

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Jaargang 106 - 2013

Aflevering 5

IN DIT NUMMER

Bijdragen

J.J. Arends, De toepassing van command responsibility in niet-internationaal gewapende conflicten. Command responsibility als strafrechtelijk voortvloeiend uit responsible command.

E. Maas en D. le Clercq, Hoge snelheid, lange afstanden, meerdere rechtsgebieden en potentieel grote gevolgen: de juridische aspecten van raketverdediging.

Strafrechtspraak

Hof Ah, Insubordinatie en het begrip 'in de uitoefening van diens functie'.

Bestuursrechtspraak

CRvB, Nabeschuiving, Militair pensioen en UKW opnieuw in de schijnwerper.

INHOUD

BIJDRAGEN

WETENSCHAP

De toepassing van command responsibility in niet-internationaal gewapende conflicten. Command responsibility als strafrechtelijk voortvloeisel uit responsible command, door mr. J.J. Arends..... 165

BESCHOUWING

Hoge snelheid, lange afstanden, meerdere rechtsgebieden en potentieel grote gevolgen: de juridische aspecten van raketverdediging, door E. Maas (BA) en mr. drs. D. le Clercq..... 179

STRAFRECHTSPRAAK

Hof Ah
02.05.2013 **Insubordinatie en het begrip 'in de uitoefening van diens functie'.**
De militaire kamer van de rechtbank had verdachte van feitelijke insubordinatie vrijgesproken en daartoe overwogen dat vast stond dat aangever op het moment van het begaan van het feit de militaire meerdere van verdachte was, maar dat nergens uit volgde dat aangever (de meerdere) toen ook feitelijk zijn functie als direct leidinggevende uitoefende. In de tenlastelegging stond dat aangever functioneerde in de uitoefening van diens functie als zijn, verdachtes, direct leidinggevende. De militaire kamer van het hof onderschrijft het standpunt van de rechtbank niet. Het hof is van oordeel dat het begrip direct leidinggevende niet te eng dient te worden uitgelegd en komt tot de conclusie dat er wel sprake is van de 'uitoefening van zijn functie als direct leidinggevende'. (Naschrift: Harry de Velde) 193

BESTUURSRECHTSPRAAK

CRvB
10.10.2012 **Nabeschuwing. Militair pensioen en UKW opnieuw in de schijnwerper.**
In MRT aflevering 1, jaargang 106 – 2013 heb ik in mijn naschrift bij CRvB d.d. 10-10-2012 betoogd, dat bij de uitwerking van het door de CRvB gekozen vertrekpunt - het karakter van de UKW-uitkering (uitkering ingevolge de Uitkeringswet gewezen militairen) moet worden bepaald vanuit de doelstelling van de UKW - beslist kanttekeningen kunnen worden geplaatst. Met name het niet meenemen in de oordeelsvorming van de Raad van de voorgeschiedenis van de UKW doet vragen rijzen bij de uitspraak. Wel blijkt, dat de Raad geworsteld heeft met de in 2001 doorgevoerde versoepeling van het anticumulatieregime binnen de UKW. Uit de doorgevoerde versoepeling van het anticumulatieregime als onderdeel van de bredere modernisering van het militair diensteindestelsel (verhoging ontslagleeftijden/versoering van het uitkeringsregime) zou m.i. echter moeten worden afgeleid, dat het geheel eigen karakter van de UKW-uitkering (uitkering sui-generis) in wezen is herbevestigd. De overlegpartijen hebben dat in de gesloten deal duidelijk niet willen wijzigen gelet ook op de samenhang met de afspraken over vrijwillig nadienen en werkaanvaarding in knelpuntfuncties bij de Overheid. Daarom is in het naschrift ook gesteld, dat in het licht van de voorgeschiedenis de zin: "Dat de anticumulatieregeling is versoepeld doet aan het karakter van de UKW-uitkering als oudedagsvoorziening niet af" dan ook wat merkwaaardig overkomt. Vanuit de geldende regelgeving kan deze kritische kanttekening m.i. terecht worden geplaatst. Anderzijds vormen anticumulatiebepalingen altijd een weerspiegeling van de heersende opvattingen over deelname van gewezen militairen aan het arbeidsproces alsmede over wat als een redelijk diensteindestelsel geldt en die opvattingen kunnen in de tijd sterk aan verandering onderhevig zijn. Ook vanuit deze invalshoek bezien is voor het eigen karakter van de UKW-uitkering nog steeds een goede onderbouwing te geven en kunnen de destijds gemaakte keuzes ook naar de toekomst toe nog steeds goed worden verdedigd. Daarom worden in deze nabeschuwing de ontwikkelingen sinds 2001 nog eens op een rijtje gezet teneinde ook deze stellingname nader te belichten. Dit betreft dan zowel de belangrijkste ontwikkelingen in het diensteindestelsel, als ook in het militair pensioenstelsel vanwege de bestaande onderlinge samenhang. Overigens neemt dit eigen karakter niet weg, dat door Defensie en de Centrales van Overheidspersoneel toch weer gesproken zou moeten worden over aanpassingen binnen beide stelsels. (Nabeschuwing: J.v.K.) 198

De toepassing van *command responsibility* in niet-internationaal gewapende conflicten. *Command responsibility* als strafrechtelijk voortvloeisel uit *responsible command*.

DOOR JAN JIPPE ARENDS¹

Dit artikel richt zich met name op de in 2004 gewezen Hadžihanović-uitspraak van het Joegoslavië Tribunaal. In twee tussenuitspraken van de Trial en Appeals Chamber wordt nauwkeurig uiteengezet waarom de strafbaarstelling van command responsibility van toepassing is op niet-internationaal gewapende conflicten. Overwogen wordt dat, nu responsible command intrinsiek is aan Gemeenschappelijk Artikel 3 van de Geneefse Conventies en vereiste is van Additioneel Protocol II van de Geneefse Conventies, ook command responsibility - als strafrechtelijk voortvloeisel van responsible command - op een niet-internationaal gewapend conflict van toepassing is. Deze veronderstelling brengt onder meer met zich mee dat de ondergrens voor de definitie van een niet-internationaal gewapend conflict mogelijk wordt verhoogd. In dit artikel zijn voornoemde redenering van het tribunaal en de juridische gevolgen daarvan onderwerp van discussie.

I. Inleiding

Het formele toepassingsbereik van de uit het *responsible command*-beginsel voortvloeiende plichten strekt zich in beginsel louter uit tot internationaal gewapende conflicten (IGC). Ten aanzien van de strafbaarstelling van *command responsibility*, hetgeen een specifieke plicht schept en aldus kenbaar dient te zijn, bestaat tevens enkel wetgeving met betrekking tot IGC's. In Gemeenschappelijk Artikel 3 bij de Geneefse Conventies van 1949 (GA 3)² noch in het tweede Aanvullend Protocol bij de Geneefse Conventies van 1977 (AP II)³, zijn plichten, vergelijkbaar met de artikelen 86 en 87 van het eerste Aanvullend Protocol bij de Geneefse

¹ LLM Public International Law, Universiteit Utrecht (2011); LLM Nederlands recht, strafrecht, Universiteit Utrecht (2012); LLB Internationaal en Europees Recht, Universiteit van Tilburg (2008). De auteur is momenteel werkzaam bij de Rechtbank Midden-Nederland, locatie Lelystad, afdeling strafrecht, als juridisch medewerker.

² Gemeenschappelijk artikel 3, Geneefse Conventies I-IV (gesloten op Geneve 12 augustus 1949, in werking getreden op 21 oktober 1950) Trb. 1951, 72, Trb. 1954, 247.

³ Aanvullend Protocol II van 1977 bij de Geneefse Conventies van augustus 1949, inzake de bescherming van slachtoffers van niet-internationale gewapende conflicten (gesloten op 8 juni 1977, in werking getreden op 7 december 1977) Trb. 1980, 87.

Conventies van 1949⁴ (AP I) opgenomen.⁵ Lange tijd is daarom onduidelijk geweest of de tot dan toe gewezen jurisprudentie en nationale codificaties konden leiden tot het aannemen van een gewoonterechtelijke regel die leidt tot de toepassing van *command responsibility* in een niet-internationaal gewapende conflict (NIGC). In het Haags Landoorlogreglement (HLOR), de Geneefse Conventies en hun Aanvullende Protocolen, internationale jurisprudentie en de statenpraktijk valt voor een dergelijke gewoonterechtelijke regel allerminst een onomstotelijke onderbouwing te vinden. De vraag is derhalve of een commandant van een gewapende groepering, als partij bij een NIGC, verantwoordelijk kan worden gehouden voor het verzuimen van zijn plicht op basis van *command responsibility*. Immers, zonder een daaraan voorafgaande internationaalrechtelijke codificatie dan wel een gewoonterechtelijke regel lijkt er weinig ruimte te bestaan om een persoon strafbaar te stellen voor het schenden van een dergelijke verplichting.⁶ Indien het antwoord op voorgaande vraag bevestigend is, dan rijst de vraag in hoeverre de huidige strafbaarstelling van *command responsibility* kan worden toegepast op georganiseerde gewapende groeperingen, opererende in een NIGC. Veelal wijken deze groeperingen qua organisatie sterk af van de staatslegers waarvoor *command responsibility* oorspronkelijk werd ontworpen aangezien duidelijke hiërarchische en disciplinaire structuren geheel of gedeeltelijk ontbreken. Zulke structuren zijn voor de vaststelling van het bestaan van effectieve controle over ondergeschikten en daarmee de mogelijkheid van een leidinggevende om daadwerkelijk misdrijven van zijn ondergeschikten te voorkomen of te bestraffen, essentieel. Voornoemde bestanddelen liggen immers aan de basis van de strafbaarstelling van *command responsibility*.

In 2004 werden de Trial en Appeals Chamber van het Joegoslavië Tribunaal (ICTY) in de *Hadžihasanović*-zaak met voornoemde vragen geconfronteerd. In deze zaak bepleitte de verdediging dat *command responsibility*, op basis van de hierboven genoemde overwegingen, niet van toepassing is op NIGC's. Beide kamers van het ICTY hebben de door de verdediging naar voren gebrachte stellingen uitgebreid verworpen door te overwegen dat *command responsibility* kan worden toegepast in een NIGC op basis van internationaal gewoonterecht. De Appeals Chamber voegde daar aan toe dat, aangezien *responsible command* een intrinsiek vereiste is van GA 3 en AP II, en *command responsibility* het strafrechtelijke voortvloeiende is van *responsible command*, *command responsibility* van toepassing is in NIGC's. Met name deze laatste redenering heeft gevolgen voor de toepassing van zowel *command responsibility* in NIGC's als het humanitair oorlogsrecht (HOR) in het algemeen. Zo doet de vraag zich voor of *responsible command* inderdaad kan worden gezien als vereiste voor een NIGC op basis van GA 3, en wat hiervan de gevolgen zijn voor de toepassing van het HOR. De minimale vereisten van een NIGC lijken immers sinds de *Tadić*-uitspraak van het

⁴ Aanvullend Protocol I van 1977 bij de Geneefse Conventies van augustus 1949, inzake de bescherming van slachtoffers van internationale gewapende conflicten (gesloten op 8 juni 1977, in werking getreden op 7 december 1977) Trb. 1980, 87.

⁵ Voor een uitgebreide discussie hieromtrent zie: G. Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 111.

⁶ *Prosecutor v Zejnil Delalic et al (Čelebići)* (Judgment) ICTY-96-21-T (16 November 1998), par. 340: 'criminal responsibility for omissions is only incurred when there exists a legal obligation to act'.

ICTY vast te staan. Voorts rijst de vraag wat deze beslissing betekent voor de toepassing van *command responsibility* op gewapende groeperingen, die slechts in beperkte mate zijn georganiseerd.

In paragraaf 2 zal kort de verhouding tussen *responsible command* en *command responsibility* uiteen worden gezet. In paragraaf 3 zal vervolgens worden ingegaan op de *Hadžihanović*-uitspraak en de juridische gevolgen daarvan. Het artikel wordt besloten met een aantal conclusies.

2. Responsible command en command responsibility

Een algemene aansprakelijkheid van leidinggevendend op het slagveld vindt haar oorsprong in de geschriften van onder meer Hugo de Groot, Sun-Tzu en enkele nationale codificaties.⁷ Deze aansprakelijkheid komt voort uit de notie dat een commandant de volledige macht en controle heeft om zijn ondergeschikten op het slagveld aan te sturen en dodelijk geweld te laten toepassen.⁸ Hiërarchische structuren, subordinatie, discipline en gehoorzaamheid zijn hierin essentieel. Het wordt daarom van oudsher noodzakelijk geacht dat een commandant het gezag of privilege heeft om zijn ondergeschikten te disciplineren en hen dodelijk geweld te laten toepassen. De commandant dient er hierbij op te kunnen vertrouwen dat zijn opdrachten worden uitgevoerd. Daar de commandant degene is die volledig controle, gezag en autoriteit over zijn ondergeschikten uitoefent, is hij ook degene die ervoor zorg dient te dragen dat alle handelingen van zijn ondergeschikten plaatsvinden in overeenstemming met het HOR.⁹ Het is de combinatie tussen gezag enerzijds en aansprakelijkheid anderzijds, waarop het in 1907 in artikel I van het HLOR gecodificeerde beginsel van *responsible command* is gebaseerd.¹⁰ Dit artikel bepaalt dat teneinde een succesvolle toepassing van het HOR te bewerkstelligen, legers, milities en vrijwilligers onder leiding dienen te staan van een persoon die verantwoordelijk is voor zijn ondergeschikten.¹¹ Deze codificatie is een voortvloeisel van wat reeds lange tijd als internationaal gewoonterecht is beschouwd.¹²

Aan het verzuim van de naleving van de verplichtingen op basis van artikel I HLOR is geen strafrechtelijk gevolg gekoppeld. Pas in de nasleep van WOII, en de daaruit voortvloeiende processen tegen politieke en militaire leiders van Nazi-Duitsland en Keizerlijk Japan, zijn voor het eerst strafrechtelijke sancties verbonden aan het niet voldoen aan de uit het *responsible command*-beginsel voortvloeiende verplichtingen.¹³ *Command responsibility* werd geïntroduceerd door de tribunalen van Neurenberg en Tokio om leidinggevendend, die misdaden van hun onder-

⁷ Zie onder meer: I. Bantekas, *Principles of Direct and Superior Responsibility in International Humanitarian Law*, Manchester: Manchester University Press 2002, p. 67-70; C. Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2010, p. 3-5.

⁸ J. Martinez, 'Mens Rea in Command Responsibility: From Yamashita to Blaškić and Beyond', *Journal of International Criminal Justice* 2007, p. 661-664.

⁹ *Prosecutor v Zejnil Delalić et al (Čelebići)* (Judgment) ICTY-96-21-T (16 November 1998) 340.

¹⁰ Verdrag (IV) betreffende de wetten en de gebruiken van de oorlog te land, met bijbehorend reglement (aangenomen 18 oktober 1907, in werking getreden 26 januari 1910) Stb 1910, 73, artikel I (1).

¹¹ *Idem*.

¹² Meloni 2010, p. 36.

¹³ W.H. Parks, 'Command Responsibility for War Crimes', *Military Law Review* 1973, p. 14.

geschikten niet bestraffen dan wel voorkwamen, te vervolgen.¹⁴ Deze in de naoorlogse jurisprudentie ontwikkelde doctrine werd vervolgens in 1977 gecodificeerd in AP I. In de artikelen 86 en 87 AP I werden zowel de plichten van de commandant als de (mogelijk strafrechtelijke) gevolgen van het verzuim van deze plichten gecodificeerd.¹⁵ In de daarbij behorende ICRC-commentaren werd benoemd dat *responsible command* reeds is opgenomen in artikel I van het HLOR, maar dat in AP I, anders dan in het HLOR, aan de overtreding daarvan (strafrechtelijke) consequenties worden verbonden.¹⁶ In de jaren '90 van de vorige eeuw zijn deze norm- en strafbaarstelling uit AP I voor het eerst toegepast door het Rwanda Tribunaal (ICTR) en het ICTY.¹⁷ Artikel 7, derde lid en artikel 6, derde lid van respectievelijk de statuten van het ICTY en het ICTR, worden beschouwd als de eerste strafbepalingen ten behoeve van effectieve vervolging op basis van *command responsibility*.¹⁸ Artikel 28 van het Statuut van het Internationaal Strafhof (ICC), gebaseerd op de jurisprudentie van de twee voornoemde tribunalen, is voorlopig het eindpunt in de evolutie van de *command responsibility* doctrine.¹⁹

3. Hadžihasanović

De in 2004 door het Joegoslavië tribunaal gewezen *Hadžihasanović*-zaak had betrekking op meerdere verdachten, waarvan Amir Kabura de belangrijkste was. Het ICTY richtte zich op de vraag of Kabura, nadat hij het commando overnam van de 7e Moslim Berg Brigade van het Leger van Bosnië-Herzegovina, op basis van *command responsibility* verantwoordelijk kon worden gehouden voor het niet bestraffen van zijn ondergeschikten voor het plegen van oorlogsmisdaden.²⁰ De verdediging voerde aan dat, nu de strafrechtelijke

¹⁴ Hoewel de zaak tegen de Japanse generaal Yamashita als startpunt van de *command responsibility* doctrine kan worden beschouwd, zijn het de Neurenberg en Tokyo tribunalen die in met name de 'High Command', 'Hostages' en 'Tokyo' zaken het fundament hebben gelegd voor de huidige strafbaarstelling van *command responsibility*. Met name van belang zijn de 'High Command' en 'Hostages' zaken waarin het Neurenberg Tribunaal oordeelde dat de verantwoordelijkheid van een leidinggevende afhangt van de daadwerkelijke mate van autoriteit die hij uitoefent over zijn ondergeschikten. Van belang is niet enkel wat een leidinggevende had kunnen of had moeten doen maar tevens welke competenties en autoriteit hij had om zulke maatregelen te nemen. Zie: Mettraux 2009, p. 51; *Wilhelm von Leeb et al* (High Command) (Military Tribunal in Neurenberg) 11 TWC 1 (28 oktober 1948); *United States v List et al* (Hostages) (Military Tribunal in Neurenberg) 8 LRTWC 34 (19 februari 1948).

¹⁵ Niet alleen werden de plichten en strafrechtelijke gevolgen vastgelegd in AP I. Tevens werd in het ICRC commentaar bij artikel 86 en 87 AP I een eerste aanzet gegeven om de materiële vereisten voor *command responsibility* vast te stellen. Zie: J. de Preux, 'Article 86 – Failure to Act', in: Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann (ed), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1987, p. 3543.

¹⁶ J. de Preux 1987, p. 3540.

¹⁷ Statuut voor het Joegoslavië Tribunaal voor het vervolgen van personen die worden verdacht van het schenden van internationaal humanitair recht, gepleegd op het grondgebied van het voormalig Joegoslavië vanaf 1 januari 1991 (Security Council Resolutie 827 van 25 mei 1993) UNSC Res. 827, artikel 7 lid 3; Statuut voor het Rwanda Tribunaal (Security Council Resolutie 955 van 8 november 1994) UNSC Res. 955, artikel 6 lid 3.

