

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Jaargang 108 - 2015

Aflevering |

IN DIT NUMMER

Bijdragen

J.E.D. Voetelink, The Status of Foreign Forces in Afghanistan post 2014.

J. van Zeijts, Non-combatant evacuatie operaties, een internationaal recht of het recht van de sterkste?

Tuchtrechtspraak

Rb Ah, De feestende instructeur.

Bestuursrechtspraak

Rb DH, Geen “groene” materieelbeheerder bij de KMar.

INHOUD

BIJDRAGEN

BESCHOUWING

The Status of Foreign Forces in Afghanistan post 2014, by colonel dr. mr. J.E.D.Voetelink.....	1
Non-combatant evacuatie operaties, een internationaal recht of het recht van de sterkste?, door cadet-vaandrig mr. J. van Zeijts.....	20

TUCHTRECHTSPRAAK

Rb Ah 28.12.2012	De feestende instructeur Een instructeur van de Koninklijke Marine krijgt een tuchtstraf omdat hij onder invloed van alcohol diverse vrouwelijke matrozen heeft betast of geprobeerd heeft te betasten. Ook zou hij zich schuldig hebben gemaakt aan onder meer bedreiging. De instructeur krijgt een geldboete opgelegd, maar gaat in bezwaar en beroep. In beroep wordt de uitspraak van de bezwaarmedere vernietigd omdat de instructeur in de belangen van zijn verdediging is geschaad en de uitspraak niet onverwijld is uitgereikt. (Naschrift M.R.A.).....	40
---------------------	--	----

BESTUURSRECHTSPRAAK

Rb DH 09.07.2014	Geen “groene”materieelbeheerder bij de KMar Een sergeant der eerste klasse van het CLAS gaat tevergeefs in bezwaar tegen de afwijzing van zijn sollicitatie op een functie bij de KMar waaraan de rang van opperwachtmeester/sergeant-majoor is verbonden. Ondanks dat hij de meest geschikte kandidaat was mocht de minister hem afwijzen, omdat hij volgens zijn loopbaanpatroon binnen CLAS niet bevorderd kon worden. (Naschrift A.F.V.).....	48
---------------------	---	----

The Status of Foreign Forces in Afghanistan post 2014.

BY COLONEL DR. MR. J.E.D.VOETELINK¹

On 30 September 2014 the long-awaited Bilateral Security Agreement (BSA) between Afghanistan and the US and the post-2014 Status of Forces Agreement (SOFA) between Afghanistan and NATO were signed, ending a process that dragged on for almost two years. While the media often stress that the agreements allow the US and NATO to continue their military presence in the country, the two agreements actually define the legal rights and obligations of the foreign forces in Afghanistan post 2014. The two agreements, although not dramatically different from their predecessors, reflect to a certain extent the character of the new military mission and the changing relations between Afghanistan and the international community supporting the country.

Introduction

On 21 September 2014 presidential candidates Dr. Abdullah Abdullah and Dr. Ashraf Ghani signed an agreement, naming Dr. Ghani president of the Islamic Republic of Afghanistan, while Dr. Abdullah will hold the newly created position of Chief Executive Officer. This power-sharing agreement brings closure to the electoral crisis,² as both men have now joined together in a national unity government.³

Moreover, it removed the final obstacles for signing the *Bilateral Security Agreement (BSA)* between Afghanistan and the United States⁴ (US) and the post-2014 Status of Forces Agreement (SOFA) between Afghanistan and the North Atlantic Treaty Organisation⁵ (NATO SOFA AFG).

¹ Associate Professor of Military Law at the Netherlands Defence Academy (NLDA). I am grateful to Frank van Dijk, Paul Ducheine and Terry Gill for their helpful comments. The present article is part of the author's research under the auspices of the Amsterdam Center for International Law and the NLDA as part of the research program The Role of Law in Armed Conflict and Peace Operations. The author has written it in a personal capacity and it does not necessarily reflect the views the Dutch Ministry of Defence. Parts of this article are based on: Joop Voetelink, 'Status of Forces: Exercise of Criminal Jurisdiction over Military Personnel in International and Operational Legal Perspective', Springer, forthcoming.

² It took several months before the Independent Election Commission could declare Dr. Ghani the winner of the presidential elections, as the second round of the elections were marred by allegations of fraud, causing Dr. Abdullah to contest the validity of the preliminary results.

³ Statement by the Press Secretary on Signing of a Political Agreement Regarding the Electoral Crisis in Afghanistan; 21 September 2014 <www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/09/21/statement-press-secretary-signing-political-agreement-regarding-electora> Accessed 23 September 2014.

⁴ *Security and Defense Cooperation Agreement between the Islamic Republic of Afghanistan and the United States of America*; Kabul, 30 September 2014 <mfa.gov.af/Content/files/BSA%20ENGLISH%20AFG.pdf> Accessed November 2014).

⁵ *Agreement between the North Atlantic Treaty Organization and the Islamic Republic of Afghanistan on the Status of NATO Forces and NATO Personnel Conducting Mutually Agreed NATO-Led Activities in Afghanistan*; Kabul, 30 September 2014 (NATO Doc PO(2014)0652 | October 2014 and <mfa.gov.af/Content/files/SOFA%20ENGLISH.pdf> Accessed November 2014).

Both agreements are critical for continuation of the foreign military presence in Afghanistan after 31 December 2014.

On 29 September Dr. Ghani was sworn in as Afghanistan's 13th president and within 24 hours of taking office he authorized ratification of the two agreements. That same day the National Security Advisor signed them on behalf of Afghanistan. The US ambassador to Afghanistan then put his signature under the BSA, as did the Senior Civilian Representative of NATO with respect to the *NATO SOFA AFG*, bringing to an end a process that lasted almost two years.

Negotiations between Afghanistan and the US on the BSA had already started in late 2012. When the negotiators finally managed to reach an agreement in November 2013, the then president, Hamid Karzai, refused to sign the document. Allegedly, he was angered by the way US forces operated in his country by, inter alia, conducting searches of Afghan houses at night and by the substantial number of civilian casualties which occurred as a result of encounters with Taliban forces in general. He also accused the US of only serving its national interests. As the *NATO SOFA AFG* was to be closely coordinated with the BSA,⁶ no progress could be made on this agreement either.

A number of NATO and non-NATO States, including the Netherlands,⁷ contribute to NATO's post 2014 Resolute Support Mission (RSM) in Afghanistan. All participating foreign forces are subject to the provisions of the *NATO SOFA AFG*. This particular agreement, together with the BSA on which it was based, is critical to all States involved in RSM. The present article aims to shed light on a number of the issues the SOFA addresses and will compare the newly concluded agreements with their predecessors, taking into account some of the questions that were raised in the negotiations.

After introducing the issue of the status of armed forces stationed abroad, the SOFAs that were in place in Afghanistan until 2014 will be briefly discussed. Next, the development of the present agreements will be reviewed and subsequently a number of elements of the two agreements will be elaborated upon. The article will conclude with a few remarks.

A brief remark is required with respect to foreign military personnel participating in other, non-military missions in Afghanistan, like the EU Police Mission (EUPOL) and the UN Assistance Mission in Afghanistan (UNAMA). As their status has another legal basis⁸ that is not directly related to the post-2014 military mission in Afghanistan, it will not be further discussed in the present article.

⁶ As key player and largest contributor of foreign forces in Afghanistan the US would first negotiate its agreement with Afghanistan, which would then be the basis for the *NATO SOFA AFG*. A similar scenario was envisaged in 2010, when negotiating the post 2010 SOFAs with Iraq; see below.

⁷ *Dutch Parliamentary Papers II* 2013/14, 29 521 nr. 254; Letter on the Dutch contribution to Resolute Support Afghanistan (Art. 100 [Dutch] Constitution).

⁸ Agreement between the European Union and the Islamic Republic of Afghanistan on the Status of the European Union Police Mission in Afghanistan, EUPOL AFGHANISTAN; Kabul, 14 October 2010 (OJ L 2010, 294/2).

The Status of Forces Stationed Abroad

Distinct from wartime situations where States have occupied parts of other States, or are operating on enemy territory,⁹ the legal status of military personnel stationed abroad with the host State's consent,¹⁰ is usually laid down in international instruments, today mostly referred to as Status of Forces Agreements (SOFAs). Viewed from a legal perspective, SOFAs delineate the rights and obligations of military personnel while present on foreign territory: *jus in praesentia*.¹¹ From a military operational law perspective SOFAs are also instrumental to the sending States' military mission and accommodate the deployment of military units by expediting their entry into host State territory and facilitating day-to-day operations during their foreign presence.

There is no internationally accepted model-SOFA. Therefore, SOFAs can take different forms and their contents may vary, depending on the purpose of the foreign military presence. The larger part of contemporary SOFAs are international agreements in accordance with the *Vienna Convention on the Law of Treaties*.¹² These agreements are binding under international law, providing the sending States with the legal certainty they require for their troops serving abroad.

However, in the absence of a binding treaty, other international instruments can offer an adequate alternative. States sometimes set out the status of forces in so-called Memoranda of Understanding (MOUs), which have a definite political impact, but are generally considered not to be legally binding on the participants.¹³ MOUs are proven a reliable instrument in international relations especially in the field of military cooperation. Therefore, when the conclusion of an international agreement is not acceptable to a State,¹⁴ an MOU can be a suitable option. For instance, several States supported military operations in Afghanistan using military bases in the Gulf-region. Arrangements with these host States on the status of visiting forces often took the form of MOUs.¹⁵ Because of the non-legally binding character of MOUs there is neither an obligation to publish them under international law nor, generally, under national law. As a result, little information is available on the contents of these status arrangements.

⁹ In this situation the legal status of the armed forces is governed by the law of armed conflict.

¹⁰ Host State consent cannot be implied, but must be expressed explicitly; e.g., Aurel Sari, 'The Status of Foreign Armed Forces Deployed in Post-Conflict Environments: Search for Basic Principles.' In: Carsten Stahn, Jennifer S. Easterday and Jens Iverson (eds.), *Jus Post Bellum. Mapping the Normative Foundations*. Oxford University Press 2014, p. 43 (on-line version <www.aurelsari.co.uk/2014/03/jus-post-bellum-and-the-status-of-foreign-armed-forces/> Accessed November 2014).

¹¹ D. Fleck, 'The Development of the Law of Stationing Forces in Germany: Five Decades of Multilateral Cooperation'. In: Fleck D (ed.), *The Handbook of the Law of Visiting Forces*. Oxford University Press, Oxford 2003, p. 351.

¹² *Vienna Convention on the Law of Treaties*; Vienna, 23 May 1969 (Vol. I 1155 UNTS 1980, No. 18232).

¹³ In contrast to treaties MOUs are not subject to international law and, as a result, are not legally binding; see A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge University Press, Cambridge 2007, pp. 20-21.

¹⁴ E.g., most legal systems require some kind of Parliamentary involvement to conclude international agreements. If, however, the subject matter of the proposed arrangements does not necessarily require parliamentary involvement under national law, a MOU may be an alternative option.

¹⁵ MOUs are seldom published. Reference to these MOU's is frequently made in Dutch *Parliamentary papers*; e.g. *Parliamentary Papers*, TK 2001–2002, 27 925, nr. 63 on deployment of a naval patrol aircraft to the United Arab Emirates.

The vast majority of SOFAs are consensual in nature. On occasion, however, SOFAs take the shape of unilateral instruments. For instance, in 2003 during the occupation of Iraq by a US led coalition force, the status of the foreign forces in Iraq was covered by an order issued by the Coalition Provisional Authority of Iraq.¹⁶ More importantly, the UN Security Council sometimes provisionally deals with the status of forces by resolution, when it is expected that it will not be possible to conclude a mission specific SOFA in time.¹⁷ The present article refers to all these instruments with the generic term SOFA.

SOFAs can cover a host of subjects. The most distinctive features of SOFAs are the provisions on exercise of criminal jurisdiction over the sending States' armed forces on host State territory,¹⁸ which basically answer the question: which State can prosecute sending States' servicemen suspected of committing offences on host State territory? Thus, SOFAs, taking into account international practices and customary law,¹⁹ have to strike a balance between the sending States' interest in exercising all authority over their deployed forces, including criminal jurisdiction, and the host States' right, based on the principle of territorial jurisdiction, to exercise that jurisdiction with respect to all persons on their territory.²⁰

In addition to criminal jurisdiction, SOFAs address other issues that expedite entry into host State territory and facilitate operations of the visiting units. If the scope of the foreign deployment is limited in time, place and number of forces, for instance, in case of a one-time training event of a military unit abroad, basic SOFAs will be sufficient, covering a limited number of issues, such as civil jurisdiction, settlement of claims, tax facilities, immigration requirements and customs duties, the bearing of arms and the wearing of uniforms. To expedite the process it is sometimes agreed to grant visiting forces the same privileges and immunities as are accorded to members of the administrative and technical staff of a diplomatic mission under the provisions of the *Vienna Convention on Diplomatic Relations*.²¹ As a result, sending States' forces enjoy full immunity from the criminal, and also partly from the civil and administrative, juris-

¹⁶ *CPA Order 17 (rev.): Coalition Provisional Authority Order Number 17 (revised): Status of the Coalition Provisional Authority, MNF-Iraq, Certain missions and Personnel in Iraq*; 27 June 2004 (<www.iraqcoalition.org/regulations/20040627_CPAORD_17_Status_of_Coalition_Rev_with_Annex_A.pdf> Accessed November 2014). Another example is the *Regulation on the status, privileges and immunities of KFOR and UNMIK and their personnel in Kosovo*; Regulation No. 2000/47, UNMIK/REG/2000/47, 18 August 2000, International Law Reports, Volume 133, p. 20.

¹⁷ See for example, the United Nations Mission in the Central African Republic (MINURCA), *UN Doc S/RES/1158 (1998)*, par. 19. This practice is followed frequently; a recent example being the UN Multidimensional Integrated Stabilization Mission in Mali (UNISMA) (*UN Doc S/RES/2100 (2013)*), par. 33.

¹⁸ One of the first agreements that can be labeled a SOFA was concluded right after the start of World War I and exclusively dealt with criminal jurisdiction (*Agreement between Belgium and France relative for the Better Prosecution of Acts Prejudicial to the Armed Forces*, Brussels, 14 Augustus 1914, Vol. 220 *Consolidated Treaty Series 1914-1915*, p. 274).

¹⁹ The present article will not elaborate on customary rules vis-à-vis military personnel.

²⁰ Richard J Erickson, 'Status of Forces Agreements: a sharing of sovereign prerogative', *The Air Force Law Review* (1994), p. 140, summarizes it as: "The purpose of a SOFA is to share the sovereign prerogative between the receiving and the sending state".

²¹ Art. 37(2) and Art. 29 – 35, *Vienna Convention on Diplomatic Relations*; Vienna, 18 April 1961 (Vol. 500 UNTS 1964, Nr. 7310).

diction of host State courts.²² In situations involving longer or recurrent deployments abroad more comprehensive SOFAs are often concluded, which may include, in addition to the issues mentioned above, provisions on logistical and medical matters, licenses and exemptions, the use of infrastructure and means of communication etc.

The status of forces deployed abroad is primarily a national responsibility. Therefore, the majority of SOFAs are bilateral agreements between a sending State and a host State. Nevertheless, a few multilateral agreements have been concluded between States cooperating within an alliance or partnership, the best known example probably being the *NATO SOFA*.²³ With respect to crisis management operations led by international organisations, like the UN, NATO, the European Union (EU) and the African Union (AU), a different practice has evolved. These organisations conclude mission specific SOFAs with the States on whose territory the missions takes place, which will then govern the status of the participating forces.²⁴ As negotiating SOFAs can be a lengthy and contentious process, the UN and the EU have adopted model SOFAs to accelerate the process.²⁵

SOFAs are of paramount importance to States when deciding to deploy their armed forces abroad. Failure to sign a SOFA that adequately regulates the status of their forces, can lead to suspension or even cancellation of foreign military activities. Crucial in negotiations is the core provision on criminal jurisdiction. A case in point is the withdrawal of US and NATO forces from Iraq in 2011.²⁶ As the 2008 SOFA between Iraq and the US²⁷ was due to expire on 31 December 2011, the two States started negotiations on a post-2011 SOFA. The US insisted on full immunity and exclusive criminal jurisdiction over its forces in accordance with preceding arrangements. Iraq, however, viewed the continued immunity of foreign forces on its territory as an infringement of its sovereignty and refused to grant US forces full immunity, resulting in withdrawal of all US forces by the end of 2011. As a consequence the SOFA that NATO needed with respect to the NATO Training Mission-Iraq (NTM-I) could not be concluded either, as it

²² A recent example is the *Agreement between the Kingdom of the Netherlands and Ukraine on the International Mission for Protection of Investigation*; Kiev, 28 juli 2014 (*Dutch Treaty Series 2014, 135*). Art. 6.1. reads: "Personnel of the Mission shall be accorded the status equivalent to that accorded to the administrative and technical staff of a diplomatic mission of a state that is a party to the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961".

²³ This reciprocal agreement regulates the status of Member States' forces on each other's territory; *Agreement between the parties to the North Atlantic Treaty regarding the status of their forces*; London, 19 June 1951 (Vol. 199 UNTS 1954, No. 2678).

²⁴ The procedure to make SOFAs applicable to the participating forces depends on the organisation. The UN, for instance, concludes bilateral agreements with each troop contributing State in which these States accept the SOFA, while SOFAs concluded by the EU are binding upon the Member States pursuant to Art. 216(2) *Treaty on the Functioning of the European Union*; Rome, 25 March 1957 (Consolidated version: OJ 2012, 326/47).

²⁵ *Model Status-of-Forces Agreement for Peace-Keeping Operations*, Report of the Secretary-General, UN Doc A/45/594 van 9 October 1990 and *Model Agreement on the status of the European Union-led forces*, EU Doc (11894/07), and EU Doc 11894/07 COR 1).

²⁶ See M.D. Fink, 'De ontwikkeling van de strafrechtelijke rechtsmacht over het personeel van de NAVO-Trainingsmissie in Irak (NTM-I): een kleinschalige missie beëindigd', *Militair Rechtelijk Tijdschrift* 2013, p. 261-264.

²⁷ *Agreement Between the United States of America and the Republic of Iraq On the Withdrawal of United States Forces from Iraq and the Organization of Their Activities during Their Temporary Presence in Iraq*; Baghdad, 17 November 2008. <www.state.gov/documents/organization/122074.pdf> Accessed November 2014.

was supposed to build on *the Iraq-US SOFA*, resulting in termination of the NTM-I as well. When negotiations between Afghanistan and the US concerning the BSA dragged on, this so-called 'zero-option' was frequently referred to.

The Status of Forces in Afghanistan 2001-2014

In response to the al-Qaeda attacks on the Twin Towers and the Pentagon in September 2001 the US launched Operation Enduring Freedom (OEF) against al-Qaeda and the Taliban regime in Afghanistan within the framework of its so-called Global War on Terror.²⁸ Starting on 7 October 2001 an international coalition of states under US command and supported by the Afghan Northern Alliance gained control over large swaths of the country.

On 5 December 2001 a group of leading Afghans met in Bonn under auspices of the UN and signed the *Bonn-Agreement, inter alia*, establishing the Interim Administration for Afghanistan,²⁹ which formally marked the end of the Taliban regime over the country. Annex I to the *Bonn-Agreement* envisaged an international security force, which was established shortly thereafter by Resolution 1386 of the UN Security Council³⁰ as the International Security Assistance Force (ISAF), which was led by NATO from 11 August 2003.³¹

American led OEF continued its fight against al-Qaeda and Taliban elements after the establishment of ISAF, resulting in two military missions being in part conducted simultaneously within one State. As the preceding paragraphs made clear, OEF and ISAF had different legal bases³² resulting in not just different tasks for the participating forces, but a different legal status for the members of the forces as well.

After the Interim Administration led by Hamid Karzai had formally taken over power in Afghanistan, the US concluded an international agreement on the status of the US armed forces with the newly established government through an exchange of diplomatic notes.³³ It was agreed that members of the US Forces-Afghanistan (USFOR-A) were accorded a status equivalent to that accorded to the administrative and technical staff of the US Embassy under the *Vienna Convention on Diplomatic Relations* and that the US was authorized to exercise criminal jurisdiction over them. Some States that participated in OEF, such as Canada and the United

²⁸ As from 2009 the term 'War on Terror' is officially not in use any more, as the preferred term is now the more neutral wording 'overseas contingency operations'; S. Wilson & A. Kamen, "Global War On Terror' Is Given New Name", *Washington Post*, 25 March 2009.

²⁹ *Agreement on Provisional Arrangements in Afghanistan Pending the Re-establishment of Permanent Government Institutions*; Bonn, 5 December 2001 (<www.un.org/news/dh/latest/afghan/afghan-agree.htm> Accessed November 2014).

³⁰ *UN Doc S/RES/1386* (2001) of 20 December 2001.

³¹ Initially ISAF was a coalition of States under the rotating command among the participating States; e.g., the United Kingdom and Germany/the Netherlands.

³² OEF was based on the right of self-defence (Art. 51 UN Charter) and ISAF on a Security Council Resolution.

³³ *Agreement regarding the status of United States military and civilian personnel of the U.S. Department of Defense present in Afghanistan in connection with cooperative efforts in response to terrorism, humanitarian and civic assistance, military training and exercises, and other activities*; 26 September and 12 December 2002 and 28 May 2003; 28 May 2003 (6192 KAV i).

Kingdom, allegedly followed suit and concluded a SOFA with Afghanistan,³⁴ while other States that had also deployed armed forces to Afghanistan as part of OEF, refrained from doing so. In view of the ongoing hostilities the latter group of States presumably took the view that the law of armed conflict covered the status of their troops.

The status of ISAF personnel had a different basis and is governed by the provisions of the *Military Technical Agreement (MTA)* concluded by Commander ISAF and the Interim Administration on 4 January 2002.³⁵ Pursuant to Annex A of the MTA, *Arrangements regarding the status of the International Security Assistance Force*, ISAF personnel remains subject to the exclusive criminal jurisdiction of the sending States.³⁶

The two agreements preclude Afghanistan as host State from exercising its criminal jurisdiction over foreign military personnel. Today it is generally accepted that when armed forces can get involved in military action, involving the use of force, operational necessity requires sending States to retain the widest control possible over its deployed forces, including the exclusive right to exercise criminal jurisdiction.³⁷ The visiting forces have to be able to conduct their operations without outside interference, especially from host State authorities. Host State consent to the foreign armed forces' presence should, therefore, imply "a waiver of all jurisdiction over the troops".³⁸ In other words, the sending States' interests outweigh the impact the waiver of jurisdiction may (be felt to) have on host State sovereignty. As a result, all mission specific SOFAs contain provisions similar to the ones included in the SOFAs concluded with the US and NATO.

