de Amerikaanse troepen, maar ook de *NAVO-Training Mission-Iraq*, waaraan Nederland een bijdrage leverde.¹³

Het standpunt van Karzai dat Afghanistan als soevereine staat mede rechtsmacht moeten kunnen uitoefenen over buitenlandse militairen, is niet zo vreemd. Sinds de jaren vijftig van de vorige eeuw volgen veel staten bij internationale militaire samenwerking de praktijk dat zendstaten en gaststaten de strafrechtsmacht over de bezoekende troepen delen. Deze trend is ingezet met het NAVO-Statusverdrag¹⁴ en heeft in de loop van jaren buiten NAVO-verband veel navolging gekregen, bijvoorbeeld bij de militaire samenwerking tussen de VS en Japan en Korea.

De VS wil echter koste wat het kost de exclusieve rechtsmacht over haar troepen in Afghanistan behouden. Ook deze opstelling is verdedigbaar wanneer men bedenkt

Auteur

1. Kolonel J.E.D. Voetelink is als universitair hoofddocent militair recht geplaatst bij de Nederlandse Defensie Academie (NDA). Deze bijdrage is geschreven gedurende zijn verblijf in Afghanistan als Chief of Staff, NATO Rule of Law Field Support Mission (NROLFSM) in Afghanistan 2013 en vloeit voort uit zijn promotieonderzoek onder auspiciën van het Amsterdam Center for International Law en de NLDA in het onderzoeksprogramma 'The Role of Law in Armed Conflict and Peace Operations'.

Noten

2. Zie bijvoorbeeld: Fred Bezhan, Reading Between the Red Lines of U.S.- Afghan Security Talks, *Radio Free Europe*, 30 juli 2013, www.rferl.org/content/afghanistan-us-security-talks/25061333.html.

3. Vgl. Notitie inzake juridische aspecten bij uitzending van militairen, 28 april 2004, *Kamerstukken I* 2003/04, 29 200 X, C, p. 3-4 en Vervolnotitie juridische aspecten van vredesoperaties, 25 november 2005, *Kamerstukken I* 2005/06, 30 300 X, A, p. 5.
4. UN Doc S/RES/1386 (2001) van 20 december 2001.
5. Agreement regarding the status of United States military and civilian personnel of the U.S. Department of Defense present in Afghanistan in connection with cooperative efforts in response to terrorism, humanitarian and civic assistance, military training and exercises, and other activities; 26 september en 12 december 2002 en 28 mei 2003, in werking: 28 mei 2003 (6192 Kavass Series I).
6. Annex A, Arrangements regarding the status of the International Security Assistance Force bij de Military Technical Agreement between the International Security Assistan-

ce Force (ISAF) and the Interim Administration of Afghanistan; 4 January 2002 (www.operations.mod.uk/isafmta.pdf).

7. Zie: J.Voetelink, *Status of Forces, strafrechtsmacht over militairen in het buitenland*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, hfdst. 12, paragraaf 5.

8. 'Transition to Afghan Lead', NATO Media Backgrounder, October 2012; www.nato.int/nato_static/assets/pdf/pdf_2012_10/20121008_media-backgrounder_inteqal_en.pdf.

9. Declaration by the North Atlantic Treaty Organization (NATO) and the Government of the Islamic Republic of Afghanistan on an Enduring Partnership; Lissabon 20 november 2010; bevestigd tijdens de NAVO-top in Chicago: Declaration on Afghanistan Issued by the Heads of State and Government of Afghanistan and Nations contributing to the NATO-led Internati-

onal Security Assistance Force (ISAF), NATO; Chicago, 21 mei 2012.

10. www.whitehouse.gov/sites/default/files/2012.06.01_u.s.-afghanistanspasig-nedtext.pdf.

11. Art. III, par 6.

12. Press Release, President Karzai: People Condition Foreign Troops Immunity on Peace and Stability in Afghanistan, 18 October 2012, president.gov.af/en/news/13914.

13. Zie M.D. Fink, 'De ontwikkeling van de strafrechtelijke rechtsmacht over het personeel van de NAVO-Trainingsmissie in Irak (NTM-I): een kleinschalige missie beëindigd', *Militair Rechtelijk Tijdschrift* 2013, p. 261-264.

