

De Militaire Ambtenarenwet 1931 tachtig jaar. Een bijzondere rechtspositie voor militairen?

DOOR MR. G.F. WALGEMOED¹

Vorig jaar was het tachtig jaar geleden dat de Militaire Ambtenarenwet 1931 werd vastgesteld. Decennialang kende deze wet een betrekkelijk rustig bestaan. De meest omvangrijke wijziging dateert uit 2008. In deze bijdrage wordt voor wat betreft de materiële rechtspositie nagegaan welke verschillen er op het niveau van de formele wet bestaan tussen de militaire rechtspositie en die van ambtenaren waarvoor de Ambtenarenwet geldt. Met name wordt bezien hoe de wetgever deze verschillen heeft gemotiveerd.

I. Inleiding

Meer dan tachtig jaar geleden werd de Militaire Ambtenarenwet 1931 (MAW 1931) vastgesteld terwijl er twee jaar daarvoor een algemene Ambtenarenwet (AW) in werking was getreden.² Waarom oordeelde de wetgever toen een afzonderlijke formeel-wettelijke grondslag voor de militaire rechtspositie noodzakelijk? Verschilde de rechtspositie van militairen zoveel van die van burgerambtenaren (rijksambtenaren, provincieambtenaren, gemeenteambtenaren etc.)? Nog steeds bestaat de MAW 1931 naast de AW, nog steeds verschilt de rechtspositie van militaire ambtenaren op een aantal punten van die van burgerambtenaren. Bij de wijziging van de Militaire Ambtenarenwet 1931 in 2008 zijn deze verschillen zelfs scherper gesteld.

In deze bijdrage wordt met name op het niveau van de formele wet en voor wat betreft de materiële rechtspositie nagegaan welke verschillen er bestaan tussen de militaire rechtspositie en die van ambtenaren waarvoor de Ambtenarenwet (1929) geldt. In het bijzonder wordt nagegaan hoe de wetgever deze verschillen heeft gemotiveerd. Allereerst wordt onderzocht of er in de decennia vóór de Ambtenarenwet 1929 en de Militaire Ambtenarenwet 1931 al verschillen zijn onderkend. Vervolgens worden beide wetten bezien aan de hand van de parlementaire behandeling. Naast de invoering in de jaren tachtig van bepalingen betreffende de uitoefening van grondrechten in de Ambtenarenwet 1929 en in de Militaire Ambtenarenwet 1931, komen daarna begrippen als gelijkstelling, harmonisatie en normalisatie en de verwickelingen over het stakingsrecht in de jaren 80 aan de orde. Voordat de wijziging van de Militaire Ambtenarenwet 1931 van 2008 wordt bezien, wordt ook stilgestaan bij de wijziging van de Wet op de ondernemingsraden waarbij deze ook is gaan gelden voor het overheidspersoneel, met uitzondering van dat van Defensie.

¹ Kolonel b.d. mr. G.F. Walgemoed vervulde verschillende functies bij de Militair Juridische Dienst van de Koninklijke Landmacht. Sinds 2003 is hij als hoofddocent Militair recht verbonden aan de Universiteit van Amsterdam.

² Wet van 19 december 1931, Stb. 519 en de Ambtenarenwet 1929, Wet van 12 december 1929, Stb. 530.

2. Vóór de Ambtenarenwet 1929 en de Militaire Ambtenarenwet 1931

In de 19^e eeuw was de rechtspositie van officieren voor een deel al wettelijk geregeld, in tegenstelling tot die van andere militairen en van burgerambtenaren.³ In 1883 zette Krabbe in zijn dissertatie zeer uitvoerig uiteen waarom een wettelijke regeling van de rechtstoestand van ambtenaren geboden was.⁴ Het beroep van ambtenaar diende te worden beschermd om te waarborgen dat de staatstaken werden uitgevoerd. Dat was niet alleen een persoonlijk belang van de ambtenaar, maar evenzeer een gemeenschapsbelang. Krabbe oriënteerde zich sterk op het in 1873 in Duitsland tot stand gekomen *Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten*. Een aantal jaren later – in 1897 – hield de Nederlandsche Juristen-Vereniging zich bezig met de positie van ambtenaren aan de hand van de vraag ‘Welke is de aard der rechtsverhouding van den Staat tot zijn ambtenaren; moet zij wettelijk worden geregeld; en zoo ja, hoe in hoofdzaak?’⁵ Bij de stemming over de vraagpunten werd de vraag of algemene regels omtrent de ambtelijke rechtsverhouding bij wet gesteld behoren te worden, zonder hoofdelijke stemming algemeen bevestigend beantwoord.⁶ Mede door de inzet van de in 1901 opgerichte ‘Bond ter verkrijging eener wettelijke regeling van de rechtstoestand der burgerlijke ambtenaren’ kwam het ambtenarenrecht ook herhaaldelijk op de agenda van de Tweede Kamer.⁷ Tijdens de Eerste Wereldoorlog werd een belangrijke stap gezet met het instellen in 1917 van de Staatscommissie-Dresselhuys, genoemd naar haar voorzitter, het Tweede Kamerlid H.C. Dresselhuys. Deze commissie had tot taak een algemene wettelijke regeling voor de rechtstoestand van ambtenaren voor te bereiden. Het in het voorjaar van 1919 aangeboden verslag bevatte onder meer een ontwerp van wet ‘Regeling rechtstoestand van ambtenaren’ en een ontwerp voor de memorie van toelichting.⁸ Artikel 2 van het ontwerp van de commissie bepaalt onder andere dat deze wet niet van toepassing is op militairen als zodanig.⁹ In het ontwerp voor de memorie van toelichting overweegt de commissie dat – voor zover nodig – voor militairen een speciale regeling van de rechtstoestand in de plaats moet treden van die welke voor ambtenaren geldt. “De toestanden bij den militairen dienst zijn te verschillend van die in het burgerlijke leven dan dat zij beide door dezelfde bepalingen zouden kunnen worden beheerscht.”¹⁰ In aansluiting op het verslag van de Staatscommissie-Dresselhuys diende de regering in 1920 een wetsontwerp in ter regeling van de rechtstoestand van ambtenaren, de ‘Rechtstoestandwet 1920’, ook wel het Ontwerp-Heemskerk genoemd.¹¹ Verschillende factoren belemmerden de voortgang van de

³ Bijvoorbeeld de Wet van 28 augustus 1851, *Stb.* 126, tot regeling van de bevordering, het ontslag en het op pensioen stellen der militaire officieren bij de Zeemagt en de Wet van 28 augustus 1851, *Stb.* 128, tot regeling van de bevordering, het ontslag en het op pensioen stellen der militaire officieren van de Landmagt.

⁴ H. Krabbe, *De burgerlijke staatsdienst in Nederland*, Diss. Leiden, Leiden: S.C. van Doesburgh, 1883.

⁵ *Handelingen Nederlandsche Juristen-Vereniging*, 28^e jaargang, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante, 1897.

⁶ *Handelingen NJV*, supra noot 5, Deel II, p. 103.

⁷ Zie het Rapport van de Staatscommissie van advies inzake de status van ambtenaren, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en Uitgeversbedrijf, 1958 (Rapport Commissie-Kranenburg), p. 12 e.v., en ook W. Faber, 90 jaren in beroep. *Geschiedenis van de raden van beroep en de ambtenarengerechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1992, p. 10-12.

⁸ Verslag van de Staatscommissie ter voorbereiding van algemeene wettelijke regelen betreffende den rechtstoestand van ambtenaren, 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij, 1919 (Verslag Staatscommissie-Dresselhuys).

⁹ Supra noot 8, Ontwerp van wet, p. 1.

¹⁰ Supra noot 8, Memorie van toelichting, p. 22.

¹¹ *Kamerstukken II 1919/20*, 357. Zie ook W. Faber, supra noot 6, p. 13.

behandeling van dit ontwerp. Met name was men in de Tweede Kamer bevreesd voor de financiële gevolgen van een algemene wettelijke regeling. Hier is van belang dat dit wetsontwerp voor wat betreft de rechtspositie van militairen de Staatscommissie volgt: De wet is niet van toepassing op militairen als zodanig.¹² In het voorlopig verslag wordt bij artikel 2 genoteerd dat enige leden van oordeel waren dat de beroepsmilitairen onder de wet behoorden te vallen. Zij zijn, aldus deze kamerleden, als gewone ambtenaren te beschouwen en moeten daarom als zodanig behandeld worden.¹³ In de memorie van antwoord geeft de regering vervolgens zonder motivering aan dat de rechtstoestand van militairen door eigen regels behoort te worden beheerst.¹⁴

3. Ambtenarenwet 1929 en Militaire Ambtenarenwet 1931

In 1928 is bij het indienen van een nieuw ontwerp het wetsontwerp uit 1920 ingetrokken.¹⁵ In het ontwerp dat leidde tot de Ambtenarenwet 1929 was een artikel 2 opgenomen met een tekst gelijk aan die van het Ontwerp-Heemskerk uit 1920.¹⁶ De toelichting bij deze bepaling is kort: “Dat op de militairen de bepalingen omtrent de ambtenarenrechtspraak niet toepasselijk kunnen zijn, ligt in de rede. De uitoefening van het militair gezag kan bezwaarlijk geplaast worden onder de contrôle van den ambtenarenrechter.”¹⁷ Deze opinie wordt niet door alle leden van de Tweede Kamer gedeeld. Uit het voorlopig verslag blijkt dat sommige leden niet het inzicht van de regering delen dat “de bepalingen betreffende de rechtspraak in ambtenarenzaken niet op militairen kunnen worden toegepast. Reeds thans worden quaesties betreffende militaire pensioenen berecht door een niet-militair college, den Centralen Raad van Beroep. (...) Indien te hunnen opzichte een uitzondering zou worden gemaakt voor het beroep bij disciplinaire straffen, hetwelk reeds elders is geregeld, zouden naar de meening dezer leden de militairen zeer goed onder de werking van deze wet kunnen worden gebracht.”¹⁸ Verscheidene andere leden daarentegen “achtten het met de Regeering gewenscht, dat de militairen aan de werking van de voorgestelde regeling worden onttrokken. Zij spraken het vertrouwen uit, dat voor die categorie van landsdienaren spoedig een afzonderlijke regeling der rechtspositie tot stand zal komen.”¹⁹ In de memorie van antwoord geeft de regering aan dat zij van oordeel is dat de militairen aan de werking van de bepalingen over de rechtspraak in ambtenarenzaken moeten worden onttrokken. “In de relatie tusschen militairen en de Overheid speelt de krijgstuicht een bijzondere rol; zij drukt op de rechtsverhouding een eigen stempel. Reeds thans waken bijzondere voorschriften voor de militairen, voor zoover disciplinaire straffen betreft, tegen onrechtvaardigheid en misbruik van gezag. Ook overigens dient de voor militairen in te voeren rechtspraak een eigen karakter te bezitten.”²⁰

¹² Dat gesproken wordt van ‘militairen als zodanig’, vindt zijn grond in de omstandigheid dat bijvoorbeeld een ambtenaar tevens reserve-officier, voor zover zijn ambtelijke dienst betreft onder de wet behoorde te vallen.

¹³ *Kamerstukken II* 1919/20, 357, nr. 5, p. 28.

¹⁴ *Kamerstukken II* 1920/21, 62, nr. 1, p. 6.

¹⁵ *Kamerstukken II* 1927/28, 392, nr. 3, p. 17.

¹⁶ *Kamerstukken II* 1927/28, 392, nr. 2, p. 1.

¹⁷ *Kamerstukken II* 1927/28, 392, nr. 3, p. 22.

¹⁸ *Kamerstukken II* 1928/29, 91, nr. 1, p. 2.

¹⁹ *Supra* noot 18.

²⁰ *Kamerstukken II* 1928/29, 91, nr. 2, p. 9.

In de memorie van toelichting bij het ontwerp voor de MAW 1931 geeft de regering aan dat bij dit ontwerp zowel voor wat betreft de inhoud als voor wat betreft de vorm aansluiting is gezocht bij de Ambtenarenwet 1929. Vervolgens onderkent zij “dat de regeling van het militaire ambtenarenrecht van die van het burgerambtenarenrecht slechts afwijkt, waar de bijzondere militaire verhoudingen, bijv. de militaire tucht, dit eischen.”²¹ Daarbij wordt een uiteenzetting gegeven over de behandeling van disciplinaire en aanverwante zaken waarbij de regering niets wil afdoen aan de beklagprocedures die in de Wet op de Krijgstucht en het Reglement betreffende de Krijgstucht zijn neergelegd.²² Dat de regering in deze fase van de parlementaire behandeling het nog noodzakelijk oordeelt dat de Centrale Raad van Beroep voorzien wordt van een militair element is hier van minder belang.