¹⁸ De in 1998 door het ICTY gewezen *Delalic* zaak, beter bekend als de *Čelebići* zaak, geldt als de basis voor alle op *command responsibility* gestoelde zaken sinds de oprichting van beide tribunalen. In deze zaak werden de materiële elementen van *command responsibility* – die nog immer van toepassing zijn – vastgelegd. Deze elementen houden in dat er (1) sprake moet zijn van een 'superior-subordinate relationship'; (2) de leidinggevende wist of redenen had om te vermoeden dat misdaden gepleegd zijn of zullen worden gepleegd; (3) de leidinggevende heeft gefaald om redelijke en noodzakelijke maatregelen te nemen om de misdaden te bestraffen dan wel te voorkomen. Zie: *Prosecutor v Zejnil Delalic et al (Čelebići)* (Judgment) ICTY-96-21-T (16 November 1998), par. 346.

¹⁹ Statuut van het Internationaal Strafhof, (open ter ondertekening op 17 juli 1998, in werking getreden op 1 juli 2002) 2187 UNTS 90, artikel 28.

²⁰ *Prosecutor v Hadžihasanović et al.* (Trial Judgment) ICTY-01-47-T (15 March 2006), par. 5.

basis van *command responsibility* enkel in AP I is opgenomen, *command responsibility* slechts van toepassing kan zijn op een IGC en niet, zoals het geval was in Bosnië, op een NIGC.²¹ Voorts voerde de verdediging aan dat de gewoonterechtelijke basis om *command responsibility* toe te passen in een NIGC wat hen betreft ontbreekt.²² De Trial Chamber van het ICTY heeft de door de verdediging aangevoerde argumenten uitgebreid weerlegd. Zij heeft met name uiteengezet waarom er sprake is van een gewoonterechtelijke regel die de toepassing van *command responsibility* in NIGC's mogelijk maakt. Middels een analyse van onder meer nationale en internationale jurisprudentie, nationale militaire handboeken en internationale wetgeving, stelde de Trial Chamber vast dat er zowel sprake is van *opinio iuris* als van een bestendig statengebruik.²³

In navolging van de Trial Chamber overwoog de Appeals Chamber eveneens dat er sprake is van zowel een bestendig statengebruik als van een *opinio iuris* met betrekking tot de toepassing van *command responsibility* in NIGC's.²⁴ Hoewel er vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de verschillende onderbouwingen die de Trial Chamber en Appeals Chamber gaven om te spreken van zowel *opinio iuris* als een bestendig statengebruik, is het met name opvallend dat de Appeals Chamber besloot om een ander, meer zwaarwegend, argument te gebruiken om aan te tonen dat *command responsibility* van toepassing is in NIGC's.

Zo stelde de Appeals Chamber:

“However, it also considers that, where a principle can be shown to have been so established, it is not an objection to the application of the principle to a particular situation to say that the situation is new if it reasonably falls within the application of the principle”.²⁵

De Appeals Chamber doelt hiermee op het feit dat reeds in de *Tadić*-uitspraak is uitgemakt dat individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid op basis van GA 3 als gewoonterecht wordt beschouwd.²⁶ Voorts overwoog de Appeals Chamber dat er geen twijfel bestaat dat ook de toepassing van *command responsibility* in een IGC reeds lange tijd gewoonterecht is.²⁷ Daar het zo evident is dat de in GA 3 genoemde misdrijven, wanneer gepleegd in een IGC, bestraft kunnen worden op basis van *command responsibility*, is het volgens de Appeals Chamber niet meer dan logisch dat dit ook geldt wanneer diezelfde misdrijven gepleegd

²¹ *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Trial Chamber Decision on Joint Challenge to Jurisdiction) ICTY-01-47-PT (7 December 2001), par. 16.

²² *Idem.*

²³ *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Trial Chamber Decision on Joint Challenge to Jurisdiction), par. 63-173.

²⁴ *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Appeal Chamber Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility) ICTY-01-47 (16 July 2003), par. 12: de Appeals Chamber stelde vast dat *command responsibility* meerdere malen is toegepast op NIGC-situaties, namelijk door de internationale tribunalen van Rwanda, Sierra Leone en Oost-Timor. Voorts verwees de Appeals Chamber naar de reeds door de Trial Chamber naar voren gebrachte uitgebreide uiteenzetting over het al dan niet bestaan van een gewoonterechtelijke regel.

²⁵ *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Appeal Chamber Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility), par. 12.

²⁶ *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Appeal Chamber Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility), par. 13.

²⁷ *Idem.*

worden in een NIGC.²⁸ Hierdoor komt de grondslag van de verantwoordelijkheid van een commandant voort uit de verplichtingen die hij heeft op basis van zijn functie als leidinggevende en aldus niet uit de aard van het conflict.²⁹

De Appeals Chamber onderbouwde het voorgaande door te stellen dat de kern van de rechtsvraag rust op de relatie tussen *command responsibility* enerzijds en het beginsel van *responsible command* anderzijds.³⁰ Zo overwoog de Appeals Chamber dat *command responsibility* een logisch – strafrechtelijk – voortvloeisel is van het verzuimen van de verplichtingen op basis van het *responsible command*-beginsel.³¹ Kortom, zonder een verplichting op basis van *responsible command* bestaat er ook geen mogelijkheid een persoon te vervolgen op basis van *command responsibility*.

3.1 Command responsibility als logisch voortvloeisel van responsible command

De Appeals Chamber van het ICTY overwoog dat, aangezien artikel I van AP II verwijst naar het beginsel van *responsible command* en de notie daarvan is opgenomen in GA 3, er sprake kan zijn van toepassing van *command responsibility* in een NIGC.³² De Appeals Chamber stelde:

“Responsible command was an integral notion of the prohibition imposed by Article 3 common to the 1949 Geneva Conventions against the doing of certain things in the course of an internal armed conflict. Referring to the criteria for determining whether there was an “armed conflict not of an international character” within the meaning of that provision, the ICRC Commentary spoke, authoritatively, of a revolting party possessing “an organized military force, an authority responsible for its acts, acting within a determinate territory and having the means of respecting and ensuring respect for the convention”. Article 1(1) of Protocol II Additional to the Geneva Conventions likewise spoke of a Contracting Party’s “armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations ...”³³

De Appeals Chamber verwees aldus expliciet naar het ICRC-commentaar bij GA 3 en de tekst van AP II, om daaruit af te leiden dat het beginsel van *responsible command* onderdeel is van GA 3 en AP II. Hierbij dient te worden opgemerkt dat het ICRC zich op het standpunt stelt dat het in het ICRC-commentaar bij GA 3 omschreven criterium ‘an authority responsible for its acts’, geen vereiste is voor de toepassing van GA 3.³⁴ Aan dit standpunt van het ICRC wordt door zowel de Appeals Chamber als de Trial Chamber in de beslissingen voorbij gegaan.³⁵ De Trial Chamber heeft voorts expliciet verwezen naar de in het ICRC-commentaar bij artikel I, eerste lid van AP II gegeven

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Prosecutor v Hadžihanović et al.* (Appeal Chamber Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility), par. 20.

³⁰ *Prosecutor v Hadžihanović et al.* (Appeal Chamber Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility), par. 14.

³¹ *Idem*.

³² *Prosecutor v Hadžihanović et al.* (Appeal Chamber Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility), par. 15.

³³ *Idem*.

³⁴ J. Pictet, ‘Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949’, ICRC 1952, par. 49, <http://www.icrc.org/ihi.nsf/COM/365-570006?OpenDocument>.

³⁵ A. Cullen, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 151-152.

definitie van *responsible command*.³⁶ Uit het ICRC-commentaar blijkt dat pas van *responsible command* kan worden gesproken wanneer sprake is van 'an organization capable, on the one hand, of planning and carrying out sustained and concerted military operations, and on the other, of imposing discipline in the name of a de facto authority'.³⁷ Van belang is dat de Trial en Appeals Chambers geen andere uitleg geven aan het *responsible command*-beginsel dan de uitleg zoals die is gegeven in het commentaar bij AP II. Redelijkerwijs kan daarom worden aangenomen dat zowel de Trial als Appeals Chamber het *responsible command*-beginsel, zoals dat is opgenomen in AP II en het bijbehorende commentaar, beschouwen als de geldende definitie.³⁸

Voorts stelde de Appeals Chamber vast dat, wanneer oorlogsmisdaden worden gepleegd tijdens een IGC of een NIGC, er sprake moet zijn van een 'organized military force'.³⁹ De Appeals Chamber overwoog vervolgens dat niet van een 'organized military force' kan worden gesproken zonder dat er sprake is van *responsible command*. Met andere woorden, er kan geen sprake zijn van een partij bij een gewapend conflict indien deze partij niet tot op zekere hoogte is georganiseerd. *Responsible command* is daarbij intrinsiek aan het bestaan van een dergelijke georganiseerde gewapende groepering.

Nu het voor de Appeals Chamber vaststond dat *responsible command* intrinsiek is aan GA 3 en de definitie ervan duidelijk staat omschreven in AP II, volgt logischerwijs dat command responsibility in een NIGC kan worden toegepast. Zo stelde de Appeals Chamber dat het redelijk is om vast te stellen dat *responsible command* logischerwijs leidt tot *command responsibility* en dat *command responsibility* de meest effectieve methode is om *responsible command* af te dwingen.⁴⁰ Nu *responsible command* intrinsiek is aan GA 3, het een vereiste is voor de toepassing van AP II en *command responsibility* eruit voortvloeit, kan worden geconcludeerd dat *command responsibility* van toepassing op NIGC's.⁴¹ Deze conclusie wordt tevens onderschreven door het ICC in de *Bemba*- en *Lubanga*-zaken.⁴²

³⁶ *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Trial Chamber Decision on Joint Challenge to Jurisdiction), par. 161.

³⁷ J. Pictet, 'Commentary on Additional Protocol II of 8 June 1977', p. 4463. 'The existence of a responsible command implies some degree of organization of the insurgent armed group or dissident armed forces, but this does not necessarily mean that there is a hierarchical system of military organization similar to that of regular armed forces. It means an organization capable, on the one hand, of planning and carrying out sustained and concerted military operations, and on the other, of imposing discipline in the name of a de facto authority'.

³⁸ Cullen 2010, p. 153.

³⁹ *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Appeal Chamber Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility), par. 16.

⁴⁰ *Idem*. Zo stelde de Appeals Chamber: "Thus, whether Article 3 of the Statute is referring to war crimes committed in the course of international armed conflict or to war crimes committed in the course of internal armed conflict under Article 3 common to the Geneva Conventions, it assumes that there is an organized military force. It is evident that there cannot be an organized military force save on the basis of responsible command. It is also reasonable to hold that it is responsible command which leads to command responsibility. Command responsibility is the most effective method by which international criminal law can enforce responsible command".

⁴¹ *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Appeal Chamber Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility), par. 14: 'In the view of the Appeals Chamber, the matter rests on the dual principle of responsible command and its corollary command responsibility'.

⁴² *Prosecutor v Lubanga Dylo* (Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06-803 (29 januari 2007), par. 233; *Prosecutor v Bemba Gombo* (Decision pursuant to article 61 (7) (a) and (b) on the confirmation of charges) ICC-01/05-01/08-242 (15 June 2009), par. 234. In beide zaken wordt slechts kort verwezen naar de *Hadžihasanović*-uitspraak, zonder deze redenering zelf te onderbouwen.

Aan deze redenering van de Trial en Appeals Chamber vallen twee elementen op. In de eerste plaats valt op dat de Appeals Chamber expliciet het *responsible command*-beginsel koppelt aan de mate van organisatie van een gewapende partij. De Appeals Chamber stelt immers dat niet kan worden gesproken van een gewapend conflict wanneer partijen niet georganiseerd zijn en dat een dergelijke organisatie niet kan bestaan zonder *responsible command*. *Responsible command* lijkt hierdoor; net als bij AP II, een organisatorisch vereiste te zijn voor de toepassing van GA 3. In de tweede plaats valt op dat de Trial en Appeals Chamber geen andere uitleg geven aan het *responsible command*-beginsel dan de in het commentaar bij AP II gegeven definitie. De Trial en Appeals Chamber lijken daarmee te overwegen dat pas van een partij bij een NIGC kan worden gesproken wanneer deze zodanig is georganiseerd dat er sprake is van ‘an organization capable, on the one hand, of planning and carrying out sustained and concerted military operations, and on the other, of imposing discipline in the name of a de facto authority’. GA 3 en AP II worden hierdoor in vergaande mate aan elkaar gelijk gesteld.⁴³

De vraag is hoe deze twee aspecten zich verhouden tot de *Tadić*-uitspraak van het ICTY en de daaruit voortvloeiende jurisprudentie ten aanzien van de minimale vereisten voor een NIGC op basis van GA 3.⁴⁴ Is *responsible command* inderdaad een organisatorisch vereiste voor een partij bij een NIGC, en zo ja, wat betekent dit voor de toepassing van het HOR op kleinschalige conflicten, waarin partijen mogelijk niet aan dit vereiste voldoen?

3.2 De minimale vereisten voor een NIGC op basis van GA 3

In *Tadić* werd geoordeeld dat het voor de beantwoording van de vraag of er al dan niet sprake is van een NIGC op basis van GA 3, van belang is of kan worden gesproken van: ‘protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups within a State or between such groups’.⁴⁵ Deze definitie is volgens het ICTY toegespitst op twee met elkaar samenhangende aspecten van een conflict, namelijk: de mate van organisatie van de partijen en de intensiteit van het conflict.⁴⁶ Het hangt van een beoordeling van voornoemde aspecten af of een gewapend conflict kan worden onderscheiden van roverij, ongeorganiseerde en kortdurende opstanden of terrorisme.⁴⁷ Indien partijen niet tot op zekere hoogte zijn georganiseerd, kan logischerwijs geen sprake zijn van grootschalig gewapend geweld. De aspecten staan aldus nauw met elkaar in verband. Naar dit verband werd tevens door de Appeals Chamber in *Hadžihasanovic* verwezen. Zo overwoog de Appeals Chamber dat enkel kan worden gesproken van schendingen van GA 3, indien er sprake is van een georganiseerde gewapende groepering.⁴⁸ Ten aanzien van de intensiteit van het conflict geldt voorts dat er sprake moet zijn van grootschalig gewapend geweld. Hierbij is niet zozeer de duur als wel de mate van geweld van belang.⁴⁹ Ten aanzien van de mate van organisatie van een gewapende

⁴³ Cullen 2010, p. 150.

⁴⁴ *Prosecutor v Tadić* (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction) ICTY 94-I-AR72 (2 oktober 1995), par. 70.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ *Prosecutor v Tadić* (Judgment) ICTY-94-I-T (7 May 1997), par. 562.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Appeal Chamber Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility), par. 16.

⁴⁹ S. Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 167.

groepering lopen de opvattingen over de minimale vereisten uiteen.⁵⁰ Zo stelde het ICTY in *Limaj* dat een zeker niveau van organisatie voldoende is ('some degree of organization by the parties will suffice') en overwoog het ICTR in *Akayesu* dat een organisatie in meerdere of mindere mate georganiseerd dient te zijn ('organized to a greater or lesser extent').⁵¹ Door zowel het ICTY als het ICTR zijn, in hierop volgende uitspraken, indicatoren gegeven ter beoordeling van de vraag of er sprake is van voldoende mate van organisatie. In met name *Boškoski* is een uitgebreid overzicht gegeven van de in jurisprudentie en literatuur genoemde factoren die meespelen bij de beantwoording van voornoemde vraag. Kort samengevat noemt de Trial Chamber een vijftal factoren: het bestaan van een commandostructuur, de mogelijkheid van een groepering om met één stem te spreken, het bestaan van een intern disciplinair systeem en de capaciteit om het HOR te implementeren en de militaire- en logistieke capaciteit van de organisatie.⁵² Van groot belang is dat deze factoren slechts indicatoren zijn. Van een vastomlijnd of limitatief kader van objectieve indicaties is dan ook geen sprake.⁵³ Evenmin is noodzakelijk dat aan alle factoren wordt voldaan. Zo gaf de Trial Chamber in *Limaj* aan dat een intern disciplinair systeem om schendingen van GA 3 te bestraffen geen organisatorisch vereiste is voor de toepassing van GA 3.⁵⁴ De mate van een organisatie van een gewapende partij dient daarom per zaak te worden beoordeeld.⁵⁵

Zoals hierboven reeds besproken koppelt de Appeals Chamber in *Hadžihasanović*, *responsible command* aan de mate van organisatie van een partij bij GA 3. De Appeals Chamber stelt vast dat in het kader van een gewapend conflict, organisatie en *responsible command* niet zonder elkaar kunnen bestaan. Wanneer echter wordt gekeken naar voornoemde jurisprudentie waarin de minimale vereisten van een NIGC uiteen worden gezet, dan valt op dat de mate van organisatie waaraan een gewapende groepering moet voldoen om als partij bij een NIGC te worden beschouwd, allerm minst duidelijk is. Daarentegen staat wel vast dat een zekere mate van organisatie noodzakelijk is en dat er verschillende factoren zijn die meespelen bij de beoordeling daarvan. Niet alleen lijkt de Appeals Chamber in *Hadžihasanović* af te wijken van deze minimale vereisten, zij lijkt hen tevens te verhogen.⁵⁶ Immers, zo werd hierboven vastgesteld, is er volgens de Appeals Chamber pas sprake van *responsible command* indien een partij zodanig is georganiseerd dat er sprake is van 'an organization capable, on the one hand, of planning and carrying out sustained and concerted military operations, and on the other, of imposing discipline in the name of a de facto authority'. Dit verschilt aanzienlijk van 'some degree of organization by the parties will suffice' dan wel 'organized to a greater or lesser extent' zoals uiteengezet in respectievelijk *Limaj* en *Akayesu*.

⁵⁰ *Prosecutor v Boškoski and Tarculovski* (Judgment) IT-04-82-T (10 juli 2008) 194. Zie tevens: Sivakumaran 2013, p. 167.

⁵¹ *Prosecutor v Limaj et al.* (Judgment) ICTY- IT-03-66-T (30 November 2005), par. 89; *Prosecutor v Akayesu* (Judgment) ICTR-96-4-T (2 September 1998) par. 620.

⁵² *Prosecutor v Boškoski and Tarculovski* (Judgment) IT-04-82-T (10 juli 2008) par. 194-203.

⁵³ *Prosecutor v Boškoski and Tarculovski* (Judgment), par. 194.

⁵⁴ *Prosecutor v Limaj et al.* (Judgment), par. 88-89.

⁵⁵ *Prosecutor v Limaj et al.* (Judgment), par. 90.

⁵⁶ Cullen 2010, p. 155.