14. Verdrag tussen de Staten bij het Noord-Atlantisch Verdrag nopens de rechtspositie van hun krijgsmachten; Londen, 19 juni 1951 (*Trb.* 1951, 114; Nederlandse vertaling *Trb.* 1953, 10).



Kamp Holland Uruzgan, Afghanistan 01-04-2009 (uit het boek *Occupation Soldier* van Ad van Denderen en Arnon Grunberg) © Hollandse Hoogte

dat de Amerikaanse troepen daadwerkelijke gevechtsactie uit zullen moeten voeren om Al-Qaeda te kunnen bestrijden. Zoals gezegd is de internationale norm in die situatie dat de troepen onder de exclusieve rechtsmacht van de eigen staat vallen. Daar staat tegenover dat het merendeel van de Amerikaanse troepen in de nieuwe *train, advice and assist* missie een ondersteunende functie vervult. In dat geval is exclusieve rechtsmacht geen regel. Het Afghaanse rechtssysteem is ondanks alle internationale inspanningen om de *Rule of Law* in Afghanistan te versterken op de meeste plaatsen weinig ontwikkeld en het recht op een eerlijk proces kan naar internationale standaarden niet worden gegarandeerd. Daarom zal de VS niet accepteren dat haar militairen terecht kunnen staan voor een Afghaanse rechtbank. Dat laatste zal ook gelden voor de NAVO-staten.

Hoewel dit standpunt valt te billijken, kan de VS voor een meer flexibele aanpak kiezen die tevens de partijen meer onderhandelingsruimte biedt. Ook na 2014 zal de internationale gemeenschap zich blijven inzetten om de *Rule of Law* te versterken en mogelijk zal dat tevens een taak zijn van de nieuwe *Resolute Support Mission*. Een optie is de uitoefening van strafrechtsmacht over de buitenlandse troepen afhankelijk te stellen van de vooruitgang die de justitiële keten in Afghanistan boekt. Een aanvullende mogelijkheid is één specifiek tribunaal aan te wijzen dat in voorkomend geval buitenlandse militairen kan berechten. Wat dat betreft is het *Justice Center in Parwan* (JCIP) een optie. Momenteel heeft dit Afghaanse tribunaal de mensen die de VS in de loop van de jaren in Afghanistan gevangen heeft genomen, de zogeheten *Law of Armed Conflict (LOAC) detainees*, en sinds kort personen die de ANSF heeft opgepakt wegens het plegen van *security crimes*. Alle betrokkenen in het strafproces, inclusief de verdediging, worden intensief begeleid door internationale mentoren. Het JCIP heeft hierdoor grote vooruitgang geboekt en dient inmiddels als voorbeeld voor andere gerechten in Afghanistan.

Met een dergelijke flexibele aanpak kan in ieder geval ten dele tegemoet worden gekomen aan de Afghaanse verlangens, terwijl tegelijkertijd de juridische bescherming van de buitenlandse troepen afdoende is geregeld. Bovendien kan het een steun in de rug zijn voor de hoognodige verdere ontwikkeling van de *Rule of Law* in Afghanistan. Nederland zal onder de huidige omstandigheden in Afghanistan niet makkelijk kunnen aanvaarden dat zij

geen volledige strafrechtsmacht kan uitoefenen over de uitgezonden militairen. In het verleden heeft zij wel aanvaard dat gaststaten strikt vasthielden aan hun soevereiniteit en dat Nederland niet altijd de volledige rechtsmacht kon behouden.¹⁵ Dat was bijvoorbeeld het geval bij de stationering in 2002 van een KDC-tankvliegtuig in Qatar ter ondersteuning van de luchtoperaties in Afghanistan. Op grond van het statusverdrag tussen Nederland en Qatar behielden de lokale rechtbanken rechtsmacht ten aanzien van misdrijven en was Nederland alleen bevoegd rechtsmacht uit te oefenen bij strafbare feiten begaan door Nederlandse militairen ‘...tegen Nederlandse eigendommen, veiligheid, eigen personeel of uitrusting’.¹⁶ Gelet op dit punt en de Nederlandse steun aan de ontwikkeling van de *Rule of Law* zou de flexibele aanpak voor Nederlands acceptabel kunnen zijn.