Vermeldenswaard is dat voor het bijzondere van de militaire rechtspositie niet wordt verwezen naar de taken van de krijgsmacht of de uitvoering daarvan, maar alleen naar de bijzondere militaire verhoudingen, naar de militaire tucht. De militaire discipline, wettelijk verankerd in Wetboek van Militair Strafrecht²³ en Wet op de Krijgstucht, wordt primair gesteld; de militaire ambtenarenrechter mag dit terrein niet betreden.²⁴ Bij de memorie van antwoord haalt de regering bakzeil voor wat betreft de samenstelling van de Centrale Raad van Beroep; zij blijft overigens bij haar keus “in het algemeen de Ambtenarenwet 1929 van toepassing te verklaren en in de afzonderlijke militaire wet alleen de afwijkingen samen te brengen, die voor militaire zaken – met het oog op den bijzonderen aard van de militaire verhoudingen – wenschelijk schijnen.”²⁵

Tezamen genomen, de afwijkende bepalingen in de MAW 1931 betreffen alleen die welke zien op de afgrenzing van het militair straf- en tuchtrecht en daarnaast andere bepalingen met een formeel karakter als die over de bevoegdheid in eerste aanleg van het Ambtenarenrecht te 's-Gravenhage.

4. Na 1931

Tussen 1931 en 1990 is de MAW 1931 slechts een zevental keren gewijzigd. Twee wijzigingen zijn de moeite waard te worden genoemd. De wijziging in 1985 betrof - als sluitstuk van de inmiddels vrijwel geharmoniseerde rechtspositie van militaire ambtenaren en dienstplichtigen – het creëren van een voor vrijwillig en verplicht dienende militairen gelijk stelsel van rechtsbescherming.²⁶ De wijzigingen in de MAW 1931 en in de Wet rechtstoestand dienstplichtigen betekenden dat de militair die beroep wilde instellen tegen een besluit, genomen krachtens op een van deze wetten berustende voorschriften, eerst een bezwaar-

²¹ *Kamerstukken II 1930/31*, 353, nr. 3, p. 4.

²² Wet van 27 april 1903, *Stb.* I 12, ingevoerd bij de Invoeringswet Militair Straf- en Tuchtrecht (Wet van 5 juli 1921, *Stb.* 1921, 841) en Besluit van 21 juli 1922, *Stb.* 1922, 476.

²³ Wetboek van 27 april 1903, *Stb.* 1903, I 11, ingevoerd bij de in noot 22 genoemde Invoeringswet Militair Straf- en Tuchtrecht.

²⁴ Zie hiervoor ook de toelichting bij art. 10 en 11 van het ontwerp (thans art. 7 en 8 van de MAW 1931): *Kamerstukken II 1930/31*, 353, nr. 3, p. 7. Zie daarnaast G.L. Coolen, De artikelen 7 en 8 van de Militaire Ambtenarenwet 1931, *TAR* 1994, p. 337-341.

²⁵ *Kamerstukken II 1931/32*, 35, nr. 1, p. 1

²⁶ Wet van 20 november 1985, *Stb.* 617, houdende wijziging van de Militaire Ambtenarenwet 1931 en ook de Wet rechtstoestand dienstplichtigen.

schrift moest indienen bij de minister van Defensie. Daarna kon beroep worden ingesteld bij het Ambtenarengerecht te 's-Gravenhage en hoger beroep bij de Centrale Raad van Beroep.²⁷ Met de invoering in 1982 van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) was reeds uitvoering gegeven aan de integratiegedachte: één basisregeling voor de algemene rechtstoestand van alle ambtenaren bij defensie.²⁸ In de nota van toelichting bij het AMAR werd ook gewag gemaakt van de gelijkstellingsgedachte. Vanaf het einde van de jaren zestig had in toenemende mate de opvatting ingang gevonden dat bij het vormen en voeren van het personeelsbeleid voor de krijgsmacht ernstig rekening behoorde te worden gehouden met hetgeen op vergelijkbaar terrein gaande is in de burgerlijke overheidsdienst en in de particuliere sector. “Uit deze opvatting welke voortvloeit uit de wens tot vermaatschappelijking van de krijgsmacht, heeft zich de zgn. ‘gelijkstellingsgedachte’ ontwikkeld die in dit verband inhoudt dat het burgerlijk rijksperoneel en de militaire ambtenaren in belangrijke opzichten in een principieel gelijke positie verkeren, en dat de rechtspositiereglementen zulks behoren te weerspiegelen. (...) Om redenen van doelmatigheid en billijkheid zullen noodzakelijk en onvermijdelijk feitelijke verschillen tussen de krijgsmacht en andere organisaties moeten kunnen leiden tot onderling verschillende, echter als geheel gelijkwaardige en evenwichtige, rechtspositieregelingen.”²⁹ Daarnaast wordt vanaf ongeveer de jaren negentig zowel in het parlement als daarbuiten de discussie gevoerd over (verdere) ‘normalisering’ van de ambtelijke rechtspositie. Onder normalisering wordt verstaan het marktconform maken van de ambtelijke arbeidsverhoudingen; het komen tot één uniform arbeidsrecht voor werknemers en ambtenaren. Daarover meer in paragraaf 7.

Een andere belangrijke wijziging uit deze periode is die betreffende de grondrechten. In de tweede helft van de jaren tachtig worden de AW 1929 en de MAW 1931 gewijzigd ter zake van de uitoefening van grondrechten.³⁰ De wijzigingen verschillen niet wezenlijk van elkaar; ze hebben hetzelfde doel en dezelfde strekking, op bepaalde punten verschilt alleen de formulering.³¹ Zo wijkt artikel 12g van de MAW 1931 over onder meer veiligheidsonderzoeken af omdat alle militaire functies vertrouwensfuncties zijn, en kent artikel 12e over reisbeperkingen geen equivalent in de AW 1929.

Tezamen genomen leveren de decennia na 1931 niet veel op voor de vraag naar het bijzondere karakter van de militaire rechtspositie. De militaire discipline en het militair straffen tuchtrecht worden niet meer genoemd; doelmatigheid en billijkheid zouden kunnen leiden tot verschillen in de rechtspositie, aldus de nota van toelichting bij het AMAR uit 1982.

5. Stakingsrecht?

De verwikkelingen met betrekking tot het stakingsrecht voor ambtenaren vormden een uitzondering op de gelijkstelling die elders in de ambtelijke rechtspositie werd nagestreefd. Het Europees Sociaal Handvest – van kracht geworden in 1965 – erkende in artikel 6 een

²⁷ *Kamerstukken II* 1981/82, 17338, nr. 3, p. 9.

²⁸ Besluit van 25 februari 1982, *Stb.* 279. Zie met name de paragraaf Algemeen van de nota van toelichting.

²⁹ *Supra* noot 28. Zie ook A.J.T. Dörenberg, De veranderende rechtspositie van beroepsmilitairen, *TAR* 1990, p. 480-484.

³⁰ Wet van 20 april 1988, *Stb.* 229 (*Kamerstukken* 19495) resp. Wet van 20 april 1988, *Stb.* 288 (*Kamerstukken* 20033).

³¹ *Kamerstukken II* 1986/87, 20033, nr. 3, p. 1 e.v.

onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. Om dit te waarborgen diende het recht op collectief optreden in gevallen van belangengeschillen, met inbegrip van het stakingsrecht, erkend en gewaarborgd te worden. Na een parlementaire behandeling van meer dan twaalf jaar werd in de goedkeuringswet betreffende het Handvest een (als tijdelijk bedoeld) voorbehoud neergelegd voor werknemers in dienst van de overheid.³² De vervolgens in september 1979 ingestelde Commissie van advies inzake de regeling van voorzieningen bij collectieve arbeidsgeschillen in de openbare dienst (Commissie-Toxopeus II), kwam in mei 1980 in haar rapport met een voorontwerp van een Wet collectieve acties ambtenaren.³³ In dit ontwerp was onder meer voor militaire ambtenaren en voor nader aangeduid burgerpersoneel werkzaam onder het departement van Defensie, een verbod neergelegd tot deelname aan een collectieve actie. In de toelichting gaf de commissie aan dat uitzondering op het recht tot collectieve actie die groepen van ambtenaren betrof, waarvan buiten twijfel is dat hun arbeid, hetzij direct, hetzij indirect, onder alle omstandigheden essentieel is voor de functionering van die onderdelen van het overheidsapparaat welke noodzakelijk zijn voor de bescherming van de in artikel 31 van het Europees Sociaal Handvest genoemde belangen.³⁴ Van belang is dat de Commissie-Toxopeus II zich bij de uitzonderingen (op het recht tot collectieve actie) geenszins beperkte tot de krijgsmacht. De uitzonderingen betreffen bijvoorbeeld ook politieambtenaren en rechterlijke ambtenaren. In de rapportage van de Werkgroep Aard, Structuur en Inhoud van het Overleg (Werkgroep ASIO) aan het Centraal Georganiseerd Overleg in Ambtenarenzaken, van oktober 1980, een advies naar aanleiding van het rapport van de Commissie-Toxopeus II, wordt tot uitdrukking gebracht dat de werkgroep, met uitzondering van de vertegenwoordigers van ACOP en RKCOP, meent dat het brandweerpersoneel, politiepersoneel en militair personeel niet is toegestaan deel te nemen aan een staking.³⁵

Ook in voorontwerpen met betrekking tot het recht op collectief actievoeren van ambtenaren uit 1985 en 1990 bleef men het personeel van de krijgsmacht als uitzondering zien; militairen en ook delen van het burgerpersoneel van de krijgsmacht kwam aldus deze ontwerpen niet het recht toe te staken.³⁶

In 1996 is het Europees Sociaal Handvest herzien. In de goedkeuringswet is opnieuw voor defensie een uitzondering opgenomen; nu vormt defensie de enige uitzondering. Nederland zal zich gebonden achten aan artikel 6, vierde lid, van het Handvest (herzien), behalve wat betreft militaire ambtenaren in werkelijke dienst alsmede ambtenaren in dienst bij het Mi-

³² Rijkswet van 2 november 1978, *Stb.* 639, houdende goedkeuring van het op 18 oktober 1961 te Turijn ondertekende Europees Sociaal Handvest (*Kamerstukken* 8606 [R 533]). Zie voor een uitgebreidere beschrijving M.J.S. Korteweg-Wiers e.a., *Hoofdlijnen van het ambtenarenrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2003, 5^e druk, p. 40 e.v.

³³ Rapport van de Commissie van advies inzake de regeling van voorzieningen bij collectieve arbeidsgeschillen in de openbare dienst (Commissie-Toxopeus II), 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij, 1980, p. 15 e.v.

³⁴ *Supra* noot 32, p. 25. De in artikel 31 genoemde belangen betreffen (onder meer) de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen, de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid en de goede zeden.

³⁵ Rapportage Werkgroep Aard, Structuur en Inhoud van Overleg (ASIO), 's-Gravenhage, oktober 1980, met name p. 53 e.v. Voor wat betreft het burgerpersoneel van de krijgsmacht liepen de meningen binnen de werkgroep verder uiteen.

³⁶ *Supra* noot 32: Korteweg-Wiers, p. 44.

nisterie van Defensie.³⁷ Voor deze uitzondering wordt in de memorie van toelichting bij het wetsontwerp gewezen op ‘de specifieke positie van de defensie-organisatie’.³⁸ In een latere fase van de parlementaire behandeling verwijst de regering naar een in voorbereiding zijnde ingrijpende herziening van de MAW 1931. Daarin zal de regeling van het recht op collectieve actie voor defensiepersoneel worden opgenomen.³⁹

Ter zake van het recht op collectieve actie bestaat er uiteindelijk alleen een uitzondering voor het defensiepersoneel. De motivering van deze uitzondering is heel mager; zij reikt in wezen niet verder dan de specifieke positie van de defensieorganisatie.

6. Medezeggenschap

Medezeggenschap heeft zich aanvankelijk bij de overheid ontwikkeld langs andere lijnen dan in de marktsector.⁴⁰ In 1993 werd een en ander bij elkaar gebracht toen de regering een wetsontwerp indiende om de medezeggenschap van het overheidspersoneel in de Wet op de ondernemingsraden te regelen.⁴¹ Ingevolge artikel 53a van de gewijzigde Wet op de ondernemingsraden is deze wet echter niet van toepassing op ‘het Ministerie van Defensie en de daaronder ressorterende diensten, bedrijven en instellingen’.⁴² Dit wil niet zeggen dat de krijgsmacht geheel buiten de ontwikkelingen op het gebied van de medezeggenschap had gestaan. In de jaren zeventig was een eerste aanzet op dit terrein gegeven; daarna werd in 1982 op basis van het toenmalige artikel 127 van het AMAR de Regeling onderdeelsoverlegorganen ingevoerd.⁴³

Hier gaat het om de uitzonderingspositie die de wetgever in 1993 nodig oordeelde voor defensie. In de memorie van toelichting is daartoe als volgt overwogen: “De positie van het Ministerie wordt bepaald door de grondwettelijke verantwoordelijkheid voor de primaire taak van de krijgsmacht, namelijk het te allen tijde waarborgen van de militaire bijdrage ter bescherming van de belangen van de staat. De krijgsmacht dient onder alle omstandigheden onvoorwaardelijk beschikbaar te zijn. Het is evident dat er met name bij oorlogsgevaar of daaraan verwante omstandigheden alsook bij het houden van oefeningen, geen ruimte kan zijn voor overleg over de wijze van inzet van de krijgsmacht. Dit gegeven leidt tot zekere beperkingen aan de medezeggenschap van het militair personeel en het burgerpersoneel bij het Ministerie van Defensie. (...) De krijgsmacht verricht haar taken – ook in vredes-tijd – bovendien veelal in bondgenootschappelijk verband, zodat het hierbij ook gaat om de internationale effectiviteit van de Nederlandse defensie-inspanning. Het vereiste goede functioneren van internationale samenwerkingsverbanden kan nopen tot het opleggen van beperkingen aan het uitoefenen van medezeggenschapsrechten van het Nederlandse

³⁷ Wet van 1 december 2005, *Stb.* 694, houdende goedkeuring van het op 3 mei 1996 tot stand gekomen Europees Sociaal Handvest (herzien) (*Kamerstukken* 29941).