3.3 Responsible command als vereiste voor een NIGC

De Appeals Chamber van het ICTY heeft in *Hadžihasanović* overwogen dat een georganiseerde gewapende groepering niet als partij bij een NIGC kan worden erkend indien het *responsible command* mist. *Responsible command* is daarmee volgens de Appeals Chamber een vereiste voor een gewapend conflict op basis van GA 3.⁵⁷ Voorts is gebleken dat zowel de Trial als Appeals Chamber het *responsible command*-beginsel, zoals dat is opgenomen in AP II en het bijbehorende commentaar, beschouwen als de toe te passen definitie.⁵⁸ Dit betekent logischerwijs dat wanneer een gewapende groepering niet in de mogelijkheid is 'sustained and concerted military operations' te plannen en uit te voeren en evenmin in de mogelijkheid is 'of imposing discipline in the name of a de facto authority', GA 3 niet op deze partij van toepassing is. Hierdoor wordt een groepering mogelijk uitgesloten als partij bij een gewapend conflict en daarmee uitgesloten van het HOR. Anthony Cullen stelt daarom dat als logisch gevolg van deze redenering de minimale vereisten voor een NIGC worden verzwaaard.⁵⁹ Waar voorheen werd vereist dat een gewapende groepering tot op zekere hoogte is georganiseerd, worden sinds *Hadžihasanović* hogere eisen gesteld aan de mate van organisatie van een partij.⁶⁰ Voorts worden tegelijkertijd hogere eisen gesteld aan de mate van intensiteit van het conflict. Er dient nu immers sprake te zijn van 'sustained and concerted military operations'.⁶¹ Al met al wordt de drempel van dat wat redelijkerwijs kan worden beschouwd als een NIGC verhoogd, hetgeen leidt tot uitsluiting van een groot aantal kleinschalige conflicten, terwijl deze onder de vereisten van *Tadić* wel als zodanig zouden worden beschouwd.⁶²

Met Cullen is deze auteur van mening dat het *responsible command*-beginsel zoals dat is omschreven in AP II geen vereiste is voor een NIGC op grond van GA 3.⁶³ Wanneer een dergelijke weg wordt bewandeld, dan zullen bepaalde gewapende groeperingen, die thans voldoen aan de laagdrempelige *Tadić*-vereisten, binnen het nieuwe raamwerk worden uitgesloten van deelname aan een NIGC. Dit zou eveneens betekenen dat groeperingen als bijvoorbeeld de door Kony geleide Lords Resistance Army in de Democratische Republiek Congo mogelijk worden uitgesloten van de toepassing van het HOR. Dergelijke groeperingen zijn maar in zeer geringe mate georganiseerd en voldoen niet aan de vereisten voortvloeiend uit het *responsible command*-beginsel zoals omschreven in AP II. De vereisten van 'sustained and concerted military operations' of de mogelijkheid 'of imposing discipline in the name of a de facto authority', zijn eigenschappen die veeleer kunnen worden toegeschreven aan de meer typische gewapende groeperingen die over een eigen militaire structuur, hiërarchie, disciplineren en langetermijnplanning beschikken, zoals de Kosovo Liberation Army (KLA) in Kosovo.⁶⁴ Eveneens heeft de Trial Chamber in *Limaj*, zoals hierboven besproken, uitdrukkelijk overwogen dat GA 3 niet vereist dat een gewapende

⁵⁷ *Prosecutor v Hadžihasanović et al.* (Appeal Chamber Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility), par. 16.

⁵⁸ Cullen 2010, p. 153.

⁵⁹ Cullen 2010, p. 155.

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ Cullen 2010, p. 153.

⁶² Cullen 2010, p. 154.

⁶³ Cullen 2010, p. 157.

⁶⁴ *Prosecutor v Milošević* (Trial Chamber Decision on Motion for Judgment of Acquittal: Rule 98bis Decision) ICTY-02-54-T (16 June 2004) 23; *Prosecutor v Boškoski and Tarčulovski* (Judgment), par. 194-206.

groepering een systeem heeft dat schendingen van GA 3 binnen die groepering sanctioneert.⁶⁵ Een dergelijk sanctioneringsstelsel zou juist kenmerkend zijn voor het bestaan van *responsible command*.

Voorts heeft het ICTY in 2008, in de *Boškoski*-zaak, vastgesteld dat de mate van organisatie van een gewapende groepering, opererende in een GA 3 conflict, niet gelijk is aan de mate van organisatie van een gewapende groepering, opererende in een AP II conflict. De Trial Chamber benadrukte dat *responsible command*, anders dan bij GA 3, enkel bij AP II een vereiste is. Zo stelde de Trial Chamber:

*“Neither does the degree of organisation for an armed group to a conflict to which Common Article 3 applies need be at the level of organisation required for parties to Additional Protocol II armed conflicts, which must have responsible command, and exercise such control over a part of the territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement the Protocol.”*⁶⁶

De Trial Chamber in *Boškoski* overwoog eveneens dat tijdens het opstellen van artikel 8, tweede lid, onder f van het Statuut van Rome van het ICC, bewust is gekozen voor de in *Tadić* geformuleerde definitie van ‘protracted armed violence’ en niet voor de strengere, in AP II gegeven, definitie.⁶⁷ Duidelijk is dat GA 3 en AP II nog immer strikt van elkaar dienen te worden onderscheiden. Dit onderscheid blijkt tevens uit het ICRC-commentaar bij AP II.⁶⁸ Het commentaar stelt dat het zeer goed mogelijk is dat zowel GA 3 als AP II, tegelijkertijd van toepassing zijn op eenzelfde gewapend conflict. Echter, wanneer de intensiteit van een conflict of de mate van organisatie van de partijen laag is en het conflict niet voldoet aan de vereisten van AP II, dan is enkel GA 3 van toepassing.⁶⁹ Het ICRC stelt daarom in zijn commentaar: ‘this formula, though legally rather complicated, has the advantage of furnishing a guarantee against any reduction of the level of protection long since provided by common Article 3’.⁷⁰ GA 3 is hierdoor bedoeld als minimale drempel voor de toepassing van het HOR en is met name van toepassing in het eerste stadium van een gewapend conflict wanneer de intensiteit van het conflict laag is.⁷¹ Het HOR zal een aanmerkelijk kleiner bereik krijgen indien deze minimale drempel wordt verhoogd.

3.4 De betekenis van Hadžihasanović voor de toepassing van command responsibility op gewapende groeperingen opererende in niet-internationaal gewapende conflicten

Zoals in paragraaf 2 beschreven bestaat ten aanzien van de strafbaarstelling van *command responsibility* in een NIGC geen specifieke set verplichtingen gelijk aan artikel 86 en 87 AP I. Voorts ontbreekt in veel gewapende groeperingen de formeel juridische autoriteit om misdaden van

⁶⁵ *Prosecutor v Limaj et al.* (Judgment), par. 88-89.

⁶⁶ *Prosecutor v Boškoski and Tarculovski* (Judgment) IT-04-82-T (10 juli 2008), par. 197.

⁶⁷ *Prosecutor v Boškoski and Tarculovski* (Judgment), par. 197.

⁶⁸ J. Pictet, ‘Commentary on Additional Protocol II of 8 June 1977’, p. 4457.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ J. Pictet, ‘Commentary on Additional Protocol II of 8 June 1977’, p. 4447 en 4457.

ondergeschikten te voorkomen of te bestraffen.⁷² De Appeals Chamber in *Hadžihasanović* overwoog daarom dat de uit *responsible command* voortvloeiende verplichting om misdaden van ondergeschikten te bestraffen of te voorkomen dienen te worden beschouwd als de basis waarop *command responsibility* kan worden gebaseerd.⁷³ Naast deze verplichting tot handelen is het, voor de toepassing van *command responsibility*, tevens noodzakelijk dat een leidinggevende de materiële mogelijkheid heeft om te handelen. Deze materiële mogelijkheid bestaat enkel wanneer een leidinggevende effectieve controle heeft over handelingen van zijn ondergeschikten.⁷⁴

Responsible command en effectieve controle zijn niet denkbaar zonder dat er sprake is van een hiërarchische militaire structuur en duidelijke subordinatie.⁷⁵ De verplichting om misdaden van ondergeschikten te bestraffen of te voorkomen op basis van *responsible command* bestaat enkel wanneer de leidinggevende zich bevindt in een structurele leidinggevende positie binnen een stabiele hiërarchische organisatie welke hem de mogelijkheid geeft effectieve controle uit te oefenen.⁷⁶ Zo overwoog het Bijzonder Gerecht voor Sierra Leone (SCSL) in *Brima* dat een analyse van de structuur van een gewapende partij bij een NIGC noodzakelijk is ter beoordeling van de vraag of een leidinggevende strafbaar kan worden gehouden op basis van *command responsibility*.⁷⁷ Voorts oordeelde het SCSL dat de mogelijkheid van een leidinggevende om controle uit te oefenen over zijn ondergeschikten, afhangt van zijn positie binnen die organisatie.⁷⁸ Het SCSL overwoog vervolgens dat drie factoren van belang zijn bij de beoordeling van de structuur van een organisatie. Deze drie factoren zijn: (1) een functionerende commandostructuur; (2) een effectief plan- en orderproces; en (3) een sterk disciplinair systeem.⁷⁹ Indien dergelijke factoren aanwezig zijn binnen de organisatie van een gewapende groepering dan wordt verondersteld dat de structuren aanwezig zijn om effectieve controle uit te oefenen.⁸⁰ Eerst dan is het mogelijk om te beoordelen welke positie een leidinggevende heeft binnen een organisatie en aldus of hij verplicht is te handelen op basis van *responsible command*. Kortom, slechts wanneer dergelijke structuren bestaan is het mogelijk een leidinggevende binnen een gewapende groepering te vervolgen op basis van *command responsibility*.

Gebleken is dat het bestaan van *responsible command* essentieel is voor de toepassing van *command responsibility* in een NIGC. Zonder een daaraan voorafgaande verplichting bestaat er immers geen mogelijkheid een persoon strafbaar te stellen. Voorts bestaan *responsible command* en daarmee effectieve controle enkel in een stabiele en hiërarchische organisatie met strikte subordinatie. Zonder beide aspecten is het niet mogelijk vast te stellen op wie de verplichting rust om misdaden van ondergeschikten te bestraffen of te voorkomen en of hij in de materiële mogelijkheid is aan deze verplichting te voldoen. Voornoemde structuren wijken tevens sterk

⁷² *Prosecutor v Zejnir Delalic et al (Čelebići)* (Judgment), par. 354.

⁷³ *Prosecutor v Hadžihasanovic et al.* (Appeal Chamber Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility), par. 16.

⁷⁴ *Prosecutor v Zejnir Delalic et al (Čelebići)* (Judgment), par. 378.

⁷⁵ *Prosecutor v Bemba Gombo* (Decision pursuant to article 61 (7) (a) and (b) on the confirmation of charges), par. 410.

⁷⁶ N. Karsten, 'Distinguishing Military and Non-military Superiors Reflections on the Bemba Case at the ICC', *Journal of International Criminal Justice* 2009, p. 993-994.

⁷⁷ *Prosecutor v Brima et al.* (Judgment) SCSL-04-16-T (20 Juni 2007), par. 540.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ *Prosecutor v Brima et al.* (Judgment), par. 557.

⁸⁰ *Prosecutor v Brima et al.* (Judgment), par. 1723.

af van de minimale organisatorische vereisten van een partij bij een NIGC op basis van GA 3. *Responsible command* dient daarom, zoals in de vorige subparagraaf beschreven, dan ook niet als vereiste van GA 3 te worden gezien. Deze vaststelling heeft logischerwijs tot gevolg dat *command responsibility* niet zonder meer van toepassing is op alle partijen bij een NIGC op basis van GA 3. Derhalve vindt een noodzakelijke scheiding plaats van typische gewapende groeperingen en a-typische groeperingen. Typische gewapende groeperingen zijn zodanig georganiseerd dat kan worden gesproken van *responsible command*, met als gevolg dat leidinggevendenden van deze groeperingen kunnen worden vervolgd op grond van *command responsibility*. Bij a-typische groeperingen kan daarentegen, vanwege het geheel of gedeeltelijk ontbreken van hiërarchische commandostructuren, strikte subordinatie of interne disciplinaire systemen om misdaden van ondergeschikten te voorkomen of te bestraffen, niet worden gesproken van *responsible command*. Hoewel uit het voorgaande volgt dat *command responsibility* niet op a-typische groeperingen van toepassing is, kunnen deze wel als partij bij een NIGC op basis van GA 3 worden aangeduid. Immers, uit onder meer *Boškoski* volgt dat strikte en hiërarchische commandostructuren of interne disciplinaire systemen om misdaden van ondergeschikten te voorkomen of te bestraffen slechts indicatoren zijn om de mate van organisatie van een partij bij een NIGC op basis van GA 3 te beoordelen.⁸¹ Het feit dat een gewapende groepering niet aan alle vijf van de in *Boškoski* genoemde factoren voldoet, brengt dan ook niet met zich mee dat die groepering niet als partij bij een NIGC kan worden beschouwd en daarmee uitgesloten wordt van het HOR.

Het gevolg van voormelde redenering is dat het uitgesloten is om leidinggevendenden van a-typische groeperingen te vervolgen op basis van *command responsibility*. Zoals hierboven vermeld bestaat *responsible command* bij de gratie van hiërarchische structuren, subordinatie, discipline, gehoorzaamheid en de capaciteit om personen die schendingen van het HOR plegen binnen de organisatie te bestraffen. Indien dergelijke kaders geheel of gedeeltelijk ontbreken is het evenmin mogelijk om personen die opereren in dergelijke organisaties te vervolgen op basis van *command responsibility*.

4. Conclusies

Met betrekking tot de centrale vraag of *command responsibility* van toepassing is in NIGC's hebben de Trial en Appeals Chamber van het ICTY in *Hadžihasanović* twee argumenten gegeven die deze vraag bevestigend beantwoorden. In de eerste plaats stelde het ICTY dat *command responsibility* de status van gewoonterecht heeft; ook in NIGC's. Verondersteld wordt dat er zowel sprake is van *opinio iuris* alsmede van een bestendig statengebruik. In de tweede plaats overwoog de Appeals Chamber dat *responsible command* een vereiste is van GA 3 en dat *command responsibility* het strafrechtelijke voortvloeisel is van het *responsible command*-beginsel. Hierdoor is volgens de Appeals Chamber *command responsibility* van toepassing op NIGC's. Dit tweede argument levert, in het licht van de heersende jurisprudentie en opvattingen ten aanzien de minimum vereisten van GA 3, vragen op. Het spreekt voor zich dat *command responsibility* pas kan worden toegepast wanneer een gewapende groepering een hiërarchische commandostructuur

⁸¹ *Prosecutor v Boškoski and Tarculovski* (Judgment), par. 194.

heeft met interne disciplinaire structuren. De door de Appeals Chamber naar voren gebrachte wisselwerking tussen *responsible command* enerzijds en *command responsibility* anderzijds is dan ook begrijpelijk. De vraag is echter of deze vereisten, voortvloeiend uit het *responsible command*-beginsel onderdeel uitmaken van de vereisten van GA 3. Gelet op *Hadžihasanović, Bemba en Lubanga*, lijkt dit inderdaad het geval te zijn. Deze drie zaken laten een duidelijke overlap zien tussen GA 3 en AP II, hoewel deze volgens het ICRC, maar ook door het ICTY zelf in *Boškoski*, strikt van elkaar dienen te worden gescheiden. Een positieve of negatieve beantwoording van de vraag of *responsible command* inderdaad een vereiste is van GA 3, leidt hierdoor tot twee conflicterende conclusies. Wanneer de vraag positief wordt beantwoord, dan zal de ondergrens van wat als een NIGC kan worden beschouwd op basis van GA 3, worden verhoogd. Dit resulteert noodzakelijkerwijs in de uitsluiting van bepaalde kleinschalige conflicten van het HOR. Wanneer de vraag negatief wordt beantwoord, dan zullen bepaalde gewapende groeperingen worden uitgesloten van de toepassing van *command responsibility*, om de eenvoudige reden dat *responsible command* ontbreekt.

GA 3 en de daarbij behorende definitie van een NIGC zoals uiteengezet in *Tadić* dient te worden beschouwd als de minimale ondergrens voor de toepassing van het HOR. Het verhogen van deze ondergrens door het toevoegen van *responsible command* als aanvullend vereiste, zou resulteren in de uitsluiting van bepaalde conflicten van het HOR. Deze uitsluiting is onwenselijk daar, deze in *Tadić* vastgestelde lage ondergrens, juist tijdens kleinschalige conflicten van groot belang is. Bepaalde groeperingen, waarin *responsible command* ontbreekt maar welke desalniettemin oorlogsmisdaden plegen, worden hierdoor uitgesloten van verplichtingen voortvloeiend uit het HOR. Een dergelijke conclusie is strijdig met de aard en het doel van GA 3. Ondanks dat het ICTY in *Hadžihasanović* in een andere richting lijkt te bewegen, dient de vaststelling dat *command responsibility* voortvloeit uit het *responsible command*-beginsel, ertoe te leiden dat leidinggevenden van bepaalde groeperingen die *responsible command* ontberen, niet kunnen worden vervolgd op basis van *command responsibility*. Dergelijke groeperingen kunnen wel voldoen aan de vereisten van GA 3 maar dermate gering zijn georganiseerd dat niet van *responsible command* kan worden gesproken. *Command responsibility* is derhalve niet op hen van toepassing.

Hoge snelheid, lange afstanden, meerdere rechtsgebieden en potentieel grote gevolgen: de juridische aspecten van raketverdediging.

DOOR: EVA MAAS EN DUCO LE CLERCQ¹

Raketverdediging is een onderwerp waarbij meerdere rechtsregimes van toepassing zijn. Hoewel deze regimes niet anders zijn dan de regimes die gelden voor ander gewapend optreden brengen de hoge snelheid en grote bereiken van ballistische raketten en de potentieel grote gevolgen van een gewapend conflict waarin deze gebruikt worden interessante juridische afwegingen met zich mee.

Inleiding

Raketverdediging bestaat reeds lange tijd en heeft, afhankelijk van de internationale machtsbalans en kenmerking van spelende conflicten, vele vormen gekend. Al in de Tweede Wereldoorlog werden de eerste luchtafweerraketten ontworpen. Deze eerste luchtafweersystemen waren relatief primitief en de mogelijkheid om hiermee ballistische raketten te onderscheppen was vrijwel nihil. In de jaren '50 en '60 ging de constante groei van nucleaire arsenalen van de VS en de Sovjetunie gepaard met de ontwikkeling van *Intercontinental Ballistic Missiles* (ICBMs). Deze raketten waren eigenlijk niet tegen te houden door luchtafweer, in tegenstelling tot de daarvoor gebruikte bommenwerpers, en garandeerden zo dat de potentiële tegenstander met nucleaire wapens getroffen kon worden. De Amerikaanse en Sovjet-initiatieven in de jaren '60 om systemen te ontwikkelen die ballistische raketten konden onderscheppen werden onderbroken door het *Anti-Ballistic Missile Treaty* uit 1972.² Dit verdrag legde de ontwikkeling van zulke wapens aan banden in het belang van de *balance of power*. In de jaren '80 blies president Reagan de ontwikkeling van een raketverdedigingscapaciteit in de context van de Koude Oorlog nieuw leven in met het *Strategic Defense Initiative* (SDI), beter bekend als *Star Wars*.³ Dit project werd wegens de hoge kosten vrij kort na Reagans termijn weer afgebouwd. De val van de muur, het einde van de Sovjetunie en de aanzienlijk verminderde dreiging van een nucleaire oorlog maakten een dergelijk project ook veel minder nodig.