Als de VS vast blijft houden aan de exclusieve rechtsmacht over haar troepen, moet zij in de onderhandelingen flink wat druk uitoefenen om Afghanistan te kunnen overtuigen en mogelijk op andere onderwerpen concessies doen. President Karzai heeft regelmatig van de VS geëist dat zij in de BSA veiligheids-garanties en garanties voor financiële hulp afgeeft. De ruimte voor de VS om op deze punten aan de wensen van Afghanistan tegemoet te komen is echter minder groot dan Karzai zich mogelijk realiseert.

De BSA is naar Amerikaans recht¹⁷ een zogeheten *executive agreement*, die door de uitvoerende macht kan worden aangegaan. Dit in tegenstelling tot een *treaty* waarvoor de instemming van de Senaat nodig is.¹⁸ Het onderscheid brengt met zich mee dat de verdragsluitende bevoegdheid van de president bij een *executive agreement* in principe minder ruim is dan bij een *treaty*. Hoewel de grenzen aan zijn bevoegdheid niet duidelijk zijn geregeld, heeft de president de medewerking nodig van het Congres als hij vergaande veiligheidsgaranties af wil geven.¹⁹ Dat betekent dat in de *executive agreement* geen harde garanties kunnen worden afgegeven voor Amerikaanse militaire hulp ingeval van een Pakistaanse aanval op Afghanistan, zoals Afghanistan heeft gevraagd.²⁰

Een onderwerp waar de bevoegdheden van de Amerikaanse president indirect zijn beperkt, betreft het geven van financiële garanties. De president kan in een *executive*

agreement financiële toezeggingen doen, maar dat betekent niet dat daarmee het geld ook beschikbaar is. Het Congres is uiteindelijk bevoegd de begroting vast te stellen en heeft daarmee het ultieme middel in handen om de presidentiële macht te beperken: de *power of the purse*. In het verleden heeft het Congres bewezen dit middel ook te willen gebruiken. In 1974 nam het bijvoorbeeld de *Foreign Assistance Act* 1974 aan die de financiële ondersteuning van Vietnam beëindigde, wat mede leidde tot het einde van de oorlog. Wanneer de VS financiële toezeggingen in de *executive agreement* wil doen, kan dat alleen onder voorbehoud van jaarlijkse goedkeuring van het Congres.

Een onderwerp waar de VS meer ruimte in de onderhandelingen heeft, vormt de inzet van zogeheten contractors; private bedrijven die in het operatiegebied werkzaamheden voor de buitenlandse strijdkrachten uitvoeren. Hoewel de onderhandelende partijen weinig over dit onderwerp naar buiten brengen, moeten enkele specifieke punten worden geregeld. Naast de uitoefening van strafrechtsmacht over de contractors,²¹ zullen zaken als belastingen en invoerrechten moeten worden afgestemd. Dit voorkomt dat de VS plots wordt geconfronteerd met boetes, zoals de 70 miljoen dollar boete die Afghanistan recent oplegde omdat contractors bij het invoeren van militair materieel de verkeerde documentatie zou hebben gebruikt.²² Een ander discussiepunt kan de inhuur van bewapende contractors zijn. Afghanistan heeft de inzet van buitenlandse bewapende contractors aan banden gelegd²³ en als alternatief de eigen *Afghan Public Protection Force* (APPF) opgericht. Er zijn echter twijfels over de monopoliepositie van de APPF en het niveau van dienstverlening.²⁴ Ongetwijfeld zal de VS op deze punten niet graag willen toegeven aangezien de civiele ondersteuning cruciaal is nu het aantal buitenlandse troepen na 2014 sterk zal worden beperkt. De president is bij het sluiten van een *executive agreement* minder afhankelijk van het Congres voor wat betreft de inzet van contractors en kan hier speelruimte vinden voor de onderhandelingen.

Wat de uitkomsten van het onderhandelingsproces precies zullen zijn, laat zich moeilijk voorspellen en zal mede afhangen van de interne politieke ontwikkelingen in Afghanistan. Uiteindelijk zal het slagen daarvan cruciaal zijn voor het voortgezet verblijf van de buitenlandse troepen in Afghanistan. Het stuklopen van de onderhandelingen zou leiden tot een Irak-scenario wat betekent dat de VS en de NAVO de troepen zullen terugtrekken. Hoewel deze *zero option* wordt gezien als de *worst case scenario*, is het sinds kort wel een optie waar serieus rekening mee moet worden gehouden.²⁵

De VS zal niet accepteren dat haar militairen terecht kunnen staan voor een Afghaanse rechtbank