³⁸ *Kamerstukken II* 2004/05, 29941, nr. 3, p. 12-13.

³⁹ *Kamerstukken II* 2005/06, 29941, nr. 6, p. 8-9.

⁴⁰ Zie L.C.J. Sprengers, *De Wet op de ondernemingsraden bij de overheid*, Diss. UvA, 1998, met name p. 143 e.v.

⁴¹ *Kamerstukken II* 1993/94, 23551, nrs. 1, 2 en 3.

⁴² Wet van 13 april 1995, *Stb.* 95.

⁴³ Voor een uitgebreidere beschrijving, zie J.P. de Jong, *Besluit medezeggenschap defensiepersoneel*, MRT 2000, p. 221-236.

defensiepersoneel.”⁴⁴ In de nota naar aanleiding van het verslag is deze motivering aangevuld: “Ook tijdens normale omstandigheden zijn er beperkingen aan de medezeggenschap. Voor een verantwoorde inzet van de krijgsmacht en een goede voorbereiding op de hiervoor genoemde situaties is een specifieke organisatiestructuur vereist, waardoor de personele invulling en de inzetbaarheid van de krijgsmacht zijn gewaarborgd. Onderwerpen die daarmee verband houden, maar ook de gevolgen van voorgenomen maatregelen in die sfeer voor het personeel, behoren niet tot de onderwerpen van medezeggenschap. Hier spelen immers bredere belangen een rol dan die van het personeel, die niet afhankelijk kunnen en mogen zijn van het al dan niet bereiken van overeenstemming met, of een advies van een medezeggenschapsorgaan.”⁴⁵ De regering wenst ook niet over te gaan tot het brengen van het burgerlijk defensiepersoneel onder de Wet op de ondernemingsraden. Twee inhoudelijk verschillende medezeggenschapsregimes in één organisatie wordt niet hanteerbaar maar ook ongewenst geoordeeld.⁴⁶

Opvallend is dat in de parlementaire behandeling van de wijziging van de Wet op de ondernemingsraden de uitzonderingspositie van het defensiepersoneel uitgebreider wordt toegelicht. De taak van de krijgsmacht wordt centraal gesteld; de beschikbaarheid en inzetbaarheid van de krijgsmacht moeten onder alle omstandigheden gewaarborgd zijn, mede vanwege de bondgenootschappelijke samenwerking. Ook tijdens normale omstandigheden – vreedstijd – leiden deze eisen tot beperkingen aangaande medezeggenschap.

7. In de 21^{ste} eeuw

Op 12 november 1999 hield staatssecretaris Van Hoof van Defensie in het Vredespaleis een toespraak bij de najaarsbijeenkomst van de Militair Rechterlijke Vereniging. Hij sprak daarbij over de bijzondere positie van de militair: “(...) als die militair nu zo bijzonder is, wat betekent die bijzondere positie dan voor bijvoorbeeld het personeelsbeleid, of het arbeidsvoorwaardenbeleid en wat betekent dat voor de rechtspositie van die overheidsdienaar.”⁴⁷ Van Hoof gaat er van uit dat de krijgsmacht bijzonder is. “Dit uit zich onder meer doordat zij moet optreden in situaties waarin samenlevingen zijn of dreigen te worden ontwricht, waar de rechtsorde ernstig is verstoord of zelfs geheel ontbreekt, kortom in moeilijke en vaak bedreigende omstandigheden.”⁴⁸ Hij onderkent de vermaatschappelijking zoals die vanaf de jaren zeventig gestalte heeft gekregen, maar ook de verbetering van de rechtspositie van de militair. Daarna gaat hij in op het normalisatieproces dat gaande is, de tendens om wetgeving gelijkelijk toe te passen op alle werkenden in Nederland. Van Hoof benadrukt evenwel dat de noodzakelijke beschikbaarheid en inzetbaarheid van de krijgsmacht, ook op momenten dat het de militair niet uitkomt. Voor de militair zullen er altijd bijzondere, wettelijk verankerde beperkingen gelden, aldus Van Hoof. Waar leidt dit toe in zijn opinie? “Allereerst dat “de militair dus normaal is, maar daarenboven ook bijzonder. We moeten op basis van het bijzondere karakter van de militair niet te verdedigend en terughoudend doen met betrekking tot de normale benadering, lees normalisering.

⁴⁴ *Kamerstukken II 1993/94*, 23551, nr. 3, p. 8.

⁴⁵ *Kamerstukken II 1993/94*, 23551, nr. 5, p. 13.

⁴⁶ *Kamerstukken II 1993/94*, 23551, nr. 5, p. 14.

⁴⁷ H.A.L. van Hoof, Toespraak tijdens de najaarsbijeenkomst van de Militair Rechterlijke Vereniging, *MRT 2000*, p. 1-8.

⁴⁸ *Supra* noot 47, p. 1.

Met andere woorden: normaliseren waar dat kan. Het betekent ook de huidige situatie niet verdedigen met onterechte verwijzingen naar bestaande collectieve regelingen, maar aanpassen aan moderne maatschappelijke ontwikkelingen. Juist tegen de achtergrond van normalisering en die maatschappelijke ontwikkelingen kan het bijzondere in de positie van de militair worden herkend en erkend.⁴⁹

Als het gaat om normalisering kan men niet heen om het Rapport van de Staatscommissie-Kranenburg uit 1958. Deze commissie is in de eerste plaats ingegaan op de vraag welke redenen er in het verleden toe hebben geleid dat de rechtspositie van de ambtenaar werd gekenmerkt door een bijzondere status, en daarnaast of er nog behoefte was aan een bijzondere regeling.⁵⁰ In de preadviezen van De Jong en Niessen voor de Nederlandse Juristen-Vereniging, uit 1982, gaat het om de vraag of er aanleiding bestaat de rechtspositionele verschillen tussen ambtenaren en civielrechtelijke werknemers te handhaven.⁵¹ In een uitgebreide brief van de Minister van Binnenlandse Zaken uit 1997 concludeert deze dat, mede gelet op de gewijzigde inhoud van het arbeidsvoorwaardenoverleg bij de overheid, het einde van het normaliseringsproces lijkt te zijn bereikt. De positie van de overheidswerknemers zal nooit helemaal hetzelfde worden als die van werknemers in de marktsector, en dat de oorzaak daarvan is gelegen in het bijzondere karakter van de overheidswerkgever.⁵² Door de motie Zijlstra c.s. komt daarna de discussie over normalisering en ambtelijke status pas goed op gang: onder welke voorwaarden kan de ambtelijke status worden afgeschaft.⁵³ In de Trendnota Arbeidszaken overheid uit 2002 legt de Minister van Binnenlandse Zaken nadruk op de bijzondere positie van de overheidswerkgever.⁵⁴ Opvallend in deze stukken is dat er niet of nauwelijks wordt ingegaan op bijzondere groepen ambtenaren, bijvoorbeeld: leden rechterlijke macht, ambtenaren buitenlandse dienst, defensiepersoneel.⁵⁵ Er wordt niet uitgewerkt wat nu typisch is voor de overheid, of voor bepaalde overheidsdiensten. In het Rapport van de werkgroep 'Normalisatie rechtspositie overheids-personeel. Buitengewoon normaal' uit 2005, wordt onderkend dat bij volledige normalisatie – neerkomend op afschaffen van de ambtelijke status – de positie van het defensiepersoneel bijzondere aandacht behoeft. De taken van de krijgsmacht brengen met name voor het militair personeel bijzondere verplichtingen met zich mee.⁵⁶

Wijziging MAW 1931

En dan wordt in augustus 2006 het omvangrijke voorstel tot wijziging van de Militaire Ambtenarenwet 1931 bij de Tweede Kamer ingediend.⁵⁷ In dit wetsontwerp wordt een

⁴⁹ Supra noot 47, p. 8.

⁵⁰ Rapport van de Staatscommissie van advies inzake de status van ambtenaren, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en Uitgeversbedrijf, 1958 (Rapport Commissie-Kranenburg), p. 10-11.

⁵¹ Preadviezen E.P. de Jong en C.R. Niessen, Handelingen 1982 der Nederlandse Juristen-Vereniging, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1982.

⁵² Kamerstukken II 1996/97, 24253, nr. 6.

⁵³ Kamerstukken II 1997/98, 25282, nr. 8.

⁵⁴ Kamerstukken II 2001/02, 28002, nr. 2.

⁵⁵ P.F. van der Heijden onderkent in het Nederlands Juristenblad wel dat er bijzondere groepen ambtenaren zijn. Zie *NJB* 2002, p. 1093.

⁵⁶ Rapport van de werkgroep 'Normalisatie rechtspositie overheids-personeel. Buitengewoon normaal', Interdepartementaal Beleidsonderzoek 2004-2005, nr. 6, 's-Gravenhage, 2005. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30311, nr. 1.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 2005/06, 30674, nr. 1, 2 en 3.

reeks nieuwe bepalingen voorgesteld die niet in een vergelijkbare vorm in de Ambtenarenwet zijn opgenomen. Het wetsvoorstel, in 2007 nog aangevuld, doorstaat zonder wezenlijke problemen de parlementaire behandeling. Per 1 januari 2008 treden de nieuwe bepalingen in werking.⁵⁸ Waar gaat het zoal om? De dienverplichting – al tientallen jaren bekend in de militaire rechtspositie – wordt expliciet in de wet opgenomen. De verplichting om een bepaalde tijd deel uit te maken van het militair personeel wordt voor wat betreft het beroepspersoneel niet alleen verbonden aan de aanstelling, maar kan ook worden verbonden aan bepaalde opleidingen tijdens de loopbaan van de militair, en ook aan de inzet van een militair voor een internationale operatie.⁵⁹ Bij de laatste wordt wel gesproken van operationele dienverplichting. Aldus wordt een inbreuk gelegitimeerd op het grondwettelijke recht van vrije keuze van arbeid. Daarnaast wordt nu uitdrukkelijk bepaald dat het de militair in werkelijke dienst niet is toegestaan om deel te nemen aan een staking. Deelname aan andere vormen van collectieve actie is toegestaan tenzij deze deelname de operationele inzet van de krijgsmacht kan verstoren of belemmeren.⁶⁰ Ook is de militair niet alleen verplicht zich tijdens het verblijf op een militair terrein of in een vaartuig, voertuig of luchtvaartuig bij de krijgsmacht in gebruik, te onderwerpen aan een in het belang van de dienst door het bevoegd gezag gelast onderzoek aan zijn lichaam, zijn kleding of zijn goederen; hij is ook verplicht zich, indien dit noodzakelijk is in het belang van de veiligheid of van een goede vervulling van de taak van de krijgsmacht, te onderwerpen aan een onderzoek van zijn urine of adem. Het gaat daarbij om een onderzoek ter vaststelling van de aanwezigheid van middelen genoemd in de Opiumwet en van alcohol.⁶¹ Ook is van belang de bepaling dat de militair in werkelijke dienst kan worden verplicht, wanneer naar het oordeel van de minister van Defensie het algemeen belang dit vordert, tijdelijk andere werkzaamheden te verrichten dan die welke uit de militaire hoedanigheid voortvloeien.⁶² Vervolgens is vermeldenswaard het afwijkende stelsel van gezondheidszorg dat voor de militair in werkelijke dienst geldt; de gezondheidszorg wordt uitgevoerd door de militair geneeskundige dienst.⁶³ Tenslotte maakt ook het Flexibel Personeelssysteem (FPS) de militaire rechtspositie bijzonder. Dit systeem is opgezet om een evenwichtige personeelsopbouw en een groter aandeel van jongeren in de krijgsmacht te bewerkstelligen, zodat de operationele taken goed kunnen worden uitgevoerd. Het FPS heeft consequenties voor de duur van de aanstelling; omstreeks het 30^e – 35^e levensjaar wordt de militair duidelijk of hij zijn loopbaan bij de krijgsmacht kan voortzetten of niet.⁶⁴

Tezamen genomen een reeks van bepalingen die verdergaande beperkingen op de uitoefening van grondrechten en persoonlijke vrijheden laat zien dan bij ambtenaren in het alge-

⁵⁸ Wet van 8 november 2007, *Stb.* 2007, 480.

⁵⁹ MAW 1931, art. 12k, 12l en 12m. Zie met name *Kamerstukken II 2005/06*, 30674, nr. 3, p. 21-23.

⁶⁰ MAW 1931, art. 12i. Zie met name *Kamerstukken II 2005/06*, 30674, nr. 3, p. 3-4 en 18-20.