In de eerste Golfoorlog werd raketverdediging weer een belangrijk onderwerp. In het kader

¹ De auteurs zijn respectievelijk stagiaire en juridisch bestuurlijk adviseur bij de Directie Juridische Zaken van het Ministerie van Defensie. De bijdrage is op persoonlijk titel geschreven. De auteurs danken Hans Boddens Hosang, Marten Zwanenburg, Marijn Wilhelmy van Hasselt en Edo Gillisen voor hun bijdrage aan de totstandkoming van dit artikel.

² J. Mankoff, The politics of US missile defence cooperation with Europe and Russia, *International Affairs* (88) 2012, p. 332.

³ *Ibid.*, p. 337.

van deze Golfoorlog verschoof de aandacht van intercontinentale ballistische raketten naar versterking van regionale raketverdediging⁴. De inzet van Scud-raketten door Irak tegen Israël en Saudi-Arabië, en de daaruit volgende risico's voor escalatie van het conflict noopten verschillende landen, waaronder Nederland, om Patriot-systemen in Israël en het zuiden van Turkije te plaatsen. Hoewel de werkelijke effectiviteit van deze inzet een onderwerp van discussie kan zijn werd het uiteindelijke strategische doel behaald, Israël bleef uit het conflict.

Hierna, en wellicht mede hierdoor, is het accent van de aandacht voor raketdreigingen verschoven naar de zogenaamde *rogue states*; de proliferatie van massavernietigingswapens en rakettechnologie door landen als Noord Korea, Iran en Syrië is een van de grote zorgen geworden.⁵ De gedachte achter de *rogue states* doctrine is dat deze landen irrationeel kunnen handelen en dus niet door een offensief arsenaal van een raketaanval worden weerhouden.⁶ Onder de Amerikaanse president Clinton, voortgezet door zijn opvolger George W. Bush, ontstonden er dan ook nieuwe initiatieven om een verdediging op te bouwen die in ieder geval bescherming biedt tegen landen met slechts een beperkt aantal raketten. Ondertussen hebben landen als Noord-Korea en Iran substantiële hoeveelheden raketten in het bezit. Noord-Korea bezit een groot arsenaal aan ballistische raketten, bestaande uit 300 tot 400 Scud-achtige raketten maar ook langere afstands-raketten die mogelijk het westen van de Verenigde Staten kunnen bereiken.⁷ Ook is gebleken dat Pyongyang niet terugdeinst voor het verkopen van deze raketten aan landen als Syrië en Iran.⁸ De onvoorspelbaarheid die *rogue states* in een multipolaire wereld met zich brengen maakt dat met name regionale raketverdediging van constant belang blijft, zoals ook de Nederlandse inzet van patriots in de tweede Golfoorlog en de inzet in Turkije aan de Syrische grens bewijst, waarvan deze laatste al de derde Nederlandse raketverdedigingsmissie sinds 1991 is⁹.

Een additioneel veiligheidsrisico is dat de proliferatie van raketten in veel gevallen hand in hand zullen gaan met de proliferatie van massavernietigingswapens.¹⁰ Hoewel een raket met conventionele lading kan worden uitgerust, is zeker bij de geavanceerdere types die een grotere afstand kunnen afleggen, het 'rendement' van een conventionele lading in relatie tot de kosten van de raket dusdanig beperkt dat er een gerede kans bestaat dat *rogue states* ervoor kiezen om dergelijke raketten met een effectievere chemische, biologische of nucleaire lading uit te rusten¹¹.

⁴ Ook wel bekend als *Theater Missile Defence*, dat wil zeggen verdediging van een regio (veelal een continent) tegen middellange afstands-raketten. Een voorbeeld is het huidige Amerikaanse raketschild (*Phased Adaptive Approach-Europe*) in Europa, dat gericht is tegen de dreiging van middellange ballistische raketten (IRBMs) uit het Midden-Oosten. SDI was *Strategic Missile Defence* of eenvoudigweg *Missile Defence*, gericht tegen ICBMs. De Amerikaanse verdediging tegen Noord-Koreaanse dreigingen omvat beide vormen van raketverdediging.

⁵ *Ibid*, 342, B. Gopalswamy, 'Trends in missile defence and space security', in: H.V. Plant (ed.), *Handbook of Nuclear Proliferation*, 2011, p. 295.

⁶ I. Eland, & D. Lee, The rogue states doctrine and national missile defence. *Foreign Policy Briefing* (65) 2001, p. 3.

⁷ B. Brusell, The final frontier: missile defence in space? *Disarmament Forum* (1) 2007, p. 55.

⁸ *Ibid*.

⁹ Nederlandse Patriots zijn ingezet in 1991 in Turkije en Israël, in 2003 in Turkije en in 2013-2014 in Turkije.

¹⁰ J. Mankoff, The politics of US missile defence cooperation with Europe and Russia, *International Affairs* (88) 2012, p. 342.

¹¹ R. Müllerson, 'Missiles with Non-conventional Warheads and International Law', in: Y. Dinstein (ed.), *Israel Yearbook of Human Rights* (27) 1998, p. 235.

Samenvattend zijn er twee tendensen te ontdekken- enerzijds de proliferatie van korte afstands-raketten door onvoorspelbare actoren en anderzijds de ontwikkeling van raketten die een steeds langere afstand kunnen afleggen waardoor landen hun aanvalsmogelijkheden (mogelijk ook met massavernietigingswapens) uitbreiden.

De juridische aspecten van verdediging tegen raketaanvallen zijn een relatief onderbelicht onderwerp¹². Dit is opmerkelijk, aangezien het dossier al decennia speelt, en er grote geopolitieke belangen mee gemoeid zijn. In eerste instantie kan gezegd worden dat de gebruikelijke internationale juridische kaders gelden. Wat het evenwel een interessant onderwerp maakt is dat in een scenario van misschien een kwartier verschillende rechtsgebieden de revue passeren. Zowel de snelheid van raketoperaties als de geografische afstanden waarover deze plaatsvinden zijn van een andere orde dan die van andere, conventionele operaties. De grote afstanden betekenen dat het neutraliteitsrecht een belangrijke rol kan gaan spelen, en de hoge snelheid betekent dat zowel de verdediging als de juridische aspecten geregeld moeten zijn vóór een aanval werkelijk plaatsvindt.

In dit artikel gaan wij in op de verschillende rechtsgebieden die relevant zijn voor raketverdediging. Wij kijken daarbij zowel naar het *ius ad bellum* en het neutraliteitsrecht als het *ius in bello* en aspecten van (staats)aansprakelijkheid.¹³

Het recht op zelfverdediging tegen een raketaanval onder het VN Handvest¹⁴

Onderschepping van een raket in het kader van raketverdediging zal in veel gevallen plaatsvinden boven of in het territoir van een andere staat. Het startpunt voor het schetsen van het juridisch kader voor raketverdediging is het verbod op het gebruik van of de dreiging met het gebruik van geweld tegen de territoriale integriteit of de politieke onafhankelijkheid van een staat. Dit geweldverbod is vastgelegd in art. 2(4) van het VN Handvest en weerspiegelt internationaal gewoonterecht.¹⁵ Verdragsrechtelijke uitzonderingen op dit geweldsverbod zijn onder internationaal recht tot twee gevallen beperkt. De eerste uitzondering is na toestemming van de VN Veiligheidsraad, onder art. 42 Hoofdstuk VII van het VN Handvest, waar wordt vastgelegd dat kan worden overgegaan tot zulk optreden door middel van lucht-, zee- of landstrijdkrachten als nodig is voor de handhaving of het herstel van de internationale vrede en veiligheid. Aangezien in het kader van raketverdediging op zeer korte termijn gehandeld zal moeten worden is handelen in het kader van een mandaat van de VN Veiligheidsraad veelal geen optie¹⁶. De tweede uitzondering op het geweldsverbod wordt gevormd door het recht op zelfverdediging. In het VN Handvest is dit vastgelegd in art. 51:

¹² M. Tomohiro, *The Legal Basis of Missile Defense*, *The Japanese Annual Journal of International Law* (48) 2005, p. 65.

¹³ Alle hieronder besproken rechtsgebieden kunnen op één enkele lancering en daarop volgende (poging tot) interceptie van toepassing zijn. Voor deze enkele handeling dienen dus zowel *ius ad bellum*- als *ius in bello*-vragen beantwoord te worden.

¹⁴ Voor de bespreking van het *ius ad bellum* gaan wij uit van het scenario dat een conflict start met een aanval door ballistische raketten. Uiteraard is niet uit te sluiten dat een dergelijk aanval pas later in een reeds bestaand gewapend conflict plaatsvindt. In dit geval valt deze actie automatisch onder het juridisch kader van het HOR, dat hieronder wordt besproken. Wij gaan niet in op de toepassing van het *ius ad bellum* door een aanval; vanzelfsprekend dient deze zich ook aan het internationaal recht te houden.

¹⁵ T.D. Gill, & D. Fleck (eds.), *The handbook of the international law of military operations*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 188.

¹⁶ Het is uiteraard wel mogelijk dat er al een resolutie bestaat die het gebruik van geweld toestaat.

“Geen enkele bepaling in dit Handvest doet afbreuk aan het inherente recht tot individuele of collectieve zelfverdediging in geval van een gewapende aanval tegen een Lid van de Verenigde Naties, totdat de Veiligheidsraad de noodzakelijke maatregelen ter handhaving van de internationale vrede en veiligheid heeft genomen. Maatregelen die door de Leden zijn genomen bij de uitoefening van dit recht tot zelfverdediging dienen onverwijld ter kennis van de Veiligheidsraad te worden gebracht en tasten op geen enkele wijze de bevoegdheid en de verantwoordelijkheid van de Veiligheidsraad ingevolge van dit Handvest aan om op enigerlei tijdstip over te gaan tot zulk optreden als hij nodig acht voor de handhaving of het herstel van de internationale vrede en veiligheid.”¹⁷

Een verdragsrechtelijk beroep op zelfverdediging moet naast de voorwaarden in art. 51 tevens voldoen aan de door het internationaal gewoonterecht gestelde voorwaarden zoals noodzakelijkheid, proportionaliteit en onmiddellijkheid.¹⁸ Een dergelijk beroep op zelfverdediging kan niet worden gedaan bij enkel een dreiging met geweld, hoewel dit wel in strijd is met art. 2 lid 4 van het VN-Handvest.

De reikwijdte van het recht op zelfverdediging en betekenis van de gestelde voorwaarden zijn echter aan discussie onderhevig. Voor deze verkenning van het recht op zelfverdediging in het kader van raketverdediging is het nodig om vast te stellen wat de reikwijdte van het recht op zelfverdediging onder het internationaal gewoonterecht is. Art. 51 stelt ‘een gewapende aanval’ als voorwaarde voor het kunnen inroepen van zelfverdediging. Over wat echter precies onder een gewapende aanval wordt verstaan, en in hoeverre het gewoonterecht in deze verder reikt dan het VN-Handvest is onderwerp van discussie en is onder andere besproken door het Internationaal Gerechtshof.¹⁹ Er kan echter weinig twijfel bestaan dat het daadwerkelijk afvuren van een ballistische raket op een staat kwalificeert als een gewapende aanval²⁰, en de aangevalen staat zich derhalve kan beroepen op het recht op zelfverdediging.

Het recht op zelfverdediging onder het internationaal gewoonterecht

Gezien het potentiële grote destructieve vermogen van een raketaanval, en het risico op een niet-conventionele lading, zal in sommige gevallen in een eerder stadium dan wellicht in andere gevallen zou gebeuren tot actie worden overgegaan. Daarnaast is de raketverdedigingscapaciteit van zelfs de meest geavanceerde landen niet in staat om een volledige verdediging van hun territorium en bondgenoten te verwezenlijken. Het is dan ook niet ondenkbaar dat de noodzaak zal ontstaan om via offensief²¹ optreden tegen een tegenstander een zo groot mogelijk deel van diens raketcapaciteiten uit te schakelen²².

De vraag is in hoeverre, in de context van een dreiging van een raketaanval, onder het internationaal gewoonterecht zelfverdediging kan worden ingeroepen wanneer de daadwerkelijke aanval (nog)

¹⁷ Zie artikel 51 VN Handvest.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld: I. Dettler, *The law of war*, Cambridge: Cambridge University Press 1987, p. 315. Y. Dinstein, *War, aggression and self-defence*, Cambridge: Cambridge University Press 1988, p. 259.

¹⁹ Internationaal Gerechtshof, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Merits, (Nicaragua vs. United States), ICJ Reports 14, 1986, par. 188.

²⁰ M. Tomohiro, The Legal Basis of Missile Defense, *The Japanese Annual Journal of International Law* (48) 2005, p. 84.

²¹ Een dergelijk offensief handelen zal met normale militaire capaciteiten moeten plaatsvinden; raketverdedigingsmiddelen kunnen slechts optreden tegen een reeds in gang zijnde aanval.

²² R. Müllerson, ‘Missiles with Non-conventional Warheads and International Law’, in: Y. Dinstein (ed.), *Israel Yearbook of Human Rights* (27) 1998, p. 235.

niet heeft plaatsgehad. De zogenoemde ‘anticiperende zelfverdediging’ roept een aantal vragen op. Heeft het VN-Handvest bijvoorbeeld bedoeld het bredere recht op zelfverdediging te beperken? En wanneer dit niet het geval is, sluit de formulering van art. 51 een eventueel recht op anticiperende zelfverdediging dan uit? De restrictieve school gebruikt het tekstuele argument dat art. 51 de voorwaarde van een gewapende aanval stelt.²³ Zonder daadwerkelijke gewapende aanval kan het recht op zelfverdediging volgens de restrictieve school dus niet worden ingeroepen. Uit de voorbereidende werken bij het opstellen van het VN-Handvest kan echter worden opgemaakt dat de opstellers van het VN-Handvest in art. 51 verwijzen naar een reeds bestaand, inherent recht op zelfverdediging, wat het bestaan van een anticiperend recht op zelfverdediging in het internationaal gewoonterecht naast het recht op zelfverdediging zoals geformuleerd in het VN-Handvest niet uitsluit.²⁴ Dit is tevens bevestigd door het Internationaal Gerechtshof in de *Nicaragua case*.²⁵ Hoewel er discussie bestaat over hoever een recht op anticiperende zelfverdediging zou reiken, dient voor velen de *Caroline case* van 1837 als basis voor deze discussie.²⁶ Hierin wordt gesteld dat er een ‘*instant and overwhelming necessity for self-defense, leaving no choice of means and no moment for deliberation*’ zou moeten bestaan.²⁷ Er zijn situaties denkbaar waarin een op handen zijnde aanval zo acuut is en het bijbehorende gevaar zo groot is dat ingrijpen essentieel is voor het voortbestaan van een staat²⁸. Een op handen zijnde aanval met ballistische raketten, met mogelijk niet-conventionele lading, zou hier een voorbeeld van kunnen zijn. Tegelijkertijd is het van belang dat het recht op zelfverdediging in het internationaal gewoonterecht geen vrijbrief oplevert voor het gebruik van geweld om te anticiperen op een mogelijke dreiging²⁹, de zogenaamde *pre-emptive self defence*.

Het is in deze context dat Dinstein’s concept van “*interceptive self-defence*” van waarde lijkt.³⁰ Dinstein beschrijft *interceptive self-defence* als een situatie waarin, wanneer een ogenschijnlijk onomkeerbare gedragslijn is ingezet, de “*armed attack*” begonnen is. Zo kan, wanneer een aanval onomkeerbaar is ingezet maar de impact nog niet heeft plaatsgehad door een staat op basis van art. 51 worden ingegrepen.³¹ In zijn algemeenheid kan dan ook worden gesteld dat op het moment van lancering van de raket de aanval begonnen is, en het recht op zelfverdediging kan worden ingeroepen. In het geval van raketten, kan hier onder bepaalde omstandigheden al sprake van zijn bij het verrichten van onomkeerbare technische handelingen aan de raket, zoals het met zeer volatiele brandstof vullen van bepaalde types, dat plaatsvindt vóór lancering³².

²³ L. Van Den Hole, ‘Anticipatory self-defence under international law’, *American University International Law Review* (19) 2003-1, p. 84.

²⁴ Y. Dinstein, *War aggression and self-defence*, Cambridge: Cambridge University Press 1988, p. 169-72.

²⁵ Internationaal Gerechtshof, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Merits*, (Nicaragua vs. United States), ICJ Reports 14, 1986, par. 196-199.

²⁶ The *Caroline* exchange of diplomatic notes between Great Britain and the United States, 1842. 2, J. Moore, *Digest of International Law*, 1906, p. 409, 412.

²⁷ Letter from Daniel Webster, US Secretary of State, to Henry Fox, British Minister in Washington, *British and Foreign State Papers* (29), p. 1840-1841, 1138, 1857.

²⁸ Zie ook de kabinetsreactie op CAVV Advies nr. 15 “Preemptief optreden” van 13-02-2013 (Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 29 800 V, nr. 56).

²⁹ L. Van Den Hole, ‘Anticipatory self-defence under international law’, *American University International Law Review* (19) 2003, p. 95.

³⁰ Y. Dinstein, *War aggression and self-defence*, Cambridge: Cambridge University Press 1988, p. 204.

³¹ *Ibid*.

³² Hierbij dient dan wel uit de context van een crisis een voor de hand liggend doelwit van een aanval te volgen, want anders is het de vraag wie het recht op zelfverdediging zou kunnen inroepen.

Wanneer het recht op zelfverdediging kan worden ingeroepen, rijst de vraag wie zich hierop kan beroepen. Dit is in ieder geval de staat die wordt aangevallen. Daarnaast rechtvaardigt het VN-Handvest ook collectieve zelfverdediging. Deze zelfverdediging kan plaats vinden op basis van bestaande allianties maar kan onder sommige omstandigheden ook op ad-hoc basis worden ingeroepen.³³ Bij een raketaanval op een van de NAVO-lidstaten zal vermoedelijk art. 5 van het NAVO-verdrag - dat gebaseerd is op art. 51 van het Handvest - worden ingeroepen.³⁴ Het is echter niet waarschijnlijk dat de Noord Atlantische Raad nog tijdens de vlucht van een inkomende raket dit artikel zal kunnen invoeren, dus zullen de eerste (collectieve) defensieve handelingen bij een aanval op een NAVO-lidstaat vermoedelijk enkel onder de vlag van het onderliggende art. 51 van het Handvest plaatsvinden.