Nadat Afghanistan en de VS eind 2012 de onderhandelingen waren gestart over de BSA, hebben zij zich regelmatig publiekelijk uitgelaten over de gewenste inhoud van het verdrag. De VS legt in dat verband de nadruk op de bepalingen over de uitoefening van strafrechtsmacht en heeft op dat punt aangegeven dat zij de strafrechtsmacht over haar troepen wenst te behouden en dat dit punt niet onderhandelbaar is. Afghanistan heeft op haar beurt nadrukkelijk te kennen geven dat de immuniteit van de buitenlandse troepen voor de uitoefening van rechtsmacht door Afghanistan niet vanzelfsprekend is.

Hoewel voor de VS een flexibele benadering van het strafrechtsmacht vraagstuk mogelijk is, is het niet waarschijnlijk dat zij op dat punt water in de wijn doet. Dat betekent dat op andere punten aan de Afghaanse wensen tegemoet moet worden gekomen om overeenstemming te kunnen bereiken. Op basis van uittalingen van president Karzai zal dat specifiek betrekking moeten hebben op garanties op het gebied van veiligheid en financiën. Aangezien voor de VS de BSA de vorm heeft van een *executive agreement*, zijn de mogelijkheden op grond van het Amerikaanse constitutionele recht beperkt. Wellicht dat andere punten, met name de inzet van contractors, meer onderhandelingsruimte bieden. Al met al zijn vele opties open en laat een definitieve uitkomst zich moeilijk voorspellen.

Als de BSA tot stand komt, zal de inhoud daarvan mede bepalend zijn voor de overeenkomst die de NAVO met Afghanistan moet aangaan. De NAVO zal, volgens ingewijden, het gedeelte van de BSA-tekst dat ook relevant is voor de NAVO-inbreng in RSM één-op-één voorleggen aan de Afghaanse autoriteiten als voorstel voor de statusovereenkomst voor de NAVO-lidstaten. Gezien de langdurige voorafgaande onderhandelingen over de BSA wordt niet verwacht dat Afghanistan veel wijzigingen zal voorstellen. Wanneer de Nederlandse regering besluit een bijdrage te leveren aan RSM, is de NAVO-overeenkomst van toepassing op Nederlandse troepen. De uitkomsten van de onderhandelingen over de BSA zijn daarom direct van belang voor Nederland. Dat neemt echter niet weg dat die onderhandelingen nog kunnen stuklopen wat zou leiden tot de volledige terugtrekking van de Amerikaanse en de NAVO troepen. •

15. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 27 925, nr. 135, p. 33.

16. Art. 12 lid 3 Overeenkomst inzake de rechtspositie van de strijdkrachten voor militair personeel en troepenuitrusting tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Staat Qatar; Dawhah, 11 maart 2002 (*Trb.* 2002, 98).

17. Zie: U.S. Supreme Court 21 december 1936, *United States vs. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (1936), p. 318.

18. U.S. Constitution, Article II, § 2, clause 2.

19. Zie de War Powers Resolution van 1973, 50 U.S.C. § 1541-1548 en de toelichting in: Jennifer K. Elsea & Richard F. Grimmett, *Declarations of War and Authorizations for the Use of Military Force: Historical Background and Legal Implications*, CRS Report 17 maart 2011, p. 26-27.

20. Mark Mazetti & Matthew Rosenberg, 'Karzai, Frustrated, Wants Firm Pledges

From U.S.', *The New York Times*, 3 juli 2013.

21. Dit onderwerp is nu geregeld in geheime aanvullende afspraken bij de MTA uit 2002 (zie voetnoot 6).

22. Ernesto Londoño & Kevin Sieff, *Flow of U.S. Military Gear Across Afghanistan Borders Halts amid disputes*, *Washington Post*, 17 juli 2013, articles.washingtonpost.com/2013-07-17/world/40633671_1_u-s-contractors-u-s-funds-customs.

funds-customs.

23. Presidential Decree 62, *Dissolution of Private Security Companies*, 17 August 2010.

24. Zie bijvoorbeeld: SIGAR Audit 13-15, *Afghanistan Public Protection Force: Concerns Remain about Force's Capabilities and Costs*, juli 2013.

25. Mark Mazetti & Matthew Rosenberg, *U.S. Considers Faster Pullout in Afghanistan*, *The New York Times*, 8 juli 2013.