Negotiating the post 2014 Agreements

When the legal basis and operational character of a mission change, the tasks of the participating armed forces will change accordingly, which may affect the legal status of forces. In Afghanistan this process was set in motion when NATO decided at the Lisbon summit in 2010 to gradually transfer the lead responsibility for security to Afghanistan³⁹ resulting in a shift from a combat to a supporting role in the country. The transition process was not meant to bring the foreign military presence in Afghanistan to an end. Both NATO and the US confirmed their

³⁴ These agreements have not been published.

³⁵ *Military Technical Agreement between the International Security Assistance Force (ISAF) and the Interim Administration of Afghanistan*; 4 January 2002 (<www.operations.mod.uk/isafmta.pdf> Accessed 10 November 2014).

³⁶ When NATO took charge of ISAF in August 2003, it concluded a supplementary agreement with Afghanistan on the status of the forces of NATO; *Exchange of letters between NATO and Afghanistan regarding the status of NATO and its personnel when present on the territory of Afghanistan in the execution of ISAF*; 5 September 2004 and 22 November 2004 (this classified agreement has not been published).

³⁷ Sari describes operational or military necessity in terms of a sliding scale depending on the level of operational risk; Aurel Sari 2014, p. 18.

³⁸ As Chief Justice Marshal considered in the first documented court case on jurisdiction over armed forces abroad, in this particular case, with respect to troops in transit; U.S. Supreme Court 24 February 1812, *The Schooner Exchange v. McFaddon* 11 U.S. 116 (1812) <supreme.justia.com/us/11/116/case.html> Accessed November 2014.

³⁹ Lisbon Summit Declaration, 20 November 2010, par. 4 <www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_68828.htm> Accessed November 2014.

long-term commitment to Afghanistan; NATO in the *Declaration on an Enduring Partnership*⁴⁰ and the US in the *Enduring Strategic Partnership Agreement (Partnership Agreement)*.⁴¹ Both documents provided for a continued foreign military presence in Afghanistan for the purpose of training, advising and assisting the Afghan National Security Forces in order to strengthen their capacity and capabilities. The Afghan-US *Partnership Agreement* also envisaged continuation of the US counterterrorism mission in ‘*combating al-Qaeda and its affiliates*’.⁴²

The transition was completed on 19 June 2013 paving the way for NATO’s Train, Advise and Assist mission Resolute Support in Afghanistan, starting 1 January 2015. The changing purpose of the missions for NATO and USFOR-A brought about that the status of the foreign forces had to be renegotiated, as was specifically mentioned in Article III (2)(b) of the *Partnership Agreement*.⁴³ Even before the first round of negotiations between Afghanistan and the US officially commenced on 15 November 2012, President Karzai hinted at the possibility that “*the people of Afghanistan would [...] not allow their government to offer any judicial immunity to foreign forces*”;⁴⁴ putting the issue of criminal jurisdiction at the top of the agenda. Exercise of criminal jurisdiction is a sovereign attribute of any State. Karzai’s remarks could hardly have come as a surprise, as full respect for Afghan sovereignty and Afghan national interests was one of the guiding principles in the negotiations, and also keeping in mind the failed negotiations on the *Iraq-US SOFA* in 2010. Indeed, disagreement over the issue of criminal jurisdiction continued to complicate matters until the very last moment.

Beside the issue of criminal jurisdiction, a number of other, often contentious issues had to be addressed as well, such as continuing US support to Afghanistan’s economy, guarantees with respect to Afghanistan’s external security, the size of the foreign forces, the number of military bases, and detention of Afghan nationals by foreign forces. Negotiations proceeded slowly, but over the months small successes were reported, for instance the agreement early May 2013 on the use of nine military bases in all of Afghanistan. All in all it was a lengthy and painful process that was fraught with political controversies. For example, as media reported in June that talks on the BSA entered its final stages, President Karzai abruptly suspended negotiations on 19 June after the announcement of the US that peace talks with the Taliban were about to begin in Qatar. Because of the stalled negotiations, US officials in their turn indicated that President Obama was (again) considering the zero option (withdrawal of all US armed forces from Afghanistan)⁴⁵ and stressed the need to have the agreement signed by October 2013.

⁴⁰ Declaration by the North Atlantic Treaty Organization (NATO) and the Government of the Islamic Republic of Afghanistan on an Enduring Partnership; Lisbon 20 November 2010; confirmed at the Chicago Summit: Declaration on Afghanistan Issued by the Heads of State and Government of Afghanistan and Nations contributing to the NATO-led International Security Assistance Force (ISAF), NATO; Chicago, 21 May 2012.

⁴¹ <www.whitehouse.gov/sites/default/files/2012.06.01u.s.-afghanistanspassignedtext.pdf> Accessed November 2014.

⁴² Art. III (6).

⁴³ As early as 2008 the Afghan government had demanded negotiation of a formal SOFA; Kenneth Katzman, ‘Afghanistan: Post-Taliban Governance, Security, and U.S. Policy’, *CRS Report for Congress*, 15 April 2011. Also, see Karen DeYoung, ‘Only a Two-Page ‘Note’ Governs U.S. Military in Afghanistan’, *Washington Post*, 28 August 2008 <www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/08/27/AR2008082703628.html> Accessed November 2014.

⁴⁴ Press Release, President Karzai: People Condition Foreign Troops Immunity on Peace and Stability in Afghanistan, 18 October 2012 <president.gov.af/en/news/13914> Accessed November 2014

⁴⁵ ‘White House considering total pullout of Afghanistan after 2014’, *Stars and Stripes*, 9 July 2013.

At the end of July negotiations seemed to have been revived and the tone of reports from Kabul and Washington changed, indicating a growing confidence in the BSA. Progress continued to be slow, however, and it was not until mid-October that after 48 hours of negotiations US Secretary of State Kerry and President Karzai managed to reach an accord on many of the outstanding issues. One issue remained, however: the US demand that American troops in Afghanistan after 2014 be immune from prosecution by Afghan Courts and be tried by the US.⁴⁶

As President Karzai had already made clear in a press conference early January 2013, the decision whether US forces staying in Afghanistan after 2014 would be immune from prosecution under Afghan law, should not be his to make, but should be made by a national meeting of elders and other powerful Afghans, known as the Loya Jirga (Grand Council).⁴⁷ The Loya Jirga convened in November and approved the final draft of the BSA on 24 November, recommending to promptly sign the agreement and send it to Parliament for final ratification.⁴⁸ As mentioned above, President Karzai refused to sign the BSA and it was not until the new president took office that the agreement was finally signed.

After the respective internal legal requirements were completed the agreements entered into force on 1 January 2015, succeeding previous agreements. They will remain in force for ten years and beyond, but can be terminated by mutual agreement or upon a two years' notice of either of the parties to the agreements.⁴⁹

With a view to the long drafting process, it could be expected that most issues were dealt with in detail and not much room would be left for further discussion. Indeed, many provisions are quite extensive and more elaborate than similar provisions in other SOFAs, delicately balancing the often sensitive interests of both parties. However, a number of provisions include clauses such as "...unless otherwise mutually agreed", facilitating further arrangements. Of course, treaties do not need to detail all specifics of the agreed cooperation, accepting that implementation of the treaty may take additional arrangements. It is remarkable, however, that the drafters of the BSA even allowed a sensitive issue like the conduct of combat operations by US forces, to be further dealt with at a later date.⁵⁰

The post 2014 Agreements; General Remarks

Drawing heavily upon the BSA, the NATO SOFA AFG did not make the headlines and is in fact virtually identical to the BSA (see Table 1). The main differences between the two agreements

⁴⁶ Matthew Rosenberg, 'Talks Clear Path for U.S.-Afghan Deal on Troops', *The New York Times*, 12 October 2013.

⁴⁷ Scott Peterson, 'Back in Afghanistan, Karzai Shifts Tone on US Troop immunity', *The Christian Science Monitor*, 14 January 2013 <www.csmonitor.com/World/Asia-South-Central/2013/0114/Back-in-Afghanistan-Karzai-shifts-tone-on-US-troop-immunity-video> Accessed November 2014.

⁴⁸ The 19 November draft was published next day <mfa.gov.af/en/news/bsa> Accessed November 2014.

⁴⁹ Art. 26 (1) and 4 BSA and Art. 25 (1)(4) NATO SOFA AFG.

⁵⁰ Article 2 (1) BSA. Implementing Arrangements and procedure to carry out the provisions of the BSA and NATO SOFA AFG may be entered into by either the Joint Commission or the Afghanistan-NATO Implementation Commission: Art. 24 (2) BSA and Art. 22 (2) NATO SOFA AFG. The two agreements can be amended through exchanges of diplomatic notes; Art. 26 (3) BSA and Art. 25 (3) NATO SOFA AFG.

can be explained by the broader scope of the BSA, which aims at a close cooperation between Afghanistan and the US with respect to defence and security, resulting, *inter alia*, in a wider mandate for the US forces in Afghanistan. Both the US and NATO will train, advise and assist the Afghan National Defense and Security Force (ANDSF). In addition, Afghanistan and the US acknowledge in Article 2 (4) of the BSA that in the common fight against terrorism US military operations “to defeat al-Qaeda and its affiliates may be appropriate”. In other words, NATO’s Resolute Support mission is a non-combat mission *pur sang*, while, in addition, US forces can engage in counter-terrorism operations in support of and together with ANDSF.⁵¹ Nevertheless, the operational possibilities for the US are restricted, as it is not allowed to conduct combat operations in Afghanistan, unless otherwise mutually agreed.⁵²

Undoubtedly, the US would have liked to have more authority to independently conduct various types of military operations in Afghanistan. However, Afghans have grown weary and frustrated at the way American and other foreign forces have operated in the past fifteen years, sometimes disrespecting local traditions and causing civilian casualties, and argued that respect of Afghan sovereignty should be reflected in their authority over foreign military operations in the country after 2014. Indeed, Afghan sovereignty was a guiding principle for the talks between Afghanistan and the US and is a recurring theme throughout the BSA. The Preamble stresses, for instance, the “sovereignty, independence, territorial integrity, and national unity of Afghanistan” and refers to sovereignty no less than seven times in the Preamble. The sovereign position of Afghanistan is also reflected by its participation in the Joint Commissions (Art. 25 BSA)/Afghanistan-NATO Implementation Commission (Art. 23 NATO SOFA AFG) that oversee implementation of the agreements. Establishment of these commissions is a clear departure from the past ‘unequal’ relationship between Afghanistan and US/NATO.⁵³

While the US probably feels that its operational possibilities are overly restricted, it should be pointed out that Afghanistan did not get its way on all issues either. One of the major political issues, that also contributed to prolongation of the BSA talks, was Afghan demands for a strong US commitment with respect to country’s external security. Repeatedly the US was pressed for guarantees against external threats, such as an attack by neighboring Pakistan, which the US had vigorously refused. Ultimately the arrangement is very different from a NATO style mutual defence agreement Afghanistan had in mind. In Article 6 of the BSA relating to external security no promise is made of military support to Afghanistan in the event of an attack or other security threat. Instead, the US will “regard with grave concern any external aggression or threat of external aggression against the sovereignty, independence, and territorial integrity of Afghanistan”⁵⁴

⁵¹ Cf. Art. 2 (4) BSA.

⁵² Art. 2 (1) BSA.

⁵³ Cf. Art. VII MTA which stated: “The ISAF Commander is the final authority regarding interpretation of this Military Technical Agreement”. Based on this provision Commander ISAF issued a Letter of Interpretation in 2011, unilaterally establishing the taxation status of categories of individuals mentioned in the MTA and the 2004 Exchange of Notes; <www2.centcom.mil/sites/contracts/Tax%20Exemption%20for%20Afghanistan%20Ministry%20of%20Finance/COMISAF_Ltr%20of%20Interpretation_Tax%20Exempt_9%20March%202011.pdf?Mobile=1&Source=%2Fsites%2Fcontracts%2F_layouts%2Fmobile%2Fmblwp.aspx%3FUrl%3D%252Fsites%252Fcontracts%252FPages%252FGCO.aspx%26CurrentPage%3D1> Accessed November 2014.

⁵⁴ Art. 6 (2) BSA.

and Afghanistan and the US will then “*hold consultations on an urgent basis to develop and implement an appropriate response, including, as may be mutually determined, consideration of available political, diplomatic, military, and economic measures*”.⁵⁵

Because of the broader scope of the Afghan-US agreement, it also includes provisions on developing and sustaining Afghanistan’s defense and security capabilities (Art. 4), committing the US to seek funds to support the training, equipping, advising and sustaining of ANDSF (par. 3) and to cooperate on providing equipment and materiel for ANDSF (par. 4) also aiming to achieve standardization and interoperability with NATO (par. 7). Furthermore, in Article 5 the parties give further guidance to the Working Group on Defence and Security Cooperation, established under the *Partnership Agreement*.

The post 2014 Agreements; Selected Topics

A great number of the provisions common to the BSA and NATO SOFA AFG are nothing out of the ordinary and can be found in many other SOFAs. For instance, the two agreements secure freedom of movement of the visiting forces, allow for the bearing of arms and the wearing of uniforms, provide for entry and exit procedures, regulate importation and exportation, exempt forces from taxes and related charges, and accept as valid the driving and professional licenses of the sending States. These provisions are only different from similar provisions in other SOFAs in the sense that they carefully detail all aspects of the cooperation and are permeated by phrases, reflecting the delicate relationship between the negotiating parties and stressing the sovereign position of Afghanistan. For example, with respect to the wearing of uniforms by visiting forces, an average SOFA would take the issue for granted or simply state that troops are allowed to wear their national uniforms. The 2002 MTA merely included the line: “*ISAF personnel will wear uniforms*” (Article VI). The BSA and NATO SOFA AFG include a similar provision (“*Members of the force may wear uniforms while in Afghanistan*”), but add that sending State authorities “*shall take appropriate measures to ensure that members of the force and of the civilian component are mindful of their presence in public areas*”.⁵⁶

Virtually all SOFAs contain a provision obliging visiting forces to respect local law. The BSA and NATO SOFA AFG are no exception to that practice.⁵⁷ Less common are the next paragraphs of the same provisions. First of all, in paragraph 2 the parties’ right to self defence under international law is recognized. A provision that ordinarily does not appear in a SOFA. Unique is the third paragraph in the BSA stipulating that US forces are not allowed “*to enter Afghan homes for the purpose of military operations and searches except under extraordinary circumstances involving the urgent risk to life and limb of U.S. nationals*.” Furthermore, both US and NATO forces have no authority to “*arrest or imprison Afghan nationals, nor maintain or operate detention facilities in Afghanistan*”. The content of this third paragraph seems a consequence of US and coalition practice in the past few years that had drawn sharp criticism from Afghan officials.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Art. 14 (1) BSA and Art. 12 (1) NATO SOFA AFG.

⁵⁷ Art. 3 (1) BSA and Art. 4 (1) NATO SOFA AFG.

Generally, SOFAs only contain the rights and obligations of armed forces abroad; *the jus in praesentia*, and as such do not provide foreign forces the legal right to enter and be present in the host State; the '*jus ad praesentiam*'.⁵⁸ The latter is mostly laid down in other international instruments, like a UN Security Council Resolution establishing an international force or a bilateral treaty on security or military cooperation. The BSA and the NATO SOFA AFG combine these elements, explicitly authorizing the foreign forces' presence in Afghanistan,⁵⁹ and detailing the rights and obligations of the visiting forces.

The Annexes to the agreements list the nine locations of the area and facilities the US and NATO can use for the mission in Afghanistan (annex A) and the official airports and border crossings points to enter and leave the country (Points of Embarkation and Debarcation, Annex B). As earlier in the negotiations Afghan officials had voiced their fear of a permanent US military presence in Afghanistan, the Preamble of the BSA makes clear that the US does not seek permanent facilities. A similar provision does not return in the NATO SOFA AFG. A number of provisions further detail US and NATO rights and obligations with respect to these facilities and areas.⁶⁰

It is interesting to note that the two agreements are clearly responsive to operational circumstances and as such are good examples of military operational law. In that context military operations are not just subject to the law, but can also contribute to shaping the law. For example, the two agreements acknowledge US and NATO security requirements by allowing the conduct of force protection activities at and in the vicinity of the facilities and areas in use by their forces.⁶¹ From a military operational law point of view that is a positive approach, which is, unfortunately, often neglected in contemporary SOFAs. The two agreements also make clear that previous conduct can have a detrimental effect on SOFAs and, subsequently, on operations, as the denial of the authority to arrest Afghan nationals, as discussed in the previous section, shows.⁶²

A topic that did not receive much (public) attention during the negotiations of the BSA was the position of contractors.⁶³ Today military operations are hardly conceivable without private military companies (contractors) supporting the armed forces on the battlefield, carrying out functions traditionally performed by the military itself, such as transport, maintenance, constructing and sustaining bases and even armed tasks, like security and protection. Because of

⁵⁸ The *jus ad praesentiam* and the *jus in praesentia* together constitute the law of visiting forces; D. Fleck, 'The Development of the Law of Stationing Forces in Germany: Five Decades of Multilateral Cooperation'. In: Fleck D (ed.), *The Handbook of the Law of Visiting Forces*. Oxford University Press, Oxford 2003, p. 351 and 253.

⁵⁹ Art. 2 (6) BSA and Art. 2 (3) NATO SOFA AFG.

⁶⁰ The most important provision are Art. 7 and 8 BSA; Art. 5 and 6 NATO SOFA AFG.

⁶¹ Art. 7 (3) BSA and Ar. 5 (3) NATO SOFA AFG.

⁶² Authority to arrest and detain host State nationals can be an essential tool for a commander in case these persons pose a security threat to the mission. On the basis of the two agreements US and NATO forces will now have to rely on Afghans security officials.

⁶³ Art. I (5) BSA defines contractors as: "*persons and legal entities who are supplying goods and services in Afghanistan to or on behalf of United States forces under a contract or subcontract with or in support of United States forces.*".

their often critical contribution to military operations most contemporary SOFAs address their position. As the extensive use of contractors on the battlefield is a relative new phenomenon there is no well-settled SOFA practice yet regarding their status.

In some ways the position of contractors and contractor personnel in the BSA and the NATO SOFA AFG is not very different from that of US and NATO personnel, for example, with respect to property ownership and utilities and communications.⁶⁴ In other ways contractors are less privileged than the armed forces. The most striking provision is Article 13(6) BSA and its equivalent in the NATO SOFA AFG, which reads: “Afghanistan maintains the right to exercise jurisdiction over United States contractors and United States contractor employees”. Although the text does not use the phrase ‘exclusive jurisdiction’ it is beyond doubt that a contractor committing an offence in Afghanistan can be tried by an Afghan court and does not enjoy any form of immunity. This provision reflects the position of contractors as commercial entities whose primary goal is making a profit. As they are not State officials on official business, like deployed military personnel, international law does not accord them any form of immunity from the jurisdiction of foreign courts and neither does the BSA.

Not that long ago a provision like Article 13 (6) BSA would have come as a surprise. Many SOFAs and other international agreements addressing the position of contractors, included some level of immunity.⁶⁵ For example, the 2004 SOFA that applied in Iraq, accorded contractors something similar to functional immunity, stating that they were “immune from Iraqi legal process with respect to acts performed by them pursuant to the terms and conditions of a Contract”. In practice immunity often implied contractor impunity, as it turned out to be very hard or even impossible to prosecute them for crimes committed abroad.⁶⁶ That proved troublesome as some companies were notorious for the often aggressive behavior of their personnel, drawing a lot of criticism of host State citizens and authorities. Probably as a result thereof the US was rather quick to accept a provision in the 2008 SOFA allowing Iraq the primary right to exercise jurisdiction over US contractors.⁶⁷

A similar provision is now part of the BSA and NATO SOFA AFG.⁶⁸ Other provisions further limit the position of contractors. Contractors need passports and visa to enter Afghanistan,⁶⁹

⁶⁴ Art. 8 and 12 BSA and Art. 6 and 10 NATO SOFA AFG.

⁶⁵ E.g., Sect. 4(3) CPA order 17 (revised), *Status of the Coalition Provisional Authority, MNF-Iraq, Certain missions and Personnel in Iraq*, 27 June 2004.

⁶⁶ One of the few examples of a criminal case against a contractor was the 2007 shooting in Baghdad’s Nusoor Square that left 17 civilians dead. Recently a US jury convicted four ex-members of former Private Security Firm Black Water for their part in the shooting. E.g., Dan Roberts, US jury convicts Blackwater guards in 2007 killing of Iraqi civilians, *The Guardian*, 23 October 2014. <www.theguardian.com/us-news/2014/oct/22/us-jury-convicts-blackwater-security-guards-iraq> Accessed November 2014

⁶⁷ Art. 12 (2) *Agreement between the United States of America and the Republic of Iraq on the Withdrawal of United States Forces from Iraq and the Organization of Their Activities during Their Temporary Presence in Iraq*; Baghdad, 17 November 2008.

⁶⁸ Afghanistan is very critical of the role of foreign contractors, which is, *inter alia*, reflected in Art. 11 (3) BSA and Art. 9 (3) NATO SOFA AFG, stating that “US [NATO] forces shall give due consideration to concerns and disputes expressed by Afghan authorities regarding US [NATO] contractors. The Parties will work together to improve transparency, accountability, and effectiveness of contracting processes in Afghanistan with a view to preventing misuse and bad contracting practices.”

⁶⁹ Art. 15 (2) BSA and Art. 13 (2) NATO SOFA AFG.