De mogelijkheid tot handelen als er geen sprake is van een gewapende aanval

Het is denkbaar dat een staat getroffen kan worden door een raket, waarbij geen sprake is van een gewapende aanval, bijvoorbeeld bij een mislukte lancering van een satelliet. Zelfs als er geen sprake is van een aanval is de staat op wiens territorium de raket vermoedelijk zal inslaan gerechtigd om maatregelen te nemen.³⁵ Ten slotte is het nog mogelijk dat alleen het luchtruim van een staat wordt geschonden, Noord-Koreaanse raketten zijn bijvoorbeeld meermaals over Japan heen gelanceerd zonder toestemming van Japan. In een dergelijk geval kan hier, wanneer proportioneel, ook tegen worden opgetreden, omdat een staat kan optreden tegen een schending van zijn soevereiniteit.³⁶

Neutraliteit

Wanneer het recht op zelfverdediging kan worden ingeroepen dient te worden bepaald hoe de gewenste actie kan worden uitgevoerd in overeenstemming met het internationaal recht. Zeker bij intercontinentale of middellange afstands-ballistische raketten (ICBMs/IRBMs) en de verdediging daartegen zijn de afstanden en hoogtes waarover een actie plaatsvindt dusdanig dat er over het algemeen meerdere staten zullen worden overvlogen, die niet per se allemaal partij zullen zijn bij het conflict. Een juridisch aspect dat bij een afweging van de mogelijkheden tot handelen in het kader van raketverdediging dan ook een rol speelt is het neutraliteitsvraagstuk. Wanneer luchtafweer wordt ingeschakeld ter verdediging tegen een raketaanval is het niet ondenkbaar dat, om impact van de raket te voorkomen, onderschepping gewenst is wanneer de raket zich buiten het territorium van de aangevallen staat bevindt.

Welke juridische afwegingen in zo een geval gemaakt dienen te worden is om te beginnen afhankelijk van de vraag of de onderschepping plaats zou hebben in het luchtruim of in de ruimte. Waar

³³ T.D. Gill & D. Fleck 2010, p. 197.

³⁴ Zie artikel 5 Noord-Atlantisch Verdrag 1949.

³⁵ M. Tomohiro, *The Legal Basis of Missile Defense*, *The Japanese Annual Journal of International Law* (48) 2005, p. 71 e.v.

³⁶ Zie bijvoorbeeld: *Ibid*, p. 72. UK Ministry of Defence, *The manual of the law of armed conflict*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 314.

precies de grens tussen luchtruim en ruimte getrokken wordt is niet expliciet vastgelegd, en staten zijn terughoudend om zich hier expliciet over uit te spreken. Als algemene regel wordt gesteld dat het luchtruim eindigt waar de ruimte begint, en *vice versa*.³⁷ De grens wordt veelal getrokken bij het hoogste punt waarop een vliegtuig kan vliegen en het laagste punt waarop een satelliet rondcirkelt, waarbij een exacte hoogteaanwijzing wordt vermeden.³⁸ Een voorbeeld uit de literatuur van een expliciete vaststelling van de denkbeeldige grens tussen luchtruim en ruimte is de Kármán lijn, die is vastgesteld op ongeveer 100 kilometer van de aarde, maar die niet met zoveel woorden door staten wordt geaccepteerd.³⁹ Het belang van het onderscheid tussen luchtruim en ruimte in het kader van raketverdediging ligt in het feit dat luchtruim onder het soevereine territorium van een staat valt, en ruimte niet. De soevereiniteit van een staat wordt dus niet geschonden wanneer onderschepping plaats vindt in de ruimte boven diens luchtruim en ook niet door dit luchtruim wordt gevlogen. Dit neemt overigens niet weg dat ook een onderschepping *boven* het luchtruim van een derde staat wel serieuze politieke consequenties kan hebben.

Onderschepping van intercontinentale of middellange afstandsruketten zal voornamelijk in de ruimte plaatsvinden⁴⁰, door de hoogte van de ballistische boog. De ruimte is *res communis* verklaard en valt derhalve niet onder de soevereiniteit van een staat. Het *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies* verbiedt alleen het in een baan om de aarde brengen of het in de ruimte of op hemellichamen stationeren van massavernietigingswapens⁴¹. Er is dus geen verbod op het doorkruisen van de ruimte met raketten in een ballistische boog, zelfs indien deze voorzien zijn van niet-conventionele lading.

Wanneer onderschepping plaatsheeft in het luchtruim van een andere staat rijst de vraag hoe omgegaan dient te worden met neutraliteit van staten in het kader van raketverdediging. Internationale verboden op de schending van neutraliteit zijn zwaarwegend. Een algemeen verbod op het uitvoeren van vijandelijkheden op neutraal territorium is vastgelegd in de Haagse Conventies van 1907 en wordt tevens gewoonterecht geacht.⁴² Onder het "neutrale territorium" valt zowel het landgebied als het luchtruim boven neutrale staten.⁴³ In het neutrale territorium is het uitvoeren van vijandelijkheden verboden, dus ook het gebruik van het luchtruim boven de neutrale staat.⁴⁴ Neutraliteit dient echter een tweezijdige bescherming. Enerzijds beschermt zij, zoals bijvoorbeeld door het verdragsrechtelijk en gewoonterechtelijk verbod op het uitvoeren van vijandelijkheden, neutrale partijen in een conflict tegen de schadelijke effecten van vijandelijkheden. Anderzijds dient neutraliteit ter bescherming van de belangen van een strijdende partij tegen inmenging door neutrale staten en hun inwoners ten gunste van de vijand.⁴⁵ Zo mag

³⁷ M.N. Shaw, *International Law*, Fourth Edition, Cambridge: Cambridge University Press 1997, p. 382.

³⁸ UK Ministry of Defence, *The manual of the law of armed conflict*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 312.

³⁹ D.N. Reinhardt, *The vertical limit of state sovereignty*. Institute of Air and Space Law (Thesis publications), 2005, p. 51.

⁴⁰ Y. Hashimoto, 'Missile defence and international law', in: *Proceedings of the 45th colloquium on the law of outer space* 2002, p. 149.

⁴¹ M.N. Shaw, *International Law*, Fourth Edition, Cambridge: Cambridge University Press 1997, p. 382-383.

⁴² Zie 1907 Haagse Conventie (V). Artikel I, 1907 Haagse Conventie (XIII). HPCR Commentary on the HPCR Manual on International Law applicable to Air and Missile Warfare, 2010, p. 305.

⁴³ Zie San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea [SRM/ACS], par. 34.

⁴⁴ HPCR Commentary on the HPCR Manual on International Law applicable to Air and Missile Warfare, p. 308.

⁴⁵ *Ibid*, p. 305.

een neutrale partij niet toestaan dat een van de strijdende partijen op of vanuit zijn territorium vijandelikheden uitvoert, een militaire basis vestigt of als schuilplaats gebruikt.⁴⁶ Tevens mag haar territorium niet gebruikt worden voor het verplaatsen van troepen of voorraden, noch voor het laten overvliegen van militaire vliegtuigen of raketten.⁴⁷ Een neutrale partij heeft in deze de verplichting al het mogelijke te doen om zulk soort acties te voorkomen of te stoppen.⁴⁸ Hieruit kan een verplichting voor een neutrale staat worden gedestilleerd tot het onderscheppen van een op een andere staat gerichte raket die zijn luchtruim passeert. Het is in zo een geval voor de neutrale staat dan ook niet onrechtmatig om geweld te gebruiken en dit kan, wanneer proportioneel, niet als een “gewapende aanval” worden aangemerkt.⁴⁹

In veel gevallen zullen staten echter niet de mogelijkheden hebben om de raket die hun luchtruim doorkruist te stoppen. Als het niet mogelijk blijkt voor de neutrale staat om het gebruik van zijn luchtruim door raketten te beëindigen, mag de benadeelde strijdende partij stappen nemen die nodig zijn om handhaving van neutraliteit alsnog te garanderen en de eigen belangen te verdedigen.⁵⁰ Het inherente recht op zelfverdediging tegen een gewapende aanval kan dus worden ingeroepen als basis om handhaving van neutraliteit te garanderen, en prevaleert in zo een geval boven de neutraliteit en de soevereiniteit van staten.⁵¹ Het verbod op het schenden van neutraal territorium is dus niet absoluut en laat legitieme zelfverdedigingsacties van staten onder bepaalde voorwaarden toe. Deze exceptionele omstandigheden kunnen enkel worden ingeroepen als er geen haalbare, tijdige alternatieven voorhanden zijn.⁵² Waar haalbaar dient de neutrale staat vooraf gewaarschuwd te zijn en een redelijke termijn te krijgen om de vijandelikheden op zijn territorium te beëindigen. Wanneer het gaat om een raketaanval waarbij de raket zich in het luchtruim van een naburige neutrale staat bevindt, kan deze “vervangende” handhaving worden ingeroepen om inslag van de raket te voorkomen. Gezien de snelheid van raketoperaties is het stellen van een redelijke termijn voor de neutrale staat om zelf de neutraliteit te herstellen vaak niet mogelijk of haalbaar. Bij raketverdediging zal schending van de neutraliteit dus in veel gevallen geen schending van internationale verplichtingen opleveren. Er zijn uiteraard wel serieuze politieke risico's aan verbonden, en bovendien bestaat het risico dat de neutrale staat alleen de interceptor ziet en kan denken dat hij wordt aangevallen.

HOR

Dat het recht op zelfverdediging in het geval van een raketaanval kan worden ingeroepen bepaalt enkel dat het ondernemen van actie door een land of groep van landen gerechtvaardigd is. Hoe deze actie vervolgens uitgevoerd dient te worden om aan de eisen van het

⁴⁶ Zie artikel 2 en 3 1907 Haagse Conventie (V), artikel 2 en 5 1907 Haagse Conventie (XIII). Artikel 39, 40, 42 en 47 Hague Rules of Air Warfare [HRAW].

⁴⁷ “Naval Warfare Publication: The Commander’s Handbook on the Law of Naval Operations” par. 7.3.

⁴⁸ Zie artikel 5 Haagse Conventie (V), artikel 42 HRAW.

⁴⁹ Zie artikel 10 1907 Haagse Conventie (V). Artikel 26 1907 Haagse Conventie (XIII). Artikel 48 HRAW.

⁵⁰ L. Oppenheim, ‘International Law treatise’, in: H. Lauterpacht (ed.), *Disputes, War and Neutrality*, 7th edition, Londen: Longledge 1952, p. 679.

⁵¹ J.J. Paust, ‘A critical appraisal of the air and missile warfare manual’, *Texas International Law Review*, (47) 2012-2, p. 290.

⁵² Zie San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea [SRM/ACS], par. 22.

daarvoor geldende regime van het HOR en het internationale mensenrechtenregime te voldoen, dient nader te worden bepaald.⁵³

Gegeven dat er bij een aanval met een ballistische raket weinig twijfel kan zijn dat het hier gaat om een gewapende aanval in de zin van art. 51 VN kan ook veilig worden aangenomen dat het conflict hiermee aan de veelgebruikte criteria voor een gewapend conflict, namelijk intensiteit en organisatie, wordt voldaan.⁵⁴ Dit betekent automatisch dat, ongeacht eventuele uitspraken van de verschillende strijdende partijen hierover, het Humanitair Oorlogsrecht (HOR) formeel van toepassing is, en het juridisch kader vormt voor de uitvoering van de vijandelijkheden.⁵⁵ Dit geldt waarschijnlijk ook voor mogelijk offensief ingrijpen in het kader van anticiperende zelfverdediging tegen een onmiddellijk dreigende aanval, omdat vermoedelijk in zo een geval de *threshold of violence* ook zal worden overschreden.

Het invoeren van collectieve zelfverdediging heeft consequenties voor de territoriale reikwijdte van het HOR aangezien formeel, en in het geval van militaire samenwerkingsverbanden tussen landen waarschijnlijk op meer praktisch niveau, alle individuele staten in het collectief partij zijn geworden bij het conflict. Aangenomen wordt dat, wanneer er sprake is van een gewapend conflict, het HOR van toepassing is in het hele territorium van alle staten die partij zijn bij een conflict onafhankelijk van de vraag of daar ook daadwerkelijk gevechten plaatsvinden of niet.⁵⁶ Door de ontwikkelingen in moderne oorlogvoering, waaronder de steeds langere afstanden die raketten kunnen afleggen, kan de vijand aanvallen uitvoeren tot ver buiten zijn eigen territorium. De territoriale toepassing van het HOR en het invoeren van collectieve zelfverdediging maken dat een geografisch omvangrijk gebied onder het juridische regime van het HOR kan komen te vallen.

Het HOR geldt zowel voor de aanvallende partij als de verdedigende partij wanneer zij de ingezette raketaanval proberen af te breken. Hoewel in het kader van een raketoerlog vooral HOR-aspecten met betrekking tot de aanvallende partij onderwerp van discussie vormen, dienen ook voor de defensieve acties van raketverdedigingseenheden een aantal aspecten te worden uitgelicht. De beschikbare ruimte voor dit artikel laat niet toe dat wij uitgebreid ingaan op het hele HOR; wij zullen volstaan met een bespreking aan de hand van de grondbeginselen distinctie, proportionaliteit en militaire noodzaak. Het verbod op perfidie zal niet snel relevant zijn, aangezien noch een inkomende raket noch een onderscheppingsraket snel misbruik zou kunnen maken van beschermende symbolen.

Voor wat betreft de toepassing van het HOR door de aanvalleur kan gesteld worden dat bij het gebruik van langeafstands raketten met een niet-conventionele lading, ook al worden deze primair gericht op een legitiem militair doel, dit vragen kan oproepen over het naleven van de grondbegin-

⁵³ Commentaar bij artikel 21 van de Artikelen inzake Staatsaansprakelijkheid, in: Draft Articles on the Responsibility of States for International Wrongful Acts, with commentaries [Draft Articles], Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10). *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two.

⁵⁴ Zie bijvoorbeeld: Tadic Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Jurisdiction Decision, par. 70. International Law Association, Final Report on the meaning of armed conflict in international law, 2010, p. 3. Y. Dinstein, 'The Laws of Air, Missile and Nuclear Warfare', *Israeli Yearbook on Human Rights* (27) 1997, p. 10. UK Ministry of Defence, *The manual of the law of armed conflict*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 33.

⁵⁵ Zie bijvoorbeeld: UK Ministry of Defence, *The manual of the law of armed conflict*, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 26-35.

⁵⁶ Tadic Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Jurisdiction Decision, par. 70.

selen van distinctie en proportionaliteit⁵⁷, nog afgezien van het verbod op het gebruik van chemische en biologische wapens. Ook kortere afstands-raketten met conventionele lading zijn over het algemeen weinig accuraat waardoor het beginsel van distinctie onder druk komt te staan⁵⁸.

Aan de defensieve kant is de toepassing van het HOR weinig problematisch. De baan van een gelanceerde raket kent drie verschillende fasen, de *boost*-fase, de ballistische fase en de eindfase. Dat in het geval van een *raketaanval* een inkomende raket een rechtmatig militair doelwit (*lawful target*) vormt staat buiten kijf. In het geval van interceptie in de *boost*-fase, vooralsnog een theoretische capaciteit, spelen mogelijk afwegingen omtrent distinctie, aangezien het hier bij een eerste lancering⁵⁹ in theorie nog om een *space launch* van bijvoorbeeld een satelliet zou kunnen gaan. Bij interventie in de *boost*-fase dient dus in overweging te worden genomen dat niet altijd onomwonden vaststaat dat de gelanceerde raket een militair doel vormt.

Wanneer wordt vastgesteld dat een raket eenmaal in zijn ballistische baan is gekomen kan veilig worden aangenomen dat de raket als een legitiem militair doel kan worden aangemerkt, en zal het distinctiebeginsel verder weinig beperkingen opleggen.⁶⁰ Afwegingen omtrent onder andere proportionaliteit en noodzakelijkheid dienen uiteraard ook in deze fase te worden gemaakt. Het is echter nauwelijks voor te stellen dat deze grondbeginselen in de weg zullen staan van een onderschepping. Zeker bij het onderscheppen van een raket met niet-conventionele lading is er ontegenzeggelijk een militaire noodzaak tot onderschepping. Ook is het militair voordeel van een succesvolle onderschepping vermoedelijk dusdanig groot dat zelfs het accepteren van het risico op significante nevenschade nog proportioneel kan zijn.

Hoewel een raket een rechtmatig doelwit zal zijn dient niet onderschat te worden wat het effect van het onderscheppen van een ballistische raket, met name in de eindfase, op het onderliggende gebied kan zijn⁶¹. Er zijn op dit moment geen alternatieven voor de inzet van een *interceptor*, maar in het geval van meerdere *firing options* kan het HOR een keuze voor de optie met de minste verwachte neveneffecten vereisen. Indien de raket gericht is op een niet of nauwelijks bevolkt gebied en bij een onderschepping de kans op schade door debris groter is dan het te verwachten effect van inslag van de raket kan het beginsel van proportionaliteit er zelfs toe leiden dat niet tot onderschepping mag worden overgegaan. Dit laatste is echter zeer theoretisch. Een afweersysteem dat een groot aantal raketten afvuurt waarmee de kans dat deze een doel raken klein is, of een afweersysteem dat een groot risico op nevenschade met zich brengt door bijvoorbeeld *nuclear-tipped interceptors* te gebruiken zou ook in strijd met het beginsel van proportionaliteit kunnen zijn.

⁵⁷ R. Müllerson, 'Missiles with Non-conventional Warheads and International Law', in: Y. Dinstein (ed.), *Israel Yearbook of Human Rights* (27) 1997, p. 247.

⁵⁸ Zie bijvoorbeeld: Y. Dinstein, 'The Laws of Air, Missile and Nuclear Warfare', *Israeli Yearbook on Human Rights* (27) 1997, p. 10. UK Ministry of Defence, *The manual of the law of armed conflict*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 104.

⁵⁹ In een dergelijk scenario speelt zowel het *ius ad bellum* als het *ius in bello* een rol bij één lancering, is hier sprake van een gewapende aanval, en zo ja, daar vermoedelijk dan het HOR geldt, is dit een legitiem militair doel?

⁶⁰ Wanneer een raket in zijn ballistische baan is gekomen kan namelijk worden geïdentificeerd waar deze terecht gaat komen.

⁶¹ Debris van een succesvol onderschepte raket vliegt in beginsel in min of meer dezelfde baan door, en zal - voor zover niet opgebrand door de wrijving in de lucht - iets vóór het oorspronkelijk doel neerkomen. Ook delen van een interceptor zullen in min of meer de zelfde baan doorvliegen en kunnen derhalve in gebieden ver buiten het eigen en geallieerde grondgebied terecht komen.

Rules of Engagement

Binnende kaders van het HOR kunnen raketverdedigingseenheden beperkingen opgelegd krijgen in *Rules of Engagement*. In veel gevallen zullen de ROE vrij summier zijn, aangezien vrijwel alle inzet van raketverdedigingscapaciteiten onder de noemer van (*extended*) *self defence* zal vallen en dus niet door ROE kan worden ingeperkt. Een mogelijke beperking zou zijn dat een onderschepping in het luchtruim van derde landen om politiek/diplomatieke redenen niet wordt toegestaan, of dat een onderschepping die kan leiden tot schade in derde landen niet wordt toegestaan. Het is van belang, wederom gezien het hoge tempo van raketoperaties, dat dergelijke ROE op tijd worden ingesteld zodat het *defence design* gegeven deze beperkingen zo optimaal mogelijk kan worden ingericht. Als een conflict eenmaal van start gaat is het vermoedelijk te laat voor aanpassingen.