⁶¹ MAW 1931, art. 12d. Zie met name *Kamerstukken II 2005/06*, 30674, nr. 3, p. 14-16 en nr. 11. Dat deze bepalingen met betrekking tot alcohol en drugs nog niet kunnen worden toegepast omdat de vereiste algemene maatregel van bestuur nog niet tot stand is gebracht, is hier niet direct van belang.

⁶² MAW 1931, art. 12j. Zie met name *Kamerstukken II 2005/06*, 30674, nr. 3, p. 20-21.

⁶³ MAW 1931, art. 12h. Zie met name *Kamerstukken II 2005/06*, 30674, nr. 3, p. 8-10 en 16-18.

⁶⁴ MAW 1931, art. 12quinquies. *Kamerstukken II 2005/06*, 30674, nr. 3, p. 5-9. Zie ook G.F. Walgemoed, *Hoofdzaken van het militaire ambtenarenrecht*, 6^e druk, Deventer: Kluwer, 2011, p. 13-15 en 149-164.

meen gebruikelijk is. Hoe heeft de wetgever deze bijzondere positie gemotiveerd; waarom deze specifieke bepalingen voor militaire ambtenaren? De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is er helder over: “Het doel van deze wet is (...) het opnieuw formuleren en vastleggen van de specifieke aspecten van de rechtsverhouding tussen de staat en de militaire ambtenaren, tegen de achtergrond van de waarborgen van een goede uitvoering van de grondwettelijke taken van de krijgsmacht.”⁶⁵ “De militair ambtenaar moet weten dat hij – als onderdeel van de krijgsmacht die het ultieme instrument van de overheid vormt – kan worden ingezet onder omstandigheden en met een diversiteit van taken, die in geen enkele andere werkgever/werknemer relatie in deze mate aanwezig zijn.”⁶⁶ Het gaat om het waarborgen van de operationele gereedheid en inzetbaarheid van de krijgsmacht. Aan de betrouwbaarheid en inzetbaarheid van dit ultieme instrument van de overheid mag niet de geringste twijfel postvatten.⁶⁷ De krijgsmacht moet onder alle omstandigheden kunnen optreden, zowel in het buitenland als in het binnenland.⁶⁸ “Voor het waarborgen van die beschikbaarheid en inzetbaarheid van de krijgsmacht worden aan militairen eisen gesteld die in andere arbeidsorganisaties in mindere mate of niet in combinatie met elkaar voorkomen. Daarbij gaat het allereerst om de plicht tot het uitvoeren van aan de krijgsmacht opgedragen taken. De militair kan daarbij worden opgedragen zijn taken onder levensbedreigende omstandigheden uit te voeren, waarbij hijzelf veelal geweld moet gebruiken en wapens moet hanteren. De militair kan overal ter wereld worden ingezet en moet daarvoor beschikbaar en inzetbaar zijn.”⁶⁹ In de vervolgstukken van de parlementaire behandeling is niets nieuws terug te vinden over de bijzondere positie van de militair en de daarvoor gegeven motieven. Er bestaat blijkbaar brede parlementaire instemming met deze overwegingen en conclusies. Zoals hierboven al aangegeven, de nieuwe bepalingen zijn met ingang van 1 januari 2008 in werking getreden.

De parlementaire stukken laten wel vragen onbeantwoord. Bijvoorbeeld waarom het alleen militairen uitdrukkelijk verboden is deel te nemen aan een staking. Andere overheidsorganen hebben andere taken, maar ook bij het neerleggen van het werk door bepaalde andere ambtenaren is de veiligheid van de samenleving, van de staat in het geding.

Terugkijkend blijkt dat de wetgever bij de wijziging van de Wet op de ondernemingsraden in de jaren negentig eigenlijk voor het eerst meer uitgebreid gewag heeft gemaakt van de bijzondere positie van Defensie, met name van de bijzondere positie van militairen. Nadien is in de kamerstukken van de wijziging van de MAW 1931 in verband met de invoering van een flexibel personeelssysteem voor de krijgsmacht deze bijzondere positie preciezer verwoord en gemotiveerd.

Veteranenwet

In juni 2010 is door de kamerleden Eijssink, Poppe, Pechtold en Peters een initiatiefwetsvoorstel ingediend om de bijzondere zorgplicht voor veteranen te regelen, de Veteranen-

⁶⁵ Kamerstukken II 2005/06, 30674, nr. 3, p. 1.

⁶⁶ Supra noot 65, p. 1.

⁶⁷ Supra noot 65, p. 2.

⁶⁸ Supra noot 65, p. 1 en 19.

⁶⁹ Supra noot 65, p. 2-3.

wet.⁷⁰ In deze beschouwing gaat het niet om de voorgeschiedenis van dit initiatief of om het verband met het vier maanden later door de regering ingediende voorstel voor een Kaderwet veteranen.⁷¹ Van belang is hier de wijze waarop de indieners uitgaan van de bijzondere positie van de militair. De bewoordingen sluiten naadloos aan bij die van de hierboven genoemde wijziging van de MAW 1931.⁷² Weliswaar is het wetsvoorstel na het advies van de Raad van State aangepast, maar aan de bijzondere eisen die aan militairen worden gesteld, wordt niets afgedaan.⁷³

Wet normalisering rechtspositie ambtenaren

In november 2010 is door de kamerleden Koser Kaya en Van Hijum een voorstel ingediend voor een Wet normalisering rechtspositie ambtenaren.⁷⁴ Het wetsvoorstel beoogt een zo groot mogelijke eenvormigheid tot stand te brengen tussen de rechtspositie van ambtenaren en werknemers. Het wordt de laatste stap genoemd in het normaliseringsproces, waarin de arbeidsverhoudingen bij de overheid uiteindelijk gelijk zouden moeten zijn aan de verhoudingen in het private bedrijfsleven. Het initiatiefvoorstel strekt zich niet uit tot alle ambtenaren. Onder andere voor militaire ambtenaren en de zittende magistratuur zou de publiekrechtelijke rechtspositie moeten worden gehandhaafd.⁷⁵ Over militaire ambtenaren wordt in de memorie van toelichting gesteld: “Aan hen worden met het oog op hun inzetbaarheid dermate vergaande eisen gesteld, gepaard gaande met bijzondere beperkingen van hun grondrechten (onder andere op het gebied van het stakingsrecht) – een en ander te handhaven met een bijzonder tuchtrecht – dat een publiekrechtelijke rechtspositie het meest aangewezen moet worden geacht om hun arbeidsverhouding te regelen.”⁷⁶ In de nota naar aanleiding van het verslag overwegen de indieners op vragen van de CDA-fractie dat het verschil tussen de rechtspositie van militairen en die van andere ambtenaren mogelijk niet zo groot gevonden wordt dat het blijvend in de weg zou moeten staan aan het ook voor militairen veranderen van hun rechtspositie van een publiekrechtelijke in een privaatrechtelijke. Nader onderzoek is daartoe geboden, aldus de indieners.⁷⁷ Het voorstel voor een Wet normalisering rechtspositie ambtenaren heeft al vele reacties opgeroepen.⁷⁸ Die betroffen naast het principiële karakter van het voorstel ook tal van uitvoeringsaspecten. De uitzonderingspositie in het wetsvoorstel voor militaire ambtenaren is in deze reacties niet aan de orde gesteld. Kennelijk bestaat er ook in dit verband instemming met de bijzondere rechtspositie van militaire ambtenaren.

⁷⁰ Kamerstukken II 2009/10, 32414, nr. 1, 2 en 3.

⁷¹ Kamerstukken II 2010/11, 32538, nr. 1, 2 en 3.

⁷² Kamerstukken II 2009/10, 32414, nr. 2, art. 2, en nr. 3, p. 2-3.

⁷³ Kamerstukken II 2010/11, 32414, nr. 6 en nr. 7, p. 1 en 7.

⁷⁴ Kamerstukken II 2010/11, 32550, nr. 1, 2 en 3.

⁷⁵ Daarnaast worden genoemd burgemeesters, commissarissen van de Koningin en notarissen. Kamerstukken II 2010/11, 32550, nr. 2, art. 1, en nr. 3, p. 9-10.

⁷⁶ Kamerstukken II 2010/11, 32550, nr. 3, p. 9.

⁷⁷ Kamerstukken II 2011/12, nr. 8, p. 29-30.

⁷⁸ Zie bijvoorbeeld L.C.J. Sprengers, Wet normalisering rechtspositie ambtenaren: ambtenaar krijgt arbeidsovereenkomst, maar blijft ambtenaar, *TRA* 2011, nr. 4, p. 13-19 en H.Ph.J.A.M. Hennekens, De rechtspositie van de ambtenaar: enige aspecten van algemene aard, *TAR* 2011, p. 529-544. Zie ook het advies van de Raad voor de Rechtspraak over het wetsvoorstel, *TAR* 2011, p. 183-207.

8. Afronding

Tachtig jaar geleden oordeelde de wetgever het noodzakelijk naast de algemene Ambtenarenwet 1929 de Militaire Ambtenarenwet 1931 tot stand te brengen. Belangrijkste argument hiervoor was de vereiste afgrenzing tussen het al veel eerder bij formele wet geregelde militair straf- en tuchtrecht. In de daaropvolgende decennia zijn de AW 1929 en de MAW 1931 gelijk op gegaan. Ter illustratie hiervan kunnen dienen de in beide wetten opgenomen bepalingen ter zake van de uitoefening van grondrechten. Bij de goedkeuring van het Europees Sociaal Handvest en later bij de wijziging van de Wet op de ondernemingsraden over de medezeggenschap van het overheidspersoneel werd de bijzondere positie van militairen door de wetgever voor het eerst expliciet gemaakt. Onderkend moet worden dat daarnaast deze bijzondere positie bij de verwikkelingen rond het stakingsrecht voor ambtenaren ook was verwoord in rapporten en voorontwerpen van wet. De wijziging in deze eeuw van de MAW 1931 vanwege onder meer de invoering van het FPS is door de regering aangegrepen om de bijzondere rechtspositie van de militairen uitdrukkelijk vast te leggen in de wet. In de wetgevingsstukken is daartoe een motivering gegeven – samengevat in de termen beschikbaarheid en inzetbaarheid onder alle omstandigheden – die in het parlement niet op tegenspraak is gestuit. De in december 2011 door de Eerste Kamer aanvaarde Veteranenwet en het voorstel voor een Wet normalisering rechtspositie ambtenaren bevestigen deze lijn.

Legal, political and ethical dimensions of UAV warfare under international law¹

“Autonomy is the Future” (Peter Singer)

BY PROF. DR. G.J.ALEXANDER KNOOPS

I. Introduction: Will UAVs dictate future warfare?

The perspective of modern warfare is changing rapidly. With the advent of sophisticated weaponry such as the unmanned aerial vehicle (UAV, commonly referred to as “drones”) in various generations, the question has even been born whether warfare through UAVs will eventually replace traditional types of warfare such as the use of infantry, cavalry (tanks) or even fighter jets and Apache helicopters. And what to think of the potential the UAV technology has to replace satellites and reconnaissance-airplanes. Both the military-operational implications and the economic implications of the use of UAVs can be considerable.

In order to illustrate the advancements of modern warfare technology, one should bear in mind that only ten years ago, the U.S. Pentagon had an arsenal of approximately 50 drones at its disposal, while nowadays over 7500 of these type of planes fly above the territories of Iraq, Afghanistan, Pakistan, Yemen and Somalia to combat terrorism on behalf of the U.S. Administration.²

Starting with the RQ-4A Global Hawk drone (first flight: 1998), which has a length of 13,4 meters and a wingspan of 35,3 meters³, the refinement of the UAV technology developed drastically towards UAVs with the size of a big insect. For example, the AeroVironment Nano Hummingbird drone (announced: 2011) has a wingspan of only sixteen centimetres.⁴ It is speculated that future UAV technology will culminate into devices no larger than a fruit fly (micro air vehicles).⁵ Also, UAVs are operating increasingly automatically. As of now, the U.S. Navy is testing the X-47B drone. This experimental UAV is able to make autonomous decisions. The X-47B can take off and land on its own. In addition to this, this “robotic UAV” can take off itself from an aircraft carrier. Nowadays UAVs, and more specifically UAV attacks, are controlled by humans.

¹ Authored by Prof. dr. G.J. Alexander Knoops, LL.M., Professor of International Criminal Law at Utrecht University; international defence lawyer at Knoops' advocaten, Amsterdam. Professor Knoops has appeared as a defence counsel before the ICTY, ICTR, SCSL, ICC. The author is indebted to Mr. Jaron Daniël Schoone, MA., and Ms. Evelyn Bell, LL.M., M.Sc., of the academic department of Knoops' advocaten for assisting in the process of writing this article. The author is also grateful to Dr. Marten Zwanenburg, legal advisor to the Ministry of Justice, for his comments on the article.

² W.J. Hennigan, 'Pentagon working with FAA to open U.S. airspace to combat drones', *Los Angeles Times*, 13 February 2013; E. Bumiller and T. Shanker, 'War Evolves With Drones, Some Tiny as Bugs', *The New York Times*, 19 June 2011; see also documentary 'Remote Control War', 2011.

³ United States Air Force Fact Sheet: RQ-4 Global Hawk, available at <http://www.af.mil/information/factsheets/factsheet.asp?id=13225>, last accessed 30 December 2011.

