

# Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie

Jaargang 101

februari 2008

Aflevering

2

## INHOUD

### Bijdragen

Conferentieverslag Sexuele exploitatie en misbruik van vrouwen in gewelddadig conflict, door LTZA2 OC mr Daniel Blocq .....	33
Hoezo vooringenomen, door prof. mr. G.L. Coolen.....	38

### Strafrechtspraak

Ah	<b>a. Bevoegdheid</b>	
05.01.2007	<i>Op een tenlastelegging die een periode noemt waarin het feit of de feiten zouden zijn begaan, en waarin de verdachte in een deel van die periode militair is en in het overige deel burger, kan niet door één rechter beslist worden. Voor het deel waarin verdachte militair was, is de militaire kamer bevoegd, voor het andere deel de commune strafrechter.</i>	
	<b>b. Grondslag van de tenlastelegging</b>	
	<i>De beslissing van de rechtbank dient te geschieden 'op grondslag van de tenlastelegging'. (Naschrift J.R.G.J.) .....</i>	41

### Bestuursrechtspraak

CRvB	<b>Kantonrechterformule toepasbaar?</b>	
12.04.2007	Besluit tot aanstelling als BOT-er wordt ingetrokken. Toekenning vergoeding die geleden financieel nadeel compenseert. Kantonrechttersformule leent zich niet voor toepassing in geschillen inzake ambtelijke rechtspositie. (Naschrift G.L.C.) .....	44

### Internationale rechtspraak

EHRM	<b>De toepassing van het EVRM in militaire missies: ineffectieve theorie of onpraktische illusie</b>	
31.05.2007	Annotatie bij EHRM 31 mei 2007, Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway (Grand Chamber admissibility decision).....	47
	Rectificatie MRT 2007, afl. 10. ....	64

## BIJDRAGEN

### Conferentieverlag

### Seksuele exploitatie en misbruik van vrouwen in gewelddadig conflict

door

LTZA2 OC MR. DANIEL BLOCQ

#### *Inleiding*

Misbruik van vrouwen in gewelddadig conflict is geen nieuw fenomeen.<sup>1)</sup> Het feit dat in het verleden al diverse conferenties over misbruik zijn georganiseerd zal dan ook geen verbazing wekken. Desondanks waren de initiatiefnemers van de conferentie in Amsterdam (17-19 juli 2007) – leden van de Sectie Militair Recht van de Nederlandse Defensie Academie (NLDA) enerzijds en de *Feminism & Legal Theory* Project van de Amerikaanse *Emory University School of Law* anderzijds – van mening dat een nieuwe dialoog over misbruik en exploitatie van vrouwen in gewelddadig conflict onontbeerlijk was om het probleem enigszins te kunnen beteugelen. De organisatoren realiseerden zich terdege dat uitbanning van misbruik een absolute utopie is, maar meenden desalniettemin dat beperking van misbruik een reëel en moreel noodzakelijk doel is.

Politieke en academische instellingen hebben in het afgelopen decennium vele pogingen gedaan om succesvol beleid te formuleren, maar vaak werden die pogingen gedaan binnen de grenzen van afzonderlijke disciplines en was een dialoog met de uitvoerende instanties afwezig. Uit verslagen van internationale organisaties en verschillende processen voor internationale straftribunalen bleek bovendien dat problemen bestonden bij de implementatie van beleid en regelgeving. Vandaar dat de organisatoren van de NLDA en *Emory Law School* besloten een crossprofessionele discussie te organiseren, waarbij achtereenvolgens oorzaken, gevolgen en mogelijke oplossingen of benaderingen van het probleem van misbruik besproken zouden worden. Door militairen, experts uit de academische hoek, en deskundigen uit de politiek en internationale organisaties, bijeen te brengen, hoopte de organisatie onder meer dat de experts tot nieuwe inzichten zouden komen, dat bij de militairen een groter bewustzijn zou worden gecreëerd, en dat politieke en academische deskundigen hun veronderstellingen over de praktijk en de haalbaarheid van beleid konden toetsen.

In deel I van onderstaand verslag zullen de opzet van de conferentie en de inhoudelijke bijdragen worden ontvouwd. Een korte en bondige evaluatie van de conferentie komt aan bod in deel II. Deel II biedt ook een beknopte uiteenzetting over het vervolg en de ontwikkelingen met betrekking tot de oprichting van een permanent crossprofessioneel platform, voortvloeiende uit de conferentie.

<sup>1)</sup> De term gewelddadig conflict is gekozen om de beperkte omschrijvingen van het humanitair oorlogsrecht – gewapend conflict – en de politieke wetenschappen – burger conflict – te vermijden. Gewelddadig conflict omvat conflicten waarbij geweld wordt gebruikt, maar waarbij niet noodzakelijk wordt voldaan aan de definities van gewapend conflict of burgerconflict. Van burgerconflicten is volgens vele politieke wetenschappers sprake wanneer (cumulatief) meer dan 1000 burgers omkomen tijdens een conflict – enkelen menen dat die slachtoffers binnen een periode van een jaar moeten vallen om aan de definitie te voldoen – en wanneer de strijdende partijen de intentie hebben om het politiek etablissement met geweld aan te tasten. James Fearon, “Iraq’s Civil War”, *Foreign Affairs*, Maart/April 2007.

### *I. Opzet en inhoudelijke bijdragen*

Zoals aangegeven, constateerden de organisatoren van de conferentie dat tussen de politiek, de internationale organisaties, de academische gemeenschap en militairen onvoldoende communicatie plaatsvond met betrekking tot het probleem van seksuele exploitatie en misbruik van vrouwen in gewelddadig conflict. Het gevolg daarvan was gebrekkige kennis en inzicht bij de diverse beroepsgroepen.<sup>2)</sup> Bovendien was de dialoog, voor zover die aanwezig was, weinig systematisch. De neiging bestond om beleid te formuleren en uit te voeren zonder oorzaken en gevolgen van misbruik in kaart te brengen. Vandaar dat de NLDA en *Emory Law School* besloten de conferentie in Amsterdam op twee pijlers te bouwen: crossprofessionaliteit en systematiek.

De crossprofessionaliteit kwam tot stand door een gecontroleerde aanname van geïnteresseerde deelnemers. In totaal toonden meer dan tweehonderd personen, afkomstig uit meer dan vijfendertig landen, interesse in deelname aan de conferentie. Teneinde een goede discussie te realiseren werd besloten om tachtig mensen uit te nodigen op basis van kennis, ervaring, professionele betrekking en nationaliteit.

De systematiek werd bereikt door de conferentie in vier sessies te verdelen. In de eerste sessie werd gesproken over oorzaken, patronen en variatie met betrekking tot seksuele exploitatie en misbruik. In de tweede sessie kwamen psychologische, politieke, sociologische en medische gevolgen van misbruik aan bod. In de derde sessie werd bestaand beleid bediscussieerd alsook voorstellen gedaan voor nieuw beleid. Tenslotte werden in de vierde sessie de juridische benaderingen, met de nadruk op internationaal strafrecht, behandeld.

Inhoudelijk konden drie clusters van onderwerpen tijdens de conferentie worden onderscheiden: (1) algemene oorzaken, patronen en gevolgen van seksueel misbruik van vrouwen in gewelddadig conflict, (2) misbruik van vrouwen door VN militairen, en (3) juridische benaderingen van seksueel misbruik van vrouwen in gewelddadig conflict. De opvallende bevindingen en discussiepunten uit de respectieve clusters zullen achtereenvolgens besproken worden. Een uitgebreid overzicht van de presentaties volgt in een boek dat medio 2008 moet verschijnen.

Tot op heden blijkt in de sociale wetenschappen nauwelijks vergelijkend onderzoek te zijn gedaan naar misbruik van vrouwen in gewelddadig conflict. Het fenomeen misbruik is bekend en binnen academische kringen veel onderzocht, maar een systematische vergelijkende analyse naar vormen van misbruik, frequenties van misbruik, duur van misbruik, geografische verdelingen, specifieke locaties van misbruik, en doelen en achtergronden waaronder misbruik plaatsvindt, in verschillende conflicten is nooit eerder uitgevoerd. Professor Elisabeth Wood, verbonden aan de politicologie faculteit van *Yale University*, was de eerste die enkele jaren geleden een dergelijke analyse startte. Alhoewel haar onderzoek tot op heden meer vragen dan antwoorden heeft opgeleverd, kon Wood aan het begin van de conferentie de reeds interessante en hoopvolle conclusie trekken dat de afwezigheid van misbruik in bepaalde conflicten een bewijs is dat misbruik van vrouwen tijdens gewelddadig conflict *geen onvermijdelijk fenomeen* is. Teneinde seksuele exploitatie en misbruik te beteugelen in de toekomst is verder vergelijkend onderzoek noodzakelijk. Choman Hardi, een onderzoekster die oorspronkelijk uit Irak komt, schetste de problemen waar zij tegen aanliep bij de uitvoering van dergelijk onderzoek in Irak. Hardi legde uit dat zij

<sup>2)</sup> In de politiek en bij de krijgsmachten werd een beperkt bewustzijn van het probleem geconstateerd. Bij de internationale organisaties en binnen de academische gemeenschap was weliswaar sprake van duidelijk bewustzijn, maar bleek kennis van de situatie 'op de grond' onvoldoende aanwezig te zijn. Bovendien bleek bij internationale organisaties en academici dat de inzicht in de haalbaarheid van beleid en beleidsvoorstellen gebrekkig was.

soms meer informatie kregen van mannelijke getuigen dan van vrouwelijke slachtoffers. Laatstgenoemden hadden vaak moeite om te spreken over misbruik vanwege het risico van verwerping door de gemeenschap. Als vrouwelijke onderzoeker merkte Hardi op dat zij soms, tegen alle verwachtingen in, minder informatie kreeg van vrouwelijke slachtoffers dan mannelijke collega onderzoekers. Hardi speculeerde dat vrouwelijke slachtoffers mogelijk de indruk hadden dat zij voor mannelijke onderzoekers bepaalde voorvallen moesten uitkauwen – hetgeen wenselijk is voor onderzoeksdoeleinden – waar vrouwelijke onderzoekers een inherent begrip zouden hebben. Een onderzoeksprobleem van een geheel andere orde, aangesneden door professor Karen Engle van de rechtenfaculteit van de *University of Texas – Austin*, volgde uit de complexiteit van het fenomeen misbruik. Uit verhalen, de zogenaamde *narrative approach*, blijkt hoe confuus het fenomeen kan zijn. Misbruik en seksuele exploitatie zijn een kwestie van definitie, van perspectief en intentie. Ze zijn context gebonden en soms persoonsafhankelijk. Ondanks de relativiteit van het begrip misbruik moet gewaakt worden voor over-relativering. De gevolgen van misbruik en exploitatie zijn namelijk verstrekkend, soms zelfs desastreus. Selmin Çalişkan, een beleidsmedewerkster van *Medica Mondiale*, legde bijvoorbeeld uit dat misbruik sociologische, psychologische, maar ook ernstige medische bijgevolgen kan hebben. Diverse gevallen zijn bekend van vrouwen die besmet zijn geraakt met HIV, of hun heil hebben gezocht in verdovende middelen om de psychologische pijn van misbruik te onderdrukken. Lieutenant Colonel Karen Thoms, professor aan de *US Military Academy (Westpoint)*, wees op de rol van interveniërende krijgsmachten in situaties van misbruik en exploitatie. Thoms gaf aan dat buitenlandse krijgsmachten in onder andere voormalig Joegoslavië het fenomeen van prostitutie en mensenhandel in stand hielden en zelfs in de hand werkten.

Het aandeel van interveniërende krijgsmachten in het fenomeen misbruik werd enkele jaren duidelijk toen de eerste berichten over misbruik door VN militairen in de Democratische Republiek Congo (DRC) naar buiten kwamen. Misbruik door VN militairen of blauwhelmen – het tweede cluster van onderwerpen – bleek niet beperkt te zijn tot de DRC. Professor Muna Ndulo van *Cornell Law School* en luitenant-kolonel Ben Klappe gaven een overzicht van de VN verslagen en het beleid dat ontwikkeld is om misbruik door blauwhelmen in de toekomst te voorkomen. Ondanks de veelbelovende regelgeving en institutionele voorstellen blijken problemen te bestaan bij de opsporing en bestraffing van misbruikers. Bovendien hebben slachtoffers soms moeite om zich te melden, terwijl niet-slachtoffers gebruik maken van de situatie en valse aanklachten indienen. Kathryn Spurling, een onderzoekster van de *Australian Defence Force Academy* en tevens voormalig officier van de Australische Marine, besprak de sociologische achtergrond voor het VN misbruik. Zij legde uit dat de masculiene cultuur binnen krijgsmachten een belangrijke oorzaak is voor het misbruik door de blauwhelmen. Spurling meende dat een nieuw ethisch bewustzijn moest worden gerealiseerd binnen de diverse krijgsmachten.

Het derde cluster van onderwerpen betrof de (grenzen van) juridische benaderingen voor het probleem van seksueel misbruik. Professor Cees Flinterman, verbonden aan de rechtenfaculteit van de Universiteit Utrecht en tevens lid van de VN Commissie voor de Eliminatie van Discriminatie tegen Vrouwen (CEDAW), zette uiteen wat de mogelijkheden en grenzen waren van het Verdrag voor de Eliminatie van Discriminatie tegen Vrouwen. Professor Doris Buss van de rechtenfaculteit van *Carleton University* lichtte toe hoe de behandeling van vrouwelijke slachtoffers voor Internationale Tribunalen ertoe leidt dat de getroffen vrouwen gestigmatiseerd worden, en zich niet meer kunnen ontdoen van het label ‘*raped woman*’. Madeleine Rees, hoofd van de *Gender and Women’s Rights Unit* van de *VN Office of the High Commissioner for*

*Human Rights*, gaf aan dat Internationale Tribunalen überhaupt weinig of geen rekening houden met de psychologische impact van het oproepen van slachtoffers als getuigen. Rees was zich bewust van de noodzaak van getuigenissen van slachtoffers teneinde misdadigers te kunnen berechten, maar de insensitiviteit van de Tribunalen voor het persoonlijke trauma van de slachtoffers was volgens Rees zorgwekkend. Professor Teresa Godwin Phelps van de *American University – Washington College of Law* verrijkte de discussie door het alternatief van waarheidscommissies naar voren te brengen. Waarheidscommissies hebben het voordeel dat getuigenissen in relatieve anonimiteit kunnen plaatsvinden. Bovendien vergroten waarheidscommissies de kans op openheid van misdadigers, hetgeen de ondraaglijke last van onwetendheid enigszins kan verlichten. Daarentegen blijven misdadigers voor waarheidscommissies onbestraft in de traditionele zin van het woord. Bovendien legde Catherine Turner, onderzoekster van het *Transitional Justice Institute van Ulster University*, uit dat op dit moment een gender perspectief nog vaak ontbreekt bij waarheidscommissies.