Afghan authorities can inspect their personal effects and verify imported containers⁷⁰ and they are subject to registration in Afghanistan.⁷¹ Furthermore, they are not allowed to wear uniforms and may only carry weapons in accordance with Afghan law.⁷² Contractors providing security services are also subject to relevant requirements of Afghan law.⁷³

For a long time Afghanistan was unwilling to grant foreign armed forces full immunity. However, the US had made it clear from the outset that the issue was non-negotiable, refusing to give in on this particular point and on several occasions hinting at the ‘zero option’, referring to the pull out of Iraq of US and NATO forces after negotiations failed on a new SOFA covering the post-2011 period. Although Afghanistan is fully responsible for security in the country, it still heavily depends on foreign support. Therefore, Afghanistan did not have much choice but to accept the US demands and grant US forces “*the exclusive right to exercise jurisdiction ... in respect of any crime or civil offence*” and authorizing to hold trials in the territory of Afghanistan.⁷⁴

As mentioned above, it has been and still is common practice under operational circumstances to grant visiting forces the exclusive right to exercise criminal jurisdiction over their deployed personnel; i.e., the situation that the armed forces can get involved in military action. Operational necessity then requires sending States to have the widest control possible over their forces to execute their operational task without host State interference. In that respect it is paramount for sending States to be able to exercise criminal jurisdiction over their personnel with the exclusion of host State authorities. When operating from the territory of third States supporting the military operations, but where the actual operation is not taking place, the argument of operational necessity may not always have sufficient weight vis-à-vis the host State and sending States may have to accept a lower level of jurisdiction over their forces.⁷⁵

As the majority of US and all NATO activities post 2014 are non-combat related, it is understandable that Afghanistan is having a hard time accepting the provision. The US will most likely have brought forward other arguments to support their position as well. Any State deploying its forces abroad will want to secure the best protection possible for their forces under the given circumstances. That includes legal protection from a foreign legal system, because that system is different, not fully developed, does not function properly or because a sending State may feel that the host State judiciary is prejudiced towards their forces.

⁷⁰ Art. 16 (4)(5) BSA and Art. 14 (4) and (5) NATO SOFA AFG.

⁷¹ Art. 11 (2) BSA and Art. 9 (2) NATO SOFA AFG.

⁷² Art. 14 (2) BSA and Art. 12 (2) NATO SOFA AFG.

⁷³ Art. 14 (3) BSA and Art. 12 (3) NATO SOFA AFG.

⁷⁴ Art. 13 (1) BSA; a similar provision grants States contributing forces to the NATO-mission, exclusive jurisdiction over their forces; Art. 11 (1) NATO SOFA AFG.

⁷⁵ E.g., Netherlands’ Air Force personnel, participating in air operations over Iraq against the Islamic State, enjoy functional immunity in Jordan, where the unit is based: *Agreement between the Government of the Kingdom of the Netherlands and the Government of the Hashemite Kingdom of Jordan on a temporary deployment of troops of the Kingdom of the Netherlands in Jordan; Amman, 2 October 2014 (Dutch Treaty Series 2014, 175)*.

Notwithstanding that in the case of the Afghan legal system all these reasons are to a certain degree valid,⁷⁶ the US could have been more lenient towards Afghanistan, as the BSA will be in force for the next ten years. An option would have been to give the Joint Commission the possibility to introduce functional immunity for troops conducting non-combat duties at some point in time with the restriction that jurisdiction can only be exercised by the Afghan National Security Justice Center (NSJC) in Parwan, which has been mentored extensively⁷⁷ by US and coalition forces. The US has only met Afghan concerns on some points. On request the US will inform Afghanistan about the progress of criminal proceedings and shall “undertake efforts to permit and facilitate the attendance and observation of such proceedings by representatives of Afghanistan”.⁷⁸ Quite unusual is the provision on Afghanistan’s right to request removal of US personnel from Afghanistan. Every sovereign State has that right, but it is hardly ever put so explicitly in a SOFA.⁷⁹

Final Remarks

The lengthy drafting process of the BSA shows that a legal document, like this international agreement, is not just based on legal considerations, but that politics can have a significant impact on the process, and consequently, the contents of the agreement as well. Clearly, in international relations “*law cannot be divorced from politics or power*”.⁸⁰ Aside from legal and political considerations operational aspects can play a considerable role. Unfortunately, contributions from the operational level to the drafting of SOFA’s often remain obscure and its impact seems at least to be subordinate to other considerations. This may in part be explained by the fact that international agreements are most of the time negotiated through diplomatic channels and, especially SOFAs, have to be concluded within limited time constraints. For example, on 24 September 2014 the Dutch Government informed Parliament about the decision to contribute six F-16 aircraft to the fight against the Islamic State.⁸¹ It took just over one week to conclude a SOFA with Jordan, where the F-16s are based.

The BSA is a clear exception to the limited operational influence on the drafting of SOFAs, albeit one of the few. It seems probable that the prolonged negotiations enabled closer cooperation between the US Embassy in Kabul, which was in charge of the process on the US side, with the Commander USFOR-A, who was also Commander ISAF, and literally had its headquarters right across the street. Another factor that may have accounted for a greater operational influence on the negotiations, was the fact that military operations

⁷⁶ Islam is an important touchstone for Afghan law (Art. 3 Constitution of Afghanistan 2004); despite all US and coalition efforts of the past years the court system is still far from fully developed and corruption is reportedly still widespread.

⁷⁷ E.g., Senator Graham, Tribute to Combined Joint Interagency Task Force 435, Senate – 18 September 2014, Congressional Record, Vol. 160, No. 134. <www.congress.gov/crec/2014/09/18/CREC-2014-09-18-bk2.pdf> Accessed November 2014.

⁷⁸ Art. 13(2) BSA and Art. 11(2) NATO SOFA AFG.

⁷⁹ Art. 15 (3) BSA and Art. 13 (3) NATO SOFA AFG.

⁸⁰ IGH 20 February 1969, *North Sea Continental Shelf*, Judgement, I.C.J. Reports 1969, p. 3, p. 42-3.

⁸¹ *Dutch Parliamentary Papers II* 2014/15, 27 925, nr. 506.

were still ongoing, raising a lot of criticism and making it paramount to address the operational issues in the BSA.

Clearly, all these different aspects are interrelated, giving the BSA and hence the NATO SOFA AFG a unique character, reflecting the relations between the parties involved. Nevertheless, the two agreements are to a large extent traditional SOFAs, detailing the rights and obligations of forces deployed abroad, in particular criminal jurisdiction over them. However, both agreements have a wider scope than most SOFAs, authorizing the presence of foreign armed forces in the territory of a host State. Moreover, the BSA is in part also a Defence Agreement, enabling future military cooperation between the two States.

The balanced approach of the two agreements makes them distinct from their predecessors, taking into careful consideration the sovereign position of Afghanistan, as reflected in various provisions of the agreements and the restrictions on the conduct of combat operations of US and NATO forces. Nevertheless, with respect to criminal jurisdiction over the visiting forces the two agreements clearly favor the sending States' position, granting them in effect full immunity from Afghan criminal and civil courts. At first glance, a train, advise and assist mission does not seem to warrant the broad immunities granted to US and NATO forces. However, US operations may include missions involving military actions against terrorist groups, which requires the broadest control over the participating forces. In addition, the Afghan legal system does not meet international standards yet and from the perspective of legal protection of the visiting armed forces, it is fully understandable that US and NATO could not accept host State jurisdiction at this point in time.

However, in my opinion, it would have been an option to give the SOFA a more flexible character by incorporating a possibility to amend the criminal jurisdiction provisions with respect to visiting forces not involved in combat missions, when dedicated Afghan courts, like, for example, the NSJC in Parwan, have proved to be capable to prosecute cases in accordance with international standards.

The rather generous criminal jurisdiction provision is partly offset by the possibility for Afghanistan to be kept informed about the process of legal proceedings, involving personnel suspected of crimes committed in Afghanistan and to request removal of visiting States' personnel. Another provision that is possibly included to compensate for the Afghanistan's limited jurisdiction as sovereign State, is the right to exercise all jurisdiction over contractors.

As the rise of the Islamic State and affiliated entities, and the rapid spreading of fighting in North Africa and South-West Asia show, the international security system is in a flux, making it impossible to predict what the security situation in specific regions, like Afghanistan, will look like in a couple of years. The BSA and the NATO SOFA AFG have secured that the international community will be in a position to support Afghanistan in taking effective action to counter the threat of terrorism. It will be interesting to see how the two agreements will work out in practice and how the parties will further develop their cooperation.

BESCHOUWING

Table 1 Comparison BSA and NATO SOFA AFG

BSA Security and Defense Cooperation & Status of Forces	Comparison	NATO SOFA AFG Status of Forces
Preamble	<i>BSA more elaborate, emphasizing bilateral cooperation</i>	Preamble
Art. 1. Definitions	<i>identical + NATO SOFA also includes specific definitions of NATO, NATO Member States and Operational Partners ⁸²</i>	Art. 1. Definitions
	<i>“non-combat training, advising and assistance mission” as well as “all other mutually agreed NATO-led activities”</i>	Art. 2. Activities
Art. 2. Purpose and Scope	<i>authorizations for presence and activities + terms and conditions describing presence: both: train, advice and assist + US: fighting remnants al-Qaeda</i>	Art. 3. Purpose and Scope
Art. 3. Laws	<i>par. 1-3 identical; par. 3 BSA includes extra line, in principle denying the US the right to enter Afghan homes for the purpose of military operations and searches ⁸³</i>	Art. 4. Laws
Art. 4. Developing and Sustaining Afghanistan's Defense and Security Capabilities	<i>BSA only</i>	-
Art. 5. Defense and Security Cooperation Mechanisms	<i>BSA only</i>	-

⁸³ “... Except under extraordinary circumstances involving the urgent right to life and limb of U.S. nationals”.

⁸² ‘Operational Partners’ are States other than NATO member States participating in NATO-led activities with the consent of both Afghanistan and NATO (Art. 1 (3.1.) and (3.2.).

BESCHOUWING

Art. 6. External Aggression	<i>BSA only</i>	-
Art. 7. Use of Agreed Facilities and Areas	<i>identical</i>	Art. 5. Use of Agreed Facilities and Areas
Art. 8. Property Ownership	<i>identical</i>	Art. 6. Property Ownership
Art. 9. Positioning and Storage of Equipment and Materiel	<i>identical</i>	Art. 7. Positioning and Storage of Equipment and Materiel
Art. 10. Movement of Vehicles, Vessels, and Aircraft	<i>identical</i>	Art. 8. Movement of Vehicles, Vessels, and Aircraft
Art. 11. Contracting Procedures	<i>identical</i>	Art. 9. Contracting Procedures
Art. 12. Utilities and Communications	<i>identical</i>	Art. 10. Utilities and Communications
Art. 13. Status of Personnel	<i>par 1-4 identical par. 5 BSA: US personnel may not be surrendered to the custody of an int'l tribunal par. 6 BSA and 5 NATO SOFA AFG identical</i>	Art. 11. Status of Personnel
Art. 14. Bearing of Arms and Wearing of Uniforms	<i>identical</i>	Art. 12. Bearing of Arms and Wearing of Uniforms
Art. 15. Entry and Exit	<i>identical</i>	Art. 13. Entry and Exit
Art. 16. Importation and Exportation	<i>identical</i>	Art. 14. Importation and Exportation
Art. 17. Taxation	<i>identical</i>	Art. 15. Taxation
Art. 18. Driving and Professional Licenses	<i>identical</i>	Art. 16. Driving and Professional Licenses
Art. 19. Motor Vehicles	<i>identical</i>	Art. 17. Motor Vehicles

BESCHOUWING

Art. 20. Service Support Activities	<i>identical</i>	Art. 18. Service Support Activities
Art. 21. Currency and Exchange	<i>identical</i>	Art. 19. Currency and Exchange
Art. 22. Claims	<i>identical</i>	Art. 20. Claims
Art. 23. Annexes	<i>identical</i>	Art 21. Annexes
Art 24. Disputes and Implementation	<i>par. 1-2 identical par. 3 BSA: cooperation is subject to laws and regulations of respective Parties par. 4 BSA and 3 NATO SOFA AFG identical</i>	Art. 22. Disputes and Implementation
Art. 25. Joint Commission	<i>par. 1-2 identical par. 3 BSA: coordination between Joint Commission and AFG-US Working Group established under the Partnership Agreement</i>	Art. 23. Afghanistan-NATO Implementation Commission
	<i>NATO SOFA AFG only; respecting existing bilateral agreements and arrangement between AFG and NATO member States/Operational Partners</i>	Art. 24. Bilateral Agreements and Arrangements
Art. 26. Entry into Force, Amendment, and Termination	<i>identical</i>	Art. 25. Entry into Force, Amendment, and Termination
Annex A. Entry into Force, Amendment, and Termination	<i>identical</i>	Annex A. Entry into Force, Amendment, and Termination
Annex B. Official Points of Embarkation and Debarcation	<i>identical</i>	Annex B. Official Points of Embarkation and Debarcation

Non-combatant evacuatie operaties, een internationaal recht of het recht van de sterkste?

DOOR CADET-VAANDRIG MR. JAN VAN ZEIJTS¹

I. Inleiding

Tegenwoordig zijn gewapende conflicten aan de orde van de dag. Dit geweld uit zich in zowel interstatelijke als intra statelijke conflicten die worden beslecht door zowel staten als niet statelijke actoren. In deze conflicten van uiteenlopende aard is niet alleen dreiging van gevaar voor militairen, ook burgers (non combatanten) lopen bij tijd en wijle groot gevaar. Staten worden dan geacht hun staatsburgers die zich in het buitenland bevinden te beschermen waarbij deze bescherming zich niet beperkt tot louter consulaire en diplomatieke ondersteuning. In het geval van (dreiging van) extreem gevaar voor de levens van burgers, is het evacueren van de staatsburgers mogelijk nog de enige geschikte optie. Dergelijke evacuatieoperaties, internationaal betiteld als *Non-combatant Evacuation Operations*, worden uitgevoerd om staatsburgers van wie het leven in gevaar is, te evacueren vanuit het buitenland naar een geschikte veilige locatie.² In dit artikel zal de Nederlandse benaming, non-combatant evacuatie operatie (afgekort NEO), worden gehanteerd als de term voor operaties die als doel hebben om staatsburgers (en burgers van bevriende staten) vanuit het buitenland te evacueren waarbij gebruik kan worden gemaakt van gewapend respectievelijk militair optreden.

In de afgelopen decennia heeft een omvangrijk scala aan NEO's plaatsgehad. De twee meest tot de verbeelding sprekende voorbeelden van NEO's zijn de operaties van de *Israel Defense Forces* in Entebbe, Oeganda (1976)³ en die van de *United States Armed Forces* in Teheran, Iran (1980). Beide operaties werden uitgevoerd nadat onderhandelingen op niets waren uitgelopen. Hoewel beide voorbeelden uit een vrij ver verleden zijn, zijn NEO's tot op heden nog aan de orde van de dag. Zo trachtten in 2011 drie bemanningsleden van een Nederlandse Lynx helikopter een Nederlandse en een Zweedse burger uit Sirte (Libië) te evacueren.⁴ Deze operatie mislukte volledig en leidde uiteindelijk tot excuses van de verantwoordelijke ministers.⁵ Een minder bekend, maar nog recenter, Nederlands voorbeeld is de evacuatie van bijna 90 evacués door een Nederlands C-130 Hercules

¹ Jan van Zeijts is militair jurist in opleiding. In de zomer van 2013 studeerde hij af in het Internationaal en Europees recht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Aansluitend begon hij op de Koninklijke Militaire Academie aan de postacademische opleiding militair juridische dienst krijgsmacht. Tijdens zijn studie was hij al werkzaam bij de Koninklijke Landmacht als reservist. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven. De auteur dankt Joop Voetelink voor zijn suggesties op een eerdere versie.

² In de juridische literatuur wordt vaak de term "Rescue of nationals" gehanteerd.

³ In 1977 is deze operatie (*operation Thunderbolt*) verfilmd in de film "Raid on Entebbe".

⁴ Voor de gehele beschrijving van deze operatie zie de site van de Rijksoverheid <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2011/03/21/feitenrelaas-evacuatie-nederlandse-staatsburger-uit-sirte.html> (geraadpleegd op 8 mei 2014), p. 1. Zie in dit kader tevens het artikel over *Operation Pegasus* (2011) van de Duitse Bundeswehr: D. Wiefelspütz, *Die Bundeswehr in Libyen - Operation Pegasus aus Sicht des Völker- und Staatsrechts*, *Humanitäres Völkerrecht - Informationsschriften*, 2/2012, p. 56 - 68.

⁵ *Kamerstukken II 2010/11*, 32 709, nr. 1, p. 4.

militair vliegtuig met aan boord twee *special operations forces* ploegen van het korps commando troepen vanuit Juba, Zuid-Sudan (18-20 december 2013).⁶

Hoewel is gebleken dat NEO's met enige regelmaat door (militaire) eenheden van verschillende staten worden uitgevoerd, wordt de legaliteit van NEO's tot op de dag van vandaag betwist. Zo komt onder meer de soevereiniteit van de staat op wiens grondgebied de NEO wordt uitgevoerd onder druk te staan. Bepaalde staten, waaronder de Verenigde Staten, Israel en Frankrijk, zijn echter van mening dat NEO's -onder bepaalde voorwaarden- in het hedendaagse internationale recht geoorloofd zijn, terwijl andere staten -waaronder voornamelijk ontwikkelingslanden- een beperktere, of zelfs een compleet tegengestelde, opvatting huldigen.⁷ In dit artikel geef ik inzicht in de discussie op het gebied van de legaliteit van NEO's en analyseer ik de juridische status van NEO's onder het huidige internationale recht. Gelet op het aanzienlijke aantal NEO's dat in het recente verleden is uitgevoerd -en in de toekomst naar alle waarschijnlijkheid nog zal volgen- is een analyse van de juridische status van belang.

Naar aanleiding van de discussie op het gebied van de legaliteit van NEO's is de centrale vraag van dit artikel: hebben NEO's een internationaalrechtelijke grondslag en als die bestaat, wat is de concrete rechtsgrondslag? In dit artikel komt allereerst het juridische raamwerk omtrent NEO's aan de orde. Daarna wordt ingegaan op de twee meest bediscussieerde (potentiële) rechtsgronden van het internationaal recht: het recht op zelfverdediging en het gewoonterecht. Vervolgens komt een viertal andere (potentiële) rechtvaardigingsgronden aan bod. Ik sluit af met een conclusie en een korte vooruitblik over NEO's in de toekomst. Dit artikel beperkt zich tot het internationale recht. Het nationale recht van betrokken staten zal daarom buiten beschouwing worden gelaten.

2. Het juridische raamwerk voor NEO's

Voorafgaand aan het bespreken van de verschillende (potentiële) rechtvaardigingsgronden voor NEO's, bespreek ik eerst kort het juridische raamwerk om een overzicht te krijgen van alle relevante juridische aspecten die betrekking hebben op NEO's.

De regels aangaande het (dreigen met) gebruik van geweld zijn een belangrijk deel van het internationale recht. In het internationaal recht is het geweldsverbod uit artikel 2, paragraaf 4 van het Handvest van de Verenigde Naties⁸ (hierna: VN-Handvest) het uitgangspunt.⁹ Dit geweldsverbod is de hoeksteen van het VN-Handvest en is daarnaast erkend als internationaal gewoonterecht.¹⁰ Er is echter geen overeenstemming over het exacte bereik van dit geweldsverbod.¹¹ Het gewelds-

⁶Voor de gehele beschrijving van deze operatie zie de site van het ministerie van defensie <http://magazines.defensie.nl/defensiekrant/2014/01/zuid-sudan> (geraadpleegd op 9 mei 2014).

⁷K.E. Eichensehr, *Defending Nationals Abroad: Assessing the Lawfulness of Forcible Hostage Rescues*, Virginia Journal of International Law vol. 48, 2007, p. 466; F. Naert, *Juridische aspecten van Non-Combatant Evacuation Operation (NEOs)*, Royal Defence College (ed), NEO-Represailles-Command responsibility. Studiedag voor Raadgevers in, het Recht van de Gewapende conflicten 29/04/2005. Teksten, Brussels, Royal Defence College, 2005, p. 7; N. Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 77; T. Ruys, *The 'Protection of Nationals' Doctrine Revisited*, Leuven centre for Global Governance Studies, 2008, p. 27.

⁸ Handvest van de Verenigde Naties, San Francisco, 24 oktober 1945.

⁹"All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations."

¹⁰ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1986, § 188; T. D. Gill & D. Fleck, *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford University Press, 2012, p. 188.

¹¹ C. Gray, *International law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2008, p. 30.

verbod is namelijk niet absoluut vanwege het bestaan van algemeen geaccepteerde uitzonderingen.¹² Zo is het recht op zowel individuele als collectieve zelfverdediging als uitzondering gecodificeerd in artikel 51 van het VN-Handvest.¹³ Statenpraktijk kan daarnaast verder bijdragen aan de uitbreiding van het aantal uitzonderingen op het geweldsverbod.¹⁴ Een aantal andere (potentiële) uitzonderingen wordt daarom in de sectie internationaal gewoonterecht op het gebied van NEO's en in de sectie overige (potentiële) rechtvaardigingsgronden voor NEO's nader besproken. Het voorgaande leidt derhalve tot de conclusie dat het geweldsverbod niet al het gebruik van statelijk geweld uit de wereld juridisch kan verbannen.

Doordat het geweldsverbod enigszins dynamisch is, is het van belang om de uitzonderingen nader te analyseren. Allereerst zijn de bevoegdheden van de VN-Veiligheidsraad,¹⁵ het orgaan dat de primaire verantwoordelijk heeft om de internationale vrede en veiligheid te handhaven,¹⁶ op het gebied van het gebruik van geweld relevant.¹⁷ Zo kan de VN-Veiligheidsraad onder meer het gebruik van geweld autoriseren. In feite is het legitiem om een NEO uit te voeren waaraan vooraf mandaat door de VN-Veiligheidsraad is verleend.¹⁸ Dit is echter tot op heden nog niet gebeurd¹⁹ en zal daarom in dit artikel niet uitvoerig worden besproken.

Het recht op zelfverdediging is, in tegenstelling tot een mandaat van de VN-Veiligheidsraad, herhaaldelijk aangevoerd als rechtvaardigingsgrond voor een NEO²⁰ en zal vanwege zijn buitengewone belang in relatie tot NEO's in de volgende sectie nader worden besproken. Andere aangedragen rechtvaardigingen voor NEO's, zoals een regel van internationaal gewoonterecht, diplomatieke bescherming, humanitaire gronden en mensenrechten, interventie op invitatie en noodzaak, komen daarna aan bod.

3. Het recht op zelfverdediging als rechtvaardigingsgrond voor NEO's

Het recht op zelfverdediging wordt hier besproken vanuit het perspectief van een staat. Zelfverdediging van een individu of collectieve zelfverdediging van de VN zal in dit artikel niet worden behandeld. Op het recht op zelfverdediging als rechtvaardigingsgrond wordt door staten veelvuldig

¹² *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, § 193.

¹³ "Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defense if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken the measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defense shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security." Het recht op zelfverdediging komt verderop in dit artikel uitvoerig aan bod.

¹⁴ N. Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 23.

¹⁵ <http://www.un.org/en/sc/>

¹⁶ Artikel 24 VN-Handvest.

¹⁷ Voor meer informatie over de VN-Veiligheidsraad in het algemeen zie P.Q.C Sands & P. Klein., *Bowett's Law of International Institutions*, Sweet & Maxwell, 2009.

¹⁸ F. Naert, *Juridische aspecten van Non-Combatant Evacuation Operation (NEOs)*, Royal Defence College (ed), NEO-Represailles-Command responsibility. Studiedag voor Raadgevers in, het Recht van de Gewapende conflicten 29/04/2005. Teksten, Brussels, Royal Defence College, 2005, p. 4 – 5.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ A.W.R. Thomson, *Doctrine of the Protection of Nationals Abroad: Rise of the Non-Combatant Evacuation Operation*, Washington University Global Studies Law Review, p. 638.

een beroep gedaan bij de verantwoording van NEO's.²¹ Daarentegen is de reikwijdte van dit recht al sinds zijn codificatie onderwerp van discussie vanwege verschillende interpretaties van het VN-Handvest. De aanslagen van 11 september 2001 hebben daarnaast invloed gehad op de opvattingen over zelfverdediging door staten.²²

Het recht op zelfverdediging kent een lange geschiedenis en komt voort uit de befaamde *Caroline case* van 1837.²³ Dit incident wordt gezien als een precedent voor een regel van internationaal gewoonterecht.²⁴ In 1945 is vervolgens het recht op zelfverdediging opgenomen in artikel 51 van het VN-Handvest. Dit is echter niet de enige bron van internationaal recht waarin het recht op zelfverdediging is opgenomen,²⁵ hetgeen onder meer zal blijken bij het bespreken van de voorwaarden voor het rechtmatig uitoefenen van het recht op zelfverdediging.

Voorwaarden voor het uitoefenen van het recht op zelfverdediging

Voor het rechtmatig uitoefenen van het recht op zelfverdediging moet aan verschillende strikte voorwaarden worden voldaan. Het Internationaal Gerechtshof heeft in een aantal uitspraken deze voorwaarden nader uitgewerkt. Allereerst moet een verklaring van de aangevallen staat worden uitgegeven dat het slachtoffer is van een gewapende aanval ("armed attack").²⁶ De gewapende aanval is een *conditio sine qua non* voor het rechtmatig uitoefenen van het recht op zelfverdediging. De gewapende aanval moet verder opzettelijk ("intentional") zijn²⁷ en de staat die slachtoffer is, moet een bewijslast ("burden of proof") overleggen.²⁸ Het Internationaal Gerechtshof maakt daarbij onderscheid tussen "the most grave forms of the use of force (those constituting an Armed attack) from other less grave forms".²⁹ Verder heeft het Internationaal Gerechtshof aangegeven dat "a mere frontier incident" geen *armed attack* is.³⁰ Deze drempel is echter wellicht te hoog en wordt daarom als controversieel bestempeld.³¹ Het Internationaal

²¹ A.W.R. Thomson, *Doctrine of the Protection of Nationals Abroad: Rise of the Non-Combatant Evacuation Operation*, Washington University Global Studies Law Review, p. 638.

²² C. Gray, *International law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2008, p. 10.

²³ In deze *case* werd gesteld dat voor (anticiperende) zelfverdediging sprake van een "instant and overwhelming necessity for self-defence, leaving no choice of means and no moment for deliberation" moet zijn; 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.

²⁴ M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 2008, p. 1131. Voor meer informatie over de *Caroline case* zie 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; Waldock C.M.H., 'The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law'. Vol. 81 *Recueil des Cours* 1952-II, p. 462 - 464.

²⁵ Zie bijvoorbeeld artikel 21 van Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts [draft articles].

²⁶ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1986, § 195; see also Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, § 146.

²⁷ Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2003, § 64.

²⁸ Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2003, § 71.

²⁹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1986, § 191.

³⁰ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1986, § 195.

³¹ Y. Dinstein, *War Aggression and Self-Defence*, Cambridge University Press, 2005, p. 195 - 196; C. Gray, *International law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2008, p. 177 - 181; J.A. Green, *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law*, Hart Publishing, 2009, p. 33 - 41; M. Schmitt & J. Pejic., *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 55 - 63, 170 - 171.

Gerechtshof heeft deze opvatting in de *Oil Platforms case* bevestigd.³² Een algemeen geaccepteerde definitie die omschrijft wat een armed attack precies is bestaat echter niet.³³ Zo concludeert Green “there is not an objective criterion against which actions can be tested to ascertain whether or not they are armed attacks.”³⁴ Green vervolgt zijn betoog met “there are a number of factors that are relevant to the question of whether any particular action constitutes an armed attack. Amongst these factors, gravity forms the main basis of the armed attack criteria.”³⁵ Ruys hanteert uiteindelijk een definitie van *armed attack* gebaseerd op die van Dinstein.³⁶ “An armed attack consists in the deliberate use of armed force against a State, producing, or liable to produce, serious consequences, epitomized by territorial intrusions, human casualties or considerable destruction of property.”³⁷ Ten slotte heeft de algemene vergadering van de VN³⁸ in artikel 3 van resolutie “Definition of Aggression”³⁹ bepaalde daden gekwalificeerd als *acts of aggression*.⁴⁰ Hoewel enige dubbelzinnigheid blijft bestaan over het criterium van de *armed attack*, is een aantal auteurs van mening dat staatsburgers in het buitenland deel uitmaken van de bevolking van de staat en daarom één van haar essentiële belangen zijn. Dit impliceert dat een gewapende aanval gericht op staatsburgers in het buitenland kan worden gelijk gesteld aan een gewapende aanval gericht tegen de staat zelf. Artikel 51 van het VN-Handvest komt dan binnen handbereik.⁴¹ Deze opvatting is echter nog onderwerp van een discussie die in deze sectie aan de orde komt.

De tweede voorwaarde is de meldplicht (“reporting requirement”). De staat die het recht op zelfverdediging gebruikt, moet dit aan de VN-Veiligheidsraad melden.⁴² Dit is geen regel van internationaal gewoonterecht,⁴³ maar het volgende statement van het Internationaal Gerechtshof is van substantieel belang: “for the purpose of enquiry into the customary law position, the absence of a report may be one of the factors indicating whether the State in question was itself convinced that it was acting in self-defence.”⁴⁴

³² *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2003, § 64.

³³ J.F.R. Boddens Hosang, *Self-Defence in Military Operations: The Interaction between the Legal Bases for Military Self-Defence and Rules of Engagement, Military Law and the Law of War Review*, 2008, p. 35 - 36; T. Ruys, *Armed Attack and Article 51 of the UN Charter - Evolutions in Customary Law and Practice*, Cambridge University Press, 2010.

³⁴ J.A. Green, *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law*, Hart Publishing, 2009, p. 41.

³⁵ J.A. Green, *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law*, Hart Publishing, 2009, p. 60.

³⁶ Y. Dinstein, *War Aggression and Self-Defence*, Cambridge University Press, 2005, p. 193.

³⁷ T. Ruys, *Armed Attack and Article 51 of the UN Charter - Evolutions in Customary Law and Practice*, Cambridge University Press, 2010, p. 542.

³⁸ <http://www.un.org/en/ga/>

³⁹ United Nations General Assembly, New York, 14 December 1974, Resolution 3314, A/RES/3314 (XXIX).

⁴⁰ Bijvoorbeeld “[t]he invasions or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation [...]” and “[a]n attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State”.

⁴¹ F. Baetens, *Het conflict in Libië, de Veiligheidsraad en het Strafhof: enkeltje Den Haag?*, Internationale Spectator, nr. 4, 2011; P.J.J. Kruit van der, *Handboek Militair Recht*. Nederlandse Defensie Academie, 2009, p. 440; T. Ruys, *The Protection of Nationals' Doctrine Revisited*, Leuven centre for Global Governance Studies, 2008, p. 5.

⁴² *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, §145; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, § 200; zie tevens artikel 51 VN-Handvest.

⁴³ Y. Dinstein, *War Aggression and Self-Defence*, Cambridge University Press, 2005, p. 216.

⁴⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, § 200.

De volgende voorwaarde is dat de maatregelen die worden genomen als acties van zelfverdediging niet in strijd mogen zijn met de criteria noodzakelijkheid en proportionaliteit.⁴⁵ Deze criteria zijn niet opgenomen in artikel 51 van het VN-Handvest, maar zijn afgeleid van internationaal gewoonterecht. Het Internationaal Gerechtshof geeft bovendien de voorkeur aan niet-gewelddadige acties boven gewelddadige acties.⁴⁶ Geweld mag dus alleen worden toegepast als geen andere opties meer mogelijk zijn; er mag geen passend alternatief zijn als met geweld wordt gereageerd. Het proportionaliteitscriterium geeft daarnaast aan dat de acties proportioneel, niet excessief, mogen zijn in verhouding met de gewapende aanval waarop wordt gereageerd door middel van zelfverdediging.

Het laatste criterium betreft onmiddellijkheid (“immediacy”). Een strikte norm of richtlijn die aangeeft wanneer zelfverdediging in strijd is met deze voorwaarde bestaat niet.⁴⁷ Om te bepalen of voldaan is aan deze voorwaarde moet naar alle relevante omstandigheden van de casus worden gekeken. Green geeft de statenpraktijk weer die ook als basis voor gewoonterecht geldt: “there should be some temporal link between the response taken to an actual attack [...] and the attack itself”.⁴⁸ Deze opvatting levert echter nog steeds geen algemene opvatting op en zo blijft dit criterium enigszins flexibel.⁴⁹ Daarbij komt wel dat acht moet worden geslagen op het significante verschil tussen zelfverdediging en represailles.⁵⁰

Het recht op zelfverdediging toegepast op NEO's

Zoals reeds besproken is geen expliciet recht om NEO's uit te voeren opgenomen in het VN-Handvest of in een andere gezaghebbende primaire bron van internationaal recht. In de meeste gevallen heeft men getracht NEO's te rechtvaardigen door middel van een beroep op het recht op zelfverdediging.⁵¹ Hiervoor zijn de voorwaarden voor het uitoefenen van het recht op zelfverdediging besproken. In deze paragraaf volgt een korte analyse van het recht op zelfverdediging toegepast op NEO's.

Ondanks het feit dat geen exacte definitie van de *armed attack* is vastgesteld,⁵² behoeft de verklaring het slachtoffer te zijn van een (op handen zijnde) gewapende aanval niet problematisch te zijn in het geval van een NEO. Zonder (de echte dreiging van) gevaar voor staatsburgers is namelijk geen behoefte aan een NEO. Deze voorwaarde is dus inherent aan de omstandigheden die de NEO

⁴⁵ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1986, § 194, 237; Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2003, §74 - 77; Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, §147.

⁴⁶ J.A. Green, *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law*, Hart Publishing, 2009, p. 63 – 96.

⁴⁷ J.A. Green, *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law*, Hart Publishing, 2009, p. 101 – 104.

⁴⁸ J.A. Green, *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law*, Hart Publishing, 2009, p. 102.

⁴⁹ Interessante casus in deze is bijvoorbeeld de Falklandoorlog. Op 2 april 1982 vond de Argentijnse invasie van de Falklandeilanden plaats. De VN kwalificeerde dit als een *breach of the peace* en onderkende (impliciet) het recht op zelfverdediging van het Verenigd Koninkrijk. Ondanks dat het de strijdkrachten van het Verenigd Koninkrijk vervolgens vele weken kostte om hun *task force* richting de Falklandeilanden te transporteren met als oogmerk het heroveren van de eilanden, meldden de Britse autoriteiten direct hun intentie om op de Argentijnse aanval te reageren. De uitoefening van het recht op zelfverdediging werd in dit geval rechtmatig geacht. Zie onder meer United Nations General Assembly, New York, 3 April 1982, Resolution 502; Military history, The Falklands War: An Overview, at WWW <<http://militaryhistory.about.com/od/battleswars/1900s/p/falklands.htm>> (geraadpleegd op 20 september 2014).

⁵⁰ D.W. Bowett, *Reprisals Involving Recourse to Armed Force*, American Journal of International Law, vol. 66, 1972, p. 1.

⁵¹ C. Gray, *International law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2008, p. 156 – 157.

⁵² Zie de paragraaf Voorwaarden voor het uitoefenen van het recht op zelfverdediging.

initieren. In het geval er, op dit punt, niet meer een daadwerkelijke aanleiding is voor een NEO, is er eveneens geen situatie meer die voldoet aan dit criterium.⁵³

De meldplicht behoeft geen complicatie te zijn bij het claimen van zelfverdediging. Hoewel NEO's over het algemeen *top secret* zijn, kan een NEO naderhand direct worden gemeld aan de VN-Veilighheidsraad om aan deze voorwaarde te voldoen.⁵⁴

Het criterium van noodzakelijkheid kan worden afgeleid uit de gerelateerde omstandigheden. Vreedzame methoden prevaleren boven gewelddadigheden zodat overgaan tot het inzetten van geweld slechts is toegestaan als laatste optie. Beter geformuleerd, "the need to respond in self-defence must be overwhelming".⁵⁵ Het befaamde voorbeeld *operation Thunderbolt* van Israël is een sprekend voorbeeld van een situatie waarin onderhandelingen faalden (de rol van de overheid van Oeganda was overigens dubieus) en waarbij de staat (Israël) overging tot de inzet van militairen die gebruik maakten van geweld bij de NEO.⁵⁶ Hierbij dient wel als kanttekening te worden opgemerkt dat het niet altijd mogelijk is om te onderhandelen; onderhandelingen met bijvoorbeeld terroristen worden door enkele staten zelfs uitgesloten. Het bereiken van een oplossing via vreedzame methoden moet desalniettemin te allen tijde worden geprobeerd.

Het criterium van proportionaliteit behoeft eveneens geen onoverkomelijk probleem te zijn. Vanzelfsprekend is geen discussie mogelijk over een disproportionele reactie van een invasie (totale grondoorlog) als het enige doel het beschermen van staatsburgers is.⁵⁷ Een operatie met een *low military profile* is uiteraard de beste optie met het oog op de juridische en wellicht ook politieke rechtvaardiging.⁵⁸

Het criterium van onmiddellijkheid lijkt in relatie met NEO's duidelijk omdat het is geïntegreerd in de omstandigheden die de aanleiding voor de NEO zijn; in het geval van een actuele dreiging voor staatsburgers moet onmiddellijk worden opgetreden. Een afwachtende houding is namelijk bij daadwerkelijk acuut gevaar niet gewenst. Ook hier geldt dus dat zodra niet meer een actuele aanleiding is voor een NEO, er ook geen situatie meer is die voldoet aan dit criterium.

Concluderend kan worden gesteld dat zowel de voorbereiding als de uitvoering van een NEO weloverwogen moet zijn. De staat die besluit tot het uitvoeren van een NEO moet daarbij aandacht schenken aan alle hiervoor besproken voorwaarden. Indien rekening wordt gehouden met deze beperkingen, behoeft het uitoefenen van het recht op zelfverdediging geen onoverkomelijk probleem te zijn bij het uitvoeren van een NEO. Of dit ook daadwerkelijk zo is gebleken bij een aantal NEO's zal in de volgende paragraaf nader worden besproken.

⁵³ Zie de paragraaf Kritiek op het recht op zelfverdediging als rechtvaardigingsgrond voor NEO's voor een nadere analyse over deze voorwaarde.

⁵⁴ C. Gray, *International law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2008, p. 121 - 124; M. Williamson, *Terrorism, War and International Law*, MPG books LTD, 2009, p. 113.

⁵⁵ J.A. Green, *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law*, Hart Publishing, 2009, p. 76.

⁵⁶ T.C. Wingfield, *Forcible Protection of Nationals Abroad*, The Dickinson School of Law of The Pennsylvania State University, 2000, p. 238 - 239.

⁵⁷ Zie in dit kader tevens de volgende opmerking van Van der Kruit "De NEO dient beperkt te blijven tot het ontzetten van de landgenoten en dient het geweldgebruik te worden beperkt tot verdedigend optreden." P.J.J. van der Kruit, *Handboek Militair Recht*, Nederlandse Defensie Academie, 2009, p. 440.

⁵⁸ De Nederlandse NEO in Sirte, Libië (2011) is een uitstekend voorbeeld van een NEO met een *low military profile*. De inzet van militaire middelen bestond hier uit louter één transporthelikopter met drie bemanningsleden aan boord. Voor meer informatie over NEO's met een *low military profile* en gelimiteerde interventies zie de sectie: Internationaal gewoonterecht op het gebied van NEO's.

Voorbeelden van NEO's met zelfverdediging als rechtvaardiging

Deze paragraaf beschrijft enkele voorbeelden van NEO's waarbij de staat die haar staatsburgers evacueerde een beroep heeft gedaan op het recht op zelfverdediging. Helaas is het binnen de marges van dit artikel niet mogelijk om een compleet overzicht aan voorbeelden van NEO's te bespreken.

De Verenigde Staten claimde dat uitnodiging van de lokale overheid en zelfverdediging de juridische rechtvaardigingen waren om haar staatsburgers te beschermen in de Dominicaanse Republiek (1965)⁵⁹ evenals in Grenada (1983)⁶⁰. De algemene vergadering van de VN keurde de bemoeienissen in Grenada echter af.⁶¹ Operatie "Urgent Fury" kan namelijk worden geclassificeerd als een disproportionele reactie want het was een grote amfibische en air assault operatie⁶² in plaats van louter een reddingsoperatie. Daarbij komt dat beide interventies niet onomstreden zijn omdat zij het lokale gezag hebben omvergeworpen en nieuwe regimes hebben geïnstalleerd.⁶³ Dergelijke acties kunnen niet worden gezien als interventies met als enige (of voornaamste) doel het beschermen van eigen staatsburgers.⁶⁴ Daarbij komt dat er zelfs twijfels waren over het daadwerkelijke gevaar voor Amerikaanse staatsburgers.⁶⁵

Het Internationaal Gerechtshof heeft de kans gehad om dergelijke situaties te onderzoeken in een andere zaak: *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States of America v. Iran), Judgment, I.C.J. Reports 1980. Deze zaak gaat over een gevaarlijke reddingsoperatie ondernomen door verschillende eenheden van de *United States Armed Forces* met als doel om 53 Amerikaanse gegijzelde staatsburgers te redden uit de Amerikaanse ambassade in Teheran (Iran). De operatie was een "measure of self-defence"⁶⁶ nadat onderhandelingen op niets waren uitgelopen. De operatie zelf mislukte echter ook.⁶⁷ Dit was de eerste keer dat het Internationaal Gerechtshof in de positie was om een uitspraak te doen over het gebruik van geweld bij het beschermen van staatsburgers in het buitenland.⁶⁸ Helaas was de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof beperkt en heeft het zich niet uitgelaten over de (il)legaliteit van de operatie zelf of over dergelijke operaties in het algemeen: "the Court must point out that neither the question of the legality of the operation of 24 April 1980, under the Charter of the United Nations and under general international law, nor any possible question of responsibility flowing from it, is before the Court. It must also point out that this

⁵⁹ 1196th meeting of the Security Council, 3 May 1965, Security Council Official Records, 20th Year, vol. 72.

⁶⁰ UN Doc. S/PV.2489 (United Nations Security Council: debate on the invasion of Grenada by the United States).

⁶¹ UN Doc. A/38/PV.43 (United Nations General Assembly: The Situation in Grenada).

⁶² R.B. Lillich, *Forcible Protection of Nationals Abroad: The Liberian 'Incident' of 1990*, German Year Book of International Law vol. 35, 1992, p. 242.

⁶³ K.E. Eichensehr, *Defending Nationals Abroad: Assessing the Lawfulness of Forcible Hostage Rescues*, Virginia Journal of International Law vol. 48, 2007, p. 476 - 477; C. Gray, *International Law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2008, p. 91.

⁶⁴ "[the] US interventions clearly went beyond the protection of nationals that was claimed as one of the justifications for the intervention."; C. Gray, *International Law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2008, p. 92.

⁶⁵ C. Gray, *International Law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2008, p. 158; T. Ruys, *The Protection of Nationals' Doctrine Revisited*, Leuven Centre for Global Governance Studies, 2008, p. 10 - 13; T.C. Wingfield, *Forcible Protection of Nationals Abroad*, The Dickinson School of Law of The Pennsylvania State University, 2000, p. 63; Voor meer informatie over de acties van de Verenigde Staten in Grenada zie C.C. Joyner, *The United States Action in Grenada: Reflections on the Lawfulness of Invasion*, 78 American Journal of International Law 131, 1984.

⁶⁶ N. Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 45.

⁶⁷ K.E. Eichensehr, *Defending Nationals Abroad: Assessing the Lawfulness of Forcible Hostage Rescues*, Virginia Journal of International Law vol. 48, 2007, p. 453 - 456.

⁶⁸ N. Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 41.

question can have no bearing on the evaluation of the conduct of the Iranian Government over six months earlier, on 4 November 1979, which is the subject-matter of the United States' Application. It follows that the findings reached by the Court in this Judgment are not affected by that operation."⁶⁹ Het Internationaal Gerechtshof velde wel een oordeel over andere aspecten die betrekking hebben op deze zaak: "[the United States of America] may have had understandable preoccupations with respect to the well-being of its nationals held hostage"⁷⁰. Het Internationaal Gerechtshof was zelfs kritisch over "the incursion into the territory of Iran made by United States military units on 24-25 April 1980."⁷¹ Het Internationaal Gerechtshof kwam uiteindelijk tot het oordeel dat de operatie volgens hem "[undermined] respect for the judicial process in international relations".⁷² De slotsom luidde vervolgens "no action was to be taken by either party which might aggravate the tension between the two countries."⁷³ Alles overziend heeft deze uitspraak dus weinig bijgedragen aan het debat op het gebied van de legaliteit van NEO's.

Niet alleen de Verenigde Staten hebben een verleden op het gebied van NEO's. Zoals reeds aangehaald heeft Israël bij de VN-Veiligheidsraad een beroep gedaan op het recht op zelfverdediging na operatie "Thunderbolt".⁷⁴ Deze operatie werd uitgevoerd door commando's van de *Israel Defense Forces*. Deze commando's redden Israëlische staatsburgers die met een gekaapt vliegtuig na een korte stop in Libië waren geland op het vliegveld van Entebbe (Oeganda). Naast een beroep op het recht op zelfverdediging kwam Israël met een extra justificatie voor deze operatie: Israël beriep zich op een statement van auteur O'Connell die claimt dat het aan staten moet worden toegelaten om gebruik te maken van "a limited use of force when the UN machinery was ineffective".⁷⁵ De VN-Veiligheidsraad heeft dit argument echter verworpen.⁷⁶ De Verenigde Staten steunden de opvatting van Israël op het gebied van de legaliteit van deze operatie in het kader van zelfverdediging wel terwijl vele andere staten de Israëlische opvatting juist verwierpen.⁷⁷ Ondanks dat deze operatie NEO's in de schijnwerpers bracht, was het gevolg van de verdeeldheid onder de verschillende staten dat een uitgebreide algemeen geaccepteerde richtlijn achterwege bleef.

In een andere zaak verklaarde Frankrijk dat het handelde op basis van zelfverdediging bij het beschermen van zijn staatsburgers toen Franse troepen intervenieerden in Tsjaad (1992).⁷⁸ Een analyse van de relevante omstandigheden en feiten geeft echter een compleet tegenovergesteld beeld: Frankrijk had troepen in Tsjaad gepositioneerd om de lokale overheid te verdedigen en om te anticiperen op een conflict in buurland Darfur.⁷⁹ Het standpunt van Frankrijk dat het alleen zijn

⁶⁹ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Judgment, I.C.J. Reports 1980, § 93.

⁷⁰ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Judgment, I.C.J. Reports 1980, § 93.

⁷¹ Ibidem.

⁷² Ibidem.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ C. Gray, *International law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2008, p. 32; N. Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 55.

⁷⁵ SC 1942nd meeting, para 102; 1976 UNYB 315.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ R.B. Lillich, *Forcible Protection of Nationals Abroad: The Liberian 'Incident' of 1990*, German Year Book of International law vol. 35, 1992, p. 239; N. Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 56.

⁷⁸ C. Gray, *International law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2008, p. 89.

⁷⁹ Ibidem.

staatsburgers aan het beschermen was op grond van het recht op zelfverdediging kan dus niet langer stand houden.

Het Verenigd Koninkrijk heeft eveneens een aantal NEO's uitgevoerd. In het verleden heeft de Britse overheid aangegeven dat de rechtvaardiging voor NEO's "comes from article 51 [of the UN Charter] as a form of self-defence."⁸⁰ Na de Britse interventie in Suez (1956) is deze visie uitgebreid met een drietal voorwaarden: "whether there is an imminent threat of injury to nationals"; "whether there is a failure of inability on the part of the territorial sovereign to protect the nationals in question" and "whether the measures of protection are strictly confined to the object of protecting them against injury."⁸¹ Deze aanpak is onder meer herhaald in de reddingsoperatie op Zanzibar (1964).⁸²

De conclusie die is af te leiden uit de aangehaalde voorbeelden is dat ondanks het feit dat verscheidene staten een beroep hebben gedaan op het recht op zelfverdediging, dat de relevante omstandigheden van de gevallen regelmatig afbreuk hebben gedaan aan hun rechtvaardiging. Het succes van het beroep op het recht op zelfverdediging varieert dus.

Kritiek op het recht op zelfverdediging als rechtvaardigingsgrond voor NEO's

De voorwaarden die moeten worden vervuld op het moment dat een staat claimt dat het rechtmatig gebruik maakt van het recht op zelfverdediging zijn reeds besproken. Het vervullen van deze voorwaarden bij NEO's is complex gebleken. Al bij de eerste voorwaarde, dat sprake moet zijn van een gewapende aanval en dat de aangevallen staat hier een melding van moet maken, kunnen de nodige problemen rijzen. Kan een gewapende aanval op de staatsburgers van een staat worden gezien als een gewapende aanval op de staat zelf? Dit kan in bepaalde gevallen betwistbaar zijn en zo heeft een complex debat plaatsgehadt over "whether or not an armed attack on a citizen is an attack on the state".⁸³ In het bijzonder kan dit discutabel zijn als staatsburgers worden geëvacueerd als reactie op een dreiging van een gewapende aanval in plaats van een concrete gewapende aanval. Hoe kan aan de bewijslast worden voldaan indien er niet meer dan een dreiging van een gewapende aanval op staatsburgers is?⁸⁴ Bowett geeft een kernachtige benadering om deze problematiek aan te pakken in zijn artikel "Self-Defense in International Law".⁸⁵ Thomson vat de opvatting van Bowett aldus samen: "[Bowett] argued for a relative balancing of a State's right to protect its nationals against another State's right to territorial integrity."⁸⁶ Deze benadering is echter tot dusver nog niet gebruikt.⁸⁷ Bovendien zijn diverse auteurs van mening dat een dreigende

⁸⁰ UK Foreign Policy Document., 'UK Materials on International Law', 57 British Yearbook of International Law vol. 614, 1986.

⁸¹ G. Marston, *Armed Intervention in the 1956 Suez Canal Crisis: The Legal Advice Tendered to the British Government*, International and Comparative Law Quarterly, vol. 37, 1988, p. 773 - 795, 800; C. Gray, *International law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2008, p. 158.

⁸² N. Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 32.

⁸³ A.W.R. Thomson, *Doctrine of the Protection of Nationals Abroad: Rise of the Non-Combatant Evacuation Operation*, Washington University Global Studies Law Review, vol. 11 627, 2012, p. 631.

⁸⁴ F. Naert, *Juridische aspecten van Non-Combatant Evacuation Operation (NEOs)*, Royal Defence College (ed), NEO-Represailles-Command responsibility. Studiedag voor Raadgevers in, het Recht van de Gewapende conflicten 29/04/2005. Teksten, Brussels, Royal Defence College, 2005, p. 5 - 6.

⁸⁵ D.W. Bowett, *Self-Defence in International Law*, 1958, p. 6 - 8.

⁸⁶ A.W.R. Thomson, *Doctrine of the Protection of Nationals Abroad: Rise of the Non-Combatant Evacuation Operation*, Washington University Global Studies Law Review, vol. 11 627, 2012, p. 631.

⁸⁷ Ibidem.

gewapende aanval op de burgers van een staat een dreigende gewapende aanval op de staat zelf kan zijn (mits voldaan aan de relevante criteria⁸⁸).⁸⁹

Een ander belangrijk aspect is dat NEO's niet altijd worden gemeld aan de VN-Veiligheidsraad.⁹⁰ Indien de NEO plaatsvond in een staat zonder effectieve regering, dan zal deze regering niet klagen (of is zij niet in staat om te klagen) over de interventie op haar grondgebied. Andere staten en internationale organisaties kunnen dit overigens wel doen, maar het is maar de vraag of zij een belang hebben bij een dergelijke inspanning. Het gevolg hiervan is dat de legaliteit van een NEO in overeenkomstige gevallen veelal niet wordt betwist en de interveniërende staat dus niet verantwoordelijk zal worden gehouden voor mogelijke schendingen van het internationale recht. Deze situatie kan worden misbruikt door de interveniërende staat. Het gebrek aan een solide uitspraak van het Internationaal Gerechtshof heeft bovendien niet bijgedragen om de juridische restricties en het toezicht op NEO's te verhelderen.

Zoals reeds besproken zijn NEO's in het verleden misbruikt als dekmantel voor andere doelen waaronder het omverwerpen van een regime: "[States have] often resorted to force with the excuse of protecting nationals abroad."⁹¹ Het gevolg hiervan is dat NEO's tegenwoordig kritisch tegen het licht worden gehouden en dat commentaar betreffende hun legaliteit op voorhand is toegenomen. De in dit artikel aangehaalde voorbeelden van NEO's ondersteunen bovendien de opvatting dat de meeste staten in de praktijk de veiligheid van hun staatsburgers laten prevaleren boven (mogelijke) schendingen van het internationale recht. Dit is een zorgwekkende ontwikkeling met het oog op de juridische restricties op het gebied van het gebruik van geweld in internationale relaties. Aan de andere kant dienen juridische voorwaarden als noodzakelijkheid, proportionaliteit en onmiddellijkheid als strenge begrenzingsin zake de legaliteit van deze operaties. In het kort betekent dit dat de maatregelen die in het kader van zelfverdediging worden genomen te allen tijde rekening moeten houden met de principes van noodzakelijkheid en proportionaliteit en dat zij het criterium van onmiddellijkheid moeten eerbiedigen.⁹²

Al het bovenstaande overwegende blijkt dat er een enorm complex debat is op het gebied van NEO's waarbij verscheidene factoren een rol spelen. Elke NEO moet daarom individueel worden beoordeeld en vele vragen kunnen vervolgens worden gesteld als een staat een beroep doet op het recht op zelfverdediging als rechtvaardiging voor een NEO. Tegenover deze constatering staat een opvallende kentering in het debat welke heeft geresulteerd in overeenstemming over enkele cruciale aangelegenheden. Deze ontwikkelingen worden in de volgende sectie besproken bij de analyse van internationaal gewoonterecht op het gebied van NEO's.

⁸⁸ Zie de paragraaf: Voorwaarden voor het uitoefenen van het recht op zelfverdediging.

⁸⁹ K.E. Eichensehr, *Defending Nationals Abroad: Assessing the Lawfulness of Forcible Hostage Rescues*, *Virginia Journal of International Law* vol. 48, 2007, p. 468 - 470; T.D. Gill & D. Fleck, *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford University Press, 2012, p. 217 - 219; R.B. Lillich, *Forcible Protection of Nationals Abroad: The Liberian 'Incident' of 1990*, *German Year Book of International Law* vol. 35, 1992, p. 247; T. Ruys, *The 'Protection of Nationals' Doctrine Revisited*, Leuven centre for Global Governance Studies, 2008, p. 5.

⁹⁰ C. Gray, *International Law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2008, p. 159.

⁹¹ N. Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 22.

⁹² Voor een gedetailleerde analyse van deze criteria zie de paragraaf: Voorwaarden voor het uitoefenen van het recht op zelfverdediging.

4. Internationaal gewoonterecht op het gebied van NEO's

Gewoonterecht is één van de primaire bronnen van het internationale recht⁹³ en bestaat uit *opinio iuris* (*sive necessitates*) en statenpraktijk.⁹⁴ Hierin schuilt direct een uitdaging: hoe worden regels van internationaal gewoonterecht precies vastgesteld en door welke autoriteit. Zo loopt het vaststellen van statenpraktijk tegen een belangrijk vraagstuk aan; wie definieert wat een bepaalde staat doet en wat de exacte waarde van die actie is? Het Internationaal Gerechtshof heeft een stelregel over de continuïteit en herhaling van een regel van internationaal gewoonterecht gecreëerd; de regel moet “in accordance with a constant and uniform usage practised by the States in question” zijn.⁹⁵ Het Internationaal Gerechtshof heeft eveneens de voorwaarden voor *opinio iuris* gedefinieerd: “[...] two conditions must be fulfilled. Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it.”⁹⁶ Het onderzoeken van *opinio iuris* brengt ook de nodige uitdagingen met zich mee. Zo is bijvoorbeeld de *opinio* van een staat onderhevig aan veranderingen.⁹⁷ Deze problematiek heeft een significante invloed op de discussie over de legaliteit van NEO's. Staten zijn namelijk geneigd eigen acties toe te staan terwijl die van andere staten worden veroordeeld (in enkele gevallen zelfs zonder behoorlijke onderbouwing). De scheiding tussen juridische en politieke argumenten verwatert dan ook enigszins op dit vlak. Dit artikel beperkt zich echter tot een juridische analyse waarbij politieke motieven zoveel mogelijk buiten beschouwing worden gelaten. In deze sectie worden zowel de statenpraktijk als *opinio iuris* op het gebied van NEO's nader geanalyseerd.⁹⁸

NEO's zijn in het verleden herhaaldelijk ten uitvoer gebracht.⁹⁹ Voordat het VN-Handvest van kracht was, bestond een erkende rechtsregel om NEO's uit te voeren. Deze rechtsregel is door verscheidene staten veelvuldig aangehaald,¹⁰⁰ maar is niet gecodificeerd. Het doctrinaire debat is vervolgens veranderd toen het geweldsverbod werd opgenomen in artikel 2, paragraaf 4 van het VN-Handvest. De statenpraktijk heeft deze ontwikkeling echter niet gevolgd met als gevolg dat hier een duidelijk verschil tussen het recht en de statenpraktijk ontstond. Bovendien heeft het Internationaal Gerechtshof in 1986 een belangrijke uitspraak gedaan over interventies: “the principle of non-intervention derives from customary international law”.¹⁰¹ Deze uitspraak is relevant met het oog op NEO's.

De eerder in dit artikel besproken *operation Thunderbolt* is niet volledig bekritiseerd door de VN-Veiligheidsraad. Zo werd deze operatie gesteund door zowel de Verenigde Staten als Frank-

⁹³ Article 38 (1) Statute of the International Court of Justice, San Francisco, 26 June 1945.

⁹⁴ M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 2008, p. 74.

⁹⁵ *Asylum Case (Colombia v. Peru)*, Judgment, I.C.J. Reports 1950, p. 14.

⁹⁶ *North Continental Shelf case (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, §77.

⁹⁷ C. Gray, *International law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2008, p. 9.

⁹⁸ Het gaat binnen het bereik van dit artikel te ver om een het internationaal gewoonterecht tot in detail te analyseren. Dit gedeelte is daarom beperkt tot het strikt noodzakelijke.

⁹⁹ C. Gray, *International law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2008, p. 159; R.B. Lillich, *Forcible Protection of Nationals Abroad: The Liberian 'Incident' of 1990*, *German Year Book of International Law* vol 35, 1992, p. 248; zie tevens de in dit artikel besproken voorbeelden.

¹⁰⁰ S.A. Alexandrov, *Self-Defense Against the Use of Force in International Law*, Kluwer Law International, 1996, p. 188 - 189; K.E. Eichensehr, *Defending Nationals Abroad: Assessing the Lawfulness of Forcible Hostage Rescues*, *Virginia Journal of International Law* vol. 48, 2007, p. 459, 465; M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 2008, p. 1143.

¹⁰¹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, § 246.

rijk.¹⁰² Deze casus is als bewijs gebruikt voor een rechtsregel onder internationaal gewoonterecht om NEO's uit te voeren.¹⁰³ Aan de andere kant heeft een aantal staten deze Israëlische operatie wel bekritiseerd omdat zij de rechtvaardigingsgrond niet ondersteunen.¹⁰⁴ Hieruit volgt dat er geen *opinio iuris* was over deze operatie en de VN-Veiligheidsraad geen resolutie vaststelde over deze casus.¹⁰⁵ *Operation Thunderbolt* is geen op zichzelf staande casus. Ronzitti merkt op dat “[State] practice shows there is a group of States, representing only one of the components of the international community, which have declared they are in favour of the lawfulness of intervention for protecting nationals abroad”.¹⁰⁶ Deze bron is echter gedateerd. Gray heeft meer recente statenpraktijk op het gebied van NEO's geanalyseerd. Onder meer de operaties van de Verenigde Staten in Liberia (1990), de Centraal-Afrikaanse Republiek (1996), Sierra Leone (1997),¹⁰⁷ Ivoorkust (2002), Haïti (2004),¹⁰⁸ de Franse operaties in Rwanda (1990, 1993¹⁰⁹ en 1994), de Centraal Afrikaanse Republiek (2002 en 2003), Ivoorkust (2002 en 2003¹¹⁰), Liberia (2002¹¹¹ en 2003¹¹²) en Tsjaad (2006) en de operaties van verscheidene staten in Libanon (2006).¹¹³ Gray komt tot het statement dat deze operaties door de VN niet als illegaal zijn betiteld. Daar komt nog bij dat andere staten zich niet hebben beklagd over deze operaties. Hieruit concludeert Gray dat deze voorbeelden van NEO's “[can] be seen as cases of consent or perhaps implied consent by the government to the rescue operation.”¹¹⁴ Volgens Gray leveren deze casussen het bewijs op dat derde staten gewillig zijn om NEO's te dulden indien het doel van de operatie zich beperkt tot louter het beschermen van staatsburgers.¹¹⁵ Verscheidene andere auteurs onderschrijven dit statement. Bijvoorbeeld Eichensehr die vindt dat “States have a

¹⁰² K.E. Eichensehr, *Defending Nationals Abroad: Assessing the Lawfulness of Forcible Hostage Rescues*, Virginia Journal of International Law vol. 48, 2007, p. 466.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ R.B. Lillich, *Forcible Protection of Nationals Abroad: The Liberian 'Incident' of 1990*, German Year Book of International Law vol 35, 1992, p. 239; N. Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 56.

¹⁰⁵ N. Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 40.

¹⁰⁶ N. Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 77.

¹⁰⁷ United Nations Security Council, New York 8 October 1997, resolution 1132.

¹⁰⁸ United Nations Security Council, New York 29 February 2004, resolution 1529; United Nations Security Council, New York 30 April 2004, resolution 1542; United Nations Security Council, New York 29 November 2004, resolution 1576.

¹⁰⁹ United Nations Security Council, New York 12 March 1993, resolution 812; United Nations Security Council, New York 22 June 1993, resolution 846; United Nations Security Council, New York 5 October 1993, resolution 872; United Nations Security Council, New York 20 December 1993, resolution 891.

¹¹⁰ UN doc S/2003/374; United Nations Security Council, New York 4 February 2003, resolution 1464; United Nations Security Council, New York 13 May 2003, resolution 1479; United Nations Security Council, New York 4 August 2003, resolution 1498; United Nations Security Council, New York 13 November 2003, resolution 1514.

¹¹¹ United Nations Security Council, New York 27 February 2002, resolution 1395; United Nations Security Council, New York 6 May 2002, resolution 1408.

¹¹² United Nations Security Council, New York 28 January 2003, resolution 1458; United Nations Security Council, New York 6 May 2003, resolution 1478; United Nations Security Council, New York 1 August 2003, resolution 1479; United Nations Security Council, New York 19 September 2003, resolution 1509; United Nations Security Council, New York 22 December 2003, resolution 1521.

¹¹³ C. Gray, *International law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2008, p. 159.

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ Ibidem.

carefully limited right to use force to rescue their nationals held and in danger abroad".¹¹⁶ Ook Ruys merkt deze ontwikkeling op: "[t]he new element in State practice, namely the increased political tolerance vis-à-vis limited evacuation operations".¹¹⁷ Anders gezegd, derde staten staan gelimiteerde interventies toe mits het doel van de operatie niet wordt uitgebreid met politieke doeleinden.¹¹⁸ De VN-Veiligheidsraad heeft een aantal resoluties aangenomen over de hiervoor besproken casussen,¹¹⁹ maar geen enkele resolutie betrof de gerelateerde NEO.¹²⁰ Daar komt nog bij dat de algemene vergadering van de VN geen enkele gerelateerde resolutie aannam.¹²¹ Bovendien is Tsagourias van mening dat de meeste kritiek van zowel de VN-Veiligheidsraad als de algemene vergadering van de VN niet over de juridische status van die operaties gaat, maar over "issues of proportionality and genuineness."¹²² Dit duidt op een situatie waarin NEO's als zodanig geaccepteerd lijken en waarbij een verschuiving van de aandacht van regels over het initiëren van NEO's naar regels die NEO's reguleren heeft plaatsgehad. Uit het voorgaande blijkt dat het niet eenvoudig is om *opinio iuris* (of zelfs juridische aanspraken) op het gebied van NEO's vast te stellen en daardoor verzwakt het statement betreffende gelimiteerde interventies. Verder bestaat nog een zwakte: in een aantal casussen is tot op de dag van vandaag tweeslachtigheid over de instemming (was die er wel of niet?).¹²³

De Nederlandse NEO in Sirte (Libië) is een modern voorbeeld van een gelimiteerde interventie. Deze operatie was vorm gegeven met een *low military profile*: slechts één transporthelikopter met louter boordpersoneel aan boord werd ingezet.¹²⁴ Naderhand verklaarde de Nederlandse regering dat het een civiele evacuatie was in plaats van een bevrijdingsactie.¹²⁵ De Nederlandse regering wilde deze actie niet als een daad van agressie kwalificeren, want Libië zou zich daar op kunnen beroepen om zodoende te kunnen reageren uit zelfverdediging. Verder beredeneerde zij tijdens de evaluatie van deze operatie dat bij het gebruik van geweld het risico voor de operatie drastisch zou toenemen.¹²⁶ Uit deze manier van optreden kan worden afgeleid dat de Nederlandse regering bij de voorbereiding van de operatie rekening hield met de rechtmatigheid. Desalniettemin gaat deze perceptie voorbij aan de gewenste situatie waarin instemming van de ontvangende staat aanwezig is.

Over een aantal recente NEO's was wel internationale overeenstemming. Toen Israël in 2006 Libanon binnenviel, evacueerden meerdere staten hun staatsburgers vanwege de oorlogshandelingen en het bijbehorend gevaar.¹²⁷ Over de legaliteit van deze NEO's was nagenoeg volledige overeen-

¹¹⁶ K.E. Eichensehr, *Defending Nationals Abroad: Assessing the Lawfulness of Forcible Hostage Rescues*, Virginia Journal of International Law vol. 48, 2007, p. 484.

¹¹⁷ T. Ruys, *The 'Protection of Nationals' Doctrine Revisited*, Leuven centre for Global Governance Studies, 2008, p. 35.

¹¹⁸ Voor NEO's in combinatie met politieke doeleinden zie de paragraaf: Kritiek op het recht op zelfverdediging als rechtvaardigingsgrond voor NEO's.

¹¹⁹ Zie voetnoten 107 - 112.

¹²⁰ T. Ruys, *The 'Protection of Nationals' Doctrine Revisited*, Leuven centre for Global Governance Studies, 2008, p. 28.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² N. Tsagourias, *Necessity and the Use of Force: A Special Regime*, Netherlands Yearbook of International Law, 2010, p. 22 - 23.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Evacuatie Nederlandse staatsburgers uit Libië, Brief van de ministers van buitenlandse zaken en van defensie, *Kamerstukken II*, 2010/11, 32709, nr. 1, p. 3, 13.

¹²⁵ Evacuatie Nederlandse staatsburgers uit Libië, Brief van de ministers van buitenlandse zaken en van defensie, *Kamerstukken II*, 2010/11, 32709, nr. 1, p. 12.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ C. Gray, *International law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2008, p. 159.

stemming.¹²⁸ Een ander voorbeeld betreft de NEO's van een aantal staten in Libië in 2011.¹²⁹ Behalve dat hier overeenstemming over was, hebben de Britse autoriteiten zelfs een coördinatiecentrum ingericht om samenwerking en het delen van informatie tussen de evacuerende staten te optimaliseren.¹³⁰ Daarbij komt dat de Libische autoriteiten algemene permissie gaven voor consulaire vluchten naar Tripoli om burgers te evacueren.¹³¹ De omstandigheden van deze casus hebben er toe geleid dat geen discussie is ontstaan over de legaliteit van deze NEO's in Libië.¹³²

Een kanttekening bij bovenstaande analyses moet nog wel in acht worden genomen. Vrijwel alle NEO's zijn uitgevoerd door westerse staten.¹³³ Wellicht heeft de Westerse hegemonie de nodige invloed gehad op het toestaan van deze operaties door derde staten. Ruys bevestigt dit: “[...] a small group of States which have occasionally applied and/or supported the protection of nationals doctrine, and, on the other side, a somewhat broader group of States which appear to reject the doctrine. The former group is made up virtually exclusively of Western States; the latter of developing countries.”¹³⁴

Ondanks de besproken voorbeelden van NEO's in Libanon en Libië waarover nagenoeg internationale overeenstemming was, leidt de besproken materie in deze sectie tot de conclusie dat tot op de dag van vandaag nog geen *opinio iuris* bestaat op het gebied van NEO's. Daarbij komt dat de statenpraktijk inzake NEO's niet altijd hetzelfde beeld laat zien. Het gevolg hiervan is dat geen specifieke regel van internationaal gewoonterecht die dergelijke operaties goedkeurt, is gevormd.

5. Overige (potentiële) rechtvaardigingsgronden voor NEO's

Naast het recht op zelfverdediging en een regel van internationaal gewoonterecht zijn een aantal andere (potentiële) rechtvaardigingsgronden in het internationale recht herhaaldelijk aangehaald in de discussie over de legaliteit van NEO's. In deze sectie worden achtereenvolgens diplomatieke bescherming, humanitaire gronden en mensenrechten, interventie op invitatie en het concept noodzaak in relatie tot NEO's geanalyseerd.

Staten zijn gerechtigd om hun belangen (inclusief onderdanen) in het buitenland te beschermen.¹³⁵ Enkele auteurs hebben bovendien beargumenteerd dat het gebruik van geweld is toegestaan bij het beschermen van dergelijke belangen.¹³⁶ Amerasinghe gaat zelfs nog verder door te beargumenteren dat het een plicht in plaats van een recht is om staatsburgers te beschermen: “there are signs in recent State Practice, constitutions and legal opinion of support for the view that States have not

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ F. Grimal & G. Melling., *The Protection of Nationals Abroad: Lawfulness or Toleration? A Commentary*, *Journal of Conflict and Security Law* vol. 16 Issue 3, 2012. De Nederlandse NEO met de Lynx helikopter op het strand van Sirte behoort hier overigens niet toe.

¹³⁰ Evacuatie Nederlandse staatsburgers uit Libië, Brief van de ministers van buitenlandse zaken en van defensie, *Kamerstukken II*, 2010/11, 32709, nr. 1, p. 2.

¹³¹ Ibidem.

¹³² Zie in dit kader tevens United Nations Security Council, New York 26 February 2011, resolution 1970.

¹³³ R.B. Lillich, *Forcible Protection of Nationals Abroad: The Liberian 'Incident' of 1990*, *German Year Book of International Law* vol 35, 1992, p. 248.

¹³⁴ T. Ruys, *The 'Protection of Nationals' Doctrine Revisited*, *Leuven centre for Global Governance Studies*, 2008, p. 27.

¹³⁵ M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 2008, p. 808 - 819.

¹³⁶ T. Ruys, *The 'Protection of Nationals' Doctrine Revisited*, *Leuven centre for Global Governance Studies*, 2008, p. 22 - 23; A.W.R. Thomson, *Doctrine of the Protection of Nationals Abroad: Rise of the Non-Combatant Evacuation Operation*, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 11 627, 2012, p. 645 - 646.

only a right but a legal obligation to protect their nationals abroad".¹³⁷ Desalniettemin omvat deze bescherming van staatsburgers niet het gebruik van geweld.¹³⁸ Daarbij komt dat de opvatting van Amerasinghe in strijd is met de traditionele opvatting.¹³⁹ Een aantal regelingen aangaande diplomatieke betrekking die zijn opgenomen in verdragen, geven aan dat de uitoefening van diplomatieke bescherming binnen de grenzen van het internationale recht dient te blijven.¹⁴⁰ De *International Law Commission* heeft daarnaast de *Draft articles on Diplomatic Protection*¹⁴¹ opgesteld. Artikel 1 van de *Draft articles* luidt: "diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement".¹⁴² Een uitspraak van het Internationaal Gerechtshof heeft niet geholpen om de exacte reikwijdte van deze *peaceful means* te verhelderen: "within the limits prescribed by international law, a State may exercise diplomatic protection by whatever means and to whatever extent it thinks fit".¹⁴³ Volgens Shaw omvat diplomatieke bescherming "consular action, negotiation, mediation, judicial and arbitral proceedings, reprisals, a retort, severance of diplomatic relations, and economic pressures."¹⁴⁴ Het gebruik van geweld is dus niet als zodanig vermeld als een middel van diplomatieke bescherming. Een opmerking van Lillich (1992) bevestigt dit: "the right of forcible, as opposed to diplomatic, protection [...]".¹⁴⁵ Zodoende is diplomatieke bescherming slechts zijdelings betrokken bij NEO's en kan zij daarom niet als separate rechtvaardigingsgrond voor NEO's worden beschouwd.

De stelling dat humanitaire gronden en mensenrechten een rechtvaardiging voor NEO's kunnen zijn wordt als controversieel beschouwd. Volgens een aantal auteurs bestaat een plicht om het recht op leven te beschermen. Deze plicht is gecodificeerd in verdragen waaronder de *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*¹⁴⁶ en het *International Covenant on Civil and Political Rights*.¹⁴⁷ De verplichting om het recht op leven te beschermen staat, volgens deze auteurs, NEO's toe omdat het de overhand heeft als het wordt afgewogen tegen het geweldsverbod van artikel 2, paragraaf 4 van het VN-Handvest.¹⁴⁸ Dit rijmt echter niet met de beperkingen inzake het (extra) territoriale bereik van beide verdragen.¹⁴⁹ Daarnaast heeft het Internationaal Gerechts-

¹³⁷ C.F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, 2008, p. 84 – 85.

¹³⁸ C.F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, 2008, p. 31.

¹³⁹ C.F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, 2008, p. 85.

¹⁴⁰ Article 5 *juncto* article 36 Vienna Convention on Consular Relations, Vienna, 24 April 1963.

¹⁴¹ International Law Commission, *Draft Articles on Diplomatic Protection*, 2006.

¹⁴² Article 1, International Law Commission, *Draft Articles on Diplomatic Protection*, 2006.

¹⁴³ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 44.

¹⁴⁴ M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 2008, p. 809.

¹⁴⁵ R.B. Lillich, *Forcible Protection of Nationals Abroad: The Liberian 'Incident' of 1990*, German Year Book of International Law vol 35, 1992, p. xxviii.

¹⁴⁶ Article 2 & 3 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4 November 1950.

¹⁴⁷ Article 6 & 7 International Covenant on Civil and Political Rights, New York, 19 December 1966.

¹⁴⁸ R.B. Lillich, *Forcible Protection of Nationals Abroad: The Liberian 'Incident' of 1990*, German Year Book of International Law vol 35, 1992, p. 231; F. Naert, *Juridische aspecten van Non-Combatant Evacuation Operation (NEOs)*, Royal Defence College (ed), NEO-Repasailles-Command responsibility. Studiedag voor Raadgevers in, het Recht van de Gewapende conflicten 29/04/2005. Teksten, Brussels, Royal Defence College, 2005, p. 9; T. Schweisfurth, *Operations to rescue nationals in third States involving the use of force in relation to the protection of human rights*, German Yearbook of International Law vol. 23, 1980, p. 166 - 180.

¹⁴⁹ F. Naert, *Juridische aspecten van Non-Combatant Evacuation Operation (NEOs)*, Royal Defence College (ed), NEO-Repasailles-Command responsibility. Studiedag voor Raadgevers in, het Recht van de Gewapende conflicten 29/04/2005. Teksten, Brussels, Royal Defence College, 2005, p. 9.

hof in de eerder besproken Nicaragua case weergegeven dat “the use of force could not be the appropriate method to monitor or ensure such respect”.¹⁵⁰ Wat nog belangrijker is, is dat de hiërarchische relatie tussen beide regels een conflict kan opleveren tussen artikel 103 van het VN-Handvest en *ius cogens* (“a peremptory norm of general international law”¹⁵¹). Dit alles overwegende kan niet anders worden gesteld dan dat humanitaire gronden en mensenrechten geen gepaste rechtvaardigingsgrond voor NEO’s zijn.

Interventie op invitatie is een andere, veelvuldig geopperde, rechtvaardigingsgrond voor NEO’s. Militaire activiteiten in een andere staat zijn in beginsel toegestaan als de ontvangende staat hier toestemming (“consent”¹⁵²) voor geeft.¹⁵³ Het is echter niet zo eenvoudig als het lijkt. Moeilijkheden kunnen ontstaan als sprake is van een burgeroorlog, een intern conflict, niet erkende overheden en falende staten.¹⁵⁴ In dergelijke gevallen is de hoofdvraag wie bevoegd is om een invitatie voor een NEO uit te vaardigen dan wel om daar permissie voor te geven. Doswald-Beck meldt daarbij een gerelateerd probleem dat tot de nodige problemen kan leiden: “political motives rather than legal criteria influence some decisions on the recognition of any particular regime.”¹⁵⁵ Voorbeelden zoals de Nicaragua case¹⁵⁶ en de operaties van de Verenigde Staten in de Dominicaanse Republiek (1965)¹⁵⁷ en Grenada (1983)¹⁵⁸ hebben aangetoond dat de nodige moeilijkheden kunnen opkomen bij het interpreteren van deze rechtvaardiging. Ronzitti wijst er op dat “the consent of the injured State must satisfy certain prerequisites whose existence in practices is frequently discussed.”¹⁵⁹ Hieruit blijkt dat instemming van de ontvangende staat niet elke interventie legitiem maakt.¹⁶⁰ Omdat dit per geval kan verschillen, bestaat geen stelregel op dit vlak. Om het probleem aangaande de rechtvaardiging van een NEO op grond van interventie op invitatie aan te pakken kan de volgende procedure worden gevolgd: dien een verzoek bij de ontvangende staat in om zo instemming te verkrijgen voor de uitvoering van een NEO. De Belgische overheid heeft dit als *standard operating*

¹⁵⁰ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1986, § 268.

¹⁵¹ Article 53 Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969.

¹⁵² Article 20 Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, New York, 28 January 2002.

¹⁵³ F. Naert, *Juridische aspecten van Non-Combatant Evacuation Operation (NEOs)*, Royal Defence College (ed), NEO-Represailles-Command responsibility. Studiedag voor Raadgevers in, het Recht van de Gewapende conflicten 29/04/2005. Teksten, Brussels, Royal Defence College, 2005, p. 3.

¹⁵⁴ C. Gray, *International law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2008, p. 67 – 113; F. Naert, *Juridische aspecten van Non-Combatant Evacuation Operation (NEOs)*, Royal Defence College (ed), NEO-Represailles-Command responsibility. Studiedag voor Raadgevers in, het Recht van de Gewapende conflicten 29/04/2005. Teksten, Brussels, Royal Defence College, 2005, p. 3 – 4.

¹⁵⁵ L. Doswald-Beck, *The Legal Validity of Military Intervention by Invitation of the Government*, The British Year Book of International Law, 1985, p. 194.

¹⁵⁶ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1986, § 246.

¹⁵⁷ Zie de paragraaf: Voorbeelden van NEO’s met zelfverdediging als rechtvaardiging; C. Gray, *International law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2008, p. 91 – 92; T. Ruys, *The ‘Protection of Nationals’ Doctrine Revisited*, Leuven centre for Global Governance Studies, 2008, p. 10 – 13.

¹⁵⁸ Zie de paragraaf: Voorbeelden van NEO’s met zelfverdediging als rechtvaardiging; L. Doswald-Beck, *The Legal Validity of Military Intervention by Invitation of the Government*, The British Year Book of International Law, 1985, p. 234 – 239; C. Gray, *International law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2008, p. 91 – 92; T. Ruys, *The ‘Protection of Nationals’ Doctrine Revisited*, Leuven centre for Global Governance Studies, 2008, p. 10 – 13.

¹⁵⁹ N. Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 77.

¹⁶⁰ Ibidem.

procedure opgenomen.¹⁶¹ Deze procedure heeft echter ook de nodige nadelen waardoor men tegen praktische bezwaren aanloopt. Als bijvoorbeeld de instemming publiekelijk bekend wordt, is het verrassingselement weg dat juist cruciaal kan zijn voor het slagen van de operatie. Hier zal dus een afweging moeten worden gemaakt tussen de verschillende belangen.

Tot slot is het concept noodzaak¹⁶² een geopperde rechtvaardigingsgrond voor NEO's. In het geval van een werkelijke tastbare dreiging staat dit concept een NEO toe indien geen alternatief open staat waar de staatsburgers afdoende door kunnen worden beschermd. Daarnaast is zelfs beargumenteerd dat "nood breekt wet".¹⁶³ Hoewel dit wellicht in de praktijk de realiteit is, is dit qua legaliteit een zwak punt. Elke staat heeft verder zijn eigen belangen en zal dus zijn eigen doelen nastreven. Een combinatie van deze twee realiteiten levert in de werkelijkheid een situatie op waarin het niet eenvoudig is om *opinio iuris* te ontdekken uit de nodige casussen.¹⁶⁴ Interessant in deze is de aantekening van Hugo de Groot inzake noodzaak: "[i]n order that a self-defence may be lawful, it must be necessary; and it is not necessary unless we are certain, not only regarding the power of our neighbour, but also regarding his intention."¹⁶⁵ Hoewel het concept van noodzaak is gecodificeerd in artikel 25 van de *Draft Articles on State Responsibility* van de *International Law Commission*,¹⁶⁶ is het blijken een rapport van de *International Law Commission* geen gepaste rechtvaardiging voor het gebruik van geweld in internationale relaties.¹⁶⁷ Naast de *International Law Commission* heeft een aantal auteurs verdedigd dat noodzaak geen passende rechtvaardiging is voor het gebruik van geweld.¹⁶⁸ Een sprekend voorbeeld hiervan is Ruys: "[f]irst, the idea that the 'State of necessity' can justify certain recourses to force appears to be based on a misinterpretation of Article 25 of the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility (2001), [...] incompatible with that provision's travaux."¹⁶⁹ Het is dus duidelijk dat het concept noodzaak niet als een geschikte rechtvaardiging voor NEO's kan worden gezien.¹⁷⁰

¹⁶¹ De Belgische autoriteiten proberen voor de aanvang van een NEO instemming van de ontvangende staat te verkrijgen. In het verleden zijn zij afwachtend gebleven in diverse casussen waarbij de ontvangende staat geen toestemming gaf; F. Naert, *Juridische aspecten van Non-Combatant Evacuation Operation (NEOs)*, Royal Defence College (ed), NEO-Repasailles-Command responsibility, Studiedag voor Raadgevers in, het Recht van de Gewapende conflicten 29/04/2005. Teksten, Brussels, Royal Defence College, 2005, p. 3.

¹⁶² Article 25 Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, New York, 28 January 2002.

¹⁶³ J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden?*, Wolf Legal Publishers, 2005, p. 19.

¹⁶⁴ Zie in dit kader tevens de volgende opmerking van Baetens "Zoals elke internationale jurist weet, volstaat een groeiende tendens van staten om bepaald gedrag (vooral als het goed gaat) in de praktijk oogluikend toe te laten niet opdat dit een regel van internationaal gewoonterecht wordt; daarvoor heeft men ook de overtuiging nodig dat dit gedrag van rechtswege is toegelaten."; F. Baetens, *Het conflict in Libië, de Veiligheidsraad en het Strafhof: enkeltje Den Haag?*, Internationale Spectator, nr. 4, 2011, p. 171.

¹⁶⁵ Hugo de Groot, (vindplaats bij HdG), aangehaald in S.A. Alexandrov, *Self-Defense Against the Use of Force in International Law*, Kluwer Law International, 1996, p. 7.

¹⁶⁶ Article 25 Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, New York, 28 January 2002.

¹⁶⁷ Report of the International Law Commission. Fifty-third session, VN Doc. A/56/10, at WWW < <http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a5610.pdf> (geraadpleegd op 2 september 2014).

¹⁶⁸ F. Naert, *Juridische aspecten van Non-Combatant Evacuation Operation (NEOs)*, Royal Defence College (ed), NEO-Repasailles-Command responsibility, Studiedag voor Raadgevers in, het Recht van de Gewapende conflicten 29/04/2005. Teksten, Brussels, Royal Defence College, 2005, p. 9; T. Ruys, *The 'Protection of Nationals' Doctrine Revisited*, Leuven centre for Global Governance Studies, 2008, p. 5 – 6; N. Tsagourias, *Necessity and the Use of Force: A Special Regime*, Netherlands Yearbook of International Law, 2010, p. 42.

¹⁶⁹ T. Ruys, *The 'Protection of Nationals' Doctrine Revisited*, Leuven centre for Global Governance Studies, 2008, p. 5 - 6.

¹⁷⁰ Voor meer informatie over noodzaak in relatie met NEO's zie J. Raby, *The Right of Intervention for the Protection of Nationals: Reassessing the Doctrinal Debate*, Les Cahiers de droit, vol. 30 n. 2, 1989.

6. Conclusie

Het gebruik van geweld in internationale relaties is één van de meest fundamentele aspecten van het internationale recht. Het is intussen gebleken dat (indien noodzakelijk) staten niet terughoudend zijn om gewapend of militair op te treden om hun staatsburgers effectief te beschermen tegen grote gevaren. Deze bescherming beperkt zich niet tot het eigen territorium van die staten; de bescherming wordt tevens aan zich in het buitenland bevindende staatsburgers geboden. Voor de totstandkoming van het VN-Handvest bestond een algemeen geaccepteerde rechtsregel in het internationaal recht die NEO's toestond.¹⁷¹ De codificatie van het geweldsverbod in artikel 2, paragraaf 4 VN-Handvest heeft echter een aandeel gehad in een significante toename van kritiek op het uitvoeren van NEO's waarbij gebruik wordt gemaakt van geweld. Ook het schenden van de territoriale integriteit van een ander land is een gewichtig punt van discussie gebleken.

Recente NEO's, waaronder die in Libië en in Zuid-Sudan, hebben bijgedragen aan een vernieuwde discussie over de legaliteit van NEO's. Het doel van dit artikel was om inzicht te verschaffen in deze discussie en om het internationaalrechtelijke juridische raamwerk omtrent NEO's helder te krijgen. Dit raamwerk bevat verschillende bronnen van internationaal recht. Het uitgangspunt is het geweldsverbod van artikel 2, paragraaf 4 VN-Handvest, maar dit geweldsverbod kan niet al het gebruik van geweld uit de wereld verbannen. Een aantal uitzonderingen is namelijk mogelijk. Op grond van het gedachtengoed van het VN-Handvest is een mandaat van de VN-Veiligheidsraad een uitstekende uitkomst. Met een dergelijk mandaat kunnen NEO's namelijk rechtmatig ten uitvoer worden gebracht. Tot op de dag vandaag is een zodanig mandaat echter niet verleend.

Het recht op zelfverdediging neemt daarentegen wel een prominente rol in bij NEO's. Het Internationaal Gerechtshof heeft in een drietal beroemde zaken¹⁷² de voorwaarden voor het invoeren van het recht op zelfverdediging uitgewerkt. Deze voorwaarden zijn een verklaring van de aangevallen staat dat het slachtoffer is van een gewapende aanval, de meldplicht, de noodzakelijkheid, de proportionaliteit en de onmiddellijkheid; aan alle voorwaarden moet worden voldaan voor het rechtmatig uitoefenen van het recht op zelfverdediging. Verschillende casussen hebben laten zien dat het invoeren van het recht op zelfverdediging bij NEO's problematisch kan zijn. Daarbij komt dat het recht op zelfverdediging in een aantal casussen is gebruikt als dekmantel voor andere motieven, bijvoorbeeld het omverwerpen van een regime.¹⁷³ Ondanks deze strikte eisen en mogelijke belemmeringen kan het recht op zelfverdediging wel degelijk een geschikte rechtvaardigingsgrond zijn voor het uitvoeren van NEO's.

Naast het recht op zelfverdediging is het internationaal gewoonterecht op het gebied van NEO's geanalyseerd. Punt van discussie daarbij was of een regel van internationaal gewoonterecht bestaat die NEO's, onder bepaalde voorwaarden, toestaat. De onderzochte casussen in dit artikel tonen aan dat op dit moment nog geen fundament aanwezig is voor een regel van internationaal gewoonterecht over NEO's.

¹⁷¹ S.A. Alexandrov, *Self-Defense Against the Use of Force in International Law*, Kluwer Law International, 1996, p. 188 - 189; K.E. Eichensehr, *Defending Nationals Abroad: Assessing the Lawfulness of Forcible Hostage Rescues*, *Virginia Journal of International Law* vol. 48, 2007, p. 459, 465; M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 2008, p. 1143.

¹⁷² De *Nicaragua case*, de *Oil Platforms case* en de *Armed Activities Case*.

¹⁷³ Dergelijke overschrijdingen bij de uitoefening van het recht op zelfverdediging zijn vanzelfsprekend niet geoorloofd.

BESCHOUWING

Verder is een aantal andere (potentiële) rechtvaardigingsgronden besproken. Zo is diplomatieke bescherming onder meer opgenomen in de *Draft articles on Diplomatic Protection* van de *International Law Commission*. Dit bespreekt echter geen enkele vorm van het gebruik van geweld als middel of methode van diplomatieke bescherming en kan dus slechts gedeeltelijk de juridische materie omtrent NEO's omvatten; diplomatieke bescherming is dus geen afzonderlijke rechtvaardigingsgrond voor NEO's.

Hoewel in een aantal gevallen de plicht bestaat om het recht op leven te beschermen, zijn humanitaire gronden en mensenrechten geen correcte rechtvaardigingsgrond voor NEO's. Het gebruik van geweld om dergelijke rechten te beschermen is namelijk niet toegestaan.

Een andere rechtsgrond, interventie op invitatie, kan wel een geschikte rechtvaardigingsgrond zijn voor een NEO. Belangrijk daarbij is dat de instemming wordt gegeven door de daartoe bevoegde autoriteit. Het één en ander is daarbij afhankelijk van de omstandigheden van het geval en hier bestaat geen stelregel.

De als laatste besproken potentiële rechtvaardigingsgrond, noodzaak, is daarentegen in geen enkel geval een geschikte rechtvaardigingsgrond voor een NEO omdat noodzaak het gebruik van geweld in internationale relaties niet toestaat.

De vraag die resteert, is hoe nu verder? De doctrineontwikkeling aangaande NEO's verspreidt zich over steeds meer staten en internationale organisaties¹⁷⁴ en ook de verschillende wijzen van optreden bij NEO's is een onderwerp dat momenteel in ontwikkeling is. Zo beoefent bijvoorbeeld de Nederlandse *11 Air Manoeuvre Brigade* het concept van *Tactical Airlanding Operations* waarbij een verregerende samenwerking en tactische afstemming tussen lucht en landeenheden plaatsheeft.¹⁷⁵ Ongeacht dergelijke ontwikkelingen is tot op de dag van vandaag geen volledige internationale overeenstemming over de legaliteit van NEO's. Het staat dus vast dat per casus moet worden bezien wat de juridische (on)mogelijkheden zijn en binnen welke grenzen mag (en moet) worden opgetreden. Een aantal staten maakt echter gebruik van de zwaktes van andere staten en zo kan het uitvoeren en rechtvaardigen van NEO's in dergelijke gevallen worden gezien als 'het recht van de sterkste'. Voor militaire commandanten betekent dit dat zij zich zowel dienen te bekwamen in de uitvoering van NEO's als te verdiepen in de juridische gevolgen van dergelijke operaties. Deze twee elementen hangen namelijk nauw samen en behoren daarom niet los van elkaar te worden bezien.

¹⁷⁴ Zie bijvoorbeeld Centre interarmées de concepts, de doctrines et d'expérimentations, (FRA) Joint Doctrine JD-3.4.2 NEO, at WWW < http://www.cicde.defense.gouv.fr/IMG/pdf/JD_3-4-2_NP.pdf > (geraadpleegd op 3 september 2014); Ministry of Defence., *Joint Doctrine Publication (JDP) 3-51 Non-combatant Evacuation Operations*, The Development, Concepts and Doctrine Centre Shrivenham, 2012; NATO., *AJP-3.4.2 Allied Joint Doctrine for Non-Combatant Evacuation Operations*, NATO Standardization Agency (NSA), 2013; W.L. Sharp, *Noncombatant Evacuation Operation*, Joint Chiefs of Staff, 2007, p. i.

¹⁷⁵ http://intranet.mindef.nl/kl/actueel/nieuws/2014/05_mei/20140502_landmacht_heeft_handboek_voor_gebruik_c130.aspx.

TUCHTRECHTSPRAAK

Rechtbank Arnhem

Meervoudige Militaire kamer
Uitspraak van 28 december 2012
ECLI:NL:RBARN:2012:BY8435

Rechters: mr. E. de Boer (voorzitter), mr. T.P.E.E. van Groeningen (rechter) en kapitein ter zee van de administratie mr. F.N.J. Jansen (militair lid)

De feestende instructeur

Een instructeur van de Koninklijke Marine krijgt een tuchtstraf omdat hij onder invloed van alcohol diverse vrouwelijke matrozen heeft betast of geprobeerd heeft te betasten. Ook zou hij seksueel getinte opmerkingen hebben gemaakt en zich schuldig hebben gemaakt aan onder meer bedreiging van een collega kaderlid. De instructeur krijgt een geldboete opgelegd, maar gaat in beklag en vervolgens in beroep. In beroep wordt de uitspraak van de beklagmeerdere vernietigd, omdat de instructeur in de belangen van zijn verdediging is geschaad en de uitspraak niet onverwijd is uitgereikt.

UITSPPRAAK

Uitspraak van de meervoudige militaire kamer van de rechtbank Arnhem, op het beroep van: [klager], Sergeant der mariniers algemeen, [nr] ingedeeld bij het [legerplaats], wonende: [adres] hierna aangeduid als gestrafte, waarbij de beslissing op beklag wordt bestreden.

I. Procedureverloop

Op 7 juni 2012 was er een feestavond bij de SMVBO op de marinekazerne Erfprins te Den Helder, als afsluiting van de eerste maritieme vorming. Gestrafte is instructeur. Hij was op deze avond aanwezig.

Naar aanleiding van meldingen van ongewenst gedrag door gestrafte, is op 11 juni 2012 een aantal betrokkenen gehoord en heeft de commandant van gestrafte, kapitein-luitenant ter zee [naam], vervolgens op 14 juni 2012 aangifte gedaan bij de Koninklijke Marechaussee.

Op 12 juli 2012 heeft de Koninklijke Marechaussee namens het openbaar ministerie aan gestrafte meegedeeld dat tegen hem geen strafrechtelijke vervolging zal worden ingesteld. Gestrafte is geschorst geweest van 11 juni 2012 tot 12 juli 2012.

De procedure in eerste aanleg

Aan gestrafte is op 13 juli 2012 te 09:00 uur te Den Helder namens de commandant een beschuldiging uitgereikt, luidende:

“Rubriek 17: Op of omstreeks 7 juni 2012 om 23.00 uur heeft beschuldigde op MKERFPRINS tijdens een eindfeest van de EMMV-opleiding als militaire meerdere onder invloed van alcohol diverse vrouwelijke matrozen op niet functionele wijze aangeraakt of daartoe pogingen onder-

TUCHTRECHTSPRAAK

nomen (onder andere rokje optillen, topje naar beneden trekken, betasten borsten, billen slaan) en/of seksueel getinte opmerkingen gemaakt. Tevens heeft beschuldigde een stoel opgepakt en over de muur gegooid in het bijzijn van ondergeschikten, waarbij één ondergeschikte beschuldigde daarna heeft nagedaan. Beschuldigde heeft daarnaast een ander kaderlid, die beschuldigde aansprak op diens gedrag en hem verzocht zich te verwijderen, verbaal bedreigd door te dreigen met het slaan van dit andere kaderlid.”

Op 18 juli 2012 om 09.00 uur heeft een onderzoek (‘de parade’) plaatsgevonden.

Na het sluiten van het onderzoek heeft de commandant dezelfde dag een beslissing genomen. Aan gestrafte is een geldboete opgelegd van € 250,00 wegens overtreding van de gedragsregels 18, 20 en 29. Gestrafte heeft het dienstvoorschrift ACZSK 460, punt 10000 (instructeurscode Koninklijke Marine), geschonden door zich, kort gezegd, niet te gedragen zoals van een instructeur was te verwachten.

De beslissing is neergelegd in een schriftelijke uitspraak, die aan gestrafte is uitgereikt op 19 juli 2012 om 10:00 uur.

De beklagprocedure

Op 20 juli 2012 heeft gestrafte een beklagschrift ingediend.

Gestrafte is op 23 juli 2102 opgeroepen ter voorbereiding van het onderzoek op beklag. Bij dit vooronderzoek dat op 16 augustus 2012 om 16.00 uur heeft plaatsgevonden, is gestrafte gehoord namens de beklagmeerdere, door luitenant ter zee van administratie der eerste klasse mr. [naam], plaatsvervangend (functie) en heeft gestrafte een schriftelijke getuigenverklaring overgelegd.

Zoals uit het beklagformulier blijkt is het onderzoek op beklag op 17 augustus 2012 aangevallen. Gestrafte is hiervoor niet schriftelijk opgeroepen.

In het kader van het onderzoek op beklag zijn namens de beklagmeerdere in de periode van 24 augustus tot en met 6 september 2012 meerdere getuigen gehoord. Gestrafte was hierbij niet aanwezig. Evenmin was een vertrouwensman namens hem aanwezig.

De beklagmeerdere, de Commandant Zeestrijdkrachten viceadmiraal [naam], heeft op 13 september 2012 gestrafte in persoon gehoord. Het onderzoek op beklag is op 13 september 2012 gesloten.

Op 14 september 2012 is schriftelijk beslist op het beklag en [heeft] de beklagmeerdere op grond van de bewezen gedraging - die gelijk is aan de bewezen gedraging van de uitspraak van 18 juli 2012 - de schuldigverklaring bevestigd.

Op 14 september 2012 is de uitspraak op beklag per brief door de beklagmeerdere ter uitreiking, verzonden aan de commandant van de SMVBO. Gestrafte is intussen overgeplaatst naar het [legerplaats].

TUCHTRECHTSPRAAK

De commandant van het 1e Mariniersbataljon heeft op 1 oktober 2012 om 13.00 uur de uitspraak van de beklagmeerdere persoonlijk aan gestrafte uitgereikt.

De beroepsprocedure

Gestrafte heeft tegen de beslissing op beklag een beroepschrift ingediend bij zijn commandant.

Uit een datumstempel dat namens de commandant op het beroepschrift is geplaatst, blijkt dat dit beroepschrift op 5 oktober 2012 door de commandant is ontvangen. De commandant heeft het beroepschrift op 9 oktober 2012 per kantbrief doorgezonden aan deze rechtbank.

Gestrafte stelt in zijn beroepschrift onder meer (kort zakelijk weergegeven) dat

- de '21 dagen termijn' bij het tuchtproces in eerste aanleg is overschreden;
- de beslissing op beklag te laat is genomen;
- de beslissing op beklag te laat aan hem is uitgereikt;
- sprake is van onjuiste waarnemingen en dat getuigen de beschuldigingen tegenspreken.

Gestrafte is daarom van mening dat het bestreden besluit moet worden vernietigd.

Op 17 oktober 2012 heeft de beklagmeerdere een reactie op het beroepschrift bij de militaire kamer ingediend.

Het openbaar ministerie heeft ter zake van het beroep een advies uitgebracht, dat aan deze uitspraak is gehecht en waarvan de inhoud als hier ingelast dient te worden beschouwd.

Het beroep is op 17 december 2012 ter zitting van de meervoudige militaire kamer behandeld. Gestrafte is aldaar verschenen en bijgestaan door zijn vertrouwensman, advocaat mr. H.J.G. Duding. Beiden hebben het woord ter verdediging gevoerd.

Namens de beklagmeerdere heeft mr. [luitenant ter zee] voornoemd het woord gevoerd. Hij heeft het standpunt toegelicht zoals uiteengezet in de reactie op het beroepschrift d.d. 17 oktober 2012 is verwoord, en heeft in het bijzonder verzocht de behandeling aan te houden om in de gelegenheid te worden gesteld nader bewijs over te leggen. Hij verwijst naar

e[-]mails die aan gestrafte zijn verzonden waaruit zou blijken dat deze kennis had van het feit dat en op welk moment getuigen zouden worden gehoord.

De officier van justitie, mr. J. Stikkelman, heeft ter zitting het advies van het openbaar ministerie aangepast in die zin dat hij zich op het standpunt stelt dat de behoorlijke procesorde is geschonden en dat daardoor redelijkerwijs kan worden aangenomen dat gestrafte in zijn verdediging is geschaad. Immers, uit het onderzoek ter zitting is gebleken dat gestrafte in de procedure op beklag niet schriftelijk is opgeroepen voor het onderzoek op beklag en dat gestrafte noch zijn vertrouwensman aanwezig zijn geweest bij het horen van de getuigen en derhalve niet de mogelijkheid hebben gehad om naar aanleiding van de verklaringen van de getuigen aanvullende vragen

te stellen. De officier van justitie adviseert de militaire kamer daarom de beslissing te vernietigen en gestrafte vrij te spreken.

De militaire kamer heeft beraadslaagd naar aanleiding van het onderzoek ter zitting in beroep.

II. De motivering van de beslissing

Ten aanzien van het onderzoek op beklag

De militaire kamer overweegt in de eerste plaats ambtshalve het volgende.

Zoals ter zitting op beroep is komen vast te staan, is het onderzoek op beklag aangevangen op 17 augustus 2012. Niet alleen blijkt dat uit het beklagformulier, zoals hiervoor al is overwogen, maar tevens heeft [luitenant ter zee] dit desgevraagd ter zitting bevestigd.

Op basis van het bepaalde in artikel 80h, eerste lid Wet [m]ilitair [t]uchtrecht (Wmt), dient de gestrafte door of namens de beklagmeerdere schriftelijk te worden opgeroepen voor het onderzoek op beklag. Dat onderzoek vangt dan vervolgens niet eerder aan dan op de tweede dag ná de uitreiking van de oproeping aan de gestrafte.

Ter zitting is gebleken dat de gestrafte niet schriftelijk is opgeroepen voor het onderzoek op beklag. [luitenant ter zee] heeft desgevraagd verklaard dat hij op 16 augustus 2012, in het kader van het 'vooronderzoek', mondeling aan gestrafte te kennen heeft gegeven dat het onderzoek op 17 augustus 2012 zou aanvangen. Los van de omstandigheid dat dit niet kan worden beschouwd als een 'oproep', is deze mededeling ook niet schriftelijk bevestigd. De rechtbank kan niet vaststellen dat er werkelijk een mondelinge aankondiging van het onderzoek heeft plaatsgevonden.

Voorts is in artikel 80l, tweede en derde lid, Wmt bepaald dat tijdens het onderzoek op beklag de gestrafte en de eventuele vertrouwensman in de gelegenheid worden gesteld om aan de commandant, de getuigen en de deskundigen vragen te stellen en tevens dat de vertrouwensman de mogelijkheid heeft het woord te voeren. Ook aan dit artikel is niet op de juiste wijze gevolg gegeven. De militaire kamer stelt vast dat meerdere getuigen tijdens het onderzoek op beklag, dat heeft plaatsgevonden in de periode van 17 augustus tot 13 september 2012, buiten de aanwezigheid van de gestrafte zijn gehoord.

De gestrafte is niet, althans onvoldoende, in de gelegenheid gesteld de getuigen vragen te stellen. Weliswaar heeft [luitenant ter zee] tijdens de zitting op beroep verklaard dat de gestrafte door middel van e-mailberichten op de hoogte is gehouden van de getuigen verhoren maar nog daargelaten dat hij heeft verklaard dat dit pas ná 17 augustus 2012, dus ná aanvang van het onderzoek was, en de gestrafte dit heeft weersproken acht de militaire kamer het sturen van e-mails over data en plaats van de verhoren, waarbij wordt opgemerkt dat er ook telefonische verhoren hebben plaatsgevonden, onvoldoende om te kunnen vaststellen dat de belangen van de gestrafte met deze handelwijze voldoende zijn gewaarborgd.

TUCHTRECHTSPRAAK

Daar komt nog [bij] dat de getuigen niet door de beklagmeerdere[n] zelf zijn gehoord. Het 'doen horen' namens de beklagmeerdere [kan slechts] plaatsvinden in het kader van het vooronderzoek. In het onderzoek op beklag dient de beklagmeerdere de getuigen persoonlijk te horen.

De militaire kamer is van oordeel dat de voornoemde vormschendingen tezamen dusdanig zijn dat gestrafte daarmee in zijn verdediging is geschaad. Ingevolge artikel 97, aanhef en onder b, van de Wmt zal de militaire kamer om die reden de uitspraak op beklag op dit punt vernietigen.

Ten aanzien van de toezending van de uitspraak op beklag

De gestrafte beklagt zich erover (onder 2d. van het beroepschrift) dat de [uitreiking van de] beslissing op beklag pas na 17 [dagen] is gedaan, waarmee zo begrijpt de militaire kamer sprake is van termijnoverschrijding. De militaire kamer volgt de gestrafte in dit standpunt.

Op grond van art 80q, tweede lid, onder a Wmt, dient de beklagmeerdere de uitspraak op beklag onverwijld toe te zenden aan de commandant van gestrafte. Door of namens de commandant dient vervolgens onverwijld een afschrift van de uitspraak aan de gestrafte te worden uitgereikt.

Vast staat dat de beklagmeerdere op 14 september 2012 op het beklag heeft beslist.

Op 1 oktober 2012 is door de (nieuwe) commandant in persoon een afschrift van dit besluit aan gestrafte uitgereikt. In zijn reactie van 17 oktober 2012 op het beroepschrift van gestrafte verklaart de beklagmeerdere hieromtrent dat als gevolg van verlof, dienstreizen en oefeningen pas op 1 oktober 2012 de commandant en gestrafte tegelijkertijd op de werkplek aanwezig waren.

Tijdens de zitting heeft [luitenant ter zee] aanvullend verklaard dat de commandant niet eerder de gelegenheid had wegens reorganisaties bij het ministerie van defensie en dat zijn ondergeschikte commandanten evenmin in de gelegenheid waren een afschrift van de beslissing aan gestrafte uit te reiken.

De gestrafte heeft tijdens de zitting echter verklaard dat hij in de periode 14 september tot 1 oktober 2012 op de marinierslocatie in [plaats] aanwezig was. De militaire kamer verwerpt, in het bijzonder gelet op deze verklaring van de gestrafte, het verweer dat het onmogelijk was de uitspraak van het beklag namens de commandant aan gestrafte uit te reiken om aldus te kunnen voldoen aan het vereiste van een onverwijld uitreiking.

Daarmee is sprake van een overschrijding van de termijn met 16 dagen. Ingevolge artikel 97, aanhef en onder a, van de Wmt zal de militaire kamer ook om die reden de uitspraak op beklag vernietigen.

Gelet op het voorgaande behoeven de overige, door de gestrafte en zijn raadsman aangevoerde, verweren geen nadere bespreking.

TUCHTRECHTSPRAAK

De militaire kamer is van oordeel dat de uitspraak op beklag dient te worden vernietigd en dat gestrafte vrijgesproken dient te worden van de hem verweten gedraging.

III. Beslissing

De militaire kamer, rechtdoende in beroep:

Vernietigt de bestreden uitspraak en spreekt gestrafte vrij van de hem verweten gedraging.

NASCHRIFT

Een feestende instructeur van de Koninklijke Marine gaat fors over de schreef, althans daar wordt hij van beschuldigd. In de aan hem in het kader van het militair tuchtrecht uitgereikte beschuldiging staat vermeld dat hij, onder invloed van alcohol, diverse vrouwelijke matrozen heeft betast (of pogingen daartoe heeft ondernomen) en/of seksueel getinte opmerkingen heeft gemaakt. Tevens zou de instructeur zich schuldig hebben gemaakt aan het veroorzaken van wanordelijkheden en bedreiging. Dergelijke gedragingen lenen zich tenminste voor tuchtrechtelijke sancties; daarover zal weinig twijfel bestaan. Waarover wel onduidelijkheid bestaat is de formele kant van het militair tuchtrecht. Onderhavige zaak is daar een goed voorbeeld van.

De instructeur laat het er namelijk niet bij zitten en gaat in beklag tegen de geldboete die hij naar aanleiding van het tuchtproces in eerste aanleg heeft gekregen, en vervolgens in beroep tegen de daaropvolgende bevestiging van de geldboete in de beslissing van de beklagmeerdere. De militaire kamer van de rechtbank volgt de instructeur voor zover hij stelt dat de beslissing op beklag te laat aan hem is uitgereikt. De rechtbank ziet bovendien ook op basis van andere vormschendingen (het niet schriftelijk oproepen van de instructeur en het hem niet of onvoldoende in de gelegenheid stellen getuigen vragen te stellen, alsmede het namens de beklagmeerdere doen horen van getuigen) aanleiding om de beslissing van de beklagmeerdere te vernietigen.

Het niet schriftelijk oproepen

Het eerste lid van artikel 80h Wmt verplicht de beklagmeerdere om de gestrafte schriftelijk op te roepen voor het onderzoek op beklag. De beklagmeerdere mag de oproeping ook namens hem laten doen. Het onderzoek mag volgens deze bepaling in beginsel niet eerder aanvangen dan de tweede dag na de dag waarop de oproeping aan de gestrafte is uitgereikt. Maar wat valt nu onder het begrip 'onderzoek op beklag'? Dat is ingevolge artikel 80i Wmt, het onderzoek waarbij de beklagmeerdere verplicht de gestrafte hoort (tenzij de gestrafte in een vooronderzoek is gehoord, te kennen heeft gegeven dat hij het horen in persoon niet op prijs stelt en de beklagmeerdere dit ook niet nodig oordeelt). In de Memorie van Toelichting bij de herziening van het militair tuchtrecht in 1990 wordt het onderzoek in het tuchtrecht gedefinieerd als 'dat deel van het tuchtproces dat in het strafprocesrecht als onderzoek ter terechtzitting wordt aangeduid.'¹ Indien opgeroepen, worden ook de commandant, getuigen en deskundigen gehoord en worden de gestrafte en zijn vertrouwensman door tussenkomst van de beklagmeerdere in de gelegenheid gesteld aan hen vragen te stellen (artikel 80l Wmt).

¹ Kamerstuk nr. 16 813 (R1165), nr. 5, blz. 36.

Artikel 80f Wmt geeft de beklagmeerdere de mogelijkheid om een vooronderzoek in te stellen. Tijdens dit vooronderzoek kunnen dezelfde personen worden gehoord, ter voorbereiding van het onderzoek op beklag. In onderhavige zaak is er een vooronderzoek ingesteld, waarbij de instructeur is gehoord. Vervolgens is het onderzoek op beklag aangevangen. Volgens de rechtbank is de instructeur daarvoor niet schriftelijk opgeroepen. Uit de uitspraak blijkt dat de beklagmeerdere op de dag van sluiting van het onderzoek op beklag, bijna een maand na aanvang van het onderzoek op beklag en nadat er op eerdere momenten getuigen waren gehoord, de instructeur voor het eerst heeft gehoord. Kennelijk (maar onduidelijk op welke wijze) is de instructeur op een bepaald moment dus wel opgeroepen om te worden gehoord in het kader van het onderzoek op beklag. Dit is echter niet schriftelijk gebeurd voordat het onderzoek op beklag formeel aanving, terwijl uit de wet volgt dat gestrafte uiterlijk 2 dagen voor het onderzoek schriftelijk wordt opgeroepen. Dit volgt ook uit het voorschrift toepassing militair straf- en tuchtrecht van de Koninklijke Marine.

Vooronderzoek of onderzoek?

Uit de uitspraak blijkt verder dat na aanvang van het onderzoek op beklag, getuigen zijn gehoord buiten de aanwezigheid van gestrafte en niet door de beklagmeerdere zelf. Net als bij het tuchtproces in eerste aanleg heeft de gestrafte, het recht om aanwezige getuigen vragen te stellen. Dit kan niet of onvoldoende als de gestrafte niet aanwezig is of anderszins in de gelegenheid wordt gesteld om kennis te nemen van en te reageren op hetgeen getuigen hebben verklaard. En dat is volgens de rechtbank in onderhavige zaak het geval geweest. De rechtbank gaat ervan uit dat getuigen werden gehoord in het kader van het onderzoek op beklag, omdat dit ten tijde van de getuigenverhoren reeds was aangevangen. Ook vermeldt de rechtbank in haar uitspraak dat het doen horen namens de beklagmeerdere slechts kan plaatsvinden in het kader van het vooronderzoek. Artikel 80f, derde lid Wmt stelt echter dat de beklagmeerdere de commandant, getuigen en deskundigen kan doen horen in ieder stadium van de beklagprocedure. De wet sluit dus niet uit dat ook indien het onderzoek op beklag reeds is aangevangen, getuigen door anderen dan de beklagmeerdere zelf worden gehoord. Deze verklaringen worden schriftelijk vastgelegd. In dat geval moet het onderzoek op beklag wel zijn geschorst, anders verhoudt het doen horen van getuigen en/of deskundigen namens de beklagmeerdere zich niet met artikel 80l Wmt, dat bepaalt dat de beklagmeerdere zelf de getuigen en deskundigen hoort indien zij voor het onderzoek op beklag zijn opgeroepen. Het voorschrift toepassing militair straf- en tuchtrecht van de Koninklijke Marine houdt rekening met deze mogelijkheid, door te stellen dat het onderzoek (bij de Koninklijke Marine ook wel 'de parade' genoemd) wordt geschorst indien de beklagmeerdere het nodig acht dat er getuigen en deskundigen worden gehoord en het vooronderzoek ('de voorparade') daartoe wordt voortgezet. Dit moet dan uit het straffenformulier (logischerwijs in geval van beklag uit het beklagformulier) blijken. Uit de uitspraak blijkt niet dat hier sprake van was of dat er een dergelijke vermelding op het beklagformulier stond. Vanuit een zuiver feitelijk perspectief ligt het wellicht in de rede dat het onderzoek op beklag, ondanks het ontbreken van een formele melding van een schorsing, direct na aanvang is geschorst om getuigen namens de beklagmeerdere te laten horen. Naar verluidt had de beklagde hier per slot van rekening zelf om verzocht. Indien echter uit het dossier nergens formeel blijkt dat de beklagmeerdere het onderzoek heeft geschorst, is het voor de rechtbank lastig vast te stellen of zij te maken heeft met een beklagmeerdere die artikel 80l, tweede lid Wmt te goeder trouw naleeft maar enkele formaliteiten nalaat of een beklagmeerdere die deze bepaling gewoonweg schendt. Het lijkt er op dat de rechtbank in dit geval voor het laatste kiest. In combinatie met het niet schriftelijk oproepen acht zij deze vormschendingen tezamen reden

genoeg om te oordelen dat gestrafte in zijn verdediging is geschaad. Volgens de Memorie van Toelichting zal de rechtbank van geval tot geval moeten nagaan of er daadwerkelijk sprake is van schending van de verdedigingsbelangen van gestrafte; er zijn met andere woorden geen vaststaande criteria. In onderhavige zaak is volgens de luitenant ter zee van de Koninklijke Marine, die op de zitting namens de beklagmeerdere het woord voerde, de gestrafte mondeling op de hoogte gebracht van het onderzoek op beklag en is hij middels e-mailberichten op de hoogte gehouden van de getuigenverhoren. De gestrafte weerspreekt dit. De vraag is of de rechtbank, indien zij kennis had genomen van de betreffende e-mailberichten, eveneens tot de slotsom was gekomen dat gestrafte in zijn verdediging was geschaad. Zeker als zou blijken dat gestrafte werd voorzien van verslagen van de getuigenverhoren en in de gelegenheid werd gesteld om te reageren. Nu de rechtbank daartoe geen aanleiding zag, blijft dat in het ongewisse.

De te late uitreiking

Volgens artikel 80q Wmt geschiedt de uitreiking van (een afschrift van) de uitspraak op beklag onverwijld door tussenkomst van de commandant. In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat als de commandant de door hem ontvangen uitspraak aan de gestrafte uitreikt (of namens hem laat uitreiken) op de eerstvolgende werkdag waarop zij beiden aanwezig zijn, de uitreiking onverwijld is geschied. Dat is wat de Memorie van Toelichting bij artikel 80q Wmt vermeldt. In onderhavige zaak duurde het vele malen langer voordat de instructeur zijn beslissing op beklag kreeg uitgereikt (ruim twee weken). Dit acht de rechtbank begrijpelijkerwijs niet onverwijld, zeker nu zij slechts afgaat op de verklaring van de instructeur waaruit blijkt dat hij in de periode van de beslissing tot en met de uitreiking ervan, op de marinierslocatie aanwezig was. De vraag is of het niet onverwijld uitreiken van de beslissing per definitie leidt tot nietigheid op grond van artikel 97, aanhef en onder a Wmt, of dat dit pas het geval is als de gestrafte daardoor in zijn verdediging is geschaad (artikel 97, aanhef en onder b Wmt). In een wat oudere uitspraak van de rechtbank, ging zij uit het van het laatste (zie uitspraak van 6 december 2004, MRT 2006, p. 254), maar in onderhavige zaak gaat zij opmerkelijkerwijs uit van het eerste en lijkt zij het begrip ‘onverwijld’ te scharen onder de term ‘termijn’. De Hoge Raad accepteerde in 2013 dat het na een aantal weken indienen van een vordering door de Officier van Justitie nog steeds ‘onverwijld’ in de zin van de Wet strafvordering was. Daarmee omarmde de Hoge Raad de argumentatie van het hof, dat als er geen criteria in het wetsartikel zelf staan, redelijkheid de maatstaf is (zie HR 3-12-2013, ECLI:NL:HR:2013:1572). Onder omstandigheden kan ‘onverwijld’ dan langer duren dan je in het spraakgebruik mag verwachten. De procedure van artikel 80q Wmt kan aanleiding geven tot vertragingen, vanwege de tussenkomst van de commandant. Het resultaat blijft – bij onredelijk lange vertraging – desalniettemin hetzelfde, want in beide uitspraken van de militaire kamer leidde het niet onverwijld uitreiken tot nietigheid van de beslissing, zij het op verschillende gronden. Het is dus aan te bevelen om de uitspraak, als het even kan, de eerstvolgende werkdag uit te (doen) reiken.

M.R.A.

Rechtbank 's-Gravenhage

Sector bestuursrecht. Eerste aanleg, enkelvoudige kamer

Uitspraak van 9 juli 2014

SGR 14/574 MAWV45

Rechter: mr. D.C. Laagland

Geen “groene” materieelbeheerder bij de KMar

Een sergeant der eerste klasse van het Commando Landstrijdkrachten (CLAS) solliciteert op een functie bij de Koninklijke Marechaussee (KMar) waaraan de naasthogere rang van opperwachtmeester/sergeant-majoor is verbonden. Omdat appellant wel ingedeeld zou blijven bij het CLAS, was de toestemming van de Commandant Landstrijdkrachten (C-LAS) voor deze sollicitatie benodigd. Deze toestemming werd verleend. Uit de nadien gevolgde sollicitatieprocedure kwam appellant als meest geschikte kandidaat naar voren. Toch besluit C-KMar de functie niet aan appellant toe te wijzen, omdat na verloop van de functieduur van drie jaren appellant weer terug zou moeten keren naar het CLAS, terwijl daar dan geen functie voor hem zou zijn. Dit omdat appellant conform het voor hem geldende loopbaanpatroon nog niet geschikt was om functies in de rang van sergeant-majoor te vervullen.

Appellant gaat tegen deze beslissing in bezwaar en, nadat dit ongegrond is verklaard, in beroep bij de rechtbank. Die vernietigt de beslissing op bezwaar bij uitspraak van 16 oktober 2013 en draagt de minister van Defensie op om een nieuw besluit te nemen. De minister doet dat, en verklaart daarin het bezwaar van appellant wederom ongegrond. Appellant stelt ook tegen dit besluit beroep in. Anders dan in de eerste uitspraak stelt de rechtbank nu de minister in het gelijk en verklaart het ingestelde beroep ongegrond. Naar het oordeel van de rechtbank is het besluit van de minister om appellant de geambieerde functie niet toe te wijzen niet onredelijk.

(AMAR, artikel 17, eerste lid, functietoewijzing)

UITSPRAAK

UITSPRAAK van de enkelvoudige kamer van 9 juli 2014 in de zaak tussen [eiser], wonende te [plaats] (gemachtigde: mr. C. van Kins), en de minister van Defensie, verweerder (gemachtigde: mr. A.N. Koster).

I. Procesverloop

Bij besluit van 18 december 2012 (het primaire besluit) is eiser meegedeeld dat hem de functie van coördinator materieelbeheer bij de Koninklijke Marechaussee (KMar) (de geambieerde functie) niet wordt toegewezen. Bij besluit van 6 juni 2013 heeft verweerder eisers bezwaar ongegrond verklaard. Eiser heeft tegen laatstgenoemd besluit beroep ingesteld.

Bij uitspraak van 16 oktober 2013 (SG R13/5822) heeft deze rechtbank het beroep gegrond verklaard en het besluit van 6 juni 2013 vernietigd en verweerder opgedragen binnen zes weken

na verzending van de uitspraak een nieuw besluit te nemen, met inachtneming van de uitspraak.

Naar aanleiding van de uitspraak van de rechtbank heeft verweerder op 12 december 2013 een nieuwe beslissing op bezwaar (het bestreden besluit) genomen waarin het bezwaar van eiser opnieuw ongegrond is verklaard.

Eiser heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 2 juni 2014.

Eiser is verschenen, bijgestaan door mr. C. van Kins.

Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. A.N. Koster.

II. Overwegingen

1. De rechtbank gaat uit van de volgende vaststaande feiten. Eiser, sergeant der eerste klasse en werkzaam in de functie van materiaalbeheerder bij het Commando Landstrijdkrachten (CLAS), heeft op 8 maart 2012 in Peoplesoft zijn belangstelling kenbaar gemaakt voor de geambieerde functie, aan welke functie de rang van opperwachtmeester is verbonden, hetgeen vergelijkbaar is met de rang van sergeant-majoor. Door de functietoewijzingsautoriteit, zijnde de Commandant Landstrijdkrachten (C-LAS) is toestemming verleend eiser mee te nemen in de sollicitatieprocedure. Eiser is door de selectiecommissie voorgedragen als meest geschikte kandidaat voor de functie. De Commandant Koninklijke Marechaussee (C-KMar) heeft de geambieerde functie uiteindelijk niet aan eiser toegewezen, omdat de KMar eiser slechts voor een periode van drie jaar wilde overnemen waarbij eiser bevorderd zou worden naar de rang van opperwachtmeester en eiser, na die periode van drie jaar, niet door het CLAS teruggenomen kon worden in de rang van sergeant-majoor/opperwachtmeester, nu eiser binnen het CLAS nog niet bevorderbaar was naar de rang van sergeant-majoor.

2. In haar uitspraak van 16 oktober 2013 heeft de rechtbank overwogen dat verweerder niet zorgvuldig heeft gehandeld door aan te geven dat het eiser vrijstaat om te solliciteren naar een functie met een andere bestemming – hetgeen eiser ook heeft gedaan en waarvoor hij geschikt is bevonden - om vervolgens eiser af te wijzen voor de functie omdat de verschillende operationele commando's geen overeenstemming konden bereiken over eisers bestemmingswijziging. Voorts heeft de rechtbank overwogen dat verweerder onvoldoende heeft gemotiveerd waarom eiser, die op het moment van de sollicitatie bevorderbaar was bij de KMar, niet de rang van opperwachtmeester bij de KMar zou kunnen gaan bekleden, omdat hij bij het CLAS op dat moment nog niet bevorderbaar was.

3. Verweerder heeft het in het primaire besluit ingenomen standpunt om eiser niet de geambieerde functie toe te wijzen in het bestreden besluit gehandhaafd. Daartoe heeft verweerder overwogen dat het CLAS heeft aangegeven dat eiser volgens het loopbaanpatroon dat op eiser van toepassing is nog niet bevorderingsgeschikt is nu eiser ten tijde van het bestreden besluit

nog vier jaar ervaring diende op de doen in de rang van sergeant. Voor de C-KMar was dit een gegeven dat is meegenomen bij de totstandkoming van het bestreden besluit. Verweerder heeft daarbij nog opgemerkt dat eiser nimmer heeft bestreden dat hij volgens zijn loopbaanpatroon nog niet bevorderingsgeschikt was. Verweerder acht het niet onredelijk dat, gegeven het feit dat het CLAS eiser niet bevorderingsgeschikt achtte, is besloten hem de geambieerde functie niet toe te wijzen. Daarbij heeft verweerder overwogen dat, hoewel eiser is aangesteld bij de krijgsmacht, in zijn akte van aanstelling staat vermeld dat eiser is ingedeeld bij het CLAS. Het CLAS hanteert haar eigen loopbaanpatronen. Het is mogelijk om één of meerdere functies bij een ander krijgsmachtdeel te vervullen, mits eiser voldoet aan de voorwaarden van zijn loopbaanpatroon. Zolang eiser is ingedeeld bij het CLAS, behoudt dit krijgsmachtdeel te allen tijde de bevoegdheid te bepalen wanneer eiser al dan niet bevorderingsgeschikt is. Voorts acht verweerder het vanuit het oogpunt van goed werkgeverschap niet wenselijk dat eiser zou doorstromen naar functies op het rangsniveau van sergeant-majoor, terwijl hij een substantieel deel van de vereiste loopbaanervaring als sergeant zou hebben gemist.

4. Eiser kan zich niet vinden in het bestreden besluit en heeft daartoe aangevoerd dat verweerder op nieuw onvoldoende heeft gemotiveerd waarom hij, terwijl hij op het moment van de sollicitatie bevorderbaar was bij de KMar, niet de rang van opperwachtmeester bij de KMar zou kunnen gaan bekleden omdat hij bij het CLAS op dat moment nog niet bevorderbaar was. Daarnaast dient volgens eiser de vraag of hij al dan niet terecht is afgewezen voor de geambieerde functie te worden beantwoord met inachtneming van de geldende functietoewijzingsregels als bedoeld in artikel 17 en verder van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR). Nu eiser voldoet aan alle in die regels gestelde voorwaarden voor functietoewijzing staat er niets aan in de weg hem voor de duur van drie jaar de geambieerde functie toe te wijzen. De vraag voor welke functies eiser na drie jaar al dan niet in aanmerking zou kunnen komen kan derhalve dan ook geen rol spelen bij de onderhavige beslissing, aldus eiser. Tot slot betoogt eiser dat de door verweerder gehanteerde ondeugdelijke motivering geenszins past binnen het Flexibel Personeelssysteem waarin sprake is van één krijgsmacht.

5.1. De rechtbank overweegt als volgt.

5.2. Volgens vaste jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep (bijvoorbeeld de uitspraak van 13 december 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY6023) heeft verweerder terzake van functietoewijzing, met inbegrip van de te hanteren functie-eisen, een discretionaire bevoegdheid. Dit brengt mee dat de toetsing door de rechtbank van de gebruikmaking van die bevoegdheid terughoudend dient te zijn.

5.3. Zoals verweerder ook in zijn verweerschrift heeft aangegeven, volgt uit artikel 2, vierde lid en onder n, van het Mandaatbesluit uitvoerende bevoegdheden AMAR (het Mandaatbesluit) in samenhang met de artikelen 1, eerste lid, aanhef en onder h en i, en 2, vijfde lid en onder h, van het Mandaatbesluit dat de C-LAS bevoegd is de geambieerde functie aan eiser toe te wijzen, terwijl de C-KMar bevoegd is eiser de geambieerde functie niet toe te wijzen. De bevoegdheid van de C-LAS om een functie niet toe te wijzen kan volgens artikel 2, vierde lid en onder o, van

het Mandaatbesluit enkel worden gevonden in zwaarwegende redenen van organisatiebelang. Nu de C-KMar het bestreden besluit namens verweerder heeft genomen is dan ook enkel in geschil de vraag of de C-KMar in redelijkheid de geambieerde functie niet aan eiser heeft kunnen toewijzen. Niet aan de orde kan zijn de vraag of de C-LAS de geambieerde functie aan eiser had moeten toewijzen. Dit betreft immers niet een bevoegdheid van C-KMar.

5.4. De rechtbank onderschrijft het standpunt van verweerder dat gelet op het feit dat eiser is bestemd voor het krijgsmachtonderdeel CLAS en het feit dat eisers bestemming niet is gewijzigd, eiser het loopbaanpatroon van het CLAS volgt. Het ter zitting ingenomen betoog dat eiser wenste te worden ingedeeld bij de KMar in plaats van bij het CLAS kan niet slagen. Vaststaat dat eiser daartoe geen rekest heeft ingediend, hetgeen ingevolge artikel 12a van het AMAR noodzakelijk is voor een dergelijke wijziging. Eiser heeft zijn stelling dat hem niet kan worden tegengeworpen dat hij naast zijn sollicitatie geen aanvraag om wijziging van zijn loopbaantraject heeft ingediend niet aannemelijk gemaakt. Voor zover de rechtbank de stelling aldus dient te verstaan dat zijn sollicitatie als aanvraag om indeling bij de KMar moet worden gezien, overweegt de rechtbank dat het aangeven van de belangstelling voor de geambieerde functie in Peoplesoft niet als een aanvraag als bedoeld in artikel 12a van het AMAR kan worden gezien. Nu eiser is ingedeeld bij het CLAS behoudt dit krijgsmachtonderdeel te allen tijde de bevoegdheid te bepalen wanneer eiser al dan niet bevorderingsgeschikt is. Nu tussen partijen niet in geschil is dat eiser volgens het loopbaanpatroon van het CLAS ten tijde van zijn sollicitatie nog niet bevorderingsgeschikt was, acht de rechtbank het niet onredelijk dat de C-KMar de geambieerde functie om die reden niet aan eiser heeft toegewezen.

6. Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat verweerder op juiste gronden de geambieerde functie niet aan eiser heeft toegewezen en dit besluit afdoende heeft gemotiveerd. Het beroep dient dan ook ongegrond te worden verklaard.

7. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

III. Beslissing

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

NASCHRIFT

1. De rechtbank toetst in deze uitspraak het voorliggende besluit terughoudend. Op basis van het geldende Mandaatbesluit uitvoerende bevoegdheden Algemeen militair ambtenarenreglement (verder: Mandaatbesluit AMAR) is in het onderhavige geval C-LAS bevoegd de geambieerde functie aan de sergeant toe te wijzen, terwijl C-KMar bevoegd is de geambieerde functie niet toe te wijzen, aldus de rechtbank. Aangezien in dit geval de sergeant alleen geprocedeerd heeft tegen het door C-KMar genomen afwijzingsbesluit, blijft het handelen van C-LAS buiten schot. Nu op het handelen van C-KMar (te) weinig aan te merken valt, wordt het beroep ongegrond verklaard. De vraag is of dit terecht is.

2. Het onderhavige geschil draait dus om het niet-toewijzen van een functie door C-KMar. Maar waar komt de 'bevoegdheid' van C-LAS namens de minister vandaan om toestemming te verlenen

om betrokkene mee te nemen in de sollicitatieprocedure? Op welke AMAR-bepaling baseert de minister zich? Het toewijzen van een functie bij een ander operationeel commando leidt immers niet automatisch tot wijziging van bestemming en indeling (ex art. 12a AMAR). Artikel 12a houdt immers geen imperatieve bepaling in; “de militair kan worden bestemd (...)”. Daarnaast is het niet begrijpelijk waarom de rechtbank C-LAS betitelt als functietoewijzingsautoriteit (punt 1 van de uitspraak). Immers, uit artikel 2 van het Mandaatbesluit AMAR volgt dat elke C-Opc bevoegd is voor zijn commando. Dat wil zeggen: bevoegd is tot het toewijzen van een functie (vierde lid, onder n) binnen zijn commando, en bevoegd is tot het niet toewijzen van een functie (vierde lid, onder o) binnen zijn commando. Elke C-Opc gaat over de functies binnen zijn commando. In casu was C-KMar bevoegd als functietoewijzingsautoriteit; het ging om een functie binnen zijn commando.

3. Overigens mogen operationele commando's wel degelijk een verschillend functietoewijzingsbeleid en loopbaanpatroon hanteren. Eerder bepaalde de Centrale Raad van Beroep dat een verschillende behandeling van militairen bij de diverse krijgsmachtdelen behoort te berusten “op voor de toepasselijke regelgeving relevante, geobjectiveerde en functionele verschillen tussen de krijgsmachtdelen” (CRvB 21 maart 1996, ECLI:NL:CRVB:1996:ZB6078). Dat er ook vandaag de dag in beleid verschillen bestaan tussen de operationele commando's kan dus wel degelijk gerechtvaardigd zijn.

A.F.V.

Annotatoren:	M.R.A.	- Mr. M.R. Aaron
	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 (MRT@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. J.P. Spijk MA, Brigade Generaal, Militair Juridische Dienst (bd);
Secretaris/penningmeester	Mr. Y.J. Foliant, Kapitein van de Koninklijke Landmacht;
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. G. Souer, Kapitein ter Zee van Administratie;
voor de Koninklijke Marechaussee	Mr. P. Coomans, Hoofd Juridische Zaken;
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;
Cdre Mr. P.T. Heblij	Hoofd Militair Juridische Dienst Krijgsmacht, Adjunct-directeur Juridische Zaken;
Mr. R. van den Heuvel	Voorzitter van de Militaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem – Leeuwarden;
Prof. Mr. Th. A. de Roos	Raadsheer-plaatsvervanger in het Hof 's-Hertogenbosch, emeritus-hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Universiteit van Tilburg;
Adres van de Redactiecommissie:	CCOE t.a.v. Kapitein Mr. Y.J. Foliant, Brasserskade 227A, 2497 NX 's-Gravenhage.

VASTE MEDEWERKERS:

Mr. M.J. Smeets en mr. P.J.H. Souren, Bijzondere Regelingen Defensie van ABP/APG.
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, Afd. Internationaal Recht, Directie Juridische Zaken, Ministerie van Buitenlandse Zaken.
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 € 60,40. 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 (MRT@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.