⁴ AeroVironment Nano Hummingbird website <http://www.avinc.com/nano>.

⁵ S.N. Fry, 'Experimental Approaches Toward a Functional Understanding of Insect Flight Control', in D. Floreano, J.C. Zufferey, M.V. Srinivasan, C. Ellington (Eds.), *Flying Insects and Robots*, Heidelberg: Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2009.

However, in the future UAVs such as the X-47B are supposed to make life-or-death decisions of their own.⁶ Without a human operator deciding how and when to hit a target. These automated (so-called “seek-and-destroy” UAVs) will most likely dominate the battlefields in the future.⁷ Battlefield UAVs are thus likely to dictate future warfare.

Apart from these intriguing advancements in technology, the advent of UAVs is not without consequences for the laws of war and certain traditional principles of international humanitarian law. This became visible on September 30, 2011. On that day, the Muslim imam Anwar Al-Awlaki and his passenger Mr Samir Kahn, both having U.S. citizenship, were killed during a Hellfire missile strike by two U.S. Predator drones which were launched 10.000 miles away from the “battlefield”. At the moment of this action, Mr Al-Awlaki was driving in a car on Yemenite soil.

By that time, Mr Al-Awlaki featured on the Specially Designated Nationals List of the U.S. Department of the Treasury as a Specially Designated Global Terrorist.⁸ However, despite Mr Al-Awlaki’s name being on this list, no criminal charges were pressed against him by a U.S. federal prosecutor while the U.S. was officially nor materially at war with Yemen.

The complex legal implications of UAV attacks became visible in the case of Mr Al-Awlaki. These were revealed by the New York Times, disclosing on October 8, 2011 the contents of a secret memorandum of the Office of Legal Counsel (OLC) of the U.S. Department of Justice.⁹ The Office enacted a memo in June 2010 per request of President Obama on the legality and legitimacy of UAV attacks under international and U.S. law. Notwithstanding this memo was never officially being disclosed, the New York Times published the contours of the U.S. policy thereto.

In its “Unmanned Aircraft Systems Flight Plan 2009-2047”-report, the U.S. Air Force outlined that its vision is “to harness increasingly automated, modular, and sustainable UAS [Unmanned Aircraft Systems] resulting in leaner, more adaptable and tailorable forces that maximize the effectiveness of 21st century airpower.”¹⁰ Unmanned Aircraft Systems have – according to the report – some compelling advantages over humans because human physiological limits, such as speed of reaction and persistence, can prevent a proper mission execution.¹¹

Questions arise as to whether UAVs should take control over the battlefield? Who is accountable for attacks if crucial decisions are left up to computers? This article will delve deeper into the legality of this U.S. doctrine, which seems to go beyond the policy of the predecessor of President Obama, former President George W. Bush Jr. Furthermore, this article will address several other fundamental questions concerning the compatibility of UAV attacks with international criminal law and international humanitarian law principles such as:

⁶ R. Sparrow, ‘Killer Robots’, *Journal of Applied Philosophy*, 24/1, 2007, p. 65.

⁷ W.J. Hennigan, ‘New drone has no pilot anywhere, so who’s accountable?’, *Los Angeles Times*, 26 January 2012.

⁸ Office of Foreign Assets Control Specially Designated Nationals and Blocked Persons, 29 December 2011, available at <http://www.ofac.sdecumplimiento.com/blog/wp-content/uploads/2012/01/Lista-Clinton-al-29-diciembre-del-2011.pdf>, last accessed 8 February 2012.

⁹ C. Savage, ‘Secret U.S. Memo Made Legal Case to Kill a Citizen’, *The New York Times*, 9 October 2011.

¹⁰ United States Air Force, ‘Unmanned Aircraft Systems Flight Plan 2009-2047’, 18 May 2009, available at <http://www.govexec.com/pdfs/072309kp1.pdf>, last accessed 28 January 2012.

¹¹ United States Air Force, ‘Unmanned Aircraft Systems Flight Plan 2009-2047’, 18 May 2009, available at <http://www.govexec.com/pdfs/072309kp1.pdf>, last accessed 28 January 2012.

BESCHOUWING

- Does a UAV attack trigger the system of international humanitarian law? In other words, when will the regime of international humanitarian law – and not the law enforcement model – be applicable in the case of UAV attacks?
- Does the advanced technology of UAVs call for a more strict application of the international humanitarian law principle of proportionality?
- What is the legal status of a civilian (e.g. a CIA agent) who launches a UAV instead of military personnel?
- Will this technology imply a devaluation of moral obstacles to kill other people?
- Can the victim of a UAV attack seek recourse to the European Court of Human Rights? Although, the European Court's jurisprudence is not directly applicable (perhaps only by way of analogy) to the use of drones by the U.S., this subject-matter remains relevant for (future) drones operations by European States, including the Netherlands. The Kingdom of the Netherlands considers to purchase UAVs. It is not unlikely that these drones will be used during military operations.

These are just few of many perennial questions that arise out of this new type of warfare.

2. The new U.S. UAV policy: Towards robotic warfare?

Before scrutinizing the aforementioned legal questions, one should first look into the reasoning of the U.S. Administration when advocating that UAV attacks are permissible under international and U.S. law. The mentioned Memorandum of the OLC of June 2010 fuelled by the Al-Awlaki case, canvasses the following parameters for the permissibility:

1. Suspects, such as Mr Al-Awlaki, can only be killed through UAV attacks in the event an incarceration of such person is illusory;
2. The person in question has to be involved in preparing “acts of war” against the U.S.;
3. Consequently, that individual should pose an immediate and significant threat to the U.S.;
4. The State “hosting” such an individual must not be able or willing to apprehend him or her.¹²

These parameters raise more questions than providing answers. The following are just a few of many unsolved questions:

- Who determines and on what basis whether an individual's arrest is not achievable?
- What precisely are “acts of war”? Is the purchase of an explosive device sufficient?
- What level of threat is required to arrive at an “immediate” threat? Should the threats be executable within a month, or is the threshold just a few days?
- What exactly is a “significant” threat? Is that an act of terrorism against ten individuals? Or against a hundred?
- On what basis is it to be assessed whether the host State is unwilling or unable to arrest the person in question? Is the U.S. empowered and capable to scrutinize the law enforcement system of that State to hold that State in contempt?

These are just few questions out of many which arise from these rather vague conditions.

¹² C. Savage, ‘Secret U.S. Memo Made Legal Case to Kill a Citizen’, *The New York Times*, 9 October 2011.

As to the judicial control, this new U.S. policy does not delegate any decision of the use of UAVs to an independent legal entity or forum. Rather it empowers the U.S. Administration and not the legislative branch to ascertain the fulfilment of these parameters instead of the legislative, let alone the judiciary. To the contrary, the case of Mr Al-Awlaki shows that the U.S. Administration did not, prior to the UAV attack, independently assess the strength of the alleged evidence against this person. Moreover, under U.S. law, in principle, the U.S. Congress has the power to declare war. However, within the system of UAV attacks as applied by the U.S., U.S. Congress is made powerless.

Another important aspect that comes to mind is the status of such an executive policy. What about long established domestic and international law? Can an executive branch of a government circumvent the legal rights and guarantees as laid down in (domestic) law and international treaties? Was the memo a clear example of *real politik*? As it seems not only “unlawful enemy combatants”, but also U.S. citizens – who are supposed to have legal rights under the U.S. Constitution – can be subjected to the UAV policy. According to the memo Mr Al-Awlaki, if he could not reasonable be captured, was a lawful target and could be killed legally. The U.S. contemplates that Al-Awlaki, according to intelligence agencies, was taking part in a war between the U.S. and Al Qaeda and therefore posed a threat to the Americans, while the Yemeni authorities were not able or unwilling to apprehend him.¹³ But, since Mr Al-Awlaki was in Yemen, did he really pose a threat to the Americans? Was Al-Awlaki not thousands of miles away from the “actual battlefield”, i.e. Afghanistan and north-western Pakistan? Was there proof of Mr Al-Awlaki’s involvement in international terrorism, similar to, for instance, Osama Bin Laden?

Lastly, the actions of the U.S. government concerning Mr Al-Awlaki seem to have infringed at least two of the amendments to the U.S. Constitution (Bill of Rights). The fourth amendment secures that no citizen shall be unreasonably searched or seized. The fifth amendment provides that no one shall be held to answer for a crime unless indicted by a Grand Jury, nor shall an individual be subjected to deadly force by the government without a due process of law. In the cases of Mr Al-Awlaki and Mr Kahn, being U.S. citizens, it appears that these fundamental rights on their face have been violated.

3. The legality of UAV attacks under the laws of war

3.1. Differentiation of legal regimes.

The legality of the engagement of UAVs revolves around the applicable legal regime. The relevance of this question arises from the observation by the Oxford Research Group saying that:

“the important difference between the law of armed conflict and the law enforcement model is that while the former requires civilian casualties to be proportional to the military advantage gained, the latter generally does not accept casualties of innocent bystanders at all.”¹⁴

¹³ C. Savage, ‘Secret U.S. Memo Made Legal Case to Kill a Citizen’, *The New York Times*, 9 October 2011.

¹⁴ S. Breau, M. Aronsson and R. Joyce, ‘Discussion Paper 2: Drone Attacks, International Law, and the Recording of Civilian Casualties of Armed Conflict’, *Oxford Research Group*, June 2011, p. 11.

Three potential legal regimes come into play, that of an:

1. International armed conflict (i.e. the use of armed force between two opposing states);¹⁵
2. Non-international (internal) armed conflict (i.e. the use of armed force between governmental and non-governmental forces, or between these groups only);¹⁶
3. Traditional law enforcement; covering all situations which do not meet the prerequisites of an armed conflict; law enforcement rules and human rights apply.

Each of these legal regimes is connected to the nature of the conflict at hand. Only in the event of the situations sub 1 and sub 2, “seek-and-destroy” UAVs seem admissible. How to qualify the “war areas” in the world?

It could be argued that the U.S. is engaged in one international armed conflict (the global war on terror), which conflict can be located in Afghanistan and north-western Pakistan, among other places. At the same one can reason that the U.S. has entered into two separate internal armed conflicts: one in Afghanistan and another one in north-western Pakistan. It can also be advocated that there exists but one internal conflict in Afghanistan, which has spill-over effects into certain areas of north-western Pakistan. Every one of these three options has specific legal consequences, which will be addressed in this paragraph.¹⁷

The first two legal regimes (international and internal armed conflicts) are governed by the laws of war, also referred to as International Humanitarian Law (IHL). Each of them require a certain legal and factual threshold to activate the applicable rules.

In order to differentiate between armed conflicts which fall under the laws of war, and those situations that can be subsumed under the law enforcement model, the International Law Association adopted two minimum criteria in its 2010-report which was the result of a five-year study by a committee of eighteen experts from fifteen countries.¹⁸ The report ascertains the following criteria:

“The Committee [...] undertook extensive research into hundreds of violent situations since 1945 and identified significant state practice and *opinio juris* establishing that as a matter of customary international law a situation of armed conflict depends on the satisfaction of two essential minimum criteria, namely:

- a. the existence of organized armed groups
- b. engaged in fighting of some intensity.”¹⁹

¹⁵ A definition of an international armed conflict that has been adopted by international bodies follows the definition of the ICTY in the Tadic-case which ruled that an armed conflict exists ‘whenever there is a resort to armed force between States’; ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-I-A, 2 October 1995, Para.70.

¹⁶ ICRC, ‘How is the term “armed conflict” defined in International Humanitarian Law?’, *International Committee of the Red Cross Opinion Paper*, 8 March 2008, p. 1.

¹⁷ S. Breau, M. Aronsson and R. Joyce, ‘Discussion Paper 2: Drone Attacks, International Law, and the Recording of Civilian Casualties of Armed Conflict’, *Oxford Research Group*, June 2011, pp. 6-11.

¹⁸ M.E. O’Connell, ‘The International Law of Drones’, *The American Society for International Law*, 14/37, 2010, p. 2-3.

¹⁹ See International Law Association, Use of Force Committee, ‘Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law’, *The Hague Conference*, 2010, p.32, available at www.ila-hq.org/download.cfm/docid/2176DC63-D268-4133-8989A664754F9F87, last accessed 8 February 2012.

For an armed conflict to be international, it is required that at the least two independent and sovereign states being involved, albeit that the adversary state does not need to have acknowledged that it is “at war”.²⁰ An international armed conflict exists whenever two or more states resort to armed force.²¹ In the case of an international armed conflict the Geneva Conventions apply. Common Article 2(1) of the Geneva Conventions of 1949 stipulates that:

“In addition to the provisions which shall be implemented in peacetime, the present Convention shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by them. The Convention shall also apply to all cases of partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party, even if the said occupation meets with no armed resistance.”