## *II. Evaluatie en vervolg: ontwikkeling van een permanent crossprofessioneel platform*

Na afloop van de conferentie werden vele positieve reacties ontvangen. Deelnemers waren bijzonder te spreken over de opzet van de conferentie en de dialoog die de NLDA mogelijk had gemaakt. Vanzelfsprekend was de organisatie verheugd over de positieve respons, maar zoals het een goede academische en militaire instelling betaamt, wilde de organisatie ook kritisch zijn op zichzelf. Na een interne en externe evaluatie bleek dat bepaalde onderwerpen onvoldoende waren uitgediept, en dat de dialoog tussen de verschillende beroepsgroepen soms onvoldoende uit de verf kwam.

Uit de nabesprekingen kwam naar voren dat in alle drie de clusters van onderwerpen belangrijke lacunes aanwezig waren. In het eerste cluster – algemene oorzaken, patronen en gevolgen van seksueel misbruik van vrouwen in gewelddadig conflict – lag de nadruk sterk op patronen van misbruik, en bleven *specifieke* oorzaken en gevolgen onderbelicht. Oorzaken en gevolgen werden respectievelijk gepresenteerd als *complex* en met elkaar verweven aanleidingen en resultaten van misbruik. Daardoor kwamen specifieke psychologische en sociologische motieven van misdadigers, en *expliciete* psychologische, politieke en sociologische effecten voor individuen en gemeenschappen slechts oppervlakkig aan de orde. In het tweede cluster – misbruik van vrouwen door VN militairen – ontstond een discussie over de definitie van seksuele exploitatie. Maakt een blauwhelm die seks bedrijft met een lokale burger tegen betaling zich schuldig aan seksuele exploitatie? Moet onderscheid worden gemaakt tussen betaling in natura en betaling in geld? Is de hoogte van de betaling relevant? Of is seks met een lokale burger, gelet op de machtsrelatie en de afhankelijkheid van de lokale burgers, per definitie seksuele exploitatie? Indien de neiging bestaat bevestigend te antwoorden op de laatste vraag, dan rijst de kwestie van keuzevrijheid, of betere gezegd de ontkenning daarvan, voor lokale burgers. Ondanks het feit dat absolute antwoorden op voornoemde vragen niet mogelijk zijn, leende de combinatie van beroepsgroepen tijdens de conferentie zich uitstekend voor een benadering van enkele antwoorden, maar helaas werd de benadering van die antwoorden nooit gerealiseerd. In het tweede cluster – juridische benaderingen van seksueel misbruik van vrouwen in gewelddadig conflict – lag een buitenproportionele nadruk op internationaal strafrecht en het relatief nieuwe verschijnsel *transitional justice*. Alhoewel internationaal strafrecht zowel een repressief als preventief karakter en doel heeft, ligt het accent op repressie. Een degelijke analyse van preventieve regelgeving ontbrak. Bovendien kwam de optie van

humanitaire interventie slechts marginaal aan bod.

Het belangrijkste succes van de conferentie was de gecombineerde dialoog. De organisatie had graag meer buitenlandse militairen en nationale politici willen verwelkomen.<sup>3)</sup> Desalniettemin was de waardering voor de conferentie aanzienlijk. Vrijwel alle deelnemers uitten de behoefte aan een *permanent* crossprofessioneel platform voor dialoog en onderzoek. Participanten maakten duidelijk dat zij de mogelijkheid wilden hebben constant met elkaar te kunnen communiceren. Zij wilden niet afhankelijk zijn van conferenties en andere kortstondige, georganiseerde ontmoetingen om het onderzoek, de regelgeving en het beleid naar een hoger niveau te brengen. Naar aanleiding van de expliciete vraag van de deelnemers is recentelijk een eerste aanzet gemaakt voor de oprichting van een permanent crossprofessioneel platform. Dat platform zal in eerste instantie een vrij ongedwongen karakter hebben met gespreide verantwoordelijkheid. Een militaire, een politieke en een academische werkgroep zullen worden opgericht, gevolgd door een overkoepelende gemengde werkgroep die het werk van de eerstgenoemde werkgroepen overziet en coördineert. Diverse internationale organisaties, waaronder drie VN vertegenwoordigingen, hebben zich gemeld om deel te nemen aan de politieke werkgroep. Prominente academici van o.a. *Cornell Law School*, *Emory University School of Law*, de *London School of Economics*, en *Yale University* hebben aangekondigd dat zij willen meewerken aan de academische werkgroep. Op dit moment is de organisatie nog bezig om personele en inhoudelijke invulling te geven aan de militaire werkgroep.

### *Conclusie*

Na een mooie conferentie en bijval vanuit de academische en politieke arena moet de organisatie er nu voor waken niet ten onder te gaan aan het eigen succes. Het produceren van plannen is vaak makkelijker dan het uitvoeren ervan. Bijgevolg is serieus overwogen om het crossprofessionele platform voorlopig niet op te zetten. Toch is vanwege de ernst en de omvang van het probleem van seksueel misbruik besloten om een aanzet te geven voor het platform, dat weliswaar simpel van opzet is, maar toch – of juist daarom – een enorme inzet van betrokken partijen vraagt. Volgend jaar, in september 2008, zal een expert meeting over seksueel misbruik, met als thema *transitional justice*, georganiseerd worden in Atlanta, op de campus van Emory University. Een jaar later, in juni 2009, zal de Belgische Koninklijke Militaire Academie een expert meeting organiseren met betrekking tot seksueel misbruik door UN peacekeepers.

---

<sup>3)</sup> Met nationale politici wordt bedoeld op individuen die werkzaam zijn in nationale politiek in binnen- en buitenland. Ter vergelijking, personeel van internationale organisaties was bijzonder goed vertegenwoordigd.

## De Goede Oude Tijd

Onderstaande bijdrage is de derde en laatste van drie korte bijdragen die elk een anderhalve eeuw oude strafzaak tot onderwerp hebben en aantonen dat de goede oude tijd een uiterst betrekkelijk begrip is.

### Hoezo Vooringenomen?

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

*Hoe een officier, beschuldigd van mishandeling van een burger, door de krijgsraad wordt vrijgesproken, volgens het vonnis wegens gebrek aan bewijs, maar in werkelijkheid - dat denkt althans de schrijver van deze bijdrage - wegens vooringenomenheid jegens het slachtoffer.*

#### *De stand van zaken*

De na het vertrek van de Fransen in 1814 tot stand gebrachte *Grondwet voor de Vereenigde Nederlanden* bevatte op het punt van de militaire strafrechtspraak een belangrijke bepaling: militairen zouden voortaan voor alle door hen gepleegde delicten, zowel militaire als commune, terechtstaan voor krijgsraden en het Hoog Militair Gerechtshof. Aldus kwam een einde aan de sinds de Staatsregeling van 1798 geldende beperking van de rechtsmacht van de militaire rechter tot *militaire* delicten.<sup>1)</sup> Anders dan voorheen kon dus een militair die - zoals in de onderhavige zaak - werd verdacht van het commune delict *mishandeling*, gewoon naar de krijgsraad worden verwezen.

Ingevolge de eveneens in 1814 totstandgekomen *Regtspleging voor het Krijgsvolk te Lande* stond voor militairen, in geval veroordeling door een krijgsraad, in beginsel hoger beroep open bij het Hoog Militair Gerechtshof. De auditeur-militair (de openbare aanklager) beschikte niet over het recht van hoger beroep. Wel diende elk vonnis ter goedkeuring - de wet sprak van *approbatie* - aan het Hoog Militair Gerechtshof te worden toegezonden.<sup>2)</sup>

In 1867, het jaar waarin de onderhavige zaak speelde, was het grondgebied van Nederland verdeeld in zeven militaire afdelingen. Elke afdeling had een eigen krijgsraad, waarvan de president en de zes leden door de regionale bevelhebber werden benoemd. Zij werden gekozen uit de officieren van het in de hoofdplaats van de afdeling gelegerde garnizoen. Ook het Hoog Militair Gerechtshof bestond - de president inbegrepen - uit zeven leden: drie burgerrechters, onder wie de president, en vier officieren, twee van de zeemacht en twee van de landmacht.<sup>3)</sup> Zowel de president als de leden werden voor het leven benoemd door de Koning.

Tegen uitspraken van het Hoog Militair Gerechtshof stond destijds geen beroep in cassatie open bij de Hoge Raad. Het Hof was dus de hoogste militaire rechter.<sup>4)</sup>

<sup>1)</sup> Artikel 298 van de (na de Bataafse Omwenteling van 1795 tot stand gebrachte) Staatsregeling van 1798 luidde: 'Het Volk van Oorlog blijft, zonder onderscheiding van rang, in alle civile zaken, en voorts in commune delicten, alleenlijk onderworpen aan den Burgerlijken Regter.'

<sup>2)</sup> In 1925 werd de *approbatie* afgeschaft. Tevens werd aan de openbare aanklager het recht van hoger beroep toegekend.

<sup>3)</sup> In 1923 werd het aantal burgerleden teruggebracht tot twee.

<sup>4)</sup> Dit veranderde in 1979, toen de Rijkswet tot invoering van de rechtsmiddelen van cassatie, cassatie in het belang der wet en herziening in het militaire strafproces (Stb.1979, 69).

### *Het incident*

Op vrijdagmiddag, 9 augustus 1867, staat voor de winkel van winkelier Leupen in de Houtstraat te Haarlem een rijtuig te wachten. In het rijtuig zit, de leidsels los in de hand, een officier, een tweede-luitenant. Zijn naam: Lodewijk Arend Robert Wolfgangh Baron van Ittersum. Hij kijkt tevreden om zich heen en pakt uit een zilveren koker een sigaar. Dan valt zijn oog op een man die op het punt staat de winkel van Leupen binnen te gaan. De man heeft een brandende sigaar in de hand. Van Ittersum roept hem aan en vraagt om een vuurtje. Hij doet dit echter op zo'n gebiedende toon dat de man, een zekere Smeets, er een opmerking over maakt. Niettemin overhandigt hij Van Ittersum zijn brandende sigaar. Tussen beide heren ontstaat een ruzieachtige woordenwisseling die een einde vindt als Van Ittersum de sigaar van Smeets boos op de grond gooit en hem een tik geeft met de in het rijtuig aanwezige zweep. Althans, dit is de lezing van Smeets, die door enkele getuigen wordt bevestigd.

Als het voorval aan de commandant van Van Ittersum wordt gemeld, licht deze, zoals wettelijk voorgeschreven, de regionale bevelhebber in, die vervolgens besluit Van Ittersum naar de krijgsraad te verwijzen. Verwijzing houdt in dat Van Ittersum niet langer slechts verdachte is, maar de hoedanigheid van *beklaagde* (in de zin van beschuldigde) heeft verkregen. Hem wordt, vanwege de tik met de zweep, *mishandeling* ten laste gelegd. Het slachtoffer is Smeets.

### *Het proces*

De zaak tegen tweede-luitenant Lodewijk Arend Robert Wolfgangh Baron van Ittersum (hierna: beklaagde) wordt behandeld door de Krijgsraad in de Eerste Militaire Afdeling, standplaats Haarlem. De krijgsraad bestaat uit een president, met de rang van luitenant-kolonel, en zes leden: een kapitein, een ritmeester, drie eerste-luitenants en één tweede-luitenant. Beklaagde verschijnt in persoon ter zitting. Ook zijn enkele getuigen opgeroepen, onder wie het slachtoffer Smeets. De vraag die beantwoording behoeft is of de door beklaagde gegeven tik met de zweep kan worden gezien als *mishandeling* in de zin van de wet.

Tegenover de krijgsraad geeft beklaagde toe Smeets met de zweep te hebben geraakt. Hij ontkent echter ten stelligste opzettelijk te hebben gehandeld. Hij voegt hieraan toe dat, als hij Smeets met de zweep had willen raken, 'deze zich niet over een *ligte* tik te beklagen zoude hebben'. Drie getuigen - het slachtoffer Smeets, winkelier Leupen en een zekere Kubbe - verklaren echter het tegendeel: de tik met de zweep werd wel degelijk opzettelijk gegeven. Slechts één getuige bevestigt de zienswijze van beklaagde. Hij verklaart te geloven dat beklaagde inderdaad niet het oogmerk had om Smeets te raken.

### *Het vonnis*

Op 2 oktober 1867 doet de krijgsraad uitspraak. Het vonnis begint met te stellen dat - mede gelet op de verklaring van beklaagde - 'als bewezen moet worden aangenomen dat het zweepkoord den getuige Smeets een *ligte* tik heeft gegeven'. Om van *mishandeling* te kunnen spreken is echter vereist dat beklaagde de intentie had om getuige Smeets te raken. Alles afwegend komt de krijgsraad de slotsom dat deze intentie bij beklaagde ontbrak.

In de eerste plaats, aldus het vonnis, 'is het reeds op zichzelf onwaarschijnlijk te achten dat iemand van den rang en stand van den beklaagde zich door zijn drift zoover zoude laten vervoeren, dat hij een daad zoude plegen, welke een zodanig gezelschap als waarin hij zich bevond, zoude blootstellen aan een minstens hoogst onaangenaam voorval waarvan de gevolgen niet te berekenen zouden zijn'. Anders gezegd: officieren doen zoiets niet, althans het is onwaarschijnlijk dat zij zoiets doen. Waarop dit standpunt is gegrond, weet ik niet.