Aansprakelijkheid⁶²

Uiteraard zal bij het inslaan van een raket significante schade ontstaan. Ook bij het al dan niet succesvol onderscheppen van een inkomende ballistische raket is niet uit te sluiten dat er schade ontstaat, brokstukken van zowel de ballistische raket als van de succesvolle *interceptor* kunnen ergens neerkomen, en ook de *booster rockets of interceptors* die hun doel hebben gemist kunnen ergens neerkomen en schade aanrichten. Zelfs zou door brokstukken in de ruimte schade kunnen ontstaan aan satellieten van derde partijen.⁶³ De potentiële schade van *debris* van massavernietigingswapens is aanzienlijk. Deze schade kan ook ontstaan in staten die geen partij zijn bij het conflict.

Bij de beantwoording van vragen met betrekking tot aansprakelijkheid voor deze schade dient een onderscheid te worden gemaakt tussen staatsaansprakelijkheid in het internationaal recht en staatsaansprakelijkheid in het privaatrecht.

Onder het internationaal recht zal aansprakelijkheid zich vooral richten op aansprakelijkheid voor schade tussen staten, en niet zo zeer tussen het individu en een andere staat. Onder het internationaal recht is een staat in principe aansprakelijk voor het handelen van zijn krijgsmacht.⁶⁴ Onder het HOR wordt alleen verwezen naar aansprakelijkheid voor schade van acties die onrechtmatig zijn onder het HOR.⁶⁵ In zo een geval is een staat verplicht tot compensatie. Naast onrechtmatige acties zal echter in veel gevallen eigendom getroffen worden door rechtmatige oorlogshandelingen. Of op basis van de *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* deze actie zowel vis-a-vis de aanvallende staat als vis-a-vis de neutrale staat, op basis van omstandigheden die de onrechtmatigheid van de daad uitsluiten, inderdaad niet als

⁶² Geconstateerd is dat raketverdediging, wanneer aan de gestelde voorwaarden onder het internationaal recht wordt voldaan, een rechtmatige handeling zal zijn. Bij bespreking van eventuele staatsaansprakelijkheid wordt hier dan ook uitgegaan van het aansprakelijkheidsrecht zoals dat is vastgesteld voor rechtmatige handelingen en niet van het aansprakelijkheidsrecht zoals dat geldt voor schendingen van het (internationaal) recht.

⁶³ Y. Hashimoto, 'Missile defence and international law', in: *Proceedings of the 45th colloquium on the law of outer space* 2002, p. 151.

⁶⁴ J. Crawford, *Brownlie's principles of public international law*; 8th edition, Oxford: Oxford University Press 1998, p. 545-547.

⁶⁵ Artikel 3 Hague Convention IV 1907 Respecting the Laws and Customs of War on Land [Hague Convention IV]; artikel 91 Geneva Protocol I 1977 Additional to the Geneva Conventions of 12 Augustus 1949 and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts [Additional Protocol I].

onrechtmatig valt aan te merken dient te worden gezien. In deze conceptartikelen worden zowel zelfverdediging als noodzaak expliciet genoemd als omstandigheid die de onrechtmatigheid van gedragingen die anders onrechtmatig zouden zijn geweest uitsluiten, zoals bij interceptie in neutraal luchtruim het geval zou zijn.⁶⁶ Dat op basis van de gewoonterechtelijke beginselen van zelfverdediging in het kader van een gewapend conflict mag worden opgetreden is hierboven besproken. Van een onrechtmatige daad vis-a-vis de aanvallende staat is dan ook geen sprake. Wanneer zo een daad, door een beroep op de uitsluitingsgronden, niet als onrechtmatig kan worden beschouwd, betekent dit niet automatisch dat een staat zich ten opzichte van derde staten op deze uitsluitingsgrond kan beroepen. Hoewel de *Draft Articles* iedere vraag met betrekking tot de effecten van het handelen in zelfverdediging op derde staten open laat kan, op basis van de reikwijdte van zelfverdediging in het gewoonterecht worden geconcludeerd dat deze onderschepping, wanneer een staat zijn eigen neutraliteit niet kan garanderen, inderdaad onder het recht op zelfverdediging valt.⁶⁷ Na een proportionaliteits- en noodzakelijkheidsafweging kan een staat zich in zo een geval dus ook op zelfverdediging als omstandigheid die de onrechtmatigheid van gedragingen uitsluit beroepen voor de onderschepping van de inkomende raket boven het territorium van een derde staat. Een tweede vraag, die vervolgens dient te worden beantwoord, is of een staat zich ook voor de door het derde land te lijden schade hierop kan beroepen. In de conceptartikelen worden de kwesties met betrekking tot aansprakelijkheid voor schade die wordt veroorzaakt door zelfverdedigend handelen besproken. Een beroep op de uitsluitingsgronden voor internationale verantwoordelijkheid geven geen automatische vrijwaring voor “materiële schade” aangericht door legitieme oorlogshandelingen. Verplichtingen met betrekking tot aansprakelijkheid dienen nader overeen te worden gekomen.⁶⁸

Een beroep op aansprakelijkheid van een staat jegens een andere staat zal in deze context vermoedelijk alleen plaatsvinden wanneer schade is berokkend in een derde staat, die geen partij is bij het conflict. Uitdrukkelijk wordt de smalle definitie “materiële schade”, en niet zoals elders in de conceptartikelen het breder toepasbare “damage” gebruikt.⁶⁹ Compensatie voor materiële schade is geboden voor de direct getroffen staat.⁷⁰ Het principe dat het invoeren van een omstandigheid die onrechtmatigheid van handelen uitsluit, wanneer deze anders onrechtmatig zou zijn geweest, een verplichting met zich brengt om direct getroffen staten te compenseren wordt onder andere bevestigd in de zaak *Gabcikovo-Nagymaros Project* voor het Internationaal Gerechtshof.⁷¹ In welke omstandigheden deze compensatie betaald dient te worden wordt niet verder in de conceptartikelen gespecificeerd. Het wordt aan de staat die uitsluiting van internationale verantwoordelijkheid op basis van zelfverdediging claimt overgelaten om met de getroffen staten de mogelijkheid en reikwijdte van compensatie voor materiële schade te bepalen. Het is hierbij niet erg waarschijnlijk dat de verdedigende partij de agressor

⁶⁶ Zie artikel 21 *Draft Articles*.

⁶⁷ Zie bijvoorbeeld: HPCR Commentary on the HPCR Manual on International Law applicable to Air and Missile Warfare, p. 311.

⁶⁸ Zie artikel 27 *Draft Articles*.

⁶⁹ Zie commentaar Artikel 26 *Draft Articles*.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Internationaal Gerechtshof, *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hongarije vs. Slowakije), Judgment, 25 september 1997, I.C.J. Reports 1997, p. 7, par. 83.

zou moeten compenseren voor schade die is geleden tijdens het conflict, hoewel een cynicus zou kunnen beweren dat de uitkomst van het conflict bepalend is voor de vraag wie compensatie betaalt. In de geschiedenis zijn meerdere voorbeelden bekend waarin aan de compensatie voor schade aandacht wordt besteed wanneer er een vredesverdrag wordt onderhandeld.⁷² Dit geldt in ieder geval voor schade voor onrechtmatige oorlogsdaden maar zou ook voor schade ten gevolge van rechtmatige handelingen kunnen gelden.

In het privaatrecht zijn voor individuen weinig realistische middelen om compensatie voor de geleden schade te verkrijgen.⁷³ De mogelijkheden hangen af van welk nationaal privaatrecht van toepassing is op deze claim. Hier wordt het, in het kader van raketverdediging, complex aangezien verschillende staten jurisdictie over de zaak zouden kunnen hebben. Een getroffen partij kan zich bij een nationale rechtbank vervolgens op het nationaal privaatrecht van een van de landen met mogelijke jurisdictie beroepen. Dit zou het nationaal privaatrecht van het land van waaruit de ballistische raket wordt afgeschoten kunnen zijn, van het land van waaruit de verdediging werd aangestuurd, van het land waar de schade is geleden zowel als van het land van waaruit de interceptor werd afgevuurd of door wiens militaire eenheid deze werd afgevuurd. De vraag is tevens welk rechtsregime van toepassing zou zijn wanneer onderschepping in de ruimte plaatsvindt. Verschillende landen, waaronder Israël, de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk sluiten rechtmatige oorlogshandelingen uit van aansprakelijkheid in hun burgerlijk recht.⁷⁴ Een claim onder dit nationale privaatrecht zal dan ook niet-ontvankelijk worden verklaard. Onder de meeste nationale privaatrechten echter, waaronder het Nederlandse, zal zo een claim niet bij voorbaat niet-ontvankelijk worden verklaard. Wanneer in een specifiek nationaal privaatrecht rechtmatige oorlogshandelingen zijn uitgesloten kan de benadeelde partij zich eventueel op een ander mogelijk geldend nationaal privaatrecht beroepen.

Een staat dient zich in zo'n geval vervolgens in een rechtszaak te verdedigen. Wanneer het gaat om raketverdediging is goed te beargumenteren dat het gaat om een legitieme overheidsdaad. Een beroep op redelijkheid en billijkheid zou wanneer het gaat om verdediging tegen een aanval met een ballistische raket waarschijnlijk overtuigend beargumenteerd kunnen worden, maar het is niet geheel uit te sluiten dat een rechter toch besluit dat een staat verplicht is schade te vergoeden. Dit geldt zeker voor schade in derde landen die is opgetreden door een onderschepping; deze staat is immers geen partij bij het conflict en er is een direct causaal verband tussen het handelen van de verdedigende partij en de schade.

Conclusie

Zoals reeds in de inleiding gesteld gelden bij raketverdediging in principe dezelfde juridische kaders als bij andere gewapende aanvallen. Bijzonder aan raketverdediging is dat de verschillende juridische kaders aan de orde kunnen komen in een zeer korte periode. Dit betekent ook dat er goed moet worden nagedacht over deze juridische aspecten voordat er een eventuele lancering is. Een van deze aspecten zijn vragen omtrent bescherming van de neutraliteit van staten die geen partij zijn bij het conflict. De tweeledige bescherming die neutraliteit dient,

⁷² Y. Dinstein, *War aggression and self-defence*, Cambridge: Cambridge University Press 1988, p. 113.

⁷³ I. Detter, *The law of war*, Cambridge: Cambridge University Press 1987, p. 350.

⁷⁴ Zie bijvoorbeeld de UK War Damages Act, 1965.

BESCHOUWING

waarin zowel de neutrale partijen in een conflict als de belangen van een strijdende partij tegen inmenging van neutrale partijen ten gunste van de vijand worden beschermd, maakt dat in het kader van raketverdediging wanneer nodig in het luchtruim van een neutrale staat tot onderschepping mag worden overgegaan. Het kan echter wel politiek en diplomatiek wenselijk zijn om vooraf instemming van deze neutrale staten te verkrijgen om in voorkomend geval in hun luchtruim tot onderschepping van een ballistische raket over te gaan.

Het is van belang, zoals ook hierboven gesteld, om in een zo vroeg mogelijk stadium de beperkingen die het internationaal recht en eventuele *rules of engagement* opleggen in kaart te brengen voor de militaire commandant van het raketverdedigingssysteem. Het is immers niet of nauwelijks mogelijk om bij de start van een gewapende aanval nog veel aanpassingen aan de verdediging te doen, en de beperkingen moeten dan ook in een vroeg stadium meegenomen worden in het *defence design*.

Aansprakelijkheid voor schade die direct verband houdt met de interceptie wordt door de rechtmatigheid van de actie niet per definitie uitgesloten. Aansprakelijkheid voor deze schade kan door de getroffen partij indirect via staatsaansprakelijkheid tussen staten in het internationaal recht en direct via staatsaansprakelijkheid in het privaatrecht worden bedongen. De mogelijkheden tot schadevergoeding voor individuen in het internationaal recht hangen dus in eerste instantie af van de vraag in hoeverre de staat beslist om voor zijn belangen op te komen. Mogelijkheden in het privaatrecht zijn sterk afhankelijk van het nationale civielrecht dat van toepassing is. Over deze keuze en de gevolgen hiervan bestaat onduidelijkheid. Het vraagstuk van aansprakelijkheid voor schade, met name schade die optreedt in een derde land als gevolg van een onderschepping, blijkt niet eenduidig op te lossen. Het is in dit geval te hopen dat de toekomst niet zal tonen hoe dit in de realiteit zou verlopen.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Militaire kamer

Uitspraak van 2 mei 2013

ECLI:NL:GHARL:2013:CA0261

Voorzitter: mr. R. van den Heuvel, lid: mr. R.H. Koning, militair lid: brigade-generaal (tit.) mr. J.S. van Duurling.

Insubordinatie en het begrip ‘in de uitoefening van diens functie’.

De militaire kamer van de rechtbank had verdachte van feitelijke insubordinatie vrijgesproken en daartoe overwogen dat vast stond dat aangever op het moment van het begaan van het feit de militaire meerdere van verdachte was, maar dat nergens uit volgde dat aangever (de meerdere) toen ook feitelijk zijn functie als direct leidinggevende uitoefende. In de tenlastelegging stond dat aangever functioneerde in de uitoefening van diens functie als zijn, verdachtes, direct leidinggevende. De militaire kamer van het hof onderschrijft het standpunt van de rechtbank niet. Het hof is van oordeel dat het begrip direct leidinggevende niet te eng dient te worden uitgelegd en komt tot de conclusie dat er wel sprake is van de ‘uitoefening van zijn functie als direct leidinggevende’.

(artt. 22c, 22d, 36f, 55, 62 en 302 Wetboek van Strafrecht
en artt. 118 en 141 Wetboek van Militair Strafrecht)

VERKORT ARREST

gewezen op het hoger beroep, ingesteld tegen het vonnis van de militaire kamer van de rechtbank Arnhem van 18 juni 2012 in de strafzaak tegen: [verdachte], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum], wonende te [woonplaats], [adres], eertijds korporaal der 1e klasse, registratienummer [nummer], [onderdeel] te [plaats].

I. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is -na wijziging van de tenlastelegging ter terechtzitting in eerste aanleg en in hoger beroep- tenlastegelegd dat:

I: hij als militair, in de rang van korporaal der eerste klasse, op of omstreeks 7 september 2011, in/ op het NAVO-militair oefenterrein Bergen, althans te of nabij Bergen, althans Bergen-Hohne, in de Bondsrepubliek Duitsland, zich opzettelijk met geweld en/of bedreiging met geweld heeft verzet tegen een militaire meerdere, de sergeant der eerste klasse [slachtoffer], in de uitoefening van diens functie als zijn, verdachtes, direct leidinggevende, althans een in rang hogere militair, die hem, verdachte, nadat deze een hand op de schouder van aangever had gelegd, heeft toegevoegd van hem af te blijven en/of getracht heeft verdachte van zich af te houden, en verdachte in een hoek heeft geduwd, welk geweld en/of bedreiging met geweld, zakelijk weergegeven hierin bestond dat hij verdachte toen aldaar opzettelijk die [slachtoffer] (met beide handen) (met kracht) in de rug heeft geduwd en/of meermalen

althans eenmaal die [slachtoffer] in het gezicht en/of tegen het hoofd heeft gestompt en/of geslagen en/of met geschoeide voet in en/of tegen het gezicht en/of tegen het hoofd heeft geschopt en/of getrapt, terwijl tengevolge van dat geweld genoemde meerdere [slachtoffer], (zwaar) lichamelijk letsel, te weten een gebroken neus en/of (een) gebroken oogkas(sen) en/of een gebroken jukbeen en/of een gebroken bovenkaak, heeft bekomen;

2: primair: hij op of omstreeks 7 september 2011 in/op het NAVO-militair oefenterrein Bergen, althans te of nabij Bergen, althans Bergen-Hohne, in de Bondsrepubliek Duitsland, aan een persoon, te weten [slachtoffer], sergeant der eerste klasse, opzettelijk zwaar lichamelijk letsel, te weten een gebroken neus en/of (een) gebroken oogkas(sen) en/of een gebroken jukbeen en/of gebroken bovenkaak, heeft toegebracht, door deze [slachtoffer] opzettelijk meermalen, althans eenmaal, in het gezicht en/of tegen het hoofd te stampen en/of slaan en/of met geschoeide voet in en/of tegen het gezicht en/of hoofd te trappen en/of schoppen, hebbende verdachte als militair voormeld misdrijf gepleegd tegen genoemd persoon [slachtoffer], terwijl die [slachtoffer] toen militair was, althans terwijl die [slachtoffer] bij of ten behoeve van de krijgsmacht werkzaam was;

2: subsidiair: hij op of omstreeks 7 september 2011 in/op het NAVO-militair oefenterrein Bergen, althans te of nabij Bergen, althans Bergen-Hohne, in de Bondsrepubliek Duitsland, opzettelijk mishandelend een persoon, te weten [slachtoffer], sergeant der eerste klasse, meermalen, althans eenmaal, (met beide handen) (met kracht) in de rug heeft geduwd en/of meermalen althans eenmaal die [slachtoffer] in het gezicht en/of tegen het hoofd heeft gestompt en/of geslagen en/of met geschoeide voet in en/of tegen het gezicht en/of tegen het hoofd heeft geschopt en/of getrapt, tengevolge waarvan deze [slachtoffer] zwaar lichamelijk letsel, te weten een gebroken neus en/of (een) gebroken oogkas(sen) en/of een gebroken jukbeen en/of een gebroken bovenkaak, althans enig lichamelijk letsel, heeft bekomen en/of pijn heeft ondervonden, hebbende verdachte als militair voormeld misdrijf gepleegd tegen genoemd persoon [slachtoffer], terwijl die [slachtoffer] toen militair was, althans terwijl die [slachtoffer] bij of ten behoeve van de krijgsmacht werkzaam was.

2. Bewezenverklaring

Op 7 september 2011 ging sergeant der eerste klasse [slachtoffer] naar verdachte, die toen korporaal der eerste klasse was.

[slachtoffer] wilde verdachte spreken over iets dat eerder in het kader van hun dienstverrichting was voorgevallen en waarvan [slachtoffer] had gemerkt dat dit verdachte kennelijk nog dwars zat. Bij de confrontatie tussen beiden legde verdachte zijn hand op de schouder van [slachtoffer], die daar niet van gediend was. Verdachte gaf [slachtoffer] daarop een duw in zijn rug. [slachtoffer] wilde verdachte van zich af houden en heeft verdachte in een halletje geduwd. Verdachte heeft [slachtoffer] daarop, naar hij zelf heeft verklaard, getrapt.

De militaire kamer van de rechtbank heeft verdachte van het primair tenlastegelegde vrijgesproken en daartoe overwogen dat vast staat dat aangever op het moment van het tenlastegelegde feit de militaire meerdere van verdachte was, maar dat uit geen van de bewijsmiddelen in het dossier volgt dat aangever toen ook feitelijk zijn functie als direct leidinggevende uitoefende.