Hence, the High Contracting Parties within the conflict are therefore states. According to the ICRC, the situation of armed conflict does not have to be recognized as such nor is a formal declaration of war required.²²

An internal armed conflict has to meet the following requirements:

- (i) A certain level of intensity which goes beyond that of mere riots or skirmishes. The mere firing of a rocket by an armed group directed at a government building will not trigger an internal armed conflict. But what about ten rockets?
- (ii) The nature of the parties involved being either a state versus an armed group fighting within the territory of that state or two groups (non-state actors) fighting each other within that state.²³

The requisite level of organization can be determined by the following five criteria:

- “Minimal level of organization” (by which an adversary can be identified);
- “Capability of the group to apply the Geneva Conventions” (a certain command structure);
- “Engagement of the group in collective, armed, anti-government action”;
- “For a conflict involving a State, the State uses its regular military forces against the group”;
- “Admission of the conflict against the group to the agenda of the UN Security Council or the General Assembly.”²⁴

²⁰ S. Breau, M. Aronsson and R. Joyce, ‘Discussion Paper 2: Drone Attacks, International Law, and the Recording of Civilian Casualties of Armed Conflict’, *Oxford Research Group*, June 2011, p. 4.

²¹ S. Breau, M. Aronsson and R. Joyce, ‘Discussion Paper 2: Drone Attacks, International Law, and the Recording of Civilian Casualties of Armed Conflict’, *Oxford Research Group*, June 2011, p. 6.

²² ICRC, ‘How is the term ‘armed conflict’ defined in International Humanitarian Law?’, *International Committee of the Red Cross Opinion Paper*, 8 March 2008, p. 1; see also P. Ducheine, ‘ISAF en het oorlogsrecht’, *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, 209/6, 2009.

²³ S. Breau, M. Aronsson and R. Joyce, ‘Discussion Paper 2: Drone Attacks, International Law, and the Recording of Civilian Casualties of Armed Conflict’, *Oxford Research Group*, June 2011, pp. 4-6.

²⁴ P. Alston, ‘Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions’, *United Nations*, No. A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010, p. 17.

In the case of a non-international armed conflict – which is territorially bound – specific rules apply: Additional Protocol II to the Geneva Conventions (requiring that the non-state actor exercises control over the area) and common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949. Common Article 3 reads that within “armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties”, certain basic minimum rules of “humanity” are to be respected.²⁵

Yet, the reality is that an internal armed conflict may have spill-over effects into the territories of other States. This may affect the legal regime within these spill-over areas. As Pejic states “the spill-over of a Non-International Armed Conflict into adjacent territory cannot have the effect of absolving the parties of their IHL obligations simply because an international border has been crossed.”²⁶

In sum, armed conflicts against non-state actors such as the one in north-western Pakistan can be subdivided as follows:

- The existence of two separate internal armed conflicts (i.e. Afghanistan and Pakistan);
- The existence of one internationalized armed conflict; i.e. an internal armed conflict with internationalized dimensions, qualified by the U.S. as the “Global War on Terror”;
- Extraterritorial “spill-over” of an internal armed conflict (i.e. the Afghan-conflict spills over to parts of Pakistan).

For the end result, i.e. the applicable legal regime, these differentiations may not be decisive.

3.2. Contemporary conflicts in the world

3.2.1. The U.S. view: The world as a “battlefield”?

The U.S. government, from the Bush era onwards, promulgates the view that virtually every state which harbours potential terrorists posing a threat to the U.S. could constitute a “battlefield”, i.e. is part a global armed conflict which the U.S. have declared between Al Qaeda (and its affiliates) and itself. According to the U.S., the existence of a battlefield follows from the Global War on Terror; in this view, UAV attacks are governed by the law of war system.²⁷ However, the term “War on Terror” does not exist within the law of war.²⁸

The laws of war are applicable in case of an armed conflict, which fulfils the criteria as set forth by international law (see above). Under the laws of war, the elimination of an enemy combatant is considered legitimate. This stands in contrast to the traditional law enforcement system which envisions strict rules regarding the arrest and extradition of suspects, supervised by Human Rights Law, whereby the use of deadly force is only permissible when to save innocent lives. Hence the legality of UAV operations abroad is con-

²⁵ In *Hamdan v. Rumsfeld* (548 U.S. 557, 2006) the U.S. Supreme Court ruled that common Article 3 was not restricted to a certain territory.

²⁶ J. Pejic, ‘The Protective Scope of Common Article 3: more than meets the eye’, *International Review of the Red Cross*, 2011, p. 6.

²⁷ ‘Report of the United States of America submitted to the U.N. High Commissioner for Human Rights in conjunction with the Universal Periodic Review’, p. 20, available at <http://www.state.gov/documents/organization/146379.pdf>, last accessed 6 February 2012.

²⁸ Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 182-187.

tingent upon the acceptance of an armed conflict, either internationally or internally.²⁹

The multi-interpretability of the legal regime for UAV attacks can be best illustrated by several court decisions, ventilating different approaches. It is the opinion of the U.S. Supreme Court in *Hamdan v. Rumsfeld* that International Humanitarian Law is applicable in the conflict between the U.S. and Al Qaeda.³⁰ In this landmark decision, the Bush administration contended that there was no international armed conflict since Al Qaeda was not a state party. It is also asserted that there was no internal armed conflict since the conflict (“the Global War on Terror”) took place on the territory of more than one state. Therefore, according to the Bush administration, the conflict was not governed by the laws of war, and thus terrorism suspects could be detained in defiance of the Geneva Conventions on the treatment of prisoners of war. This argument was set aside by the U.S. Supreme Court in the *Hamdan* case, as it ruled in its majority opinion that Common Article 3 of the Geneva Conventions was applicable as the minimum norm in any conflict.

In its judgement of 13 December 2006, the Israeli Supreme Court (ISC) addressed the question of the legality of preventative targeting of alleged terrorists as a counterterrorism measure. The Israeli Supreme Court justices though perceived the conflict between Israel and the terrorists groups in the region as being “international”: A progressive approach since formally no two states are involved in this conflict. Yet, the justices held that because terrorist organizations nowadays are equipped with considerable military powers akin to those of states, the Israeli military operations were to be seen as part of an international armed conflict, triggering the laws of armed conflict. In its ruling of 13 December 2006, the ISC arrived at the following four main conclusions:

- (i) The laws of war are applicable to the (international) armed conflict between Israel and the terrorist organizations operating in the region;
- (ii) The ISC qualified the conflict as an international armed conflict, even though no other states were involved.³¹ Targeted killing (the preventative elimination of terrorists) cannot always be deemed legal, nor can these actions always be deemed illegal.
- (iii) The legality of targeted killings is contingent upon the principle that civilians are not protected from attacks “for such time as they take a direct part in hostilities” (Article 51 section 3, Protocol I). Therefore a civilian, such as a CIA agent, who operates a UAV at the direction of a battlefield is considered to be a combatant and can be killed by the adversary.
- (iv) The principle of proportionality always applies, irrespective the nature of the conflict and the qualification of the adversary.

The most pertinent criterion seems to be that of sub (iii). The UN rapporteur Philip Alston observes that “the greatest source of the lack of clarity with respected to targeted killings in the context of armed conflict is who qualifies as a lawful target, and where and

²⁹ Except under a few very exceptional circumstances, which will be discussed in paragraph 4.

³⁰ *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 2006.

³¹ See Melzer, Nils (2006). “Targeted Killing or Less Harmful Means? – Israel’s High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity”. *Yearbook of Humanitarian International Law* 9:87–113. See also for a different approach *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 2006.

when the person may be targeted.”³² The mere fact that individuals engage in illegal action, for instance terrorist activities, does not by itself constitute that these persons fulfil the threshold of the criterion “direct participation in hostilities.”³³ The latter criterion features within the law of international armed conflict to determine whether and when states can legally attack civilians.

The ISC defines this requirement as follows:

“On the one hand, a civilian taking a direct part in hostilities one single time, or sporadically, who later detaches himself from that activity, is a civilian who, starting from the time he detached himself from that activity, is entitled to protection from attack. He is not to be attacked for the hostilities which he committed in the past. On the other hand, a civilian who has joined a terrorist organization which has become his ‘home’ and the framework of his role in that organization he commits a chain of hostilities, with short periods of rest between them, loses his immunity from attack ‘for such time’ as he is committing the chain of acts. Indeed, regarding such a civilian, the rest between hostilities is nothing other than preparation for the next hostility.”³⁴

Thus, the frequency of the engagement in terrorist activities seems to be the decisive factor. Preventive targeting of terrorist suspects who have ceased with their terrorist activities, is not permissible.³⁵

3.2.2. The U.S. view on the UAV attack criteria

In the Al-Awlaki case, the U.S. contemplated that all four criteria to legitimately eliminate individuals such as Al-Awlaki by UAVs were fulfilled. In particular, as to the fourth parameter (i.e. the “hosting” state is not able or willing to arrest the individual), the U.S. conceived the failed attempts by Yemeni commandos to arrest Mr. Al-Awlaki as a sufficient indicator that Yemen was unable to apprehend him.

When determining this criterion, an analogy might be drawn with the doctrine of the use of force for the protection of nationals abroad. This doctrine features as an exception to the UN use of force system enshrined by article 51 of the UN Charter. This doctrine dictates that only in exceptional cases, a State can forcibly intervene in the affairs of another state in order to protect its citizens who reside in that state. Under this doctrine, the use of force is permissible if the following conditions are met:

³² P. Alston, ‘Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions’, *United Nations*, No. A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010, p. 19.

³³ P. Alston, ‘Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions’, *United Nations*, No. A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010, p. 20.

³⁴ Public Committee against Torture in Israel and the Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment versus The Government of Israel, The Supreme Court of Israel Sitting as the High Court of Justice [11 December 2006] Judgment 13 December 2006, Para. 39.

³⁵ Public Committee against Torture in Israel and the Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment versus The Government of Israel, The Supreme Court of Israel Sitting as the High Court of Justice [11 December 2006] Judgment 13 December 2006, Para. 39.

- (i) there is an imminent threat of injury to nationals;
- (ii) a failure or inability on the part of the territorial sovereign to protect them and;
- (iii) the action of the intervening state is strictly confined to the objective of protecting its nationals.³⁶

One of the conditions for such military action, is that “no peaceful means of saving their lives are open either because they have already been exhausted or because it would be utterly unrealistic to resort to them.”³⁷ The situation that the state in question fails to protect these nationals seems to be equated with this condition. However, in the *Mr Al-Awlaki* case nor other cases involving UAV attacks, it can be persuasively established that U.S. citizens were to be protected within the territory of the attacked state such as Yemen or north-western Pakistan. Under international law, the applicability of the self-defence argument advocated by the U.S. becomes superfluous if Yemen would effectively have consented to the UAV attack.³⁸

3.2.3. Qualification of UAV attacks by CIA operatives

The prevailing view seems to be that the conflict in the areas of Afghanistan and north-western Pakistan qualifies as an internal armed conflict, and not so much as an international armed conflict. The war is internal within Afghanistan, but has spill-over effects into north-western Pakistan, where the Taliban conducts operations.³⁹ Yet, it is difficult to argue that for instance Abbottabad (where Bin Laden was killed) which is not situated in north-western Pakistan, is part of this internal armed conflict. Although he was not killed through a UAV strike, the execution of Bin Laden was to be seen as contrary to the law enforcement model.

It is reported that CIA officials are often carrying out the U.S. UAV attacks outside Afghanistan and north-western Pakistan. It is asserted that CIA operators carrying out UAV attacks violate international humanitarian law, since they are “unlawful combatants” and therefore not allowed, unlike the military, to take part in hostilities. The UN rapporteur denounces this view saying that such acts are not to be seen as “war crimes”.⁴⁰ According to the Oxford research group these UAV attacks conducted by CIA officials are to be assessed under the peacetime paradigm, which means the law enforcement model is applicable.⁴¹ UAVs operated by CIA officials, fall under the responsibility of the U.S. as a State. Under the law enforcement model the U.S. – when killing alleged terrorists – is bound by the human rights regime; next to that, law enforcement operations have to respect the sovereignty of other States.⁴² However, there is an exception to this rule in case of self-defence.⁴³

³⁶ A. Cassese, *International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 366-368.

³⁷ A. Cassese, *International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 368.

³⁸ R. Chesney, ‘Who May Be Killed? Anwar al-Awlaki as a Case Study in the International Legal Regulation of Lethal Force’, in: M.N. Schmitt, T. McCormack and L. Arimatsu, *Yearbook of International Humanitarian Law 2010*, The Hague: T.M.C. Asser Instituut, 2011, p. 15-19.

³⁹ S. Breau, M. Aronsson and R. Joyce, ‘Discussion Paper 2: Drone Attacks, International Law, and the Recording of Civilian Casualties of Armed Conflict’, *Oxford Research Group*, June 2011, p. 11-13.

⁴⁰ P. Alston, ‘Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions’, *United Nations*, No. A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010, p. 21.

⁴¹ S. Breau, M. Aronsson and R. Joyce, ‘Discussion Paper 2: Drone Attacks, International Law, and the Recording of Civilian Casualties of Armed Conflict’, *Oxford Research Group*, June 2011, p. 9

⁴² S. Breau, M. Aronsson and R. Joyce, ‘Discussion Paper 2: Drone Attacks, International Law, and the Recording of Civilian Casualties of Armed Conflict’, *Oxford Research Group*, June 2011, p. 9.

⁴³ See paragraph 4.2.

The starting point is though that the attacks in north-western Pakistan are to be regarded as a spill-over of the internal armed conflict in Afghanistan and thus the warfare rules that cover internal armed conflicts are applicable. Conversely, the attacks are carried out by CIA officials outside Afghanistan and north-western Pakistan – not covered by the armed conflict models – are *prima facie* extra-judicial killings. When the CIA is carrying out UAV attacks in north-western Pakistan its goal is clearly to eliminate extremist groups that are targeting allied forces in Afghanistan. As it seems the U.S. is taking the “best of both worlds”: defining the situation as an armed conflict, it evades the limitations of the law enforcement model while at the same time engaging CIA agents and the military in carrying out UAV attacks. Since the CIA can rely on state secrecy, it would be difficult to prosecute these officials since classified information regarding homeland security is supposed to be at stake. More importantly, if the officials disclose secret information to the public, they risk about 30 years of imprisonment.⁴⁴ Hence, by engaging the CIA in UAV attacks, the U.S. tries to circumvent responsibility under the warfare model as well as under the law enforcement system.

This paradigm is reinforced by two factors:

(i) First, that it is the CIA and not the Department of Defence that ultimately decides who is and who is not too tangential for the U.S. to be killed by a UAV attack. The same counts for the criterion as to how many civilian deaths can be justified when targeting a terrorist suspect.⁴⁵ In her article, ‘The Predator War’, Jane Mayer quotes John Radsan, a former lawyer in the CIA’s office of general counsel: “If it’s Osama bin Laden in a house with a four-year-old, most people will say go ahead. But if it’s three or four children? Some say that’s too many. And if he’s in a school? Many say don’t do it. Such judgement calls are being made daily by the CIA which doesn’t have much experience with killing. Traditionally, the agency that does that is the Department of Defense.”⁴⁶

(ii) Second, the CIA methodology as to UAV attacks is, unlike that of the military, still obscure.⁴⁷ The U.S. Ministry of Defence has, contrary to the CIA, developed formulas to assist the military to make such lethal calculations. These calculations are based on a taxonomy of targets, including computer algorithm in order to weigh the risks of a UAV attack against, for instance, the presence of a school, hospital or mosque.⁴⁸ Before a lethal strike is authorized by the military, all such calculations have to be made. According to a U.S. Senate Foreign Relations Committee Report, the U.S. military does not authorize a target until there are “two verifiable human sources” and “substantial additional evidence” available that the target is an enemy.⁴⁹ As to UAV attacks by CIA operatives its methodology is far from clear.

As long as this lack of clarity exists, the CIA will virtually have an unrestricted licence to kill.⁵⁰

⁴⁴ See for example C. Savage, ‘Ex-C.I.A. Officer’s Path from Terrorist Hunter to Defendant’, *New York Times*, 24 January 2012.

⁴⁵ J. Mayer, ‘The predator war: What are the risks of the C.I.A.’s covert drone program?’, *The New Yorker*, 26 October 2009.

⁴⁶ J. Mayer, ‘The predator war: What are the risks of the C.I.A.’s covert drone program?’, *The New Yorker*, 26 October 2009, p. 9.

⁴⁷ P. Alston, ‘Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions’, *United Nations*, No. A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010, p. 26-27.

⁴⁸ J. Mayer, ‘The predator war: What are the risks of the C.I.A.’s covert drone program?’, *The New Yorker*, 26 October 2009.

⁴⁹ J. Mayer, ‘The predator war: What are the risks of the C.I.A.’s covert drone program?’, *The New Yorker*, 26 October 2009, p. 9.

⁵⁰ P. Alston, ‘Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions’, *United Nations*, No. A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010, p. 26.

4. UAV attacks taking place outside the context of an armed conflict – the law enforcement model

4.1. Introduction: the law enforcement model

As analysed above, UAV attacks outside the territories of Afghanistan and north-western Pakistan are not governed by the armed conflict model, but rather by the law enforcement model, which model is applicable to situations outside of the battlefield.⁵¹

In principle UAVs are not allowed to fire rockets and bombs solely for law enforcement purposes. An analogy could be drawn with an enforcement officer using a rocket launcher to arrest or capture a suspect. A law enforcement official is only allowed to use deadly force in some very specific circumstances.⁵² When deadly force is permissible, it is not obvious that rockets and bombs are used within the law enforcement model. These restrictions do not apply when UAVs are merely applied for surveillance purposes in order to support law enforcement operations.

The essential difference between the models – the laws of war and the law enforcement model – is that under the laws of war model a lower standard of “necessity” is required compared to the law enforcement model. Another consequence of this differentiation pertains to a more flexible interpretation of “collateral damage” within the laws of war model. For instance, the elimination of a high value Al Qaeda leader while several civilian casualties were suffered during the strike, may be justified under the war model while this type of “collateral damage” could not be justified during a mere law enforcement operation.

There are a number of exceptional circumstances that might warrant the use of deadly force by UAVs under the law enforcement model. One of them, state self-defence, will be discussed hereafter.

4.2. UAV attacks as self-defence within the law enforcement model

One situation in which (deadly) armed force might be permitted within the law enforcement model is self-defence, within the context of Article 51 of the UN Charter.⁵³ However, one of the prerequisites for self-defence in this realm is that it can only be directed against the state that is responsible for initiating a serious armed attack or against the host state which is unable or unwilling to act.⁵⁴ It is important to note that international human rights law does not require for a state to wait until an attack actually occurs. If an imminent threat exists, law enforcement officials can use lethal force in order to prevent killings. This is in line with the obligation for states under the international human rights regime to protect the right to life.⁵⁵ In principle

⁵¹ S. Breau, M. Aronsson and R. Joyce, ‘Discussion Paper 2: Drone Attacks, International Law, and the Recording of Civilian Casualties of Armed Conflict’, *Oxford Research Group*, June 2011, p. 9.

⁵² Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, *United Nations*, Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, 27 August to 7 September 1990.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ M.E. O’Connell, ‘The Choice of Law Against Terrorism’, *Journal of National Security Law and Policy*, 4, 2010, p. 359; P. Alston, ‘Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions’, *United Nations*, No. A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010, p. 12.

⁵⁵ P. Alston, ‘Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions’, *United Nations*, No. A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010, p. 12.

States are not allowed to use force against non-state actors residing in another state; as can be derived from case-law of the International Court of Justice (ICJ). The ICJ holds that Article 51 of the UN Charter cannot be invoked by states to use force within the territory of third states “against armed attacks by non-state actors that are not imputable to another State.”⁵⁶

It is thus controversial whether UAVs within the law enforcement model can be engaged on the basis of pre-emptive self-defence within the territory of third states. Rather, some scholars suggest that UAV attacks for law enforcement purposes cannot be launched pre-emptively but only in response to an actual attack. Scholarly views purport that every type of anticipatory self-defence is unjustified according to international law. This approach advances the argument that self-defence can only be justified as an (actual) response on an attack.⁵⁷ However, other scholars perceive anticipatory self-defence as legal, albeit only in some very specific circumstances. Dinstein (2005) for instance argues that there is “no need to wait for the bombs to fall.” Anticipatory self-defence can be warranted “if it is morally certain that the armed attack is under way.”⁵⁸ A more extensive view is presented by McCormack (1996), who advocates that “it is the contention of the present writer that Article 51 does not exclude anticipatory self-defence and that the underlying justification for the restrictive view is incorrect.”⁵⁹ In any event, anticipatory self-defence within the law enforcement model is contentious when used against mere individuals or small groups.⁶⁰

The Inter-American Commission on Human Rights in a 2002-report on Terrorism and Human Rights expounded on the use of deadly force as a self-defence measure. According to the Commission, “in situations where a state’s population is threatened by violence, the state has the right and obligation to protect the population against such threats and in so doing may use lethal force in certain situations.”⁶¹ However, lethal force is not always warranted. The report continues: “States must not use force against individuals who no longer present a threat as described above, such as individuals who have been apprehended by authorities, have surrendered or who are wounded and abstain from hostile acts.”⁶² Lethal force under the law-enforcement paradigm is thus only permissible when one can save a human life.⁶³

The Oxford Research Group refers to the so-called Parks memorandum when determining the limitations to self-defence in the context of the use of UAVs, saying that:

⁵⁶ P. Alston, ‘Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions’, *United Nations*, No. A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010, p. 13, referring to *Wall Opinion; Armed Activities*, para. 216.

⁵⁷ M.E. O’Connell, ‘The International Law of Drones’, *The American Society for International Law*, 14/37, 2010; Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 183.

⁵⁸ Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 187.

⁵⁹ T.L.H. McCormack, *Self-defence in international law: The Israeli raid on the Iraqi nuclear reactor*, New York: St. Martin’s Press, 1996, p. 138.

⁶⁰ M.E. O’Connell, ‘The International Law of Drones’, *The American Society for International Law*, 14/37.

⁶¹ Report on Terrorism and Human Rights, *Inter-American Commission on Human Rights*, 22 October 2002, Para. 87, available at <http://www.cidh.oas.org/Terrorism/Eng/part.c.htm>, last accessed 6 February 2012.

⁶² Report on Terrorism and Human Rights, *Inter-American Commission on Human Rights*, 22 October 2002, Para. 91, available at <http://www.cidh.oas.org/Terrorism/Eng/part.c.htm>, last accessed 6 February 2012.

⁶³ United Nations Basic Principles for the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, 8th UN Cong. On Prevention of Crime and Treatment of Offenders (Aug. 27 – Sept. 7, 1990), available at <http://www2.ohchr.org/english/law/firearms.htm>, last accessed 13 February 2012.

“It is also a general principle of international law that a State is strictly prohibited from engaging in law enforcement operations in the territory of another State, especially when the operation, like drone attacks, includes the use of lethal force. According to the Parks memorandum, the violation of Article 2(4) of the Charter of the United Nations can be justified since the targeted killings are a matter of self-defence as is recognized in Article 51 of the Charter. If another State fails to fulfil its international obligations to protect United States citizens from acts of violence originating in or launched from its sovereign territory, or is culpable in aiding and abetting international criminal activities, the United States should be allowed to use military force on the territory of the State in question.”⁶⁴

Yet, as the Oxford Research Group observes, even if this criterion is met, targeted killings are only permissible in exceptional circumstances, whereas the current U.S. policy based upon the global war on terror appears to be tantamount to a permanent or a continuous policy of targeted killings, rather than one on case-by-case basis. This appears unwarranted even under the law enforcement system.

In conclusion, it seems that the international legal community is far from unanimous as to the admissibility of UAV attacks within the scope of (anticipatory) self-defence. It appears that only under some very strict conditions the self-defence argument might succeed in justifying a law enforcement operation with UAVs to eliminate a suspect.

4.3. Protection against UAV attacks: European Court of Human Rights

An exponent of UAV operations under the law enforcement model, is their supervision by the human rights regime. Two questions emerge. First, the scope of the invocability of the European Convention on Human Rights (hereafter: ECHR) which is yet a disputable one.⁶⁵ Secondly, the type of rules or regime, the European Court is applying thereto. As to the latter question, it seems that the European Court is adjudicating alleged violations of Article 2 ECHR (right to life) on the basis of a mixed regime. Presupposed that jurisdiction under Article 1 ECHR exists, the European Court – investigating deadly force by governments – is led by the rationale of Article 2 ECHR, refined and fuelled by basic principles of international humanitarian law. The pivotal criterion for the European Court is whether the use of violence was “no more than absolutely necessary”. Yet, the interpretation of the proportionality principle by the European Court is somewhat stricter than under international humanitarian law. The latter regime explicitly balances military advantage versus civilian casualties on a rather equal basis, while the European Court emphasizes the need to protect human life to the detriment of military goals.⁶⁶

⁶⁴ S. Breau, M. Aronsson and R. Joyce, ‘Discussion Paper 2: Drone Attacks, International Law, and the Recording of Civilian Casualties of Armed Conflict’, *Oxford Research Group*, June 2011, p. 10; see also V. Hays Parks, ‘Memorandum of Law: Executive Order 12333 and Assassination’, DAJA-IA (27- 1a), *The Army Lawyer*, 4, 1989, p. 7.

⁶⁵ Note that the European Convention on Human Rights cannot be invoked by non-signatories; e.g. the U.S. and the countries within which they conduct UAV missions or which the U.S. keeps under surveillance such as Afghanistan and Yemen. Yet, this discussion is relevant when taking future UAV operations (in and by European countries) into account.

⁶⁶ D.F. de Bijl, “‘Lawful acts of war’ in “counter-terrorist operations”: benadering door het EHRM’, *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, 104/6, 2011, p. 328-342.

The preliminary question though is whether law enforcement operations undertaken by states within the territory of third states, activate the jurisdiction of the European Convention as such operations are launched outside the territorial jurisdiction clause of Article 1 ECHR. The question was addressed in two judgments concerning the extraterritorial jurisdiction of the United Kingdom in Iraq. In the cases of *Al-Skeini and others v. U.K.*⁶⁷ and *Al-Jedda v. U.K.*⁶⁸, families of individuals killed during military actions by British forces in South-Eastern Iraq lodged an application with the European Court on the basis of Article 2 ECHR.⁶⁹ As a matter of principle, the ECHR can only be invoked for acts committed on the territory of a state party to the ECHR. However, in this case, the Court accepted the application notwithstanding the acts being committed outside the U.K. In its judgment, the Court formulated several exceptional circumstances under which the ECHR in terms of its invocability by citizens has extraterritorial effects:

- Situation 1: State A exercises public powers in State B.
- Situation 2: State A exercises effective control over an area outside its national territory.⁷⁰

In both situations, State A can be subjected to applications under the umbrella of the ECHR. In the present case, the U.K. (in the example: State A) was found to exercise some public powers in Iraq, especially when it concerned maintaining the security of south-eastern Iraq. The Court concluded that this was sufficient to accept a jurisdictional link between the U.K. and the individuals killed in Iraq and thus for the applicability of Article 2 ECHR.

The judgments in the *Al-Skeini* and *Al-Jedda* cases leave untouched several questions of perennial concern. First, what is actually the most decisive criterion: control by means of military forces abroad, or control by means of exercising some public powers abroad? Second, is a single mere shooting incident (or one mere UAV attack) under control of State A in State B sufficient to trigger the ECHR system vis-à-vis State A? And third, how many soldiers are actually required to be engaged on the territory of a third state before one can conclude that such state has effective control over that territory? These are important questions which have yet to be ascertained in the context of UAV attacks within the law enforcement system.

In fact, it can be argued that one UAV attack from State A (signatory to the ECHR) on the territory of State B (a non-signatory) does not create extra-territorial jurisdiction.⁷¹ But what about ten UAV attacks? Close reading of the *Al-Skeini* judgement justifies the conclusion that UAV attacks as such do not constitute “effective control” of State A over

⁶⁷ Judgement ECHR in *Al-Skeini and others v. United Kingdom*, Appl. No. 55721/07, 7 July 2011.

⁶⁸ Judgement ECHR in *Al-Jedda v. United Kingdom*, Appl. No. 27021/08, 7 July 2011.

⁶⁹ Judgement ECHR in *Al-Skeini and others v. the United Kingdom*, App. No. 55721/07, 7 July 2011; Judgement ECHR in *Al-Jedda v. the United Kingdom*, App. No. 27021/08, 7 July 2011.

⁷⁰ Judgement ECHR in *Al-Skeini and others v. United Kingdom*, App. No. 55721/07, 7 July 2011, Para. 138-140; In *Al-Skeini* the Court seems to apply a combination of the two strands: see M. Milanovic, ‘Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg’, *European Journal of International Law*, Vol. 23, 2012, p. 12, accessible at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1917395.

⁷¹ See *Bankovic and Others v. Belgium and Others* [GC] (dec.), App. No. 52207/99, 12 December 2001, para. 83. This decision suggests that authority and control generally requires troops on the ground, and not so much the launching of state missiles or bombs fired at an area outside the effective control of a state.

State B. It seems that “effective control” within the purview of the ECHR pertains predominantly to control on the ground.⁷²

As mentioned, the European Court virtually applies a mixed regime which is framed upon an osmosis of both Article 2 ECHR (protection of right to life) and principles of international humanitarian law. In particular the European Court transposes into Article 2 the following requirements for air attacks under the law of war model:

- Necessity of the attack;
- Necessary degree of care;
- Object of the attack: what was the position of the belligerents and where there civilians at the place of the attack?
- Civilians need to be warned;
- “Choice of weapons” and “means of attack” need to be pointed at preventing as well as minimizing civilian casualties;
- “indiscriminate attacks” are prohibited.⁷³

Furthermore, the European Court, circumscribing the parameters of the law enforcement model, deems deadly force only permissible as a response to a direct threat. If persons pose only an indirect threat, for example in case of suspicions of a criminal or terrorist offence, deadly force is only authorized to prevent the suspect from escaping.⁷⁴ Within this law enforcement model as set forth by the European Court, the primary aim is to save the lives of innocent bystanders, including preventing the “criminal” from being unnecessarily killed. In this aspect, the ECHR model deviates from the law of war model wherein saving the lives of the “bad guys” is not aimed at. Moreover, within this law enforcement model, the European Court requires strategies to first peacefully solve “the barricaded person situation” (e.g. through negotiations) prior to authorizing any kind of military intervention.

4. Military risks and lacunae of UAV attacks

The unmanned systems have the potential of “reducing costs, forward footprint and risk.”⁷⁵ The Special Rapporteur of the United Nations Philip Alston mentions two main concerns as to the use of drones. In the first place military forces and policymakers can be tempted to expansively interpret the legal boundaries of drone-killings.⁷⁶ In the second place drone operations and its effects ultimately depend – like any missile system – on

⁷² See for several open questions on this issue: M. Milanovic, ‘Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg’, *European Journal of International Law*, Vol. 23, 2012, pp. 12-13, accessible at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1917395. This author argues that drone operations as such do not trigger human rights treaties.

⁷³ Judgement ECHR in *Esmukhambetov and others v. Russia*, App. No. 23445/03, 29 March 2011; Judgement ECHR in *Karimov and others v. Russia*, App. No. 29851/05, 16 July 2009; Judgment ECHR in *Khamzayev and others v. Russia*, App. No. 1503/02, 3 May 2011.

⁷⁴ D.F. de Bijl, “‘Lawful acts of war’ in “counter-terrorist operations”: benadering door het EHRM”, *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, 104/6, 2011, p. 328-342.

⁷⁵ United States Air Force, ‘Unmanned Aircraft Systems Flight Plan 2009-2047’, 18 May 2009, available at <http://www.govexec.com/pdfs/072309kpl.pdf>, last accessed 28 January 2012.

⁷⁶ P. Alston, ‘Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions’, *United Nations*, No. A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010, p. 24.

“human intelligence”, i.e. the accuracy and reliability of information “on the ground”.⁷⁷ The UN rapporteur Philip Alston observed that “international forces all too often based manned airstrikes and raids that resulted in killings on faulty intelligence.”⁷⁸ This is evidenced by the experiences in the field; local informants in Afghanistan and Pakistan turn out to be – in most cases – “notoriously unreliable”.⁷⁹ The consequences of such faulty intelligence can be dramatic; in September 2009, a NATO airstrike in Afghanistan killed between 70 and 125 innocent civilians who were taking fuel from two stranded oil trucks; they were mistakenly targeted as Taliban insurgents.⁸⁰ These type of incidents reinforce the need for strict UAV targeting protocols (see below).

5. Political and Ethical dimensions of UAV attacks

5.1. Political dimensions

The political dimensions of UAV attacks are yet to be determined. The political agenda might favour the engagement of UAVs instead of the army since, unlike a conventional military operation in a war zone, no human lives of the attacking state are lost during a UAV attack. This lowers the political threshold to use UAVs, and consequently the waging of a “UAV war” as opposed to a conventional war.

More controversial is that the use of UAVs blurs the line between civilians and the military.⁸¹ In the U.S., UAVs are often being operated by the CIA, which is a civilian agency, and not the U.S. Air Force. A blurry line between military and civilians changes the definition of war and its participants, since the military has to obey to other rules of engagement than law enforcement officials within the traditional law enforcement model.

Furthermore, the use of UAVs in the course of CIA operations is not perceived as a “war” in the traditional sense, meaning that the strict parliamentary control on the waging of wars can be circumvented. This dilemma is reinforced when one observes that the U.S. is launching UAV strikes by CIA operatives outside conflict areas such as Somalia and Yemen. This also blurs the separation of powers between the legislative and the executive branches of government, removing power from the former in favour of the latter. An example of this potential for abuse is the U.S. intervention in Libya in February-April 2011. The U.S. administration purported that since it had no forces on the ground and no U.S. casualties were involved, there was no “war-like” situation and therefore Congressional approval was not required. Yet, as of 23 April 2011, the U.S. administration – without approval of Congress – carried out over 146 UAV strikes over a time period of 60 days.⁸²

⁷⁷ P. Alston, ‘Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions’, *United Nations*, No. A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010, p. 25.

⁷⁸ P. Alston, ‘Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions’, *United Nations*, No. A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010, p. 25.

⁷⁹ J. Mayer, ‘The predator war. What are the risks of the C.I.A.’s covert drone program?’, *The New Yorker*, 26 October 2009, p. 11.

⁸⁰ J. Mayer, ‘The predator war. What are the risks of the C.I.A.’s covert drone program?’, *The New Yorker*, 26 October 2009, p. 11.

⁸¹ P. Singer, ‘Do Drones Undermine Democracy?’, *New York Times*, 21 January 2012.

⁸² *Ibid.*

Realpolitik overshadowed the legal boundaries of “war” in order to achieve political goals, e.g. to overthrow of the Gaddafi regime.⁸³

Finally, while currently UAV attacks in order to kill terrorist suspects are primarily used by the U.S., the precedent set by the U.S. can be copied and multiplied by other states such as China and Russia and dozens of other states which are currently in the possession of UAVs.

5.2. Ethical dimensions

Similar to the political dimensions, the ethical dimensions that arise from the use of UAVs are yet underestimated. It is for instance argued that the use of UAVs lowers the moral threshold to kill because of the distance between the UAV operator and its target.⁸⁴ It therefore might be the case that a UAV pilot does not fully comprehend the implications of a UAV attack, being simply behind a control screen instead of on the battlefield itself. Recent research indicates that UAV operators suffer from “emotional exhaustion” because of their long working hours and monotonous work. This carries the risk of job burnouts and accidents.⁸⁵

Another interesting question pertains to the topics of individual criminal responsibility and state responsibility for UAV attacks. Unfortunately, a full analysis of these topics cannot be conducted in this paper. However, it is not unlikely that the chains of accountability for UAV attacks will increasingly become obscure in the near future, when UAVs become capable of making their own tactical decisions. The X-47B UAV for instance can already automatically take off from an aircraft carrier and refuel itself. Future technological prospects of these types of drones are that they develop into UAVs which can decide (on their own; without human intervention) to attack a specific target.⁸⁶ How to deal with these developments in the future? Who is liable for casualties of attacks carried out by such UAVs? The army commander ordering the attack? The political leader who approved of the creation of the UAV? The developer who programmed the UAV? The pilot flying the UAV? The state in general? Within the current international criminal law framework, these questions are yet to be crystalized.⁸⁷

Yet another question is whether it is ethically viable to facilitate that UAVs are enabled to make their own “seek-and-destroy” decisions as to its targets. Should there not always be a human in the loop? Of course the programming of the UAV can be perceived as human involvement. However, at the end of the day, life and death decisions will be made on the basis of an automatic subroutine.

6. Conclusions and Recommendations.

In this article, several legal implications of the increasing use of UAVs by CIA operatives, most often as part of the U.S. global war on terror, were examined. The U.S. approach on the use of

⁸³ See also G.G.J. Knoops, ‘Prosecuting the Gaddafi’s: Swift or political justice?’, *Amsterdam Law Forum*, 4/1, 2012, pp. 78-92.

⁸⁴ M.E. O’Connell, ‘Unlawful Killing with Combat Drones: A Case Study of Pakistan, 2004-2009’, *Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper*, No. 09-43, 2010, p. 8.

⁸⁵ G. Zoroya, ‘U.S. drone operators show signs of exhaustion’, *USA Today*, 18 December 2011.

⁸⁶ R. Sparrow, ‘Killer Robots’, *Journal of Applied Philosophy*, 24/1, 2007, p. 65.

⁸⁷ P. Singer, ‘Do Drones Undermine Democracy?’, *New York Times*, 21 January 2012; W.J. Hennigan, ‘New drone has no pilot anywhere, so who’s accountable?’, *Los Angeles Times*, 26 January 2012.

these unmanned aerial vehicles, was scrutinized on the basis of contemporary international law. It led to the conclusion that its policy is not (fully) consonant with international criminal law. The argument that the U.S. is engaged in an armed conflict with certain non-state actors might succeed for some parts in the world (Afghanistan and north-western Pakistan); yet for other parts (outside north-western Pakistan and Yemen), it is more likely that the law enforcement model should be applied. The legal memorandum (of June 2010) developed by the U.S. government on the use of UAVs to eliminate terrorist suspects creates the potential for abuse. Hence, a first recommendation is to develop stricter protocols and rules of engagement that outline the use of UAVs, both in international and internal armed conflicts as well as under the law enforcement model. In these protocols, the legal parameters for UAV attacks have to be codified both for armed conflicts and law enforcement operations. Should one also revisit principles such as that of collateral damage, meaning that UAVs require a more strict proportionality test? Authors like Dinstein hold that: "Such claims would introduce an inadmissible discriminatory bias either in favour of, or against, more developed belligerent States equipped with expensive ordnance at the cutting edge of modern technology."⁸⁸

This article also contemplated some of the political and ethical implications of UAV attacks. It was ascertained that the impact of drone attacks on politics, especially on the separation of powers, is not to be underestimated. Amplifications or even amendments to existing constitutional safeguards might be recommended to rebalance the legislative and executive powers. Furthermore, psychological research is recommended on the impact of piloting UAVs. For instance: what is the emotional impact of long distance killing on the UAV pilot? Without revisiting the implications of "robotic" UAVs, with the capability of autonomously making "seek-and-destroy" decisions, as well as the legal and ethical challenges culminating from these technological advancements, the future of UAVs seems prone to abuse. Now that the factual boundaries between "law enforcement" and "war-like operations", in the context of the "War on Terror" are blurring, the question arises as to whether the civilian, victim of a UAV attack should not always have recourse to the human rights protection as set out above, irrespective the legal regime.

⁸⁸ Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 126.