Mijn ervaringen bij de marine wijzen in een andere richting. Wellicht had de krijgsraad uitsluitend officieren van de landmacht op het oog. Maar ook dan is het standpunt, vrees ik, onhoudbaar.

Terug naar het vonnis. Na de zo-even aangehaalde opmerking, wordt in het vonnis korte metten gemaakt met de verklaringen van de drie getuigen à charge. Eerst wordt gesteld dat de verklaringen van deze getuigen 'niet onvoorwaardelijk als gegrond kunnen worden aangenomen'. Hieraan wordt toegevoegd dat dit in het bijzonder geldt voor de verklaring van het slachtoffer Smeets, 'als zijnde die getuige blijkbaar in een toestand geweest welke hem het voorgevallene zich niet duidelijk doet voorstellen'. Vervolgens wordt er op gewezen dat de verklaringen van de drie getuigen worden weersproken door de vierde getuige 'die ten stelligste verklaart te gelooven dat het geenszins des beklaagden oogmerk is geweest om den getuige Smeets te treffen'. Kennelijk geldt voor deze verklaring niet dat zij 'niet onvoorwaardelijk als gegrond kan worden aangenomen'. En ten slotte vermeldt het vonnis dat, naar het oordeel van de krijgsraad, de opmerking van beklaagde dat, als hij Smeets had willen raken, de klap wel harder zou zijn aangekomen, 'niet van grond ontbloot is te achten'.

'Uit dit alles volgt', zo eindigen de overwegingen, 'dat er geen voldoende aanwijzing ten processe aanwezig is om als bewezen te mogen aannemen dat het des beklaagden wil is geweest om den getuige Smeets te raken'. Beklaagde wordt dan ook vrijgesproken.

De volgende dag, op 3 oktober 1867, wordt het vonnis ter approbatie toegezonden aan het Hoog Militair Gerechtshof.

#### *Het oordeel van het Hoog Militair Gerechtshof*

Het Hoog Militair Gerechtshof neemt geschrokken kennis van het vonnis. Na rijp beraad besluit het Hof het vonnis te *approberen*. Bij resolutie van 18 oktober 1867 wordt de approbatie verleend. Dit geschiedt echter, zoals de Resolutie uitdrukkelijk vermeldt, 'zonder dat het Hof daarom geacht wil worden zich te hebben vereenigd met al de beweegredenen die door den krijgsraad als gronden voor zijne vrijspraak zijn aangenomen'. Tevens geldt als voorwaarde dat de gehele passage, waarin de krijgsraad opmerkt dat in het bijzonder aan de verklaring van getuige Smeets weinig waarde kan worden gehecht, wordt geschrapt. Naar het oordeel van het Hof kan de passage slechts 'tot een voor het eergevoel van den Heer Smeets kwetsende opvatting leiden'.

Met de Resolutie van het Hoog Militair Gerechtshof komt aan de zaak een einde.

#### *Slotopmerking*

De titel van deze bijdrage is ontleend aan de onmiskenbaar bij de krijgsraad bestaande vooringenomenheid jegens de heer Smeets. Hij, een burger, wordt van meet af aan als schuldige beschouwd, niet als slachtoffer. Hij is de ruzie begonnen en hij is vervolgens gaan klagen. Bovendien is wat hij zegt, niet waar. Hij verkeerde althans, toen hij werd gehoord, in een toestand die hem het zicht op wat feitelijk was voorgevallen, belemmerde.

En Van Ittersum? Hij is officier - toegegeven, pas tweede-luitenant, maar toch - en officieren doen zoiets niet als waarvan hij destijds werd beschuldigd. Bovendien: als hij Smeets had willen raken, zou de klap wel harder zijn aangekomen.

Tegenover dit alles staat dat het allemaal wel erg lang geleden is gebeurd.

## STRAFRECHTSPRAAK

### Rechtbank Arnhem

Sector strafrecht

Meervoudige kamer

Verkort vonnis van 5 januari 2007

Verstek

*Voorzitter:* mr. E.A.A.M. Pfeil; *rechters:* mr. A.M. van Gorp en mr. A.W.M. Hoof.

#### a. Bevoegdheid

*Op een tenlastelegging die een periode noemt waarin het feit of de feiten zouden zijn begaan, en waarin de verdachte in een deel van die periode militair is en in het overige deel burger, kan niet door één rechter beslist worden. Voor het deel waarin verdachte militair was, is de militaire kamer bevoegd, voor het andere deel de commune strafrechter.*

#### b. Grondslag van de tenlastelegging

*De beslissing van de rechtbank dient te geschieden 'op grondslag van de tenlastelegging'.*

(art. 3 WMSv jo. art. 348 Sv., art. 348 t/m 350 Sv.)

In de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Amhem tegen N., geboren op [datum] te [plaats], adres [adres], te [plaats].

Raadsman: mr. A.H.J.G. van Voorthuizen, advocaat te Ede.

#### 1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd dat:

1. hij op een of meer tijdstip(pen) in of omstreeks de periode van 01 november 2000 tot en met 01 april 2005 te Ede (telkens) opzettelijk mishandelend een persoon (te weten [slachtoffer 1]), een of meerdere ma(a)l(en) op/tegen het hoofd en/of in/tegen het gelaat en/of (met een stok) op/tegen het lichaam heeft geslagen en/of gestompt en/of een of meerdere ma(a)l(en) aan de haren heeft getrokken en/of meegesleept en/of een of meerdere ma(a)l(en) bij de keel/hals heeft gepakt/gegriep, waardoor deze letsel heeft bekomen en/of pijn heeft ondervonden;

2. hij op een of meer tijdstip(pen) in of omstreeks de periode van 01 november 2000 tot en met 01 april 2005 te Ede (telkens) opzettelijk mishandelend een of meer perso(o)n(en) (te weten [slachtoffer 2] en/of [slachtoffer 3]), een of meerdere ma(a)l(en) (met een stok/tak en/of een (pol)lepel en/of (ander) keukengerei) heeft geslagen en/of gestompt en/of een of meerdere ma(a)l(en) aan de haren heeft getrokken en/of meegesleept en/of een of meerdere ma(a)l(en) (hard) bij het/de oor/oren heeft gepakt en/of aan het/de oor/oren heeft getrokken en/of een of meerdere ma(a)l(en) (hardhandig) heeft vastgepakt en/of heeft geduwd en/of heeft gekrabd, waardoor deze letsel heeft bekomen en/of pijn heeft ondervonden;

3. hij op een of meer tijdstip(pen) in of omstreeks de periode van 01 januari 2002 tot en met 01 april 2005 te Ede, ontucht heeft gepleegd met de aan zijn zorg en/of opleiding en/of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige [slachtoffer 2], geboren op 08 april 1994, (telkens) hierin bestaande dat verdachte een of meerdere ma(a)l(en) de (ontblote) penis van voornoemde [slachtoffer 2] heeft vastgepakt en/of heeft vastgehouden en/of heeft betast en/of een of meerdere ma(a)l(en) aan de (ontblote) penis van voornoemde [slachtoffer 2] heeft getrokken en/of een of meerdere ma(a)l(en) in de (ontblote) penis van voornoemde [slachtoffer 2] heeft geknepen;

## 2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is op 10 november 2006 en op 22 december 2006 ter terechtzitting onderzocht. Verdachte en diens raadsman, mr. A.H.J.G. van Voorthuizen, zijn op 22 december 2006 niet verschenen.

De officier van justitie heeft de rechtbank verzocht zich ten aanzien van het tenlastegelegde, voorzover betreffende de periode van 1 november 2000 tot en met 24 oktober 2004, onbevoegd te verklaren, omdat uit nader onderzoek is gebleken dat verdachte gedurende die periode werkzaam is geweest als militair.

### 2a. Bevoegdheid van de rechtbank

De rechtbank zal zich ten aanzien van het tenlastegelegde, voorzover betreffende de periode van 1 november 2000 tot en met 24 oktober 2004, onbevoegd verklaren, nu gebleken is dat verdachte gedurende die periode werkzaam is geweest als militair. De zaak dient derhalve voor die gedeelten van de tenlastelegging te worden aangebracht bij de Militaire Kamer van de rechtbank te Amhem.

## 3. De beslissing

De rechtbank, rechtdoende:

Verklaart zich onbevoegd ten aanzien van het tenlastegelegde voorzover betreffende de periode van 1 november 2000 tot en met 24 oktober 2004.

### NASCHRIFT

#### a. Bevoegdheid van de rechter in militaire strafzaken en de commune strafrechter

*Het betreft hier een zaak die is aangebracht niet bij de militaire maar bij een commune strafkamer van de rechtbank te Arnhem.*

*Tijdens de behandeling ter zitting wordt vastgesteld dat in de tenlastegelegde periode de verdachte in een deel van die periode militair was. Volgens art. 3 WMSv is uitsluitend de militaire strafrechter bevoegd. (De uitzondering hierop die in art. 4 WMSv wordt genoemd doet zich hier niet voor).*

*Er blijft dan voor de commune strafrechter niets anders over dan zich voor het gedeelte van de tenlastelegging waarin de verdachte militair was, onbevoegd te verklaren en dat gebeurt dan ook.*

*De officier van justitie kan de zaak voorzover het betreft de periode waarin de verdachte militair was, opnieuw aanbrengen bij de militaire kamer.*

*De wet voorziet voor dit soort gevallen niet in de mogelijkheid om een dergelijke tenlastelegging door één rechter te laten behandelen. Was deze tenlastelegging in zijn geheel voorgelegd aan de militaire kamer dan had deze zich voor het deel waarin de verdachte niet-militair was, onbevoegd moeten verklaren.*

*Een periode waarin een verdachte voor een deel militair en voor het andere deel niet-militair is, zal dus ‘geknipt’ moeten worden in een deel dat bij de militaire strafrechter en een deel dat bij de commune strafrechter moet worden aangebracht .*

#### b. Grondslag van de tenlastelegging

*Nadat het onderzoek op de zitting is gesloten, zal de rechtbank zich met toepassing van de art. 348 tot en met 352 Sv moeten beraden en uitspraak moeten doen.*

*Toepassing van art. 348 Sv jo. art. 3 WMSv levert hier op dat de rechtbank zich onbevoegd verklaart voor het gedeelte van de tenlastelegging waarin de verdachte militair was.*

*Echter, dan blijft er in deze zaak nog wel een stukje over voor de commune strafrechter. Zowel in feit 1, in feit 2 alsook in feit 3 blijven periodes over die niet getroffen worden door die onbevoegdverklaring. De feiten 1 en 2 bestrijken een periode van 1 november 2000 tot en met 1 april 2005 en feit 3 een periode van 1 januari 2002 tot en met 1 april 2005 en de rechtbank verklaart zich onbevoegd kennis te nemen van de feiten voorzover het de periode van 1 november 2000 tot en met 24 oktober 2004 betreft.*

*De periodes van 25 oktober 2004 tot en met 1 april 2005 in de drie feiten worden dus niet getroffen door de onbevoegdverklaring en blijven over als grondslag van de tenlastelegging waarover de rechtbank op grond van art. 350 Sv een beslissing had moeten nemen, maar dat gebeurt hier niet.*

*J.R.G.J.*

---

**BESTUURSRECHTSPRAAK****Centrale Raad van Beroep**

12 april 2007

05/5284 MAW

LJN: BA4242

*Voorzitter:* H.A.A.G. Vermeulen; *leden:* R. Kooper en J.L.P.G. van Thiel.

**Kantonrechtersformule toepasbaar?**

*Het besluit waarbij een BBT-er is aangesteld als BOT-er, wordt ingetrokken. Betrokkene maakt tegen intrekking bezwaar. Omdat hij inmiddels buiten de defensieorganisatie een andere functie heeft verkregen, verzoekt hij subsidiair het door hem geleden inkomensnadeel te compenseren. Hij verlangt, aanhakend bij de zgn. kantonrechtersformule, toekenning van een bedrag, gelijk aan het aantal dienstjaren maal het laatstverdiende maandsalaris. De staatssecretaris handhaaft het besluit tot intrekking en kent betrokkene een geldelijke tegemoetkoming toe. Bij het bepalen van de hoogte van de tegemoetkoming heeft de staatssecretaris aansluiting gezocht bij de kantonrechtersformule. Tevens is echter een correctiefactor toegepast. De eerste rechter verklaart het tegen dit besluit ingestelde beroep ongegrond, welke uitspraak door de Centrale Raad van Beroep wordt bevestigd. De Raad onderschrijft het standpunt van de staatssecretaris dat de kantonrechtersformule een puur civielrechtelijk instrument is dat zich niet leent voor toepassing in geschillen inzake de ambtelijke rechtspositie. Ook is de Raad van oordeel dat de vergoeding die de staatssecretaris heeft toegekend het door appellant geleden financiële nadeel (meer dan) compenseert.*

(Kantonrechtersformule)

## UITSpraak

op het hoger beroep van: A., wonende te B., hierna: appellant, tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 14 juli 2005, 04/2891, hierna: de aangevallen uitspraak

in het geding tussen appellant en de Staatssecretaris van Defensie, hierna: de staatssecretaris.

*I. Procesverloop*

Appellant heeft hoger beroep ingesteld.

De staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 8 maart 2007. Appellant is verschenen, bijgestaan door mr. M.J. de Haas, verbonden aan de VBM/NOV. De staatssecretaris heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. S.E.B. Gorsira, werkzaam bij het ministerie van Defensie.

*II. Overwegingen*

1. Op grond van de gedingstukken en het verhandelde ter zitting gaat de Raad uit van de volgende hier van belang zijnde feiten en omstandigheden.

1.1. Tijdens zijn aanstelling als militair voor bepaalde tijd is appellant bij besluit van 26 maart 2001, hem toegezonden bij brief van 28 maart 2001, met ingang van 29 februari

2004 aangesteld als militair voor onbepaalde tijd. Dat aanstellingsbesluit is ingetrokken bij besluit van 19 september 2003. In bezwaar tegen dat intrekkingbesluit heeft appelland, die inmiddels een andere functie buiten de defensieorganisatie had verkregen, toepassing van het Sociaal Beleidskader (SBK) aan de orde gesteld. Subsidiar heeft hij verzocht, in verband met het ontstane inkomensnadeel, hem zijn dienstjaren vermenigvuldigd met zijn laatstverdiende maandsalaris uit te keren. Hij stelde daarmee aan te haken bij de zogenoemde kantonrechtersformule.

1.2. In het bestreden besluit van 8 juni 2004 heeft de staatssecretaris overwogen, onder verwijzing naar de uitspraak van de Raad van 2 april 2004, LJN AO7753, dat hij bevoegd was tot intrekking van het aanstellingsbesluit van 26 maart 2001 onder toekenning van compenserende maatregelen. Hij trof die maatregelen - na afwijzing van toepassing van het SBK - in de vorm van een geldelijke vergoeding. Voor de berekening van die vergoeding heeft de staatssecretaris "aansluiting gezocht bij de kantonrechtersformule, welke pleegt te worden toegepast in geval van ontbinding ex artikel 7:685 van het Burgerlijk Wetboek". De staatssecretaris heeft de vijf dienstjaren van appelland vermenigvuldigd met het bruto maandsalaris en hij heeft de zogenoemde correctiefactor C bepaald op 0,25. De toegekende vergoeding bedroeg zodoende 1,25 bruto maandsalaris inclusief vakantietoeslag.

2. De rechtbank heeft het beroep tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard.

3. Appelland heeft zich in hoger beroep niet gekeerd tegen de afwijzing van de toepassing van het SBK. Hij richt zijn grieven tegen de bepaling van de correctiefactor op 0,25. Zijns inziens moet, nu eenmaal besloten is tot toepassing van de kantonrechtersformule en niet sprake is van een bijzonder geval, de factor C worden bepaald op 1.

4. De staatssecretaris heeft betoogd dat niet besloten is tot volledige toepassing van de kantonrechtersformule, maar dat slechts aansluiting is gezocht bij die formule om zodoende in dit concrete geval tot een bedrag aan nadeelcompensatie te komen. Eerder is wel door een bestuursrechter op dezelfde wijze, met een correctiefactor C van 0,25, een vergoedingsbedrag bepaald. Daaraan heeft de staatssecretaris toegevoegd dat het niet zijn beleid is om de formule, een puur civielrechtelijk instrument, toe te passen en dat hij daarbij ook niet meer aansluiting zoekt. Voorts is benadrukt dat het er om gaat dat het door appelland geleden nadeel wordt gecompenseerd. Dat nadeel bestaat uit een nadelig verschil van € 32,03 bruto per maand gedurende 12 maanden en is met de toekenning van 1,25 bruto maandsalaris meer dan volledig goedge maakt, aldus de staatssecretaris.

5. De Raad overweegt naar aanleiding van deze standpunten van partijen als volgt.

Hij onderschrijft het standpunt van de staatssecretaris dat de kantonrechtersformule zich niet leent voor toepassing in geschillen betreffende de ambtelijke rechtspositie. Hij volgt de staatssecretaris ook waar deze stelt dat hij niet heeft beoogd die formule in dit geval zonder meer toe te passen, maar dat hem voor ogen heeft gestaan het vergoeden van het werkelijk door appelland geleden nadeel. Door aan te sluiten bij een eerder gekozen benadering met hantering van 0,25 voor de factor C, heeft de staatssecretaris een vergoeding toegekend die het door appelland geleden financiële nadeel (meer dan) compenseert. Nu verder slechts gesproken kan worden van een, overigens heel begrijpelijke, teleurstelling aan de kant van appelland, kan niet gezegd worden dat de staatssecretaris gehouden is tot toekenning van een verdergaande compensatie.

6. De aangevallen uitspraak, waarbij het bestreden besluit in stand is gelaten, moet dus worden bevestigd.

7. De Raad acht tot slot geen termen aanwezig toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht inzake vergoeding van proceskosten.

### III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP;

Recht doende:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

#### NASCHRIFT

1. *Het civielrechtelijke ontslagrecht verschilt op en aantal punten wezenlijk van het voor militairen geldende ontslagrecht. Zo kent het civielrechtelijke ontslagrecht de opzegging, de mededeling aan de werkgever dat men de dienstbetrekking wenst te beëindigen. Militairen kunnen niet opzeggen. Zij behoren ontslag aan te vragen. Ook kan aan een civielrechtelijke dienstbetrekking - anders dan aan het dienstverband van een militair - een einde komen door ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter. In voorkomende gevallen kan de kantonrechter tevens bepalen dat aan degene wiens arbeidsovereenkomst is ontbonden, een vergoeding wordt toegekend. Veelal bedraagt deze vergoeding een bedrag, gelijk aan het bruto maandsalaris vermenigvuldigd met het aantal dienstjaren. Het is in dit verband dat men spreekt van de kantonrechtersformule.*

2. *Zoals in de onderhavige uitspraak valt te lezen onderschrijft de Raad het standpunt van de staatssecretaris dat de kantonrechtersformule zich niet leent voor toepassing in geschillen inzake de ambtelijke rechtspositie. Wel kan, om in gevallen als het onderhavige te komen tot een vergoeding die voldoende compensatie biedt, bij deze formule aansluiting worden gezocht. Zoals ook in (andere) gevallen van gehoudenheid van het bestuur tot schadevergoeding aansluiting wordt gezocht bij het civiele recht. Verwezen kan bijvoorbeeld worden naar CRvB 24 oktober 1996, TAR 1997, nr. 19: 'De Raad overweegt hieromtrent in de eerste plaats dat hij, volgens vaste jurisprudentie, bij een verzoek om toepassing van artikel 8:73 Awb in gevallen als het onderhavige voor wat betreft de materiële en immateriële schade aansluiting zoekt bij het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht.' Ook hier geldt dat aansluiting zoeken bij het civiele recht niet betekent dat de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek zonder meer op de militair worden toegepast. Zie hieromtrent bijvoorbeeld CRvB 31 mei 2001, TAR 2001, nr. 140: 'De Raad overweegt (...) dat de vraag welk recht op schadevergoeding voor appellant uit zijn dienstbetrekking voortvloeit, niet kan worden beantwoord door rechtstreekse toepassing van een regel van burgerlijk recht.' Het betekent wel dat de normen worden toegepast die aan deze bepalingen ten grondslag liggen.*

G.L.C.

## INTERNATIONALE RECHTSPRAAK

### **De toepassing van het EVRM in militaire missies: ineffectieve theorie of onpraktische illusie?**

Annotatie bij EHRM 31 mei 2007, *Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway* (Grand Chamber admissibility decision)

door

D.F. DE BIJL <sup>1)</sup>

#### *Inleiding*

Spijtig vind ik het de lezer te moeten mededelen dat snel na de publicatie van mijn bijdrage ‘Recht op leven voor opposing forces: rechtvaardiging van geweldstoepassing in vredesmissies onder artikel 2 EVRM’ (MRT 2007, p.97-110) het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) een ontvankelijkheidsbeslissing heeft genomen die een belangrijke vooronderstelling in die bijdrage, namelijk dat het EVRM van toepassing kan zijn op militaire missies, onderuit haalt. De zaken *Behrami v. France* en *Saramati v. France, Germany and Norway* (hierna *Behrami and Saramati* zaak; de zaken zijn gevoegd in één beslissing) betreffen klachten over het optreden van KFOR/UNMIK in Kosovo; zodoende zaken waarin de ‘extraterritorial application’ van het EVRM aan de orde zou kunnen komen. Echter, het EHRM beslist anders.

In deze bijdrage wil ik ingaan op een aantal aspecten van de uitspraak in de *Behrami and Saramati* zaak, met name het deel over de klacht van *Saramati* nu dat deel betreft optreden door KFOR. Eerst wil ik kort ingaan op de achtergrond van de zaak en een korte beschrijving geven van de feiten en de beslissing van het EHRM. Daarna wil ik op drie punten commentaar geven: de veronderstelde ‘ultimate authority and command’ van de VN Veiligheidsraad, de ‘interference’ van het VN-beleid inzake vrede en veiligheid en de bescherming van mensenrechten als argument tegen de niet-ontvankelijkheid van de zaak. Verder wil ik enige gedachten geven over de betekenis van de uitspraak.

#### *Achtergrond*

De zaken zijn zowel feitelijk als juridisch een opvolging van de zaak *Banković v. Belgium and 16 other Contracting Parties*<sup>2)</sup>. Feitelijk, want die laatste zaak betrof een klacht over het bombardement van het ‘Radio Televizije Srbije’ (RTS) gebouw in Belgrado, uitgevoerd tijdens de NAVO air campaign ‘Allied Force’ van 23 maart tot 10 juni 1999 (formeel beëindigd op 20 juni). Met het uitvoeren van die bombardementen werd door de NAVO een overeenkomst (de ‘Military Technical Agreement’, MTA) tussen die organisatie en de Federale Republiek Joegoslavië en de Republiek Servië afgedwongen, welke voorzag in een ‘international security presence under UN auspices’. Deze ‘Multinational Force’ (MNF) verkreeg een VN-mandaat door de VN Veiligheidsraadresolutie (UNSCR) 1244 (1999),

<sup>1)</sup> Met dank aan professor R. Lawson voor zijn commentaar bij eerdere versies van deze bijdrage.

<sup>2)</sup> EHRM 21 december 2001, *Banković v. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxemburg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom*. Zie bijvoorbeeld hierover de annotatie door M.T. Kamminga in NJCM-Bulletin 2002, p.631 – 641.

waarin die MNF, KFOR (met ‘substantial NATO participation’), de bevoegdheid kreeg ‘all necessary measures’ te nemen voor de uitvoering van de in de resolutie genoemde taken.<sup>3)</sup>

Ook juridisch kan de Behrami and Saramati zaak gezien worden als opvolging van de zaak Banković: de klagers hadden in beide zaken twee hordes (ontvankelijkheidscriteria) te nemen voordat het EVRM van toepassing verklaard kon worden op het optreden van de NAVO (KFOR). Een klacht moet zowel ontvankelijk ‘ratione loci’ als ontvankelijk ‘ratione personae’ zijn. De ontvankelijkheid ‘ratione loci’ betreft de extraterritoriale werking van het EVRM, beoordeeld naar de ‘jurisdiction’ ex artikel 1 EVRM van de Staat in welke jurisdictie de klager zich moet bevinden. De ontvankelijkheid ‘ratione personae’ is gebaseerd op artikel 34 EVRM en betreft het vereiste dat het optreden van de Staat waarover geklaagd wordt ook als optreden van die Staat kan gelden, en niet optreden is onder de verantwoordelijkheid van een internationale organisatie. Wanneer dat wel het geval is, valt het optreden buiten de aansprakelijkheid van de Staat.<sup>4)</sup>

Echter, in de zaak Banković kwam alleen de ontvankelijkheid ‘ratione loci’ aan de orde: het EHRM besteedt alleen aandacht aan de vraag of door het uitvoeren van luchtaanvallen personen getroffen door die aanvallen binnen de jurisdictie van de Staten die de aanvallen uitvoeren gebracht worden. Geen aandacht werd geschonken aan de vraag of individuele Staten wel aansprakelijk gehouden kunnen worden voor het optreden van een internationale organisatie, in casu de NAVO (waarin zij overigens wel hun aandeel hebben). In de zaak Behrami and Saramati daarentegen gebeurt precies het omgekeerde: het EHRM oordeelt dat die zaak ‘outside the scope of the Convention ratione personae’ viel: het optreden van KFOR is geen verantwoordelijkheid van de individuele Staten, van de Troop Contributing Nations (TCN’s), maar van de VN. Een beoordeling aangaande het bestaan van jurisdictie ratione loci wordt niet gegeven.

### *Feiten*

De zaak Behrami v. France betreft het exploderen van munitie van een clusterbom (Unexploded Explosive Ordnance, UXO’s), afgeworpen tijdens de NAVO air campaign ‘Allied Force’. Door die explosie wordt een persoon gedood en een ander persoon wordt zwaar verwond; de klager (vader van de twee kinderen) claimt schending van artikel 2, nu KFOR nalatig zou zijn geweest bij het markeren/onschadelijk maken van de UXO’s. De zaak Saramati v. France, Germany and Norway betreft de vrijheidsbeneming van de klager door KFOR, zodoende wordt ondermeer artikel 5 EVRM (het recht op persoonlijke vrijheid) door de klager ingeroepen.

In de zaak Behrami wordt Frankrijk aansprakelijk gehouden, nu deze ‘lead nation’ van Multinational Brigade North (MNB of Multinational Task Force, MNTF) was en het incident in die ‘area of responsibility’ plaatsvond. De klager Saramati stelt dat Frankrijk en Noorwegen aansprakelijk voor zijn detentie, nu orders voor zijn (initiële en voortgezette) detentie gegeven zijn door een Franse en een Noorse KFOR commandant (COMKFOR). Duitsland was de ‘lead nation’ in MNB South en een Duitse officier zou betrokken zijn bij de arrestatie van de klager. Toen Duitsland stelde dat die betrokkenheid niet vastgesteld kon worden, trok de klager zijn klacht tegen Duitsland in.

<sup>3)</sup> UNSCR 1244 (1999), paragraaf 7 en paragraaf 4 van Annex 2 aangaande NATO participation. Mogelijk ook een rechtvaardiging ‘ex post facto’ voor ‘Allied Force’. Cassese maakt melding van die opvatting onder bepaalde schrijvers; A. Cassese, *International law*, second edition, Oxford, 2005, p.351.

<sup>4)</sup> Zie bijvoorbeeld Johan Vande Lanotte en Yves Heack, *Handboek EVRM*, deel 1, Antwerpen/Oxford, 2005, p.523.

*Beslissing*

De uitspraak van het Europees Hof:

**“(…) E. The Court’s assesment**

121. The Court has adopted the following structure in its decision set out below. It has, in the first instance, established which entity, KFOR or UNMIK, had a mandate to detain and de-mine, the parties having disputed the latter point. Secondly, it has ascertained whether the impugned action of KFOR (detention in *Saramati*) and inaction of UNMIK (failure to de-mine in *Behrami*) could be attributed to the UN: in so doing, it has examined whether there was a Chapter VII framework for KFOR and UNMIK and, if so, whether their impugned action and omission could be attributed, in principle, to the UN. The Court has used the term “attribution” in the same way as the ILC in Article 3 of its draft Articles on the Responsibility of International Organisations (see paragraph 29 above). Thirdly, the Court has then examined whether it is competent *ratione personae* to review any such action or omission found to be attributable to the UN.