De militaire kamer van het hof onderschrijft dit standpunt niet. Het hof is van oordeel dat het begrip direct leidinggevende niet te eng dient te worden uitgelegd.

Aangever [slachtoffer] was de militaire meerdere van verdachte. Hij was diens groepscommandant in Nederland en daarmee zijn direct leidinggevende. Aan deze organieke gezagsverhouding wordt in beginsel niet afgedaan door een, tengevolge van operationele of oefenomstandigheden, plaatselijke en/of tijdelijke functie-uitoefening elders. In dit soort omstandigheden kan de militair afhankelijk van de aard van de duur van de tijdelijke relatie in voorkomend geval meer dan één direct leidinggevende hebben. In casu betrof het een relatief korte oefening waarin beiden min of meer in hetzelfde functiegebied werkzaam waren. Bovendien betrof het verschil van mening een dienstaangelegenheid, die betrekking had op hun reguliere functionele verhouding.

Door wettige bewijsmiddelen, waarin zijn vervat de redengevende feiten en omstandigheden waar- op de bewezenverklaring steunt, heeft het hof de overtuiging gekregen en acht het hof wettig bewezen, dat verdachte het onder 1 en 2 primair tenlastegelegde heeft begaan, met dien verstande dat:

1: hij als militair, in de rang van korporaal der eerste klasse, op 7 september 2011, op het NAVO-militair oefenterrein Bergen, in de Bondsrepubliek Duitsland, zich opzettelijk met geweld heeft verzet tegen een militaire meerdere, de sergeant der eerste klasse [slachtoffer], in de uitoefening van diens functie als zijn, verdachtes, direct leidinggevende, die hem, verdachte, nadat deze een hand op de schouder van aangever had gelegd, heeft toegevoegd van hem af te blijven en getracht heeft verdachte van zich af te houden en verdachte in een hoek heeft geduwd, welk geweld, zakelijk weergegeven hierin bestond dat hij verdachte toen aldaar opzettelijk die [slachtoffer] met kracht in de rug heeft geduwd en meermalen die [slachtoffer] in het gezicht en/of tegen het hoofd heeft gestompt en/of geslagen en/of met geschoeide voet in of tegen het gezicht of tegen het hoofd heeft geschopt, terwijl tengevolge van dat geweld genoemde meerdere [slachtoffer], zwaar lichamelijk letsel, te weten een gebroken neus en een gebroken oogkas en een gebroken jukbeen en een gebroken bovenkaak, heeft bekomen;

2: primair: hij op 7 september 2011 op het NAVO-militair oefenterrein Bergen, althans in de Bondsrepubliek Duitsland, aan een persoon, te weten [slachtoffer], sergeant der eerste klasse, opzettelijk zwaar lichamelijk letsel, te weten een gebroken neus en een gebroken oogkas en een gebroken jukbeen en gebroken bovenkaak, heeft toegebracht, door deze [slachtoffer] opzettelijk meermalen, in het gezicht en/of tegen het hoofd te stompen en/of slaan en met geschoeide voet in of tegen het gezicht of hoofd te schoppen, hebbende verdachte als militair voormeld misdrijf gepleegd tegen genoemd persoon [slachtoffer], terwijl die [slachtoffer] toen militair was.

Het hof acht niet bewezen hetgeen verdachte meer of anders is tenlastegelegd dan hierboven is bewezenverklaard, zodat deze daarvan behoort te worden vrijgesproken.

[Strafbaarheid van het bewezenverklaarde; Strafbaarheid van de verdachte; Oplegging van straf en/of maatregel; red.]

3. De beslissing

Het hof: vernietigt het vonnis waarvan beroep en doet opnieuw recht:

Verklaart zoals hiervoor overwogen bewezen dat de verdachte het onder 1 en 2 primair ten laste gelegde heeft begaan.

STRAFRECHTSPRAAK

Verklaart niet bewezen hetgeen de verdachte meer of anders is ten laste gelegd dan hierboven is bewezen verklaard en spreekt de verdachte daarvan vrij.

Verklaart het primair bewezen verklaarde strafbaar, kwalificeert dit als hiervoor vermeld en verklaart de verdachte strafbaar.

Veroordeelt de verdachte tot een taakstraf voor de duur van 240 (tweehonderdveertig) uren, indien niet naar behoren verricht te vervangen door 120 (honderdtwintig) dagen hechtenis.

Vordering van de benadeelde partij [slachtoffer]: Wijst toe de vordering tot schadevergoeding van de benadeelde partij [slachtoffer] ter zake van het bewezen verklaarde tot het bedrag van € 2.704,00 (tweeduizend zevenhonderdvier euro) bestaande uit € 204,00 (tweehonderdvier euro) materiële schade en € 2.500,00 (tweeduizend vijfhonderd euro) immateriële schade en veroordeelt de verdachte om dit bedrag tegen een behoorlijk bewijs van kwijting te betalen aan de benadeelde partij.

Bepaalt dat voormeld toegewezen bedrag aan materiële en immateriële schadevergoeding vermeerderd wordt met de wettelijke rente vanaf 7 september 2011 tot aan de dag der algehele voltoening.

Verwijst de verdachte in de door de benadeelde partij gemaakte en ten behoeve van de tenuitvoerlegging nog te maken kosten, tot aan de datum van deze uitspraak begroot op nihil.

Legt aan de verdachte de verplichting op om aan de Staat, ten behoeve van het slachtoffer, genaamd [slachtoffer], een bedrag te betalen van € 2.704,00 (tweeduizend zevenhonderdvier euro) bestaande uit € 204,00 (tweehonderdvier euro) materiële schade en € 2.500,00 (tweeduizend vijfhonderd euro) immateriële schade, bij gebreke van betaling en verhaal te vervangen door 37 (zevenendertig) dagen hechtenis, met dien verstande dat de toepassing van die hechtenis de verplichting tot schadevergoeding aan de Staat ten behoeve van het slachtoffer niet opheft.

Bepaalt dat voormelde betalingsverplichting ter zake van de materiële en immateriële schade vermeerderd wordt met de wettelijke rente vanaf 7 september 2011 tot aan de dag der algehele voltoening.

Bepaalt dat, indien de verdachte heeft voldaan aan zijn verplichting tot betaling aan de Staat daarmee zijn verplichting tot betaling aan de benadeelde partij in zoverre komt te vervallen en andersom dat, indien de verdachte heeft voldaan aan zijn verplichting tot betaling aan de benadeelde partij daarmee zijn verplichting tot betaling aan de Staat in zoverre komt te vervallen.

NASCHRIFT

1. In deze zaak is een korporaal der eerste klasse door het hof veroordeeld voor twee feiten: feitelijke insubordinatie jegens een sergeant der eerste klasse (artikel 118 WMSr) en zware mishandeling van diezelfde sergeant (artikel 141 WMSr jo. 302 Sr). Tijdens een oefening te Bergen-Hohne (Duitsland) schopte de verdachte, zijn direct leidinggevende tegen het hoofd. Het slachtoffer hield daar een gebroken neus, oogkas, jukbeen en bovenkaak aan over. In artikel 118 WMSr wordt gesproken van 'de militair die zich met geweld of bedreiging van geweld tegen de meerdere in de uitoefening van diens functie verzet'. Als invulling van deze kwalitatieve term heeft het Openbaar Ministerie de woorden 'direct leidinggevende' in de tenlastelegging opgenomen.

2. Feitelijke insubordinatie werd aanvankelijk geschaard onder de 'misdriven tegen de ondergeschiktheid' (het oorspronkelijke opschrift van de IVe titel waar ook artikel 118 WMSr onder valt). Voor feitelijke insubordinatie was het voldoende dat er sprake was van een meerdere – mindere situatie. Bij de algehele herziening

van het Wetboek van Militair Strafrecht werden de artikelen betreffende feitelijke insubordinatie aangepast en teruggebracht tot misdrijven die alleen de belemmering van de functie betreffen. Ook de benaming van titel IV werd aangepast in 'misdrijven waardoor de militair het functioneren van de krijgsmacht belemmert'. In de nieuwe opzet staat vooral het functioneren van de krijgsmacht centraal.¹

3. De vraag is dan wat er onder 'in de uitoefening van diens functie' verstaan moet worden. Gezien de achtergrond van het artikel dient er een zekere relatie te bestaan tussen het als militair meerdere geconfronteerd worden met geweld en de uitoefening van de functie. Wanneer een mindere tegen een willekeurige meerdere geweld pleegt, levert dit in beginsel geen feitelijke insubordinatie op, maar bijvoorbeeld het commune delict (zware) mishandeling of het delict zoals omschreven in artikel 140 WMSR ("militaire" aanranding).

4. In de jurisprudentie omtrent dit artikel vinden we - om bovenstaande enigszins te verduidelijken - als voorbeeld een soldaat die veroordeeld is, omdat hij zich met geweld heeft verzet tegen een majoor in de uitoefening van zijn functie; de majoor had de soldaat aangehouden bij een ontdekking op heterdaad van een tuchtvergriep (artikel 102 Wmt). Ter zake van een eveneens gepleegd verzet tegen een andere majoor, die assistentie bij de aanhouding verleende, werd de soldaat vrijgesproken, omdat niet was gebleken dat hem was verzocht bijstand te verlenen (zie: artikel 102 lid 2 Wmt). Bij de 'eerste' majoor bestond er een relatie tussen de verhouding meerdere - mindere en de uitoefening van zijn functie jegens de soldaat. Bij de 'tweede' majoor bestond deze relatie niet, waardoor het delict feitelijke insubordinatie in dit geval niet opging.²

5. In de onderhavige zaak lijkt het hof, anders dan in bovenstaand arrest uit 1992, het bestanddeel 'in de uitoefening van diens functie' ruim op te vatten. Zo overweegt het hof dat het begrip 'direct leidinggevende' niet te eng moet worden uitgelegd. Het slachtoffer was in Nederland diens groepscommandant en daarmee diens directe leidinggevende. Volgens het hof wordt aan een reeds bestaande organieke gezagsverhouding niet afgedaan door een - als gevolg van een operationele of oefeningomstandigheid - plaatselijke en of tijdelijke functie elders. De militair kan dus in voorkomend geval in dit soort omstandigheden meer dan één direct leidinggevende hebben. In deze zaak betrof het een relatief korte oefening, waren beiden in min of meer hetzelfde functiegebied werkzaam en betrof het verschil van mening een dienstaangelegenheid die betrekking had op hun functionele verhouding. Voldoende volgens de interpretatie van het hof om te kunnen spreken van 'uitoefening van zijn functie als direct leidinggevende'.

6. Al met al een waardevol arrest. Het hof geeft in de uitspraak meer duidelijkheid over de reikwijdte van het artikel en het bestanddeel 'in de uitoefening van diens functie'. Dit mag, zeker gezien de spaarzame jurisprudentie omtrent dit artikel, beschouwd worden als een welkome aanvulling.

Harry de Velde

Aantekening redactie: het hier gepubliceerde arrest is niet onherroepelijk. Omdat niet te voorzien is op welke termijn dat zal gebeuren heeft de redactie, vanwege het belang van de uitspraak, toch besloten tot plaatsing en een korte annotatie.

¹ Kamerstukken II, 1980/81, 16 813, nr. 5, p. 66.

² Hof Arnhem 17 juni 1992, MRT 1992, p. 318.

Nabeschuwing

Militair pensioen en UKW opnieuw in de schijnwerper

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 10 oktober 2012

12/495 WW; LJN: BX8998

eerder al met naschrift opgenomen in MRT 2013-1, p. 27 e.v.

I. Inleiding.

In MRT aflevering I, jaargang 106 – 2013 heb ik in mijn naschrift bij CRvB d.d. 10-10-2012 betoogd, dat bij de uitwerking van het door de CRvB gekozen vertrekpunt - het karakter van de UKW-uitkering (uitkering ingevolge de Uitkeringswet gewezen militairen) moet worden bepaald vanuit de doelstelling van de UKW - beslist kanttekeningen kunnen worden geplaatst. Met name het niet meenemen in de oordeelsvorming van de Raad van de voorgeschiedenis van de UKW doet vragen rijzen bij de uitspraak. Wel blijkt, dat de Raad geworsteld heeft met de in 2001 doorgevoerde versoepeling van het anticumulatie-regime binnen de UKW. Uit de doorgevoerde versoepeling van het anticumulatie-regime als onderdeel van de bredere modernisering van het militair diensteindestelsel (verhoging ontslagleeftijden/ versoering van het uitkeringsregime) zou m.i. echter moeten worden afgeleid, dat het geheel eigen karakter van de UKW-uitkering (uitkering sui-generis) in wezen is herbevestigd. De overlegpartijen hebben dat in de gesloten deal duidelijk niet willen wijzigen gelet ook op de samenhang met de afspraken over vrijwillig nadienen en werkaanvaarding in knelpuntfuncties bij de Overheid. Daarom is in het naschrift ook gesteld, dat in het licht van de voorgeschiedenis de zin: “Dat de anticumulatieregeling is versoepeld doet aan het karakter van de UKW-uitkering als oudedagsvoorziening niet af” dan ook wat merkwaardig overkomt.

Vanuit de geldende regelgeving kan deze kritische kanttekening m.i. terecht worden geplaatst. Anderzijds vormen anticumulatiebepalingen altijd een weerspiegeling van de heersende opvattingen over deelname van gewezen militairen aan het arbeidsproces alsmede over wat als een redelijk diensteindestelsel geldt en die opvattingen kunnen in de tijd sterk aan verandering onderhevig zijn. Ook vanuit deze invalshoek bezien is voor het eigen karakter van de UKW-uitkering nog steeds een goede onderbouwing te geven en kunnen de destijds gemaakte keuzes ook naar de toekomst toe nog steeds goed worden verdedigd. Daarom worden in deze nabeschuwing de ontwikkelingen sinds 2001 nog eens op een rijtje gezet teneinde ook deze stellingname nader te belichten. Dit betreft dan zowel de belangrijkste ontwikkelingen in het diensteindestelsel, als ook in het militair pensioenstelsel vanwege de bestaande onderlinge samenhang. Overigens neemt dit eigen karakter niet weg, dat door Defensie en de Centrales van Overheidspersoneel toch weer gesproken zou moeten worden over aanpassingen binnen beide stelsels.

2. De opvattingen in de periode 1966–2001: overbrugging zonder arbeidsplicht.

Met de Algemene militaire pensioenwet (AMPV) werd de leeftijd van 65-jaar duidelijk verbonden aan het met pensioen gaan. Dat maakte ook een UKW nodig als noodzakelijk uitkeringsregime tot die leeftijd¹. Toen de aanvankelijke pogingen om militairen bij het bereiken van het functioneel leeftijdsontslag elders binnen de Overheid aan het werk te houden waren mislukt, stond niets een overbrugging tot die leeftijd meer in de weg. Er was dus sprake van een bijzondere positie. Verder was er aanvankelijk ruimte voor een vrij gunstig anticumulatieregime. Later is dit regime verder aangescherpt, omdat afstemming door het kabinet op het FLO-regime (regime voor Functioneel Leefijdontslag) voor de burgers en daarmee op het Rijkswachtgeldbesluit werd voorgestaan². Een combinatie derhalve van geen arbeidsplicht met een streng anticumulatie-regime bij wel werken.

3. Militairen onder ABP: aanvankelijk status quo.

Bij het onderbrengen van de militairen in het ABP (Stichting Pensioenfonds ABP) v.w.b. de ouderdoms- en overlijdensaanspraken (OP/NP) is de status quo van het militaire pensioenstelsel op dat moment als uitgangspunt genomen³. Dit ging veranderen toen op 1 januari 2004 voor het burgerpersoneel is overgegaan van een eindloonstelsel naar een middelloonstelsel⁴. Voor militairen is toen een uitzondering gemaakt en is het eindloonstelsel voorlopig voor de jaren 2004 en 2005 gehandhaafd. De handhaving van het eindloonstelsel voor militairen heeft wel geleid tot een (tijdelijke extra) verhoging van de door de militair te betalen pensioenpremie. Bij die tijdelijke uitzondering is het echter niet gebleven.

In 2005 is in de Pensioenkamer van de Raad voor het Overheidspersoneelsbeleid (ROP) bepaald dat het eindloonstelsel voor militairen ook na 2005 gehandhaafd blijft. Het eigen karakter van het militaire pensioen werd derhalve ook voor de toekomst onderstreept. Er vonden wel enkele aanpassingen plaats. De aanpassingen in het eindloonstelsel waren nodig om de stijgende pensioenlasten zoveel mogelijk te voorkomen en de (hoogte van de) pensioenpremie beheersbaar te houden. De aanpassing hield – naast de vastlegging van een betrekkelijk hoge pensioenfranchise - onder andere in dat het effect van tussentijdse, onverwachte carrièresprongen en/of bevorderingen door middel van zogenoemde knipbepalingen zou worden afgevlakt. Deze knipbepalingen werden toegepast indien aan twee voorwaarden is voldaan, namelijk:

- Een individuele salarisstijging in enig kalenderjaar van meer dan 10% én
- De individuele salarisstijging bedraagt meer dan € 5420.

Deze pensioenknip houdt in dat het meerdere boven 10% van de salarisstijging niet tot de pensioengrondslag wordt gerekend. Een uitzondering wordt gevormd voor salarisstijgingen in de opleidingsfase binnen de eerste twee jaar na aanstelling. In die periode wordt, indien aan de twee hiervoor genoemde voorwaarden is voldaan, het meerdere boven € 5420 'geknipt' en niet tot de pensioengrondslag gerekend.

¹ Mr. A.J.T. Dörenberg, De Uitkeringswet gewezen militairen, MRT 1986, p. 322 e.v.

² Wet van 11 mei 1983, Stb. 257.

³ Mr. J.G.F.M. van Kessel, Ontwikkelingen in het militaire pensioen- en diensteindestelsel, TAR 2002, p. 508 e.v. Vgl. ook Tweede kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28269, nr. 3.

⁴ Wegwijzer Sociale Zekerheid Defensie 2007, Hoofdstukken XIV en XV. Vgl. <http://mpbundels.mindef.nl>.

In 2006 bij de transparantieslag van het Pensioenreglement is ervoor gekozen de regeling inzake de kapitaalgedekte militaire ouderdoms- en nabestaandenpensioenen in één hoofdstuk (hoofdstuk 17) onder te brengen. De specifieke positie van het militair personeel werd hiermede nog eens geaccentueerd. Voorheen was de regeling voor de militairen over het hele Pensioenreglement verspreid opgenomen, waarbij de uitzonderingen telkens uitleg behoefden. Nu zijn door het hele Pensioenreglement de specifieke bepalingen voor militairen geschrapt en is alles weergegeven in hoofdstuk 17. De opbouw van dit hoofdstuk komt verder overeen met de opbouw van het Pensioenreglement in het algemeen.

4. Herziening van het militair diensteindestelsel: voorzichtige introductie langer werken.

Bij het inzakken in 2001 werd al voorzien dat uiteindelijk een volledig inzakken of het nog verder wegwerken van de nog resterende verschillen in de toekomst weer opnieuw actueel zou kunnen worden. Echter het militair diensteindestelsel met de daaraan verbonden fiscale facilitering stond op dat moment nog niet onder druk. In de picture was vooral het Kabinetsbeleid gericht op langer doorwerken en het beperken van de uitkeringsniveaus. Het lag derhalve geleidelijk aan wel voor de hand om tot een modernisering van het diensteindestelsel te komen en niet tot het ter discussie stellen van dit stelsel als zodanig.