122. In so doing, the Court has borne in mind that it is not its role to seek to define authoritatively the meaning of provisions of the UN Charter and other international instruments: it must nevertheless examine whether there was a plausible basis in such instruments for the matters impugned before it (*mutatis mutandis*, *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, judgment of 26 May 1993, Series A no. 258-B, § 72).

It also recalls that the principles underlying the Convention cannot be interpreted and applied in a vacuum. It must also take into account relevant rules of international law when examining questions concerning its jurisdiction and, consequently, determine State responsibility in conformity and harmony with the governing principles of international law of which it forms part, although it must remain mindful of the Convention’s special character as a human rights treaty (Article 31 § 3 (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969; *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI; and the above-cited decision of *Banković and Others*, at § 57).

*1. The entity with the mandate to detain and to de-mine*

123. The respondent and third party States argued that it made no difference whether it was KFOR or UNMIK which had the mandate to detain (the *Saramati* case) and to de-mine (the *Behrami* case) since both were international structures established by, and answerable to, the UNSC. The applicants maintained that KFOR had the mandate to both detain and de-mine and that the nature and structure of KFOR was sufficiently different to UNMIK as to engage the respondent States individually.

124. Having regard to the MTA (notably paragraph 2 of Article 1), UNSC Resolution 1244 (paragraph 9 as well as paragraph 4 of Annex 2 to the Resolution) as confirmed by FRAGO997 and later COMKFOR Detention Directive 42 (see paragraph 51 above), the Court considers it evident that KFOR’s security mandate included issuing detention orders.

125. As regards de-mining, the Court notes that Article 9(e) of UNSC Resolution 1244 provided that KFOR retained responsibility for supervising de-mining until UNMIK could take over, a provision supplemented by, as pointed out by the UN to the Court, Article 11(k) of the Resolution. The report of the SG to the UNSC of 12 June 1999 (paragraph 53 above) confirmed that this activity was a humanitarian one (former Pillar I of UNMIK) so UNMIK was to establish UNMACC pending which KFOR continued to act as the de facto coordination centre. When UNMACC began operations, it was therefore placed under the direction of the Deputy SRSG of Pillar I. The UN submissions to this

Court, the above-cited Evaluation Report, the Concept Plan, FRAGO 300 and the letters of the Deputy SRS of August and October 1999 to KFOR (paragraphs 55 and 57 above) confirm, in the first place, that the mandate for supervising de-mining was de facto and de jure taken over by UNMACC, created by UNMIK, at the very latest, by October 1999 and therefore prior to the detonation date in the Behrami case and, secondly, that KFOR remained involved in de-mining as a service provider whose personnel therefore acted on UNMIK's behalf.

126. The Court does not find persuasive the parties' arguments to the contrary. Whether, as noted by the applicants and the UN respectively, NATO had dropped the CBUs or KFOR had failed to secure the site and provide information thereon to UNMIK, this would not alter the mandate of UNMIK. The reports of the SG to the UNSC (53 above) cited by the applicants may have referred to UNMACC as having been set up jointly by KFOR and the UN, but this described the provision of assistance to UNMIK by the previous de facto co-ordination centre (KFOR): it was therefore transitional assistance which accorded with KFOR's general obligation to support UNMIK (paragraphs 6 and 9(f) of UNSC Resolution 1244) and such assistance in the field did not change UNMIK's mandate. The report of the International Committee of the Red Cross relied upon by the applicants, indicated (at p. 23) that mine clearance in Kosovo was coordinated by UNMACC which in turn fell under the aegis of UNMIK. Finally, even if KFOR support was, as a matter of fact, essential to the continued presence of UNMIK (the applicants' submission), this did not alter the fact that the Resolution created separate and distinct presences, with different mandates and responsibilities and, importantly, without any hierarchical relationship or accountability between them (UN submissions, paragraph 118 above). 127. Accordingly, the Court considers that issuing detention orders fell within the security mandate of KFOR and that the supervision of de-mining fell within UNMIK's mandate.

## *2. Can the impugned action and inaction be attributed to the UN?*

### **(a) The Chapter VII foundation for KFOR and UNMIK**

128. As the first step in the application of Chapter VII, the UNSC Resolution 1244 referred expressly to Chapter VII and made the necessary identification of a "threat to international peace and security" within the meaning of Article 39 of the Charter (paragraph 23 above). The UNSC Resolution 1244, inter alia, recalled the UNSC's "primary responsibility" for the "maintenance of international peace and security". Being "determined to resolve the grave humanitarian situation in Kosovo" and to "provide for the safe and free return of all refugees and displaced persons to their homes", it determined that the "situation in the region continues to constitute a threat to international peace and security" and, having expressly noted that it was acting under Chapter VII, it went on to set out the solutions found to the identified threat to peace and security.

129. The solution adopted by UNSC Resolution 1244 to this identified threat was, as noted above, the deployment of an international security force (KFOR) and the establishment of a civil administration (UNMIK).

In particular, that Resolution authorised "Member States and relevant international organisations" to establish the international security presence in Kosovo as set out in point 4 of Annex 2 to the Resolution with all necessary means to fulfil its responsibilities listed in Article 9. Point 4 of Annex 2 added that the security presence would have "substantial [NATO] participation" and had to be deployed under "unified command and

control". The UNSC was thereby delegating to willing organisations and members states (see paragraph 43 as regards the meaning of the term "delegation" and paragraph 24 as regards the voluntary nature of this State contribution) the power to establish an international security presence as well as its operational command. Troops in that force would operate therefore on the basis of UN delegated, and not direct, command. In addition, the SG was authorised (Article 10) to establish UNMIK with the assistance of "relevant international organisations" and to appoint, in consultation with the UNSC, a SRSB to control its implementation (Articles 6 and 10 of the UNSC Resolution). The UNSC was thereby delegating civil administration powers to a UN subsidiary organ (UNMIK) established by the SG. Its broad mandate (an interim administration while establishing and overseeing the development of provisional self-government) was outlined in Article 11 of the Resolution.

130. While the Resolution referred to Chapter VII of the Charter, it did not identify the precise Articles of that Chapter under which the UNSC was acting and the Court notes that there are a number of possible bases in Chapter VII for this delegation by the UNSC: the non-exhaustive Article 42 (read in conjunction with the widely formulated Article 48), the non-exhaustive nature of Article 41 under which territorial administrations could be authorised as a necessary instrument for sustainable peace; or implied powers under the Charter for the UNSC to so act in both respects based on an effective interpretation of the Charter. In any event, the Court considers that Chapter VII provided a framework for the above-described delegation of the UNSC's security powers to KFOR and of its civil administration powers to UNMIK (see generally and *inter alia*, White and Ulgen, "*The Security Council and the Decentralised Military Option: Constitutionality and Function*", *Netherlands Law Review* 44, 1997, 386; Sarooshi, "*The United Nations and the Development of Collective Security: The Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII powers*", Oxford University (1999); Chesterman, "*Just War or Just Peace: Humanitarian Intervention and International Law*", (2002) Oxford University Press, pp. 167-169 and 172); Zimmerman and Stahn, cited above; De Wet, "*The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*", 2004, pp. 260-265; Wolfrum "*International Administration in Post-Conflict Situations by the United Nations and other International Actors*", *Max Planck UNYB* Vol. 9 (2005), pp. 667-672; Friedrich, "*UNMIK in Kosovo: struggling with Uncertainty*", *Max Planck UNYB* 9 (2005) and the references cited therein; and *Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision of 2.10.95, Appeals Chamber of ICTY, §§ 35-36).

131. Whether or not the FRY was a UN member state at the relevant time (following the dissolution of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia), the FRY had agreed in the MTA to these presences. It is true that the MTA was signed by "KFOR" the day before the UNSC Resolution creating that force was adopted. However, the MTA was completed on the express basis of a security presence "under UN auspices" and with UN approval and the Resolution had already been introduced before the UNSC. The Resolution was adopted the following day, annexing the MTA and no international forces were deployed until the Resolution was adopted.

**(b) Can the impugned action be attributed to KFOR?**

132. While Chapter VII constituted the foundation for the above-described delegation of UNSC security powers, that delegation must be sufficiently limited so as to remain compatible with the degree of centralisation of UNSC collective security constitutionally necessary under the Charter and, more specifically, for the acts of the

delegate entity to be attributable to the UN (as well as Chesterman, de Wet, Friedrich, Kolb and Sarooshi all cited above, see Gowlland-Debbas “*The Limits of Unilateral Enforcement of Community Objectives in the Framework of UN Peace Maintenance*” EIL (2000) Vol 11, No. 2 369-370; Niels Blokker, “*Is the authorisation Authorised? Powers and Practice of the UN Security Council to Authorise the Use of Force by “Coalition of the Able and Willing”*”, EJIL (2000), Vol. 11 No. 3; pp. 95-104 and *Me-roni v. High Authority Case 9/56*, [1958] ECR 133).

Those limits strike a balance between the central security role of the UNSC and two realities of its implementation. In the first place, the absence of Article 43 agreements which means that the UNSC relies on States (notably its permanent members) and groups of States to provide the necessary military means to fulfil its collective security role. Secondly, the multilateral and complex nature of such security missions renders necessary some delegation of command.

133. The Court considers that the key question is whether the UNSC retained ultimate authority and control so that operational command only was delegated. This delegation model is now an established substitute for the Article 43 agreements never concluded.

134. That the UNSC retained such ultimate authority and control, in delegating its security powers by UNSC Resolution 1244, is borne out by the following factors.

In the first place, and as noted above, Chapter VII allowed the UNSC to delegate to “Member States and relevant international organisations”. Secondly, the relevant power was a delegable power. Thirdly, that delegation was neither presumed nor implicit, but rather prior and explicit in the Resolution itself. Fourthly, the Resolution put sufficiently defined limits on the delegation by fixing the mandate with adequate precision as it set out the objectives to be attained, the roles and responsibilities accorded as well as the means to be employed. The broad nature of certain provisions (see the UN submissions, paragraph 118 above) could not be eliminated altogether given the constituent nature of such an instrument whose role was to fix broad objectives and goals and not to describe or interfere with the detail of operational implementation and choices. Fifthly, the leadership of the military presence was required by the Resolution to report to the UNSC so as to allow the UNSC to exercise its overall authority and control (consistently, the UNSC was to remain actively seized of the matter, Article 21 of the Resolution). The requirement that the SG present the KFOR report to the UNSC was an added safeguard since the SG is considered to represent the general interests of the UN.

While the text of Article 19 of UNSC Resolution 1244 meant that a veto by one permanent member of the UNSC could prevent termination of the relevant delegation, the Court does not consider this factor alone sufficient to conclude that the UNSC did not retain ultimate authority and control.

135. Accordingly, UNSC Resolution 1244 gave rise to the following chain of command in the present cases. The UNSC was to retain ultimate authority and control over the security mission and it delegated to NATO (in consultation with non-NATO member states) the power to establish, as well as the operational command of, the international presence, KFOR. NATO fulfilled its command mission via a chain of command (from the NAC, to SHAPE, to SACEUR, to CIC South) to COMKFOR, the commander of KFOR. While the MNBs were commanded by an officer from a lead TCN, the latter was under the direct command of COMKFOR. MNB action was to be taken according to an operational plan devised by NATO and operated by COMKFOR

in the name of KFOR.

136. This delegation model demonstrates that, contrary to the applicants' argument at paragraph 77 above, direct operational command from the UNSC is not a requirement of Chapter VII collective security missions.

137. However, the applicants made detailed submissions to the effect that the level of TCN control in the present cases was such that it detached troops from the international mandate and undermined the unity of operational command. They relied on various aspects of TCN involvement including that highlighted by the Venice Commission (paragraph 50 above) and noted KFOR's legal personality separate to that of the TCNs.

138. The Court considers it essential to recall at this point that the necessary (see paragraph 24 above) donation of troops by willing TCNs means that, in practice, those TCNs retain some authority over those troops (for reasons, inter alia, of safety, discipline and accountability) and certain obligations in their regard (material provision including uniforms and equipment). NATO's command of operational matters was not therefore intended to be exclusive, but the essential question was whether, despite such TCN involvement, it was "effective" (ILC Report cited at paragraph 32 above).

139. The Court is not persuaded that TCN involvement, either actual or structural, was incompatible with the effectiveness (including the unity) of NATO's operational command. The Court does not find any suggestion or evidence of any actual TCN orders concerning, or interference in, the present operational (detention) matter. Equally there is no reason to consider that the TCN structural involvement highlighted by the applicants undermined the effectiveness of NATO's operational control. Since TCN troop contributions are in law voluntary, the continued level of national deployment is equally so. That TCNs provided materially for their troops would have no relevant impact on NATO's operational control. It was not argued that any NATO rules of engagement imposed would not be respected. National command (over own troops or a sector in Kosovo) was under the direct operational authority of COMKFOR. While individual claims might potentially be treated differently depending on which TCN was the source of the alleged problem (national commanders decided on whether immunity was to be waived, TCNs had exclusive jurisdiction in (at least) disciplinary and criminal matters, certain TCNs had put in place their own TCNCOs and at least one TCN accepted civil jurisdiction (the above-cited Bici case), it has not been explained how this, of itself, could undermine the effectiveness or unity of NATO command in operational matters. The Court does not see how the failure to conclude a SOFA between the UN and the host FRY could affect, as the applicants suggested, NATO's operational command. That COMKFOR was charged (the applicants at paragraph 78 above) exclusively with issuing detention orders amounts to a division of labour and not a break in a unified command structure since COMKFOR acted at all times as a KFOR officer answerable to NATO through the above-described chain of command.

140. Accordingly, even if the UN itself would accept that there is room for progress in co-operation and command structures between the UNSC, TCNs and contributing international organisations (see, for example, Supplement to an Agenda for Peace: Position paper of the SG on the Occasion of the 50th Anniversary of the UN, A/50/60 - S/1995/1; the *Brahami* report, cited above; UNSC Resolutions 1327 (2000) and 1353 (2001); and Reports of the SG of 1 June and 21 December 2001 on the Imple-

mentation of the Recommendations of the Special Committee on Peacekeeping Operations and the Panel on UN Peace Operations (A/55/977, A/56/732)), the Court finds that the UNSC retained ultimate authority and control and that effective command of the relevant operational matters was retained by NATO.

141. In such circumstances, the Court observes that KFOR was exercising lawfully delegated Chapter VII powers of the UNSC so that the impugned action was, in principle, “attributable” to the UN within the meaning of the word outlined at paragraphs 29 and 121 above.

**(c) Can the impugned inaction be attributed to UNMIK?**

142. In contrast to KFOR, UNMIK was a subsidiary organ of the UN. Whether it was a subsidiary organ of the SG or of the UNSC, whether it had a legal personality separate to the UN, whether the delegation of power by the UNSC to the SG and/or UNMIK also respected the role of the UNSC for which Article 24 of the Charter provided, UNMIK was a subsidiary organ of the UN institutionally directly and fully answerable to the UNSC (see ILC report at paragraph 33 above). While UNMIK comprised four pillars (three of which were at the time led by UNHCR, the OSCE and the EU), each pillar was under the authority of a Deputy SRSR, who reported to the SRSR who in turn reported to the UNSC (Article 20 of UNSC Resolution 1244).

143. Accordingly, the Court notes that UNMIK was a subsidiary organ of the UN created under Chapter VII of the Charter so that the impugned inaction was, in principle, “attributable” to the UN in the same sense.

*3. Is the Court competent ratione personae?*

144. It is therefore the case that the impugned action and inaction are, in principle, attributable to the UN. It is, moreover, clear that the UN has a legal personality separate from that of its member states (*The Reparations case*, ICJ Reports 1949) and that that organisation is not a Contracting Party to the Convention.

145. In its *Bosphorus* judgment (cited above, §§152-153), the Court held that, while a State was not prohibited by the Convention from transferring sovereign power to an international organisation in order to pursue cooperation in certain fields of activity, the State remained responsible under Article 1 of the Convention for all acts and omissions of its organs, regardless of whether they were a consequence of the necessity to comply with international legal obligations, Article 1 making no distinction as to the rule or measure concerned and not excluding any part of a State’s “jurisdiction” from scrutiny under the Convention. The Court went on, however, to hold that where such State action was taken in compliance with international legal obligations flowing from its membership of an international organisation and where the relevant organisation protected fundamental rights in a manner which could be considered at least equivalent to that which the Convention provides, a presumption arose that the State had not departed from the requirements of the Convention. Such presumption could be rebutted, if in the circumstances of a particular case, it was considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient: in such a case, the interest of international cooperation would be outweighed by the Convention’s role as a “constitutional instrument of European public order” in the field of human rights (*ibid.*, §§ 155-156).

146. The question arises in the present case whether the Court is competent *ratione personae* to review the acts of the respondent States carried out on behalf of the UN and, more generally, as to the relationship between the Convention and the UN acting under Chapter VII of its Charter.

147. The Court first observes that nine of the twelve original signatory parties to the Convention in 1950 had been members of the UN since 1945 (including the two Respondent States), that the great majority of the current Contracting Parties joined the UN before they signed the Convention and that currently all Contracting Parties are members of the UN. Indeed, one of the aims of this Convention (see its preamble) is the collective enforcement of rights in the Universal Declaration of Human Rights of the General Assembly of the UN. More generally, it is further recalled, as noted at paragraph 122 above, that the Convention has to be interpreted in the light of any relevant rules and principles of international law applicable in relations between its Contracting Parties. The Court has therefore had regard to two complementary provisions of the Charter, Articles 25 and 103, as interpreted by the International Court of Justice (see paragraph 27 above).

148. Of even greater significance is the imperative nature of the principle aim of the UN and, consequently, of the powers accorded to the UNSC under Chapter VII to fulfil that aim. In particular, it is evident from the Preamble, Articles 1, 2 and 24 as well as Chapter VII of the Charter that the primary objective of the UN is the maintenance of international peace and security. While it is equally clear that ensuring respect for human rights represents an important contribution to achieving international peace (see the Preamble to the Convention), the fact remains that the UNSC has primary responsibility, as well as extensive means under Chapter VII, to fulfil this objective, notably through the use of coercive measures. The responsibility of the UNSC in this respect is unique and has evolved as a counterpart to the prohibition, now customary international law, on the unilateral use of force (see paragraphs 18-20 above).

149. In the present case, Chapter VII allowed the UNSC to adopt coercive measures in reaction to an identified conflict considered to threaten peace, namely UNSC Resolution 1244 establishing UNMIK and KFOR.

Since operations established by UNSC Resolutions under Chapter VII of the UN Charter are fundamental to the mission of the UN to secure international peace and security and since they rely for their effectiveness on support from member states, the Convention cannot be interpreted in a manner which would subject the acts and omissions of Contracting Parties which are covered by UNSC Resolutions and occur prior to or in the course of such missions, to the scrutiny of the Court. To do so would be to interfere with the fulfilment of the UN's key mission in this field including, as argued by certain parties, with the effective conduct of its operations. It would also be tantamount to imposing conditions on the implementation of a UNSC Resolution which were not provided for in the text of the Resolution itself. This reasoning equally applies to voluntary acts of the respondent States such as the vote of a permanent member of the UNSC in favour of the relevant Chapter VII Resolution and the contribution of troops to the security mission: such acts may not have amounted to obligations flowing from membership of the UN but they remained crucial to the effective fulfilment by the UNSC of its Chapter VII mandate and, consequently, by the UN of its imperative peace and security aim.

150. The applicants argued that the substantive and procedural protection of fundamental rights provided by KFOR was in any event not "equivalent" to that under the Convention within the meaning of the Court's *Bosphorus* judgment, with the consequence that the presumption of Convention compliance on the part of the respondent States was rebutted.

151. The Court, however, considers that the circumstances of the present cases are essentially different from those with which the Court was concerned in the *Bosphorus* case. In its judgment in that case, the Court noted that the impugned act (seizure of the

applicant's leased aircraft) had been carried out by the respondent State authorities, on its territory and following a decision by one of its Ministers (§ 135 of that judgment). The Court did not therefore consider that any question arose as to its competence, notably *ratione personae*, vis-à-vis the respondent State despite the fact that the source of the impugned seizure was an EC Council Regulation which, in turn, applied a UNSC Resolution. In the present cases, the impugned acts and omissions of KFOR and UNMIK cannot be attributed to the respondent States and, moreover, did not take place on the territory of those States or by virtue of a decision of their authorities. The present cases are therefore clearly distinguishable from the Bosphorus case in terms both of the responsibility of the respondent States under Article 1 and of the Court's competence *ratione personae*.

There exists, in any event, a fundamental distinction between the nature of the international organisation and of the international cooperation with which the Court was there concerned and those in the present cases. As the Court has found above, UNMIK was a subsidiary organ of the UN created under Chapter VII and KFOR was exercising powers lawfully delegated under Chapter VII of the Charter by the UNSC. As such, their actions were directly attributable to the UN, an organisation of universal jurisdiction fulfilling its imperative collective security objective.

152. In these circumstances, the Court concludes that the applicants' complaints must be declared incompatible *ratione personae* with the provisions of the Convention. (...)"

Allereerst gaat het EHRM na of er een basis is in het mandaat voor detentie van personen door KFOR en of uit het mandaat blijkt wie de verantwoordelijkheid heeft voor het markeren van gebieden waar zich UXO's bevonden en het onschadelijk maken van die UXO's. Het EHRM acht het evident dat KFOR de bevoegdheid heeft personen te detineren, gezien de MTA en UNSCR 1244; de noodzakelijke maatregelen een 'secure (safe) environment' te creëren houdt in de mogelijkheid te besluiten tot vrijheidsbeneming. Anders dan de klager is het EHRM van oordeel dat UNMIK en niet KFOR verantwoordelijk is voor de 'demining'. Vervolgens gaat het EHRM na of dat (uitblijven van) optreden aan de VN toe te rekenen is. Hiertoe onderzoekt het EHRM eerst de 'Chapter VII foundation' van KFOR en UNMIK in UNSCR 1244; hoewel een verwijzing naar artikel 39 Handvest VN gevonden wordt ('threat to the peace'), blijft de specifieke basis van de 'international security presence' onduidelijk (volgens het EHRM mogelijk artikel 41 of 42 VN Handvest of de 'implied powers' onder Hoofdstuk VII VN Handvest). Dan wordt nagegaan of toerekening aan KFOR/UNMIK mogelijk is en of toerekening via die entiteiten aan de VN mogelijk is. KFOR is 'authorised by' de VN Veiligheidsraad en oefende bevoegdheden uit 'lawfully delegated under Chapter VII of the Charter by the UNSC' en UNMIK is een hulporgaan ('subsidiary organ') van de VN (ex artikel 7 lid 2 Handvest VN). Het EHRM komt tot de conclusie dat die toerekening mogelijk is; de derde vraag, de vraag naar de bevoegdheid 'ratione personae', moet daarom ontkennend beantwoord worden, nu de VN een eigen rechtspersoonlijkheid heeft, en geen partij is bij het EVRM. Ook stelt het EHRM dat een beoordeling van de zaak onder het EVRM het VN-beleid inzake vrede en veiligheid zou doorkruisen en eisen in het mandaat zou brengen welke niet voorzien zijn in UNSCR 1244.

Het EHRM laat de vraag naar jurisdictie ex artikel 1 EVRM onbeantwoord, want zover de klagers zich in de jurisdictie van de MNF, KFOR, zouden bevinden, is dat de VN toe te rekenen en niet de TCN's. Los van het vraagstuk of nu de VN of de TCN's de 'authority and control' heeft over KFOR, bestaat de vraag of de klagers zich op enig moment in de jurisdictie van KFOR bevonden. Hoewel het EHRM daar geen oordeel over geeft, zou

speculatie moeten leiden tot een bevestigend antwoord.

Ten aanzien van Saramati kan worden gesteld dat het ‘common ground’ is dat een persoon die aangehouden wordt, zich in de jurisdictie bevindt van de Staat wiens ‘State agents’ de aanhouding verrichten, ook al doen zij dat ‘abroad’.<sup>5)</sup> De slachtoffers in de zaak Behrami bevonden zich niet in zo een fysieke, meer directe, vorm van jurisdictie. De vraag in die zaak is daarom of KFOR, al dan niet in verband met UNMIK, ‘effective overall control’<sup>6)</sup> had over het Kosovaarse territorium. Vastgesteld dient dan te worden dat door de KFOR/UNMIK-missie een militairbestuurlijk systeem gecreëerd wordt, zodat gesteld kan worden dat er ‘effective overall control’ is over Kosovo, waarmee de eis ex artikel 1 gehaald wordt. Gezien het mandaat in UNSCR 1244 en ook de MTA, waarin redelijk verregaande bevoegdheden voor de internationale aanwezigheid gecreëerd worden (waaronder ‘public powers’ (een ‘Banković eis’), nu UNMIK tijdelijk het bestuur heeft over Kosovo) moet aangenomen dat in ieder geval de internationale aanwezigheid in zijn geheel voldoende bevoegdheden had om te komen tot ‘effective overall control’ van het territorium. KFOR afzonderlijk zou, gezien zijn taak UNMIK te ondersteunen (‘supporting, as appropriate’) en ook de taakuitoefening nauwgezet af te stemmen met UNMIK (‘coordinating closely with’), ook geacht kunnen worden jurisdictie te hebben over het territorium.<sup>7)</sup>

#### *‘Ultimate authority and control’*

Het EHRM oordeelt dat de VN Veiligheidsraad ‘ultimate authority and control’ had over de ‘international security presence’ in Kosovo. Deze MNF was geautoriseerd door de VN Veiligheidsraad. Het begin van de ‘chain of command’ ligt zodoende bij de Veiligheidsraad. ‘Operational command and control’ was gedelegeerd aan de NAVO. Volgens het EHRM is dat gerechtvaardigd nu voor de centrale rol inzake vrede en veiligheid van de Raad alleen een decentraal systeem voor de uitvoering bestaat (bij uitblijven van artikel 43 ‘Armed Forces’<sup>8)</sup>) en dat de complexiteit van de missie ‘enige’ delegatie noodzakelijk maakt. Wel moet de delegatie beperkt blijven (niet verworden tot een ‘carte blanche’) wil toerekening mogelijk zijn. Via NAC, SHAPE, SACEUR, AF SOUTH, komt de ‘chain of command’ bij COMKFOR, en daarna bij de commandanten van de MNB’s. Dat de TCN’s verantwoordelijk bleven voor het afhandelen van claims (‘accountability’), het straf- en tuchtrecht (‘discipline’) en de uitrusting en het materieel van de militairen betekent geen doorbreking van de ‘effectiveness’ van het ‘operational command’ (hoewel er verschillen bestonden tussen de MNB’s wat betreft afhandeling van claims).

Juridisch gezien een adequate redenering maar feitelijk gezien zou die redenering op twee punten niet zo sterk kunnen blijken: vraag is in hoeverre de VN Veiligheidsraad daadwerkelijk controle heeft over de uitvoering van de missie en in hoeverre de verschillende TCN’s zich in NAVO ‘operational command and control’ voegen bijvoorbeeld waar het gaat om uniforme ‘Rules of Engagement’ (ROE). Mogelijkerwijs zou dan de conclusie dat de Veiligheidsraad minder en de TCN’s (zeker de ‘lead nations’) meer invloed hebben op de MNF dan verondersteld wordt in de juridische redenering niet geheel wereldvreemd

<sup>5)</sup> EHRM 12 mei 2005, *Öcalan v. Turkey* (Grand Chamber judgement), paragraaf 91.

<sup>6)</sup> EHRM 16 november 2005, *Issa and others v. Turkey*, paragraaf 69-70.

<sup>7)</sup> Volgens Yves Haeck en Johan Vande Lanotte dat van de gevolgen van militaire operaties enkel bezetting ‘onder het toepassingsbereik van het Verdrag’ valt; Yves Haeck en Johan Vande Lanotte, Artikel 1, Verplichting tot het Verzekeren van Verdragsrechten, in: Yves Haeck en Johan Vande Lanotte, Handboek EVRM, deel 2, artikelgewijze commentaar, volume 1, Antwerpen/Oxford 2004, p.25-26.

<sup>8)</sup> Zie bijvoorbeeld Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, fourth edition, Cambridge, 2005, p.306.

blijken.<sup>9)</sup> Niet ondenkbaar is dat de ‘dual allegiance’<sup>10)</sup> van de nationale contingenten meer doorslaat naar de TCN’s dan door het EHRM verondersteld wordt.

*‘Interference’ VN beleid inzake vrede en veiligheid*

Het EHRM stelt terecht dat in het mandaat van KFOR (UNSCR 1244) niet voorzien is in naleving van de eisen onder het EVRM.<sup>11)</sup> Waar het EHRM stelt dat een beoordeling van het optreden in het kader van militaire missies onder het EVRM ‘would be to interfere’ met het VN beleid inzake vrede en veiligheid en de ‘effective conduct’ van de VN missies, dient zich bij mij de vraag aan wat het EHRM allemaal van plan zou zijn wanneer zo een beoordeling wel gegeven zou worden. Welke onder het EVRM geldende eisen acht het EHRM zodanig bezwarend dat de uitvoering van de missie op een onaanvaardbare wijze doorkruist zou kunnen worden?

Duidelijk lijkt dat de NAVO lidstaten een zo ruim mogelijk te interpreteren mandaat meekregen; de formulering ‘all necessary measures’ geeft voldoende ruimte. Die term wordt nader ingevuld door, weliswaar eigen, regels (ROE). Die ROE zijn op hun beurt weer bevoegdheidsverlenend, omdat de UNSCR gericht is op lidstaten en niet op militairen.<sup>12)</sup> Echter, die regels kunnen ook gezien worden als het meer precies maken van het mandaat en daarmee ook een beperkende werking verkrijgen, zodat ondermeer geweldstoepassing een gebonden bevoegdheid wordt.<sup>13)</sup> In die zin zijn de ROE ook beperkende regels die niet voorzien zijn in UNSCR 1244, maar dan opgesteld door de Staten die uitvoering van het mandaat op zich nemen (die ook zorgen voor naleving van die regels, al dan niet doormiddel van het nationale strafrecht).

Wat betreft detentie eist artikel 5 EVRM dat een initieel besluit inzake vrijheidsbeneming op initiatief van de autoriteiten getoetst moet worden door een rechter of ‘other officer authorized by law to exercise judicial power’. In geval van voortgezette detentie zal de gedetineerde op zijn initiatief op zekere momenten een ‘judicial review of the lawfulness of the detention’ moeten verkrijgen. KFOR zal een procedure ontwikkeld hebben waarin ten aanzien van een besluit omtrent detentie beoordeeld wordt of de rechtvaardiging in de omstandigheden van de zaak nog bestaat; bij de initiële vrijheidsbeneming en de voortzetting daarvan, beroept KFOR zich ter rechtvaardiging van die vrijheidsbeneming op UNSCR 1244, en het bestaan van ‘relevant and sufficient reasons’, goede redenen, voor de detentie. Mogelijkerwijs stelt KFOR wat minder zware eisen aan de goede redenen dan het EHRM, en is de onafhankelijkheid van de autoriteit die het besluit tot initiële en voortgezette de-

<sup>9)</sup> Cassese stelt daarover: “The SC now increasingly tends to exercise control over and supervision of the way States put into effect its authorization to use force. It is gradually recovering that primary authority and responsibility in the area of peace and security that the Charter had bestowed upon it.” A. Cassese, *International Law*, second edition, Oxford, 2005, p.349.

<sup>10)</sup> Term ontleend aan Cassese; A. Cassese, *International law*, second edition, Oxford, 2005, p.325.

<sup>11)</sup> Cerone geeft twee, overigens niet de meest overtuigende, argumenten waarom bescherming van mensenrechten (niet specifiek het EVRM) wel een plaats heeft in het mandaat van KFOR: KFOR is een MNF onder VN vlag en is daarom gehouden aan de doelstellingen, waaronder ‘promotion of human rights’, van die organisatie, en KFOR moet UNMIK ondersteunen in de uitvoering van het mandaat (paragraaf 9(f) UNSCR), waar ‘protection and promotion of human rights’ onderdeel van is (paragraaf 11(j) UNSCR 1244). J. Cerone, *Minding the gap: Outlining KFOR accountability in post conflict Kosovo*, EJIL 2001, p.469 – 502, p.473.

<sup>12)</sup> M.M. Dolman, P.A.L. Ducheine, T.D. Gill, G.F. Walgemoed, *Functioneel geweldgebruik in internationale operaties: een spiegel van rechtspraak en praktijk*, MRT 2005, p.369 – 420, p.375.

<sup>13)</sup> In principe is het één de keerzijde van de ander: “ROE informeren commandanten over de mate van beperkingen van of de toegestane vrijheid die zij hebben bij het uitvoeren van hun toegewezen taken”, *Nederlandse Defensiedoctrine (NDD)*, §217, p.34.

tentie geeft niet verzekerd, maar er worden regels in het leven geroepen inzake wanneer detentie gerechtvaardigd geacht wordt.<sup>14)</sup>

Wat betreft ‘demining’, in principe zou een ‘positive obligation’ op grond van het EVRM bij de ‘extraterritorial application’ minder in de lijn liggen. De verplichtingen onder het EVRM zouden moeten aansluiten bij de mate van jurisdictie die de Staat uitoefent.<sup>15)</sup> In casu sluit deze verplichting<sup>16)</sup> aan bij het mandaat (UNSCR 1244 onder 9(e)) en bij verplichtingen van het humanitair oorlogsrecht (HOR), zoals in het 1996 Amended Protocol II van de 1980 UN Convention<sup>17)</sup> en de 1997 Ottawa Convention.<sup>18)</sup> Daarmee zou zodoende niet een ongebruikelijke verplichting in het leven geroepen worden.

Het EHRM had zodoende geen nieuwe, niet voorzienbare eisen geïntroduceerd, echter wel een handhavingsmechanisme waarbij individuele Staten die een nationaal contingent in KFOR hadden, verantwoordelijk gehouden zouden kunnen worden voor hun optreden waar dat de mensenrechten van personen in het missiegebied zou beperken. Het argument dat ‘inmenging’ door het EHRM een ‘interference’ zou betekenen, slaat dan vooral op het procedurele element, het handhavingsmechanisme, en niet zozeer op de substantiële eisen die het EHRM zou stellen aan het optreden. Waarschijnlijk is de overweging van het EHRM te duiden in het licht van missies in het verleden, waar militairen in hun taakuitoefening ‘gehinderd’ werden door het mandaat. Waar nu de VN Veiligheidsraad een meer ‘robuust’ mandaat geeft aan een missie, wil het EHRM ervoor waken nadere eisen, welke als beperkend ervaren kunnen worden, te stellen en in dat mandaat te brengen.

#### *‘Gebrekkige’ mensenrechtenbescherming als argument tegen niet-ontvankelijkheid*

In de zaak *Bosphorus v. Ireland*<sup>19)</sup> werd het EHRM geconfronteerd met de verhouding

<sup>14)</sup> De handleiding Humanitair Oorlogsrecht (Koninklijke Landmacht, 2005) maakt melding van het ‘initieel (1999)’ plaatsvinden van ‘holds’ tijdens KFOR zonder enige vorm van rechterlijke controle voor de duur van enkele maanden. Ten aanzien daarvan wordt gesteld: “Dit is in strijd met artikel 5 EVRM” (p.195).

<sup>15)</sup> In de zaak *Banković* acht het EHRM een benadering waarin de verplichting tot het verzekeren van de rechten in het Verdrag wordt ‘divided and tailored in accordance with the particular circumstances of the extraterritorial act in question’ niet de juiste (paragraaf 75 van de uitspraak). Die benadering werd door de klagers gebruikt om een meer op de Staatsaansprakelijkheid voor ‘international wrongful acts’ gelijkend idee voor inbreuken op het EVRM te introduceren (door het EHRM wordt die benadering wat gechargeerd vertaald dat als wanneer men de consequentie van een handeling van een Staat ondervindt, ongeacht waar die handeling plaats vindt of waar die consequentie ondervonden wordt, de vraag of men binnen de Staatsmacht verkeert bevestigend beantwoord is). Het EHRM wil dat idee buiten de deur houden en werpt in de zaak *Banković* het begrip ‘residing within their jurisdiction’ op als drempel voor de klacht. Een geheel andere vraag lijkt mij, mocht wel aangenomen worden dat een Staat ‘effective overall control’ over territorium heeft buiten het ‘eigen grondgebied’, of die Staat dan alle rechten, ‘positive obligations’ inclusief, waarop personen in het ‘eigen grondgebied’ een beroep kunnen doen, moet verzekeren voor de personen in het territorium waarover men jurisdictie heeft verkregen. Mogelijk zou dan voor die laatsten de verplichting tot het verzekeren van de rechten in het Verdrag beperkt kunnen zijn tot een zekere ‘kern’, zodat de Staat niet gehouden is het hele spectrum aan rechten die wel voor personen op het eigen grondgebied gelden, te verzekeren.

<sup>16)</sup> Door het Hof geformuleerd in EHRM 12 december 2006 *Erol v. Turkey* en EHRM 21 november 2000, *Demiray v. Turkey*.

<sup>17)</sup> ‘Amended Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices’ van de ‘1980 UN Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects’.

<sup>18)</sup> 1997 Ottawa Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and Their Destruction.

<sup>19)</sup> EHRM 30 juni 2005, *Bosphorus Airlines v. Ireland*. Zie bijvoorbeeld hierover de annotatie van R. Lawson in NJCM-Bulletin 2005, p.969 – 991.

tussen het EVRM en regelgeving van de EG. In die zaak nam het EHRM aan dat een Staat verantwoordelijk blijft voor de bevoegdheden die overgedragen worden aan een internationale organisatie, en daarmee verantwoordelijk is voor handelingen ter uitvoering van verplichtingen van die internationale organisatie. Wanneer die internationale organisatie een vergelijkbaar handhavingsmechanisme kent en ook vergelijkbare materiële eisen stelt als het EVRM, wordt uitgegaan van de veronderstelling dat de Staat zijn verplichtingen onder het EVRM na komt wanneer die Staat uitvoering geeft aan de verplichtingen van die internationale organisatie. Deze veronderstelling kan weerlegd worden in geval aangetoond wordt door de klager dat het handhavingsmechanisme in een concreet geval (formeel of materieel) ‘manifestly deficient’ was.

Bezien volgens deze formule, kan worden gesteld dat er inderdaad ten aanzien van KFOR sprake is van een onvergelijkbare bescherming van mensenrechten ten opzichte van het EVRM; ten aanzien van handhaving van mensenrechten door erkenning van individueel klachtrecht bestaat een ‘gap’<sup>20</sup>). Personen die een klacht hebben aangaande optreden van KFOR, kunnen niet bij een rechter terecht, nu de rechter in (vooralsnog) Servië geen bevoegdheid heeft over KFOR (het lijkt zelfs dat Saramati gedetineerd was ondanks een uitspraak van een Servische rechter). De mogelijkheid een TCN aansprakelijk te stellen voor het optreden van het nationaal contingent (als zijnde ‘State agents’) zou een mogelijkheid kunnen zijn die ‘gap’ te dichten (een rechtsgang voor de nationale (burgerlijke) rechter van de Staat over wiens contingent geklaagd wordt zou op eenzelfde ontvankelijkheidseis als het EHRM hanteert stuk kunnen lopen).

Het EHRM lijkt de niet-ontvankelijkheid van de klacht ook te gebruiken als argument tegen het beroep van de klagers op de zaak Bosphorus; volgens het EHRM komt de vraag naar de in die zaak geformuleerde regel (betreffende het handhavingsmechanisme van vergelijkbaar niveau) niet aan de orde omdat de zaken zowel naar de jurisdictie *ratione loci* (‘responsibility of the respondent States under Article 1’) als de jurisdictie *ratione personae* (‘the Court’s competence *ratione personae*’) verschillen.<sup>21</sup>) De kern van het verschil tussen de twee zaken is gelegen in de mate van coöperatie. In de zaak Bosphorus was er sprake van nationale implementatie van internationaal recht (EG-Verordening en een UNSCR) terwijl de onderhavige zaak meer betrof de ‘rechtstreekse’ werking van de VN, namelijk door een VN hulporgaan, UNMIK, en een door de TCN’s gecreëerde entiteit, KFOR, die voor de VN Veiligheidsraad (extraterritoriaal) uitvoering gaf aan het collectieve veiligheidsbeleid.<sup>22</sup>) Om die reden was de Bosphorus zaak wel ontvankelijk geoordeeld door het EHRM<sup>23</sup>) en betrof de geformuleerde regel betreffende het handhavingsniveau de inhoudelijke behandeling; die ‘Bosphorus equivalence’ kan niet gebruikt worden om de ontvankelijkheid van de zaak te bereiken. Geconcludeerd moet worden dat een veronderstelde onvergelijkbare (of ‘gebrekkige’) bescherming van mensenrechten niet ingebracht kan worden als argument tegen die niet-ontvankelijkheid *ratione personae*.

<sup>20</sup>) J. Cerone, *Minding the gap: Outlining KFOR accountability in post conflict Kosovo*, EJIL 2001, p.469 – 502. Zie ook F. Naert, *De binding van NAVO- en EU-strijdkrachten aan mensenrechten bij operaties tegen het terrorisme*, NJCM-Bulletin 2005, p.909-919, p.917 en voetnoot 40 op die pagina.

<sup>21</sup>) De zaak *Behrami and Saramati*, paragraaf 151.

<sup>22</sup>) Bezien naar de mate van ‘bevoegdheid’ van de Staat kan worden gesteld dat het verhaal dan juist andersom is: in de zaak Bosphorus was de bevoegdheid van de Staat (Ierland) in het kader van de boycot tegen Klein-Joegoslavië sterk gebonden aan de UNSCR en de EG Verordening, terwijl in de zaak *Behrami and Saramati* de Staten (de TCN’s) in het kader van KFOR/UNMIK meer (beoordelings)vrijheid hadden bij het uitoefenen van hun bevoegdheden aangaande de ‘demining’ van gebieden en het detineren van personen.

<sup>23</sup>) EHRM 30 juni 2005, *Bosphorus Airlines v. Ireland*, paragraaf 137.

### *Betekenis*

De ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak *Behrami and Saramati* betreft voornamelijk het handhavingsmechanisme van het Europese systeem van mensenrechtenbescherming. Het EHRM acht zich niet bevoegd om een oordeel te geven over optreden in een missie onder VN vlag. De uitspraak gaat zodoende uit van een bepaald beeld van een door de VN geautoriseerde MNF, in casu KFOR. Nu de oprichting van KFOR ‘authorised’ is door de VN Veiligheidsraad en ‘operational command and control’ gedelegeerd is aan de NAVO, wordt KFOR gezien als een entiteit met eigen bevoegdheden voor de ‘organen’ van die entiteit. KFOR wordt uitdrukkelijk niet gezien als ‘context’ waarin de TCN’s eigen bevoegdheden uitoefenen; de contingenten zijn geen ‘State agents’ die de aansprakelijkheid van de uitzendende Staat in het leven kunnen roepen. De NAVO is in dat beeld ‘slechts’ een (‘neutrale’) leverancier van de militaire structuur van de MNF (command, control, communication, intelligence of C3I).

De vraag is dan wat deze beslissing betekent voor de toepassing van het leerstuk van jurisdictie ex artikel 1 EVRM, en daarmee de toepassing van het EVRM, op militaire missies.<sup>24)</sup> Ik neem de stelling in dat deze toepassing door de beslissing van het EHRM in de *Behrami and Saramati* zaak niet meer aan de orde is. Naar mijn mening is het alleen denkbaar dat stabilisatiemissies<sup>25)</sup> territoire in het missiegebied binnen de jurisdictie van de troepen zende staat kunnen brengen, terwijl het ondenkbaar is dat dergelijke missies zonder ‘UN authorisation’ plaatsvinden. Een uitzondering in die laatste categorie zou misschien SFIR kunnen zijn. Hoewel er een UNSCR bestond (Resolutie 1511(2003) en later 1546(2004)), kan worden gesteld dat het Nederlandse contingent opereerde onder Brits ‘operational command and control’, een van de bezettende machten, en zodoende toerekening aan de VN niet in beeld komt.

Mogelijk is dan nog dat in een specifieke situatie de militaire structuur te ‘gedecentraliseerd’ is, zodat toerekening aan de VN niet kan plaatsvinden omdat de VN Veiligheidsraad niet geacht kan worden ‘ultimate authority and control’ te hebben. Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn dat internationale organisaties hun ‘rapid reaction capability’ (NRF of EU-battlegroups)<sup>26)</sup> inzetten ‘in afwachting’ van een VN mandaat, of dat dergelijke inzet plaatsvindt door Staten om hun eigen onderdanen te evacueren uit crisisgebieden. Tot slot kan nog gewezen worden op deelname aan collectieve zelfverdediging, zoals in ‘Operation Enduring Freedom’ in Afghanistan. Echter, dergelijke missies zouden te ‘beperkt’ geoordeeld kunnen worden voor het aannemen van extraterritoriale jurisdictie. Daarbij moet ook rekening gehouden worden dat wanneer toerekening van het optreden aan internationale

<sup>24)</sup> Wel moet hierbij aangetekend worden dat dit leerstuk nooit echt eenduidig geworden is. Zo ook de standpunten daarover in Nederland. Waar bijvoorbeeld de ‘Commissie Van den Berg’ (Onderzoek onderzochtingen Irak, 18 juni 2007) stelt dat personen die zich in een gebied bevinden waar vreemde troepen operaties uitvoeren zich onder de rechtsmacht van de Staat bevinden die de troepen uitgezonden heeft (p.25), is de ‘Commissie Borghouts’ (Evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij uitzending, Haarlem 31 augustus 2006) voorzichtiger (“De formele extraterritoriale werking van het EVRM lijkt zich te beperken tot bepaalde specifieke gevallen”, p.30). De handleiding Humanitair Oorlogsrecht (Koninklijke Landmacht, 2005) stelt in hoofdstuk 12 ‘Vredesoperaties’ zonder nadere verwijzing naar de ‘artikel 1 EVRM discussie’ dat ‘de mensenrechten dienen te worden geëerbiedigd’ (p.194).

<sup>25)</sup> Zie voor een definitie van ‘stabilisatie’, Defensietaak (DT) 20, NDD, p.103. In ieder geval missies met verregaande bevoegdheden, ook op het gebied van bestuurlijke aangelegenheden, aansluitend bij de ‘derde hoofdtaak van defensie’, ondersteuning van de civiele autoriteiten bij rechtshandhaving (NDD, §227 en 229, p.38 -39).

<sup>26)</sup> Gezien de zaak *Banković* lijkt het dat inzet van grondtroepen vereist is voor het verkrijgen van jurisdictie; althans de inzet van alleen luchtmacht volstaat zeker niet voor het verkrijgen van jurisdictie.

organisaties zoals de EU of de NAVO mogelijk is, dat ook kan leiden tot de niet-ontvankelijkheid ‘ratione personae’ van de klacht.

De Staatsaansprakelijkheid onder het EVRM voor ‘peacekeeping forces’ (‘forces put at the disposal of the UN by member States’<sup>27)</sup>) moet geacht worden op een lijn te staan met de Staatsaansprakelijkheid voor MNF’s opgericht na ‘authorisation’ door de VN veiligheidsraad: als het EHRM in dat laatste geval stelt dat niet de TCN’s maar de VN Veiligheidsraad ‘ultimate authority’ heeft over de MNF, zal in geval van ‘peacekeeping forces’ zeker geoordeeld worden dat de Veiligheidsraad de ‘ultimate authority’ heeft. In beide gevallen zal moeten worden aangenomen dat klagers die bij een rechterlijke instelling van een TCN aankloppen om een uitspraak over de (vermeende) inbreuk op hun rechten te verkrijgen, een ‘effective remedy’ met beroep op de zaak *Behrami and Saramati* ontzegd kan worden.

Geconcludeerd kan worden dat de ‘beste kanshebber’ voor het ‘verkrijgen’ van jurisdictie *ratione loci* buiten het eigen territorium doormiddel van deelname aan een militaire missie in deze zaak door het ontvankelijkheids criterium bevoegdheid ‘ratione personae’ buiten de deur wordt gehouden. De verplichting tot het verzekeren van de rechten in het EVRM in militaire missies is daarmee eerder ‘theoretical and illusory’ dan ‘practical and effective’ geworden.

### *Slot*

De beslissing van het EHRM in de zaak *Behrami en Saramati* lijkt de deur te sluiten voor toepassing van het EVRM in militaire missies, althans waar er sprake is van een VN mandaat (wat naar mijn mening bijna altijd het geval zal zijn in de Nederlandse situatie). Dit betekent dat het EHRM het systeem van het afleggen van verantwoording voor optreden in vredesmissies beperkt houdt of althans geen poging doet de ‘gap’ te dichten. Waar de rechters van het EHRM stellen dat het optreden van MNF buiten de aansprakelijkheid van de TCN’s valt hebben zij een ‘arguable claim’. Maar waarschijnlijk hebben zij na de zaak *Banković*, waar een beschouwing over het leerstuk jurisdictie *ratione loci* volstond om te ontkomen aan een inhoudelijke behandeling, een ander leerstuk aangesneden om het beleid inzake vrede en veiligheid van de VN niet te doorkruisen met het geven van een beoordeling op grond van het EVRM aangaande het optreden van een internationale troepenmacht met VN mandaat. Het EHRM wilde daarom geen nadere eisen stellen aan het ‘robuuste’ mandaat van de MNF; mogelijk hierbij onder de (in)druk van de hiërarchie van het internationaal recht en van de status van de VN als beschermer van de mensenrechten pur sang.

Achter de vraag naar de ontvankelijkheid *ratione personae* gaat een meer fundamenteel vraagstuk schuil: de vraag is of het opstellen van beperkende regels met betrekking tot het mandaat en ook het toezicht op die regels door (organen van) internationale organisaties anders dan de internationale organisaties (of de Staten) die het mandaat uitvoeren betekent dat die laatsten daarbij gehinderd worden. Die vraag wordt door het EHRM bevestigend beantwoord, mede met beroep op de complexiteit van crisisbeheersing. Daarbij kan de beslissing ook ingegeven zijn door de actuele problemen rond de status van Kosovo.<sup>28)</sup> Het uitstellen (maar ook het nemen) van het besluit over de al dan niet onafhankelijke status van Kosovo zou kunnen leiden tot meer geweld. Mogelijk wil het EHRM in die situatie KFOR niet met ‘gebonden handen’ het mandaat uit laten voeren. Legitieme overwegingen, maar mogelijk overwegingen die beter tot hun recht komen in een inhoudelijke behandeling van de zaak.

<sup>27)</sup> A. Cassese, *International Law*, second edition, Oxford, 2005, p.344.

<sup>28)</sup> Zie bijvoorbeeld J. Schaberg in *Trouw* 4 juli 2007, ‘Zelfstandig Kosovo blijft een probleem’.

Waar ik in mijn eerdere bijdrage in dit tijdschrift stelde dat de nodige weerstand overwonnen zou moeten worden om het EVRM van toepassing te achten op het optreden in militaire missies, verwachtte ik niet dat de meest effectieve weerstand zich in Straatsburg zou bevinden. Waar de belangrijkste interpretator van het EVRM zich keert tegen die notie, is het verder verkennen daarvan vechten tegen de bierkaai.

---

**RECTIFICATIE**

In het MRT 2007, afl. 10, staat in het artikel over het DomCLIC-project op p. 366 het internet-adres van de site van het 'The Hague Justice Portal' verkeerd vermeld. Dit moet zijn: [www.haguejusticeportal.net](http://www.haguejusticeportal.net).

---

Annotatoren:	C.	- Mr Th. J. Clarenbeek
	G.L.C.	- Prof. mr G.L. Coolen
	M.M.D	- Mr M.M. Dolman
	J.R.G.J.	- Mr J.R.G. Jofriet
	N.J.	- Mr N. Jörg
	F.K.O.	- Mr. F.A. Kooloos
	de R.	- Prof. mr Th. A de Roos
	W.J.S.	- Mr W.J. Schmitz
	G.F.W.	- Mr G.F. Walgemoed

### **Auteursaanwijzingen**

Bijdragen voor het Militair Rechtelijk Tijdschrift worden aangeleverd op schrift alsmede zo mogelijk op diskette met gebruikmaking van het WP-programma of Microsoft Word. Auteurs worden verzocht om de volgende richtlijnen in acht te nemen:

- Geén afbreekstreepjes gebruiken.
- Geen tabs, inspringingen of verschillende lettertypes gebruiken.
- Geen hele woorden in kapitalen, zoals NASCHRIFT e.a. gebruiken.
- Zo weinig mogelijk ‘opmaken’ van de tekst, doch zoveel mogelijk achter elkaar door typen. Slechts bij het begin van een nieuwe alinea ‘Enter’ gebruiken.

REDACTIECOMMISSIE:

Voorzitter	Mr. <i>A.C. Zuidema</i> , Brigade-generaal b.d. van de Militair Juridische dienst;
Secretaris/penningmeester	Mr. <i>J.E.D. Voetelink</i> , Luitenant-kolonel van de Koninklijke Luchtmacht;
Leden:	
voor de Koninklijke Landmacht:	Mr. drs. <i>M. Nooijen</i> , MPA, Kolonel van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke Luchtmacht:	Mr. <i>P.T. Hebly</i> , Kolonel van de Koninklijke Luchtmacht;
voor de Koninklijke Marine:	Mr. <i>R.R.H. Laurens</i> , Kapitein ter zee;
voor de Koninklijke Marechaussee:	Mr. <i>M.M. Kersbergen</i> , Hoofd Juridische Zaken Staf KMar.
voor de Bestuursstaf:	Mr. <i>J.J. Buirma</i> , Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie; Mr. <i>R. in het Veld</i> , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst, Hoofd Militair Juridische Dienst Krijgsmacht;
Prof. Dr. <i>T.D. Gill</i> ,	Bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam en Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht;
Mr. <i>R. van den Heuvel</i> ,	Vice-president en voorzitter van de Militaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem;
Prof. Mr. <i>Th. A. de Roos</i> ,	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Universiteit van Tilburg;
Mr. <i>W.J. Schmitz</i> ,	Hoofd Beleidsondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van ABP;
Mr. <i>G.F. Walgemoed</i> ,	Kolonel b.d. van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	NLDA/FMW/Sie recht, t.a.v. Luitenant-kolonel Voetelink, Postbus 90002, 4800 PA Breda

VASTE MEDEWERKERS:

Prof. Mr. *G.L. Coolen*, Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;  
Prof. Dr. *R.A. Lawson*, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.  
Mr *B.T. van Ginkel*, Senior Researcher Nederlands Instituut voor Internationale Betrekkingen ‘Clingendael’.

WIJZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt tien keer per jaar.

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1-2008 € 57,50. Men abonneert zich bij abonnementen administratie M.R.T. postbus 45666, 2504 BB Den Haag, tel.: 070-3590713, E-mail: ABO@adrepak.nl. Het abonnement loopt van januari t/m december. Opzeggingen dienen vóór 31 oktober schriftelijk te geschieden bij de abonnementen administratie M.R.T. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 7,50. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar tegen de prijs van € 27,50-. Auteurs van bijdragen van meer dan één pagina ontvangen een vergoeding van € 35,- p.p., tot een maximum van € 230,- per aflevering, benevens vijf presentexemplaren van de desbetreffende aflevering. Het auteursrecht wordt met de publicatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan abonnementenadministratie M.R.T. postbus 45666, 2504 BB Den Haag. Zij die het M.R.T. van rijkswege verstrekt krijgen, dienen zich voor kennisgeving van adreswijzigingen te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren.

*Dit tijdschrift, sedert mei 1903 verschenen onder de titel “Militaire Jurisprudentie”, wordt sedert juli 1905, met onderbreking van juli 1943 tot januari 1946, uitgegeven onder de titel “Militair Rechtelijk Tijdschrift”*