De Defensienota 2000 vormde in feite de aanvankelijke opstap tot de modernisering van het militair diensteindestelsel in 2001⁵. De uitkomst betrof een verhoging van de ontslag-leeftijden, een aanpassing van het UKW-regime, alsmede het leggen van een basis voor de invoering van een militair prepensioen.

Voor wat betreft het eerste item geldt dat voor nieuw instromend personeel vanaf 1 januari 2002 een generieke ontslagleeftijd geldt van 58 jaar. Voor het op 1 januari 2006 zittende personeel geldt een overgangsregime. Te rekenen van die datum wordt de ontslagleeftijd voor militairen van de Koninklijke Land- en Luchtmacht gefaseerd in acht jaar verhoogd naar 58 jaar. Specifiek voor militairen van de Koninklijke Marine is een andere fasering afgesproken, die beter aansluit bij de huidige al afwijkende ontslagleeftijden en die uiteindelijk in 2017 zal leiden tot een verhoging van die ontslagleeftijd: voor schepelingen naar 53 jaar, voor subalterne officieren naar 55 jaar en voor vlag- en hoofdofficieren naar 58 jaar.

Voor wat betreft het tweede item geldt als kern, dat de geldende uitkering na leeftijdsontslag gedurende de gehele looptijd van de uitkering 73% van de uitkeringsgrondslag bedraagt. Nieuw in vergelijking met de UKW oude stijl is dat ook de Vergoeding voor Extra Beslaglegging (VEB) in de uitkeringsgrondslag wordt meegenomen tegen een vast percentage van 9,3% van het salaris. T.a.v. deze nieuwe uitkeringscondities is afgesproken, dat deze per 1 januari 2006 algemeen gelden, maar vanaf 1 januari 2001 ook al gelden voor

⁵ Mr. W.J. Schmitz, Het nieuwe diensteindestelsel en de uitvoering van de Uitkeringswet gewezen militairen, MRT 2004, afl. 5.

de groep die zich heeft verbonden om ten minste 2 jaar vrijwillig na te dienen. Voor beide categorieën geldt dus de zgn. UKW nieuwe stijl, een uitkering van 73% van een met VEB verhoogde uitkeringsgrondslag.

Opmerkelijk was ook in het kader van de modernisering van het militair diensteindestelsel de afgesproken versoepeling van de toepassing van de verminderingsbepalingen bij het genieten van neveninkomsten. Voor militairen voor wie de UKW nieuwe stijl van toepassing is, dus in eerste instantie voor hen voor wie de verplichte verhoging van de ontslagleeftijd per 1 januari 2006 geldt, gaat de anticumulatie bij het genieten van neveninkomsten vanaf die datum geheel verdwijnen. Om het vrijwillig nadienen te stimuleren wordt verder ook voor de groep, die vanaf 1 januari 2001 twee jaar vrijwillig nadiënt, de anticumulatie van neveninkomsten vanaf het moment van toekenning van de UKW al afgeschaft. In de ogen van Defensie was dit een vooruit lopen op de volgende fase van het diensteindestelsel, namelijk de invoering van het militair prepensioen. Bij een prepensioen op basis van kapitaaldekking ligt korting wegens nevenwerkzaamheden immers niet voor de hand.

Voor de doelgroep UKW oude stijl is eveneens een belangrijke, maar minder vergaande versoepeling doorgevoerd. Voor deze groep geldt, dat niet meer verminderd wordt:

1. wanneer iemand reeds 2 jaar een UKW-uitkering heeft ontvangen;
2. zodra vanaf de oorspronkelijk voor iemand geldende ontslagleeftijd tenminste 2 jaar zijn verstreken;
3. wanneer iemand na leeftijdsontslag als burger werkzaam is gebleven of gaat werken voor het ministerie van Defensie.
4. zodra sprake is van werkaanvaarding in knelpuntfuncties bij de Overheid, derhalve:
 - feitelijk onderricht gaat geven in de onderwijssector;
 - als medisch of paramedisch personeel feitelijke werkzaamheden in de zorg gaat verrichten of
 - een executieve functie gaat vervullen in de sectoren politie of douane.

De versoepeling van het anticumulatie-regime ging derhalve hand in hand met het stimuleren van het langer doordienen bij Defensie en werken op knelpuntfuncties bij de Overheid.

Onderdeel van de modernisering van het diensteindestelsel vormde ook de introductie van een militair prepensioen vanaf 60-jarige leeftijd. Dit was een geheel logische stap gelet op de specifieke positie van de militair. De opzet was om reeds per 1 januari 2003 te komen tot een kapitaalgedekt militair prepensioen en wel voor nieuwe diensttijd na die datum. De prepensioneringsregeling zou in dat geval bestaan uit een opbouwdeel en een garantiedeel. De premie voor de kapitaaldekking zou volledig voor rekening van Defensie komen, evenals de lasten voor het garantiedeel.

In eerste instantie werd de introductie van het militair prepensioen uitgesteld tot 1 januari 2004. Reden vormde onder meer de afwijzing door de Pensioen- en Verzekeringkamer van het onderscheid binnen de nieuwe regeling tussen de beroepsmilitair voor onbepaalde en die voor bepaalde tijd. Dit werd gezien als een vorm van discriminatie. Inmiddels ontstonden ook nieuwe voornemens bij het Kabinet met betrekking tot Vrijwil-

lig Vervroegd Uittreden (VUT) en algemeen prepensioen, met name op het punt van het mogelijk afschaffen van de fiscale faciëring van de prepensioenregelingen. Daardoor is de afronding uiteindelijk op een dood spoor beland, omdat de fiscale faciëring een steeds actueler discussiepunt werd.

Goed beschouwd zijn met die nieuwe voornemens de eerdere keuzes opnieuw ten principale ter discussie gesteld. Het ophogen van de ontslagleeftijden en de aanpassing van het uitkeringsregime werd blijkbaar niet meer voldoende geacht om een militair prepensioen zonder arbeidsplicht en anticumulatie te kunnen onderbouwen. In wezen vormde het doodlopen van het plan om te komen tot een militair prepensioen het startmoment voor een nieuwe herbezinning.

5. Wijziging in de fiscale faciëring: arbeidsplicht wordt onvermijdelijk.

Met de discussie over de fiscale faciëring ging het voornemen tot een militair prepensioen geleidelijk aan over in een discussie over mogelijkheden van overbrugging tot de pensioenleeftijd zonder het hebben van een arbeidsplicht. Vanaf 1 januari 2006 werd immers de fiscale wetgeving door het akkoord inzake verhoging pensioenleeftijd (VPL-akkoord) ingrijpend gewijzigd⁶. De mogelijkheden om (aanvullende) vroegpensioenregelingen aan te bieden zijn vanaf deze datum beperkt. Voor werknemers die geboren zijn voor 1950 geldt een overgangsrecht. De regelingen die onder dit overgangsrecht vallen dienen aan een aantal voorwaarden te voldoen, te weten:

1. De (basis-)regeling moet bestaan op 31 december 2004.
2. De regeling geldt uitsluitend voor werknemers geboren vóór 1950.
3. Indien wordt doorgewerkt langer dan de spilleeftijd, moet sprake zijn van actuariële ophoging van de uitkering (amendement Vendrik).

Het niveau van de uitkering bedraagt maximaal 85% van het laatste inkomen op 60 jaar (voor regelingen afgesloten na 5 juli 2006).

Wanneer niet aan deze voorwaarden wordt voldaan, wordt de regeling als fiscaal onzuiver beschouwd en belast met een strafheffing van 26% en per 2011 52%.

Na het van kracht worden van deze regels is de UKW door Defensie opnieuw aangepast. In het kader van de arbeidsvoorwaardenovereenkomst voor de sector Defensie 2004-2007 is de UKW-leeftijd vanaf 2013 verhoogd tot 60-jaar. Verder is hierbij de reeds geldende overgangsregeling opnieuw aangepast. Het is dan ook uiterst merkwaardig, dat de UKW op dit moment als een fiscaal onzuivere regeling met de daaraan verbonden strafheffingen wordt beschouwd. Of deze wijziging is onvoldoende met Financiën of de Belastingdienst afgestemd, of de aanpassing van de UKW dient nog verder te gaan? Om fiscaal gefaciëerd te blijven zou immers ook een andersoortige regeling nodig kunnen zijn. Langer doorwerken bij Defensie of elders zou bijv. nog meer op de voorgrond dienen te staan en in feite min of meer dwingend tot uitdrukking moeten worden gebracht. Er zou dan meer fundamenteel gekozen dienen te worden voor

⁶ Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 29 760, nr. 3. Vgl. ook artikel 32ba van de Wet op de loonbelasting.

een wachtgeldachtige regeling met anticumulatie en arbeidsplicht. Maar erg waarschijnlijk is dit niet, doordat het ophogen naar 60-jaar al een vergaande stap is m.h.o. een goede militaire inzetbaarheid en nieuw werk oppakken al maximaal wordt gestimuleerd door het niet korten van neveninkomsten. Maar al met al heeft het fiscaal onzuiver worden van de UKW onbedoeld de discussie losgemaakt of 60-jaar als vertrekdatum nog niet ver genoeg is, dan wel dat de bijzondere positie van de militair zich tegen verdere ophoging verzet.

6. Ophoging van de AOW-leeftijd: zelfs doorwerken na 65-jaar.

De druk op het militair diensteindestelsel wordt nog verder versterkt door een andere ontwikkeling: de ophoging van de pensioenleeftijd ingevolge de Algemene Ouderdomswet (AOW-leeftijd)⁷. Zelfs overbrugging binnen het UKW-stelsel tot de pensioenleeftijd is daardoor in de praktijk niet langer een vanzelfsprekendheid met als gevolg, dat zelfs militairen nu ook te maken krijgen met een AOW-gat. Aan de ene kant is wel duidelijk, dat langer doorwerken op basis van arbeidsplicht nu dus zonder enige twijfel de mainstream in het kabinetsbeleid is geworden, aan de andere kant lijkt de bijzondere positie van de militair daaraan geen enkele grens meer te stellen. De broodnodige discussie over de bijzondere positie van de militair laat zich dus niet meer langer uitstellen, omdat anders steeds meer ongewenste effecten zullen gaan optreden voor de betrokken militairen.

7. Beperking fiscale aftrekbaarheid pensioenpremies: ook grenzen aan het pensioen-stelsel.

In het Regeerakkoord is besloten de fiscale aftrekbaarheid van de pensioenpremies op twee manieren te beperken vanaf 2015⁸. Ten eerste wordt het maximaal fiscaal gefaciliteerde opbouwpercentage opnieuw met 0,4% verlaagd, na een eerdere verlaging met 0,1%. Voor het gebruikelijke middelloonpensioen betekent dit dat jaarlijks een opbouw van maximaal 1,75% van het pensioengevend loon fiscaal wordt gefaciliteerd. Ten tweede vervalt de fiscale aftrekbaarheid van pensioenpremies voor het loon boven 100.000 euro per jaar. Beide maatregelen gelden zowel voor de tweede als voor de derde pijler, wat ook pensioenreparaties via de 3e pijler fiscaal onaantrekkelijk maakt.

Het kabinet gaat er vanuit dat met het verlagen van de opbouwpercentages het nog steeds mogelijk is om een pensioeninkomen te genereren van ongeveer 70% van de gemiddelde pensioengrondslag na 40 jaar werken. Maar met het opbouwpercentage van 2,25% blijkt een pensioeninkomen van 70% van de gemiddelde pensioengrondslag voor velen in de praktijk al niet haalbaar. Het verlagen van de opbouwpercentages door het kabinet zal er dan ook toe leiden dat deze 70% voor nóg minder mensen haalbaar is.

Hoewel een beperking van het opbouwpercentage met 0,4% wellicht op het eerste gezicht niet groot lijkt, betekent dit dat de fiscaal gefaciliteerde pensioenopbouw met circa 19% (van 2,15% naar 1,75%) extra daalt bij een dienstverband van 40 jaar. Hierdoor wordt het vooral voor de jongere deelnemers lastiger om eenzelfde pensioen op te bouwen als de huidige generatie gepensioneerden.

⁷ Tweede kamer, vergaderjaar 2011-2012, 33 290, nrs. 2 en 3. Zie ook Wet van 12 juli 2012, Stb. 328 inzake verhogen AOW- en pensioenrichtleeftijd.

⁸ Zie: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2012/10/29/regeerakkoord.html>.

Het beperken van de fiscale aftrekbaarheid van de premies voor de aanvullende pensioenen leidt op korte termijn tot meer belastinginkomsten voor de overheid. Dit gaat echter ten koste van de belastinginkomsten op lange termijn doordat ook de pensioenen in de toekomst lager zullen worden. Deze maatregel uit het Regeerakkoord is dus prettig voor de huidige begroting, maar moeilijk te rijmen met de oproep dat de samenleving zich moet voorbereiden op de komende vergrijzing.

In het Sociaal Akkoord is de behoefte uitgesproken om alternatieven voor deze Kabinetsplannen te verkennen. Het Kabinet heeft aan de sociale partners ruimte geboden om dat daadwerkelijk te mogen doen, zo ook aan de Pensioenkamer en het Sectoroverleg Defensie. De komende maanden zullen duidelijk maken tot welke gevolgen deze ontwikkelingen rondom de aanscherping van de fiscale facilitatie hebben geleid voor de militaire ouderdoms- en nabestaandenpensioenen. E.e.a. betekent wel dat de discussie zich niet langer kan beperken tot het militair diensteindestelsel, maar in wezen zich ook zal moeten richten op eventuele wijzigingen in het militaire pensioenstelsel. Met de recente vragen van de Vaste Kamercommissie voor Defensie is duidelijk geworden, dat het denken hierover in feite al op gang is gekomen⁹.

8. Slotbeschouwing: nieuwe afspraken voor het militair diensteinde- en pensioenstelsel lijken verstandig.

Terugkijkend zijn de ontwikkelingen sinds 2001 bijzonder snel gegaan. Van rustig de status quo kunnen hanteren is thans uitstel niet langer aan de orde. De fiscale regels zijn zowel v.w.b. het militair diensteinde- als pensioenstelsel enorm aangescherpt. Daarom lijkt het opnieuw geboden om aanvullende afspraken te maken voor beide stelsels, ook al zijn eerder diverse aanpassingen doorgevoerd. Wel blijft uitgaande van de bijzondere positie van de militair overeind staan, dat een overbruggingsregeling sui-generis geboden blijft. Het ABP-keuzepensioen laat zich moeilijk verenigen met een dwingende systematiek, waarbij uitsluitend de Defensie-organisatie het moment van leeftijdsontslag dient te bepalen. Een uitruil tussen een beperkte aanpassing van het militair pensioenstelsel en/of militair diensteindestelsel, het alsnog ongedaan maken van de strafheffing en een volledige en structurele overbrugging via de UKW-uitkering tot aan de opgehoogde pensioenleeftijd ligt dan voor de hand.

J.v.K.

⁹ Sociaal Akkoord, Stichting van de Arbeid, Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020 d.d. 11 april 2013; Tweede Kamer, vergaderjaar 2012-2013, 33.400X, nr. 59.

Annotatoren: S.M.D. - Mr. S.M. Diekstra
M.M.D. - Mr. M.M. Dolman
J.R.G.J. - Mr. J.R.G. Jofriet
J.v.K. - Dr. J.G.F.M. van Kessel
F.K.O. - Mr. F.A. Kooloos
A.M.R.W. - Mr. A.M. Rentema-Westerhof
de R. - Prof. mr. Th.A de Roos
A.F.V. - Mr. A.F.Vink
G.F.W. - Mr. G.F. Walgemoed

Auteursaanwijzingen

Bijdragen voor het Militair Rechtelijk Tijdschrift worden bij voorkeur aangeleverd per e-mail (AJR.Buisman@mindef.nl) als WORD-bestand. Auteurs worden verzocht om de volgende richtlijnen in acht te nemen:

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

REDACTIECOMMISSIE:

Voorzitter	Mr.A.C. Zuidema, Brigade-generaal b.d. van de Militair Juridische dienst;
Secretaris/penningmeester	Mr.A.J.R. Buisman, majoor van de Koninklijke Luchtmacht;
Leden:	
voor de Koninklijke Landmacht:	Mr. H.C.M. Snellen, Kolonel van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke Luchtmacht:	Mr. R.J.W. Schoonderwoerd, Kolonel van de Koninklijke Luchtmacht;
voor de Koninklijke Marine:	Mr. E.P.J. Schelkers, Kapitein ter Zee van Administratie;
voor de Koninklijke Marechaussee:	Mr. F.M. Koks, Luitenant-kolonel van de Koninklijke Landmacht;
voor de Bestuursstaf:	Mr. J.J. Buirma, Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Dr. T.D. Gill,	Hoogleraar Militair Recht aan de Universiteit van Amsterdam en de Nederlandse Defensie Academie;
Mr. R. van den Heuvel,	Voorzitter van de Militaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem – Leeuwarden;
Prof. Mr. Th.A. de Roos,	Raadshereer in het Hof 's-Hertogenbosch, emeritus-hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Universiteit van Tilburg;
Adres van de Redactiecommissie:	Staf CLSK/Stg JZ, t.a.v. Majoor Buisman, Postbus 8762, 4820 BB Breda

VASTE MEDEWERKERS:

Dr. J.G.F.M. van Kessel, Juridisch beleidsadviseur Bijzondere Regelingen Defensie van ABP.
Dr. J.P. Loof, Lid van het College voor de Rechten van de Mens en universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.
Mr. B.P. Pieters, Hoofd Afdeling Humanitair Oorlogsrecht van het Nederlandse Rode Kruis.
Dr. M.C. Zwanenburg, Sectie Internationale en Juridische Beleidsaangelegenheden.
Kolonel mr. B.F.M. Klappe, Directeur Dienstencentrum Juridische Dienstverlening.

WIJZE VAN UITGAVE:

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

De prijs per jaargang bedraagt € 59,25. Men abonneert zich bij klantenservice Militair Rechtelijk Tijdschrift, postbus 105, 2400 AC Alphen a/d Rijn, E-mail: info@spabonneeservice.nl. Het abonnement loopt van januari t/m december. Opzeggingen dienen vóór 31 oktober schriftelijk te geschieden bij de klantenservice Militair Rechtelijk Tijdschrift. Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan klantenservice Militair Rechtelijk Tijdschrift. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 7,75. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar bij klantenservice Militair Rechtelijk Tijdschrift tegen de prijs van € 30,15. Auteurs van bijdragen van meer dan één pagina ontvangen drie presentexemplaren van de desbetreffende aflevering. Het auteursrecht wordt met de publicatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Zij die het M.R.T. van rijkswege verstrekt krijgen dienen adreswijzigingen per e-mail (AJR.Buisman@mindef.nl) door te geven aan de secretaris.

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

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie.