

## Vrijheid van vakvereniging voor Europese militairen

DOOR MR. N. HUMMEL<sup>1</sup>

### I. Inleiding

Voor de Nederlandse militair is het tegenwoordig vanzelfsprekend om het recht te hebben om ter behartiging van zijn professionele belangen lid te worden van een (militaire) vakbond. Niemand in Nederland zal nog betwisten dat grondrechten, waaronder het recht op vrijheid van (vak)vereniging, in beginsel ook hebben te gelden voor militairen.<sup>2</sup> Toch zijn militairen in veel andere Westerse landen nog steeds verstoken van het recht om vakbonden te vormen. Gemeend wordt dat een dergelijk recht niet te rijmen valt met de primaire taak van de krijgsmacht: de bescherming van de interne en externe veiligheid van de Staat. De afgelopen decennia groeit echter het aantal landen dat militaire vakbonden erkent, hoewel soms pas na lange juridische strijd. De opmars van de militaire vakbonden wordt onder meer toegeschreven aan het feit dat veel landen de dienstplicht hebben opgeschort ten faveure van een beroepsleger, veelal gepaard gaande met grote bezuinigingen. Als gevolg hiervan ontstaat de noodzaak om effectief te concurreren met andere bedrijven op de arbeidsmarkt en om de organisatie zo efficiënt mogelijk in te richten. Hierdoor wordt een baan bij de krijgsmacht steeds meer gezien als een 'gewoon' beroep, waarin militairen opkomen voor hun eigen belangen.<sup>3</sup> Militairen worden derhalve steeds meer beschouwd als 'citizens-in-uniform'. Deze benadering, die met zich brengt dat militairen in beginsel dezelfde rechten en vrijheden hebben als burgers (behoudens uitzonderingen die nodig zijn vanwege het eigene van het werken bij de krijgsmacht), werd eind jaren tachtig van de vorige eeuw al uitgedragen door de Raadgevende Vergadering van de Raad van Europa. Zij overwoog dat militairen, zowel dienstplichtigen als beroepsmilitairen, niet mogen worden geïsoleerd van de democratische samenleving die zij juist plegen te beschermen.<sup>4</sup> 'Members of the armed forces cannot be expected to respect humanitarian law and human rights in their operations unless respect for human rights is guaranteed within the army ranks', aldus de

<sup>1</sup> Mr. N. (Nataschja) Hummel is als docent/onderzoeker sociaal recht verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

<sup>2</sup> Dat grondrechten ook gelden voor militairen en dat beperkingen hierop in een formele wet moeten worden opgenomen, werd reeds erkend in de Nota inzake herziening van het militaire tuchtrecht uit 1972 (*Kamerstukken II 1971/72, I 1689, 2*; zie ook *Kamerstukken II 1986/87, 20033, 5, p. 1-2*). Het recht op vrijheid van vereniging is neergelegd in artikel 8 Gw; de beperkingsmogelijkheid voor militairen van artikel 12a lid 1 MAW 1931 geldt ingevolge het derde lid niet voor het lidmaatschap van een vakbond.

<sup>3</sup> C. Moskos, 'From Institution to Occupation. Trends in Military Organization', *Armed forces and Society* 1977, afl. 4, p. 41-50; G. Harries-Jenkins, *Group representation in European Armed Forces. CMRI Report*, Londen: European Research Office 1980; L. Heinecken, 'Military Unionism and the Management of Employee Relations within the Armed Forces: A Comparative Perspective' *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2010, vol. 26, afl. 4, p. 401-420.

<sup>4</sup> *Resolution 903 (1988) of the Parliamentary Assembly on the right to association for members of the professional staff of the armed forces* (aangenomen op 30 juni 1988), Straatsburg: Raad van Europa 1988, par. 5.

Raadgevende Vergadering.<sup>5</sup> Niettemin laten de relevante internationale verdragen lidstaten nog steeds ruimte om de vakbondsrechten van militairen te beperken of zelfs geheel te onthouden. Keerpunt is dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hier: 'EHRM' of 'het Hof') in oktober 2014 het Franse absolute verbod onderuit heeft gehaald.<sup>6</sup> Dit verbod werd in strijd geacht met artikel 11 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: 'EVRM' of 'de Conventie'), waarin het recht op vrijheid van (vak)vereniging is neergelegd. Aan deze op het eerste gezicht bescheiden bepaling heeft het Hof in voorgaande arresten het recht op collectief onderhandelen en (ogenschijnlijk) zelfs het stakingsrecht verbonden. In deze bijdrage staat de vraag centraal in hoeverre Europese militairen dezelfde vakbondsrechten toekomen als andere werknemers, en vervolgens wat dit betekent voor Nederland.

Ter beantwoording van deze vraag zal in paragraaf 2 eerst een kort overzicht worden gegeven van militaire vakbondsvorming wereldwijd, gevolgd door een bespreking van de reikwijdte van de relevante internationale verdragen in paragraaf 3. Paragraaf 4 staat uitgebreid stil bij de arresten van het EHRM in de zaken *Matelly/France* en *ADEFDROMIL/France* van oktober vorig jaar. Deze zijn op 2 januari 2015 definitief geworden vermits Frankrijk geen verzoek heeft ingediend tot doorverwijzing naar de Grote Kamer.<sup>7</sup> Vervolgens wordt in paragraaf 5 ingegaan op de mogelijke impact van deze arresten door te onderzoeken hoever de 'nieuwe' vakbondsrechten voor militairen reiken. De positie van de militaire vakbonden in Nederland en de mogelijke gevolgen van deze arresten voor met name het stakingsverbod voor militairen komen aan bod in paragraaf 6. De bijdrage wordt afgerond met enkele afsluitende opmerkingen in paragraaf 7.

## 2. De internationale praktijk in vogelvlucht

Alvorens een blik te werpen op de internationale praktijk, past de opmerking dat de opbloei van militaire vakbonden in een land mede afhankelijk is van factoren als de eigen historie, (militaire) cultuur, politieke situatie en de (vroegere) aanwezigheid van externe dreiging.<sup>8</sup> Er is dus geen standaard. In deze paragraaf wordt volstaan met een vereenvoudigde weergave door onderscheid te maken tussen landen die militaire vakbonden (1) al geruime tijd erkennen; (2) niet erkennen; en (3) recentelijk hebben erkend.<sup>9</sup> Nederland maakt deel uit van de eerste groep. Deze bestaat uit Europese landen met een lange militaire vakbondstraditie, waaronder ook

<sup>5</sup> *Recommendation 1742 (2006) of the Parliamentary Assembly on human rights of members of the armed forces* (aangenomen op 11 april 2006), Straatsburg: Raad van Europa 2006, par. 3.

<sup>6</sup> EHRM 2 oktober 2014, 20609/10 (*Matelly/France*); EHRM 2 oktober 2014, 32191/09 (*ADEFDROMIL/France*) (officiële taal: Frans).

<sup>7</sup> De Franse Raad van State (*Conseil d'Etat*) achtte een verzoek tot doorverwijzing naar de Grote Kamer (art. 43 EVRM) niet kansrijk (*Rapport à Monsieur le Président de la République Sur Le droit d'association professionnelle des militaires*, Parijs: Conseil d'Etat 18 december 2014).

<sup>8</sup> I.D. Leigh & H. Born, *Handbook on human rights and fundamental freedoms of armed forces personnel*, Warschau: OSCE/ODIHR 2008, p. 18; *Report on the role of Military Associations in Protecting Human Rights of Armed Forces Personnel in Southern Europe* (bijeenkomst van 19 november 2013 te Madrid), OSCE/ODIHR & EUROMIL 2013, par. 36-37.

<sup>9</sup> Deze indeling is ontleend aan R. Bartle & L. Heineken (red.), *Military Unionism in the Post Cold War Era. A Future Reality?*, Londen: Routledge Press 2006; *Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights on the Right to association for members of the professional staff of the armed forces (van 15 juli 2002)*, Straatsburg: Raad van Europa 2002, par. 19-23.

België, Duitsland, Oostenrijk, Noorwegen, Finland, Zwitserland, Zweden en Denemarken. Deze landen hebben gemeen dat zij militairen het recht om te staken onthouden. Als uitzondering hierop wordt veelal verwezen naar Zweden, maar ook wel naar Zwitserland en Oostenrijk.<sup>10</sup> De positie van de Zweedse militaire vakbonden wordt toegeschreven aan hun aansluiting bij de centrale organisaties voor overheidspersoneel. Zodoende konden militairen meeliften op de privatisering van de rechtspositie van ambtenaren, die een aanvang nam met de hervormingen van 1965.<sup>11</sup> Er is geen specifieke wet die dit stakingsrecht voor militairen inperkt;<sup>12</sup> wel hebben de (militaire) vakbonden afspraken gemaakt over de uitoefening van dit recht, bijvoorbeeld door bepaalde militaire functies hiervan uit te sluiten, waaronder managementposities en plaatsingen in internationaal verband.<sup>13</sup> Het Zweedse beleid oogt wellicht wat onorthodox, maar past in het Zweedse overlegmodel waarin de arbeidsverhoudingen van oudsher worden bepaald door de sociale partners, en niet door de wetgever.<sup>14</sup> Veel leden van de eerste groep kennen een regeling om externe (politieke) invloed van civiele vakbonden te weren. Opvallend is dat geen van deze landen zorgen heeft geuit over negatieve gevolgen van de vakbondsvorming op de inzetbaarheid van de krijgsmacht.<sup>15</sup> Er wordt zelfs gesteld dat de sociale dialoog met de militaire vakbonden hierop een positief effect heeft: het leidt uiteindelijk tot 'een tevreden soldaat'.<sup>16</sup>

Desondanks onthoudt een groot aantal Westerse democratieën militair personeel nog steeds het recht om vakbonden te vormen, onder de aanname dat dit de operationele inzetbaarheid, dus de nationale veiligheid, in gevaar brengt (de tweede groep). Zij zijn van mening dat groepsvertegenwoordiging buiten de hiërarchische lijnen de militaire discipline en commandostructuur zou kunnen ondermijnen.<sup>17</sup> Militaire vakbonden zijn onder meer verboden in het Verenigd Koninkrijk, de Verenigde Staten, Spanje, Portugal, Italië, Frankrijk, Turkije, Griekenland en Canada. Deze groep bevat aldus de voornaamste NAVO-partners. Doorgaans is het verbod

<sup>10</sup> *Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights on the Right to association for members of the professional staff of the armed forces (van 15 juli 2002)*, Straatsburg: Raad van Europa 2002, par. 19; Zwitserland beperkt het stakingsrecht voor militairen alleen waar de nationale veiligheid in het geding is (art. 24 Bundespersonalgesetz 2000); zie voor Oostenrijk G. Caforio, 'Unionization of the Military. Representation of the Interests of Military Personnel', in: G. Caforio (ed.), *Handbook of the Sociology of the Military*, New York: Springer 2006, p. 316.

<sup>11</sup> A. Brickman, 'Military Trade Unionism in Sweden', *Armed Forces and Society* 1976, afl. 4, p. 537; zie ook EHRM 6 februari 1976, 5589/72 (*Schmidt and Dahlström/Sweden*), par. 10-20; EHRM 6 februari 1976, 5614/72 (*Swedish Engine Drivers' Union/Sweden*), par. 10-20.

<sup>12</sup> Wel bevat de *Lagen om offentlig anställning* van 1994 (LOA) specifieke beperkingen voor ambtenaren die openbaar gezag uitoefenen. Belangrijkste beperking ziet op de vorm van collectieve actie; uitsluitend de lockout (door de werkgever), staking, weigering om over te werken of een blokkade van nieuwe werkzaamheden zijn toegestaan (sec. 23 LOA).

<sup>13</sup> Neergelegd in bijlage I bij de basisovereenkomst voor de publieke sector (*Huvudavtal 2000*); zie ook I.D. Leigh & H. Born, a.w., p. 71.

<sup>14</sup> Het belang van collectieve arbeidsovereenkomsten in Zweden werd bijvoorbeeld benadrukt in EHRM (Grote Kamer) 25 april 1996, 15573/89 (*Gustafsson/Sweden*), par. 49.

<sup>15</sup> T. Stites, *Military Unions: A Signpost on the Path of Subjective Control and Occupationalization of the Armed Forces*, Washington: Industrial College of the Armed Forces 1993, p. 13; Caforio, a.w., p. 316-317.

<sup>16</sup> *Report on the role of Military Associations in Protecting Human Rights of Armed Forces Personnel in Southern Europe* (bijeenkomst van 19 november 2013 te Madrid), OSCE/ODIHR & EUROMIL 2013, par. 19-20.

<sup>17</sup> Zie o.a. J. Mittelstadt, 'The Army is a Service, Not a Job': Unionization, Employment, and the Meaning of Military Service in the Late-Twentieth Century United States', *International Labor and Working-Class History* 2011, afl. 80, p. 30; Stites, a.w., p. 9-10; Harries-Jenkins, a.w., p. 18; Caforio, a.w., p. 315.

expliciet opgenomen in de wet. Illustratief is titel 10 sectie 976 van de *United States Code*: 'It shall be unlawful for a member of the armed forces (...) to join or to maintain membership in such [military labor] organization'. Deze wetgeving wordt beschouwd als de hoeksteen van het Amerikaanse verzet tegen militaire vakbonden en is in 1978 ingevoerd naar aanleiding van een kortstondige poging om militairen te verenigen, vlak na afschaffing van de dienstplicht in 1973. Daarop benadrukten militaire en politieke leiders het unieke karakter van de militaire dienst – uitgedrukt in de zinsnede 'it's a service, not a job' – en de ultieme opoffering verbonden aan 'the military way of life'.<sup>18</sup> Door de militaire rechtspositie te versterken werd de 'vakbondsdreiging' binnen een jaar de kop ingedrukt. In dezelfde periode werd in het Verenigd Koninkrijk een soortgelijke paternalistische benadering gevolgd om het ontstaan van militaire vakbonden in de kiem te smoren.<sup>19</sup> Nog steeds verbieden de *Queen's Regulations (J5.588)* militaire vakbonden. Toch zijn er subtiele nuanceverschillen waar te nemen. In het Verenigd Koninkrijk staat het militairen bijvoorbeeld wel vrij om lid worden van civiele vakbonden, in Frankrijk en Italië zijn alternatieve (interne) structuren opgezet om de grieven van het militaire personeel te adresseren<sup>20</sup> en steeds meer landen, waaronder Spanje, Portugal en het Verenigd Koninkrijk, staan militairen toe om beroepsverenigingen te vormen, zolang dit maar geen vakbonden zijn.<sup>21</sup>

De afgelopen decennia heeft zich een derde groep gevormd. Deze bestaat uit landen die militaire vakbonden recentelijk hebben erkend, waaronder Ierland, Australië, Zuid-Afrika en Slovenië. Vooral de Zuid-Afrikaanse casus springt in het oog. In 1999 oordeelde het Zuid-Afrikaanse constitutioneel hof dat het daar geldende verbod op militaire vakbonden ongrondwettelijk was.<sup>22</sup> Niettemin bleven militaire leiders de militaire arbeidsverhouding eenzijdig benaderen, zodat de nieuw opgezette overlegstructuren niet functioneerden, ook niet na nog een uitspraak van het constitutioneel hof.<sup>23</sup> De spanningen liepen zodanig op dat in 2009 duizenden militairen voor het vakbondsgebouw demonstreerden, hetgeen door de media zelfs werd bestempeld als muiterij. De militairen werden op hardhandige wijze door de politie uiteen gedreven; honderden werden direct ontslagen en raakten vervolgens verwickeld in jarenlange gerechtelijke procedures – (tot op heden) met succes bijgestaan door hun vakbond. Deze ontwikkelingen hebben gezorgd voor een nieuwe golf van antipathie tegen militaire vakbonden.<sup>24</sup> Deze casus leert dat het recht op vakverenigingsvrijheid weliswaar door een (nationale of internationale)

<sup>18</sup> Mittelstadt, a.w., p. 37-39.

<sup>19</sup> R. Bartle, 'The British Armed Forces: No trust, no representation, no change', in: R. Bartle & L. Heinecken (red.), *Military Unionism in the Post Cold War Era: A Future Reality?*, Londen: Routledge Press 2006, p. 17.

<sup>20</sup> Zie voor Frankrijk M.L. Martin, 'The French military and union rights: At the margin of full citizenship', in: R. Bartle & L. Heinecken (red.), *Military Unionism in the Post Cold War Era: A Future Reality*, Londen: Routledge, p. 48-66; zie voor Italië E. Olivetta, 'The Italian armed forces: Towards a new need for representation', in R. Bartle & L. Heinecken (red.), *Military Unionism in the Post Cold War Era: A Future Reality*, Londen: Routledge, p. 35-47. Zie ook ECSR 4 december 2000, 2/1999, 4/1999, 5/1999 (EUROFEDOP/ France, Italy and Portugal).

<sup>21</sup> *Report on the role of Military Associations in Protecting Human Rights of Armed Forces Personnel in Southern Europe* (bijeenkoms van 19 november 2013 te Madrid), OSCE/ODIHR & EUROMIL 2013, par. 24.

<sup>22</sup> Constitutional Court of South Africa 26 mei 1999, 1999(4)SA 469(CC); 1999(6) BCLR 615 (CC) (*African National Defence Union/Minister of Defence and Another*).

<sup>23</sup> Constitutional Court of South Africa 30 mei 2007, CCT 65/06 [2007] ZACC 10 (*South African National Defence Union/Minister of Defence*).

<sup>24</sup> L. Heinecken, 'Ban Military Unions, They're a Threat to National Security! So Where to from Here?', *Strategic Review for Southern Africa* 2009, vol. 31, afl. 2, p. 29.

rechter kan worden erkend, maar dat dit er niet automatisch toe leidt dat hier de facto van geprofiteerd kan worden.

### 3. Relevante internationale verdragen

#### 3.1 Internationale verdragen

Op internationaal niveau zijn vakbondsrechten voor het eerst erkend in Verdrag 87 (1948) van de Internationale Arbeidsorganisatie (ILO).<sup>25</sup> Dit verdrag is geheel gewijd aan de vrijheid van vakvereniging. Het kent werkgevers en werknemers ‘zonder enig onderscheid’ het recht toe om hun organisaties op te richten en zich aan te sluiten bij een organisatie naar hun keuze (art. 2). Uitzondering is alleen toegestaan voor leden van de krijgsmacht en de politie, waarvoor nationale wettelijke voorschriften kunnen bepalen in welke omvang de waarborgen van dit verdrag van toepassing zijn (art. 9). Andere relevante ILO-Verdragen bevatten gelijklopende bepalingen.<sup>26</sup> De betekenis die de toezichthoudende organen van de ILO, met name het Comité van Deskundigen (CEACR) en het Comité van de Vrijheid van Vakvereniging (CFA), hieraan hebben gegeven is dat het de verdragsstaten toegestaan is om militairen beperkingen of een verbod op te leggen ten aanzien van de in deze verdragen gewaarborgde rechten.<sup>27</sup> Ook andere relevante internationale verdragen bieden de mogelijkheid om de vrijheid van vakvereniging voor militairen te beperken, zoals het Internationale Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVB-PR) (artikel 22) en het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR) (artikel 8).

#### 3.2 Europese verdragen

Op Europees niveau zijn tussen de leden van de Raad van Europa twee toonaangevende verdragen tot stand gekomen: het EVRM (1950) en het Europees Sociaal Handvest (1961, herzien in 1996) (ESH). Reeds in de zaak *Engel and others/the Netherlands* uit 1976 heeft het EHRM duidelijk gemaakt dat militairen vallen onder de bescherming van het EVRM. Wel overwoog het daarbij dat in zaken waarin militairen zijn betrokken, rekening moet worden gehouden met de specifieke kenmerken van het militaire leven, zoals militaire discipline, de hiërarchische structuur en krijgstucht.<sup>28</sup> Hierin klinkt de *citizen-in-uniform* benadering door.<sup>29</sup> Ook in latere arresten heeft het Hof steeds als uitgangspunt geno-

<sup>25</sup> De ILO is tegelijk met de Volkenbond opgericht met het Verdrag van Versailles (1919). Achterliggende gedachte was dat internationale en duurzame vrede slechts gevestigd kan worden op de grondslag van sociale rechtvaardigheid. In 1946 werd de ILO onderdeel van de Verenigde Naties (VN); thans telt de organisatie 185 lidstaten (zie ook de website van de ILO <<http://www.ilo.org>>).

<sup>26</sup> Art. 5 ILO-Verdrag 98; art. 1 lid 3 ILO-Verdrag 151; art. 1 lid 2 ILO-Verdrag 154.

<sup>27</sup> *Freedom of association. Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Fifth (revised) edition*, Genève: Internationaal Arbeidsbureau 2006, par. 224-225.

<sup>28</sup> EHRM 8 juni 1976, 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 (*Engel and others/the Netherlands*), par. 54, 57, 59; MRT, LXIX (1976), p. 385.

<sup>29</sup> Aldus ook I.D. Leigh & H. Born, a.w., p. 34.

## BESCHOUWING

men dat militairen recht hebben op de bescherming van de Conventie.<sup>30</sup> Illustratief is de zinsnede: '[T]he Convention does not stop at the gates of army barracks.' Het Hof accepteert niet dat de bijzondere positie van de krijgsmacht als excuus wordt aangedragen teneinde de rechten van militairen te frustreren. 'Any restrictions on their Convention rights, to be justified, must satisfy the test of necessity in a democratic society', aldus het Hof.<sup>31</sup> In het EVRM is het vakverenigingsrecht als specifiek onderdeel van het algemene recht op vrijheid van vereniging neergelegd in artikel 11:

Lid 1. Een ieder heeft recht op vrijheid van vreedzame vergadering en op vrijheid van vereniging, met inbegrip van het recht met anderen vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen.

Lid 2. De uitoefening van deze rechten mag aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan die, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Dit artikel verbiedt niet dat rechtmatige beperkingen worden gesteld aan de uitoefening van deze rechten door leden van de krijgsmacht, van de politie of van het ambtelijk apparaat van de Staat.

In de *Matelly-* en *ADEFDROMIL*-zaken kwam het uiteindelijk aan op de uitleg die gegeven moet worden aan de tweede volzin van lid 2. De betekenis van deze *personele* beperkingsclausule komt uitgebreid aan de orde in paragraaf 4.3.

In het ESH is het recht op vrijheid van organisatie neergelegd in artikel 5; het recht op collectief onderhandelen in artikel 6. Deze artikelen zijn ook van toepassing op de publieke sector.<sup>32</sup> Alleen artikel 5 ESH bevat een uitzonderingsclausule voor leden van de politie en de krijgsmacht, waarin een splitsing wordt gemaakt tussen deze twee groepen. Wat betreft leden van de politie bepaalt de tweede volzin: 'De mate waarin de in dit artikel voorziene waarborgen van toepassing zullen zijn op de politie, wordt bepaald door de nationale wet- of regelgeving.' De uitleg die hieraan wordt gegeven door het Europese Comité voor de Sociale Rechten (ECSR), het toezichthoudende orgaan van het ESH, is dat het lidstaten is toegestaan om het recht van politieagenten om zich te verenigen, te beperken, maar niet geheel te onthouden.<sup>33</sup> Wat betreft leden van de krijgsmacht luidt de laatste volzin van artikel 5 ESH als volgt:

<sup>30</sup> O.a. EHRM 25 November 1997, 24348/94, (*Grigoriades/Greece*), par. 45-48; EHRM 19 december 1994, 15153/89 (*Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi/Austria*), par. 36; EHRM 6 februari 2003, 45624/99 (*Akbulut/Turkey*) (niet-ontvankelijk).

<sup>31</sup> EHRM 22 maart 2012 (Grote Kamer), 30078/06 (*Konstantin Markin/Russia*), par. 136.

<sup>32</sup> *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*, Straatsburg: Raad van Europa 2008, p. 51.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 52.

Het beginsel volgens hetwelk deze waarborgen van toepassing zullen zijn ten aanzien van leden van de strijdkrachten, en de mate waarin deze waarborgen van toepassing zullen zijn op personen in deze categorie, wordt eveneens bepaald door de nationale wet- of regelgeving.

Volgens het ECSR volgt uit de bewoordingen van deze zin dat het lidstaten is toegestaan om de vrijheid van vakvereniging voor de leden van de strijdkrachten naar eigen inzicht te beperken of zelfs geheel te onthouden. In december 2000 werd dit nog eens benadrukt naar aanleiding van drie collectieve klachten die aanhangig waren gemaakt door de *European Federation of Employees in Public Services* (EUROFEDOP). Het ECSR achtte het absolute verbod op militaire vakbonden in Frankrijk, Italië en Portugal verenigbaar met artikel 5 ESH.<sup>34</sup> Een jaar later nam de Raadgevende Vergadering van de Raad van Europa Aanbeveling 1572 (2002) aan, waarin zij onder meer adviseerde om artikel 5 ESH te amenderen door militairen gelijk te trekken met politieagenten, en aldus geen ruimte meer te bieden voor een absoluut verbod.<sup>35</sup> In 2006 heeft de Raadgevende Vergadering Aanbeveling 1942 aangenomen, waarin zij opmerkte dat ondanks haar herhaalde verzoeken om militairen te behandelen als *citizens-in-uniform*, de situatie van militairen in sommige lidstaten nog steeds niet in overeenstemming was met het EVRM. Lidstaten werden onder meer opgeroepen om leden van de krijgsmacht het recht toe te kennen om zich ter behartiging van hun professionele belangen te verenigen en om collectief te onderhandelen over bezoldiging en andere arbeidsvoorwaarden.<sup>36</sup> Hierop heeft het Comité van Ministers in 2010 een vergelijkbare aanbeveling aangenomen, waarin het een opsomming geeft van de rechten en vrijheden die militairen toekomen, alsmede de gevallen waarin deze mogen worden beperkt.<sup>37</sup>

De *citizen-in-uniform* benadering wordt eveneens uitgedragen door de Organisatie voor Veiligheid en Samenwerking in Europa (OVSE). Lidstaten wordt niettemin de ruimte gelaten om de nodige beperkingen op te leggen.<sup>38</sup> Redelijk nieuw op Europees niveau is dat artikel 12 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: 'Handvest') 'eenieder' het recht op vrijheid van vereniging garandeert.<sup>39</sup> Hier wordt wel naar verwezen als de enige bindende bepaling die geen beperkingsclausule bevat voor leden van de krijgsmacht.<sup>40</sup> Daargelaten de

<sup>34</sup> ECSR 4 december 2000, 2/1999, 4/1999, 5/1999 (*EUROFEDOP/France, Italy and Portugal*), par. 26.

<sup>35</sup> *Recommendation 1572 (2002) of the Parliamentary Assembly on the Right to association for members of the professional staff of the armed forces* (aangenomen op 3 september 2002), Straatsburg: Raad van Europa 2002, par. 8.

<sup>36</sup> *Recommendation 1742 (2006) of the Parliamentary Assembly on human rights of members of the armed forces* (aangenomen 11 april 2006), Straatsburg: Raad van Europa 2006, par 9.1.

<sup>37</sup> *Human rights of members of the armed forces. Recommendation CMI/Rec (2010)4 of the Committee of Ministers and explanatory memorandum* (aangenomen op 24 februari 2010), Straatsburg: Raad van Europa 2010, par. 54.

<sup>38</sup> Zie bijvoorbeeld de OVSE Gedragscode inzake Politiek-Militaire Aspecten van Veiligheid, par. 32. De OVSE heeft geen officiële status onder het internationale recht; de gemaakte afspraken zijn politiek, maar niet juridisch bindend.

<sup>39</sup> Het Handvest is op 1 januari 2009 juridisch bindend geworden met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (art. 6 lid 1 Verdrag betreffende de Europese Unie).

<sup>40</sup> Vgl. art. 23 lid 4 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties. Deze is echter niet juridisch bindend.

vraag of het Handvest überhaupt wel van toepassing is op de krijgsmacht,<sup>41</sup> kan evenwel worden opgemerkt dat bij de uitleg van artikel 12 Handvest de bijbehorende toelichting in acht dient te worden genomen.<sup>42</sup> Deze leert, mede gelet artikel 52 lid 3 Handvest, dat de inhoud en reikwijdte dezelfde zijn als die van artikel 11 EVRM – waarmee we aangeland zijn bij de bepaling van de reikwijdte van laatstgenoemd artikel.

## 4. De zaken *Matelly* en *ADEFROMIL* tegen Frankrijk

### 4.1 Casus

Frankrijk behoort tot de landen die militairen verbieden om lid te zijn van (een vorm van) vakbonden. De Franse weigering om dit recht te verlenen is nauw verwant met zijn traditionele perceptie van de militaire dienst. Volgens Frankrijk kan het recht om vakbonden te vormen een nadelig effect hebben op basisaspecten van het militaire instituut, zoals hiërarchie, operationele gereedheid en (politieke) neutraliteit.<sup>43</sup> De relevante voorzieningen zijn thans te vinden in de artikel 4121-4 van de Defensiecode (*Code de la défense*):

De uitoefening van het stakingsrecht is onverenigbaar met de militaire status. Het bestaan van professionele groeperingen en verenigingen met een vakbondskarakter, alsmede vakbondsactiviteiten van actief dienend militair personeel, zijn onverenigbaar met de regels van militaire discipline. Het is aan de commandant, op alle niveaus, om de belangen van zijn ondergeschikten via de hiërarchische lijnen te beschermen.

De term ‘professionele groeperingen’ wordt door de Franse Raad van State (*Conseil d’Etat*), de hoogste administratieve rechter in Frankrijk, geïnterpreteerd als een groep die ‘in het bijzonder tot doel heeft om de materiële en morele belangen van militairen te beschermen’. Hieronder valt ‘elke structuur die kan dienen als dekmantel voor vakbondsactiviteiten’.<sup>44</sup> Dit is waar de *Association de Défense des Droits des Militaires (ADEFROMIL)* en *Jean-Hugues Matelly* tegenop liepen. *ADEFROMIL* was in 2001 opgericht door twee militairen met als statutaire doelstelling: ‘De studie en verdediging van de rechten, de materiële, de professionele en morele collectieve en individuele belangen van militairen’. Het in rechte bijstaan van individuele militairen maakte hier blijkens de statuten onderdeel van uit.<sup>45</sup> In 2002 werd geoordeeld dat de vereniging een vakbondskarakter had. Actief dienende leden riskeerden disciplinaire sancties

<sup>41</sup> Ingevolge art. 51 lid 1 Handvest zijn de bepalingen van het Handvest uitsluitend gericht tot de lidstaten wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen (zie ook HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10 (*Åklagaren/Hans Åkerberg Fransson*), par. 22). Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat activiteiten die tot uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag behoren, zoals landsverdediging, in beginsel uitgesloten van een kwalificatie als economische activiteit (Hof van Justitie 18 oktober 2012, C-583/10 (*United States of America/Christine Nolan*), par. 41). De rol van het Handvest voor militaire aangelegenheden lijkt hierdoor minimaal. Veel wordt aangenomen dat het Handvest van toepassing is op operaties in het kader van het Gemeenschappelijk Buitenlands en Veiligheidsbeleid (GVDB) (*Human rights applied to CSDP operations and missions* (Briefing van 21 januari 2014), European Parliamentary Research Service 2014).

<sup>42</sup> Art. 6 lid 1 van het Verdrag betreffende de Europese Unie.

<sup>43</sup> Martin, a.w., p. 48-50.

<sup>44</sup> EHRM 2 oktober 2014, 20609/10 (*Matelly/France*), par. 29-30.

<sup>45</sup> EHRM 2 oktober 2014, 32191/09 (*ADEFROMIL/France*), par. 5.



indien ze weigerden zich uit de vereniging terug te trekken. De organisatie verloor hierdoor veel van haar leiders. ADEFDROMIL deed verschillende verzoeken om herziening. Uiteindelijk werden deze afgewezen door de *Conseil d'Etat*, die het statutaire doel van de organisatie strijdig achtte met artikel L. 4121-4 van de Defensiecode; als gevolg hiervan werd de procesbevoegdheid ontkend.<sup>46</sup> Ongeveer hetzelfde gebeurde met Matelly, een officier in de Nationale Gendarmerie, een Franse semi-militaire politiemacht met militaire status.<sup>47</sup> Eind maart 2008 werd de vereniging 'Forum gendarmes et citoyens' opgericht, met Matelly als een van de oprichters en vicepresident. Uit de statuten bleek dat de vereniging zich tot doel stelde om informatie-uitwisseling tussen burgers en gendarmes te faciliteren, maar ook gericht was op 'de verdediging van de materiële en morele toestand van de gendarmes'.<sup>48</sup> Een dag na de officiële aankondiging beval de directeur-generaal aan Matelly en andere actief dienende gendarmes om hun lidmaatschap onmiddellijk op te zeggen, op straffe van disciplinaire maatregelen. Hij vond dat de vereniging te veel trekken had van een vakbond vanwege de hierboven geciteerde zinsnede in de statuten. Deze doelstelling werd in strijd geacht met artikel L.4121-4 van de Franse Defensiecode. Matelly wendde zich tot de nationale administratieve rechter voor herziening van dit bevel; op 26 februari 2010 wees de *Conseil d'Etat* dit verzoek af.<sup>49</sup> In Straatsburg klaagde Matelly over een ongerechtvaardigde en disproportionele inbreuk op zijn vrijheid van vereniging.

## 4.2 EHRM oordeel

In zowel de ADEFDROMIL- als de Matelly-zaak concentreerde het EHRM zich op de vermeende schending van artikel 11 lid 1 EVRM, dat zoals gezegd de vrijheid van (vak)vereniging garandeert.<sup>50</sup> In beide zaken kwam de inbreuk in essentie neer op de voorzieningen van artikel L. 4121-4 van de Defensiecode. Dit resulteerde in twee min of meer gelijke arresten;<sup>51</sup> daarom wordt in het navolgende alleen gerefereerd aan het Matelly-arrest. Dit arrest laat zien dat leden van de krijgsmacht niet buiten de reikwijdte van artikel 11 EVRM vallen. Hiertoe refereerde het Hof aan zijn vaste jurisprudentie ten aanzien van leden van het ambtelijk apparaat van de Staat en de politie, de andere twee groepen die worden genoemd in de beperkingsclausule *ratione personae* in artikel 11 lid 2 EVRM (zie hieronder). Volgens het Hof volgde hieruit dat de verdragstaten deze groepen ten hoogste 'rechtmatige beperkingen' mogen opleggen. Deze beperkingen zijn gelimiteerd tot de 'uitoefening' van de onderhavige rechten en mogen de essentiële elementen van het recht om zich te

<sup>46</sup> Ibidem, par. 17.

<sup>47</sup> EHRM 2 oktober 2014, 20609/10 (*Matelly/France*), par. 27. Het toekennen van militaire status aan de Nationale Gendarmerie werd in deze zaak niet betwist. In oktober 2013 heeft het ECSR hierover een collectieve klacht van Franse gendarmes ontvankelijk verklaard (ECSR 21 oktober 2013, 101/2013 (*CESPI/France*)) (zie ook F. Dorssemont, annotatie bij EHRM 2 oktober 2014, EHRC 2015/9 (*Matelly/Frankrijk*), par. 2).

<sup>48</sup> Ibidem, par. 8.

<sup>49</sup> Ibidem, par. 17.

<sup>50</sup> Matelly deed daarnaast een beroep op art. 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting). Het EHRM beschouwt art. 11 als een *lex specialis* van art. 10 EVRM (EVRM 25 september 2012, 11828/08 (*Trade Union of the Police in the Slovak Republic and others/Slovakia*), par. 52). ADEFDROMIL deed daarnaast een beroep op art. 6, 13 en 14 EVRM.

<sup>51</sup> Voornaamste verschil is in de ADEFDROMIL-zaak ook schending van art. 6 en 14 EVRM aan de orde was wegens ongelijke behandeling ten aanzien van de toegang tot de rechter. Volgens het EHRM tast een dergelijke beperking van de procesbevoegdheid van een vakbond de vrijheid van vakvereniging in haar kern aan (zie ook F. Dorssemont, annotatie bij: EHRM 2 oktober 2014, EHRC 2015/9 (*Matelly/France*)).

verenigen niet aantasten, zonder welke dit recht inhoudsloos zou worden.<sup>52</sup> Het EHRM had reeds eerder 'het recht om een vakbond te vormen en hiervan lid te worden' aangeduid als een van deze essentiële elementen.<sup>53</sup> Daarnaast overwoog het Hof dat de inbreuk eveneens moet voldoen aan de materiële voorwaarden van de eerste volzin van artikel 11 lid 2 EVRM.<sup>54</sup> Dit betekent dat, ongeacht de relevantie van de personele beperkingsclausule van het tweede lid, de klassieke drie parameters worden toegepast – wettigheid (*prescribed by law*), legitiem doel (*legitimate aim*) en noodzakelijk in een democratische samenleving (*necessary in a democratic society*). Wat betreft de eerste stap overwoog het Hof dat de inbreuk wettig was: Article L. 4121-4 van de Defensiecode (zoals aangevuld met de jurisprudentie van de *Conseil d'État*) voldeed aan de vereisten van toegankelijkheid en voorzienbaarheid.<sup>55</sup> Als legitiem doel volstond de bescherming van de orde en discipline die noodzakelijk is binnen de krijgsmacht (waarvan de gendarmerie deel uitmaakt).<sup>56</sup> Het Hof benadrukte vervolgens dat een algeheel verbod voor militairen om vakbonden te vormen niet per definitie 'noodzakelijk in een democratische samenleving' is.<sup>57</sup> Het overwoog in paragraaf 71 (eigen vertaling):

Het Hof is zich ervan bewust dat het specifieke karakter van de taken van de krijgsmacht aanpassing verlangt van vakbondsactiviteiten, die, gelet op het doel, kritische inzichten ten aanzien van bepaalde beslissingen aangaande de materiële en morele situatie van militairen aan het licht kunnen brengen. Daarom benadrukt het dat, ingevolge artikel 11 van de Conventie, beperkingen, zelfs significante, opgelegd kunnen worden aan de vormen van actie en uitingen van een belangenvereniging en van het militaire personeel dat hiervan lid is. Echter, zulke beperkingen mogen militairen en hun vakbonden niet het algemene recht op vereniging ter bescherming van hun professionele en morele belangen ontnemen.

Volgens het Hof kwamen de desbetreffende bepalingen van de Franse Defensiecode neer op een 'zuiver en eenvoudig' verbod voor militairen om lid te worden van elke organisatie met een vakbondskarakter.<sup>58</sup> Ten aanzien van het argument van de Franse regering dat het verschillende alternatieve overlegprocedures had ingesteld voor de belangenbehartiging, oordeelde het Hof dat deze niet in de plaats kunnen treden van de vrijheid van vereniging, dat ook het recht om

<sup>52</sup> Ibidem, par. 56-57.

<sup>53</sup> Ibidem, par. 58; verwezen wordt naar EHRM (Grote Kamer) 12 November 2008, 34503/97 (*Demir and Baykara/Turkey*), par. 144-145 (zie paragraaf 5.2).

<sup>54</sup> Ibidem, par. 59.

<sup>55</sup> Ibidem, par. 65-66. Dit houdt in dat de rechtsregel waarop de beperking is gebaseerd kenbaar is, bijvoorbeeld door publicatie, en zodanig helder is geformuleerd dat de toepassing in een concreet geval met een redelijke mate van zekerheid is te voorspellen (EHRM 26 april 1979, 6538/74 (*Sunday Times/the United Kingdom*), par. 49; EHRM 20 mei 1999, 25390/94 (*Rekvényi/Hungary*), par. 34).

<sup>56</sup> Ibidem, par. 67; verwezen werd naar het *Engel*-arrest, waarin het EHRM heeft overwogen dat de zinsnede 'voorkomen van wanordelijkheden' in artikel 11 lid 2 EVRM niet alleen ziet op de openbare orde, maar ook op de (interne) orde die geldt binnen een specifieke sociale groep, wanneer, zoals in het geval van militairen, wanorde in deze groep weerslag kan hebben op de orde in de maatschappij in zijn geheel (EHRM 8 juni 1976, 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 (*Engel and others/the Netherlands*), par. 98).

<sup>57</sup> Ibidem, par. 62.

<sup>58</sup> Ibidem, par. 68, 72-73.

vakbonden te vormen omvat.<sup>59</sup> Aldus concludeerde het EHRM dat het absolute vakbondsverbod voor Franse militairen een schending van artikel 11 EVRM opleverde.<sup>60</sup>

## 4.3 Reikwijdte van artikel 11 EVRM

### 4.3.1 Jurisprudentie

Vanuit mensenrechtenperspectief is het oordeel van het EHRM toe te juichen; vanuit legalistisch perspectief oogt het behoorlijk liberaal ten opzichte van (de uitleg die wordt gegeven aan) andere internationale mensenrechtenverdragen en de internationale praktijk. De crux van het arrest zit in de interpretatie van de tweeledige beperkingsclausule van artikel 11 lid 2 EVRM (geciteerd in paragraaf 3.2). Indien wordt vastgesteld dat sprake is van een inbreuk op het recht zoals verwoord in het eerste lid, verloopt het onderzoek naar de mogelijke rechtvaardiging hiervan via de gebruikelijke drie stappen – wettigheid, legitiem doel en noodzaak in een democratische samenleving. Dit volgt uit de eerste volzin van artikel 11 lid 2 EVRM. Uniek voor de Conventie is de toevoeging van de tweede volzin. De meerwaarde van deze volzin (een *personele* beperkingsclausule) ten opzichte van de eerste volzin (een *materiële* beperkingsclausule) is twijfelachtig.<sup>61</sup> Illustratief is het *Vogt*-arrest (1995). Aan de ene kant overwoog het EHRM hierin dat de tweede volzin de verdragsstaten toestaat om 'speciale beperkingen' op te leggen aan de uitoefening van de vakbondsrechten van de genoemde categorieën; aan de andere kant oordeelde het EHRM dat de desbetreffende inbreuk disproportioneel was ten opzichte van het beoogde legitieme doel, waarmee het toepassing gaf aan de eerste volzin.<sup>62</sup> Vervolgens werd in de *Rekvényi*-zaak (1999) de proportionaliteitstoets juist expliciet uitgesloten vanwege de tweede volzin.<sup>63</sup> Het EHRM zag hier uitsluitend ruimte om de rechtmatigheid van de beperkingen te toetsen.<sup>64</sup> Mogelijke verklaring voor het verschil in benadering biedt het soort ambtenaren in kwestie: leraren (leden van het ambtelijk apparaat van de Staat)<sup>65</sup> in de *Vogt*-zaak; leden van de politie in de *Rekvényi*-zaak. Zoals gebleken in paragraaf 3 bevatten andere internationale verdragen een met artikel 11 lid 2 EVRM vergelijkbare bepaling voor leden van de krijgsmacht en de politie; alleen het IVESCR noemt hierin ook leden van het ambtelijk apparaat van de Staat. Dit

<sup>59</sup> Ibidem, par. 53-54, 70.

<sup>60</sup> Ibidem, par. 75-76.

<sup>61</sup> Aldus ook L.F.M. Besselink, 'Military Law in the Netherlands', in: G. Nolte (red.), *European Military Law Systems*, Berlijn: De Gruyter Recht 2003, p. 592; F. Dorssemont, 'The right to take collective action under Article 11 ECHR', in: F. Dorssemont, K. Lörcher & I. Schömann (red.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 350-354; F. Dorssemont, annotatie bij: EHRM 2 oktober 2014, EHRC 2015/9 (*Matelly t. Frankrijk*), par. 8; I. van Hiel, 'Blanket ban of military personnel on the right to form and join a trade Union violates Article 11 ECHR', *Strasbourg Observers* 6 november 2014, <http://strasbourgobservers.com/category/cases/matelly-v-france/>; I.D. Leigh & H. Born a.w., p. 69.

<sup>62</sup> EHRM (Grote Kamer) 26 september 1995, 17851/91 (*Vogt/Germany*), par. 43, 68. In EHRM 24 november 2005, 27574/02 (*Otto/Germany*) volgt het EHRM dezelfde benadering.

<sup>63</sup> EHRM 20 mei 1999, 25390/94 (*Rekvényi/Hungary*), par. 61. Ook in EHRM 20 januari 1987, 11603/85 (*Council of Civil Service Unions et al/the United Kingdom*) (niet-ontvankelijk) beschouwde de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens art. 11 lid 2 tweede volzin EVRM als een aparte grond voor het opleggen van beperkingen.

<sup>64</sup> Ibidem, par. 59.

<sup>65</sup> Het EHRM overwoog dat de term 'leden van het ambtelijk apparaat van de Staat' restrictief moet worden uitgelegd in het licht van de functie die de ambtenaar in kwestie bekleedt. Het zag in deze zaak geen noodzaak om de vraag te beantwoorden of leerkrachten als zodanig beschouwd moeten worden (Ibidem, par. 67-68).

heeft geleid tot een strengere blik richting de toelaatbaarheid van beperkingen op het recht van laatstgenoemde groep om vakbonden te vormen, zoals naar voren komt in de jurisprudentie rond de perikelen rond de vrijheid van vakvereniging van Turkse ambtenaren. Vanaf de *Tüm Haber Sen*-zaak uit 2006 brengt het EHRM de twee beperkingsclausules als volgt met elkaar in verbinding:<sup>66</sup>

As to whether the interference was “necessary in a democratic society”, the Court reiterates that lawful restrictions may be imposed on the exercise of trade union rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State. However, it must also be borne in mind that the exceptions set out in Article 11 are to be construed strictly; only convincing and compelling reasons can justify restrictions on such parties’ freedom of association. In determining whether a necessity within the meaning of Article 11 § 2 exists, the Contracting States have only a limited margin of appreciation (...).

Dit betekent dat een beperking niet kan worden gerechtvaardigd louter omdat het een van drie categorieën genoemd in het tweede lid betreft. Deze lijn werd voortgezet in het *Demir and Baykara*-arrest, waarin de Grote Kamer overwoog dat leden van het ambtelijk apparaat van de Staat niet buiten de reikwijdte van artikel 11 EHRM vallen.<sup>67</sup> Tegelijkertijd bracht de Grote Kamer deze categorie terug tot ambtenaren die zich daadwerkelijk met het openbaar bestuur bezighouden (bijvoorbeeld op een ministerie of een vergelijkbaar (nationaal) ambtelijk lichaam).<sup>68</sup> Aan hen ‘rechtmatige beperkingen’ kunnen worden opgelegd. Deze moeten evenwel voldoen aan de materiële voorwaarden (zie de hierboven geciteerde overweging).<sup>69</sup> Behalve naar andere internationale verdragen werd voor deze uitleg ook verwezen naar de praktijk in Europa. De Grote Kamer constateerde dat alle verdragsstaten tegenwoordig het recht op vereniging voor ambtenaren erkennen en dat ‘in de meerderheid van de verdragsstaten de resterende beperkingen slechts zien op de rechtspraak, politie, brandweer, met de meest stringente beperkingen, uitmondend in een verbod op vakbondslidmaatschap, voor leden van de krijgsmacht’.<sup>70</sup> Dit leidt mij tot de conclusie dat de tweede volzin van artikel 11 lid 2 EVRM geen substantiële betekenis meer heeft, althans wat betreft leden van het ambtelijk apparaat van de Staat.

In de *Trade Union of the Police in the Slovak Republic*-zaak uit 2012, over een protestactie van politieagenten waarin werd gescandeerd dat de regering moest aftreden, boog het EHRM zich voor het eerst over de vakbondsrechten van politieagenten. Het erkende weliswaar dat hun taken en verantwoordelijkheden bijzondere regelingen kunnen rechtvaardigen, maar plaatste geen vraagtekens bij hun recht op vrijheid van vereniging – het onderzocht de rechtvaardiging

<sup>66</sup> EHRM 21 februari 2006, 28602/95 (*Tüm Haber Sen and Çınar/Turkey*), par. 35. Zie ook EHRM 12 november 2008, 34503/97 (*Demir and Baykara/Turkey*), par. 119; EHRM 9 juli 2013, 2330/09 (*Sindicatul “Păstorul Cel Bun”/Romania*), par. 145.

<sup>67</sup> EHRM (Grote Kamer) 12 november 2008, 34503/97 (*Demir and Baykara/Turkey*), par. 107.

<sup>68</sup> *Ibidem*, par. 97.

<sup>69</sup> *Ibidem*, par. 107, 119.

<sup>70</sup> *Ibidem*, par. 106.

van de desbetreffende inbreuk door de klassieke materiële stappen toe te passen.<sup>71</sup> Opvallend is dat het Hof in deze zaak niet refereerde aan de hierboven aangehaalde jurisprudentie. Wel werd deze in de *Sindicatul "Păstorul Cel Bun"*-zaak (over priesters) zonder enige toelichting opge-rekt naar leden van de politie en de krijgsmacht.<sup>72</sup> Opvallend genoeg is het deze jurisprudentie die de basis vormde voor het *Matelly*-arrest, en bijvoorbeeld niet de jurisprudentielijn over de toepasselijkheid van het EVRM op militairen (ingezet met het *Engel*-arrest; zie paragraaf 3.2). De door het EHRM aangehaalde jurisprudentie komt evenwel voort uit de positie van leden van het ambtelijk apparaat van de Staat in de specifieke internationale verdragen en de Europese praktijk. Deze verschillen wezenlijk waar het gaat om leden van de krijgsmacht, zoals zelf al werd opgemerkt door de Grote Kamer in de *Demir and Baykara*-zaak (hierboven geciteerd).<sup>73</sup> Daarmee lijkt het *Matelly*-arrest vooral een rechtspolitieke keuze. In de woorden van Van Hiel: 'Apparently, the Court aimed for a fundamental decision on the freedom of association of military personnel'.<sup>74</sup>

### 4.3.2 Evolutive interpretatie

De Franse regering had ter verdediging van het vakbondsverbod verwezen naar artikel 5 ESH.<sup>75</sup> Immers, in 2006 had het ECSR het absolute verbod voor de gendarmes, die ge-classificeerd mochten worden als militairen, nog in overeenstemming bevonden met artikel 5 ESH.<sup>76</sup> Met de verwijzing naar deze bepaling deed Frankrijk (impliciet) een beroep op de zogenoemde evolutive interpretatiemethode (ook wel *dynamische* of *consensus* interpretatiemethode genoemd), die uitgebreid is toegelicht in het eerder genoemde *Demir en Baykara*-arrest. Hierin heeft de Grote Kamer overwogen dat de Conventie een 'levend instrument' is, en dat:<sup>77</sup>

(...) when it [het EHRM] considers the object and purpose of the Convention provisions, it also takes into account the international law background to the legal question before it. Being made up of a set of rules and principles that are accepted by the vast majority of States, the common international or domestic law standards of European States reflect a reality that the Court cannot disregard when it is called upon to clarify the scope of a Convention provision that more conventional means of interpretation have not enabled it to establish with a sufficient degree of certainty.

<sup>71</sup> EHRM 25 september 2012, 11828/08 (*Trade Union of the Police in the Slovak Republic and others/Slovakia*), par. 67-75.

<sup>72</sup> EHRM 9 juli 2013, 2330/09 (*Sindicatul "Păstorul Cel Bun"/Romania*), par. 145; in dit arrest refereerde het EHRM niet aan de *Trade Union of the Police in the Slovak Republic*-zaak.

<sup>73</sup> EHRM (Grote Kamer) 12 november 2008, 34503/97 (*Demir and Baykara/Turkey*), par. 106.

<sup>74</sup> Van Hiel, a.w.

<sup>75</sup> EHRM 2 oktober 2014, 20609/10 (*Matelly/France*), par. 50.

<sup>76</sup> Conclusies 2006 (Frankrijk). De gendarmes voeren zowel politietaken als militaire taken uit. Aanvankelijk stond het ECSR daarom kritisch tegenover de toekenning van militaire status aan de Nationale Gendarmerie (Conclusies 2002, Hoofdstuk I (Frankrijk); Conclusies 2004 (Frankrijk)). Op 21 oktober 2013 is een collectieve klacht van Franse gendarmes over dit onderwerp ontvankelijk verklaard (ECSR 21 oktober 2013, 101/2013 (*CESPI/Frankrijk*)).

<sup>77</sup> EHRM (Grote Kamer) 12 november 2008, nr. 34503/97 (*Demir and Baykara/Turkey*), par. 76.

In de *Matelly*-zaak was het Hof de mening toegedaan dat conventionele interpretatie voldoende duidelijkheid bood. Daarom concludeerde het, 'gelet op zijn jurisprudentie', dat evolutieve interpretatie hier niet aan de orde was.<sup>78</sup> Dit oordeel valt te betwisten, omdat de bedoelde jurisprudentie is ontwikkeld door de evolutieve interpretatiemethode los te laten op de andere twee categorieën genoemd in de tweede volzin artikel 11 lid 2 EVRM – leden van het ambtelijk apparaat van de Staat en van de politie.

De vraag rijst of evolutieve interpretatie van artikel 11 lid 2 EVRM daadwerkelijk zou leiden tot een andere uitkomst. De specifieke internationale instrumenten geven een verdeeld beeld (zie paragraaf 3). Enerzijds hebben de ILO Verdragen en artikel 5 ESH een beperkte reikwijdte wat betreft leden van de krijgsmacht; anderzijds propageren de aanbevelingen van de Raad van Europa – niet-bindende instrumenten die niettemin op waarde worden geschat door het EHRM<sup>79</sup> – de *citizen-in-uniform* benadering. Ook de Europese praktijk rond de vakbondsrechten van militairen loopt sterk uiteen – zoals aangehaald door het EHRM garanderen 19 van de 42 verdragsstaten (die een krijgsmacht hebben) niet het recht op vakbondsvrijheid voor militair personeel; 35 van de 42 garanderen niet het recht op collectief onderhandelen.<sup>80</sup> Wel zijn er steeds meer landen die militairen het recht toekennen om zich te verenigen ter behartiging van hun belangen, zoals ook wordt uitgedragen door de Raad van Europa. Deze continue trend zou grond kunnen bieden voor een liberale interpretatie van artikel 11 lid 2 EHRM.<sup>81</sup> Daarnaast kan nog worden beargumenteerd dat de toenemende samenwerking en integratie van de Europese krijgsmachten eveneens in ogenschouw genomen dient te worden, met name gelet op het Gemeenschappelijk veiligheids- en defensiebeleid van de Europese Unie (GVDB). Ingeval van een gecombineerde inzet, bijvoorbeeld bij vredes- en humanitaire operaties, worden de verschillen tussen de verdragsstaten in grondrechten en fundamentele vrijheden van militairen steeds meer zichtbaar – en steeds minder te rechtvaardigen richting het eigen personeel.<sup>82</sup> Hier kan namens Frankrijk tegenin worden gebracht dat de voornaamste leden van de NAVO (en permanente leden van de VN-Veiligheidsraad) militaire vakbonden nog steeds verbieden; en dat deze landen gezien deze leidende rol (en daardoor grotere militaire verantwoordelijkheid) niet zomaar met de rest van Europa kunnen worden vergeleken.<sup>83</sup> Dit leidt mij tot de slotsom dat het oordeel van het EHRM in de *Matelly*-zaak – de erkenning van vrijheid van vakvereniging voor Europese militairen – goed te verdedigen is via evolutieve interpretatie van artikel 11 lid 2 EVRM, maar dat een andere uitkomst niet ondenkbaar was.

<sup>78</sup> EHRM 2 oktober 2014, 20609/10 (*Matelly/France*), par. 74.

<sup>79</sup> EHRM (Grote Kamer) 12 november 2008, 34503/97 (*Demir and Baykara/Turkey*), par. 46, 104.

<sup>80</sup> EHRM 2 oktober 2014, 20609/10 (*Matelly/France*), par. 35.

<sup>81</sup> Zie ook EHRM 8 april 2014, 31045/10 (*R.M.T./the United Kingdom*), par. 98; EHRM (Grote Kamer) 12 november 2008, 34503/97 (*Demir and Baykara/Turkey*), par. 85; EHRM 11 juli 2002, 28957/95 (*Christine Goodwin/the United Kingdom*), par. 85; EHRM 6 mei 2003, 44306/98 (*Appleby and others/the United Kingdom*), par. 46.

<sup>82</sup> Zoals naar voren gebracht door EUROFEDOP in de collectieve klachten tegen Frankrijk, Italië en Portugal. Het ECSR overwoog hierop dat samenwerking tussen de verschillende krijgsmachten geenszins een nieuw verschijnsel is (ECSR 4 december 2000, 2/1999, 4/1999, 5/1999 (EUROFEDOP/France, Italy and Portugal), par. 13, 27).

<sup>83</sup> *Rapport à Monsieur le Président de la République Sur Le droit d'association professionnelle des militaires*, Parijs: Conseil d'Etat 18 december 2014, p. 17.

## 5. Reikwijdte van de vakbondsrechten

### 5.1 Inleiding

In de *Matelly*- en *ADEFDROMIL*-zaken heeft het Hof zich voor het eerst uitgelaten over de vrijheid van (vak)vereniging van militairen.<sup>84</sup> Met de erkenning van het recht om vakbonden te vormen komt direct de vraag op in hoeverre dit recht kan worden uitgeoefend door militairen. Artikel 11 EVRM kent werknemers dit recht immers toe met het oog op de bescherming van hun professionele belangen. Heeft het EHRM de sluizen opengezet voor allerhande vakbondsrechten binnen de krijgsmacht? De zorg over de implicaties van het arrest, met name het recht om te staken, klinkt door tussen de regels van de *concurring opinion* van rechter De Gaetano (onderschreven door rechter Power-Forde).<sup>85</sup> Hij vond de mogelijke beperkingen op de uitoefening van het toegekende recht die het Hof specificeerde in paragraaf 71 (geciteerd in paragraaf 4.2), ontoereikend. Deze zorg is begrijpelijk. Het EHRM heeft duidelijk gemaakt geen beperkingen te accepteren die zien op essentiële elementen van de vakverenigingsvrijheid. Naast het recht om een vakbond te vormen, heeft het Hof eerder het verbod van *closed-shop* afspraken en het recht van een vakbond om te worden gehoord aangeduid als essentiële elementen van het vakverenigingsrecht.<sup>86</sup> In 2008 is hier het recht op collectief onderhandelen aan toegevoegd; in 2009 wellicht zelfs het stakingsrecht (zie hierna).<sup>87</sup> Dit wordt nog versterkt doordat het ECSR in 2012 het Ierse stakingsverbod voor politieagenten heeft getorpedeerd. Van Hiel suggereert naar aanleiding hiervan dat het in de huidige situatie moeilijk lijkt te voorkomen dat dezelfde principes worden toegepast op militairen.<sup>88</sup> In de volgende twee paragrafen wordt de reikwijdte van het recht op collectief onderhandelen en collectieve actie van artikel 11 EVRM besproken, waarbij tevens wordt ingehaakt op de (uitleg die wordt gegeven aan) artikel 6 ESH. Vanwege hun beperkte reikwijdte voor militairen worden de ILO-Verdragen buiten beschouwing gelaten (zie paragraaf 3.1).

### 5.2 Recht op collectief onderhandelen

Decennialang heeft het EHRM volgehouden dat het recht op collectief onderhandelen en het stakingsrecht geen essentiële elementen vormen van artikel 11 EVRM.<sup>89</sup> Het waren slechts ‘belangrijke elementen’ ten aanzien waarvan verdragsstaten een beoordelingsmarge hebben

<sup>84</sup> In de zaak *Schmidt and Dahlström/Sweden* werd weliswaar door (onder meer) een officier bij de Zweedse landmacht (Dahlström) geklaagd over vermeende schending van artikel 11 EVRM, maar de tweede volzin van lid 2 was niet aan orde (ECtHR 6 February 1976, No. 5589/72 (*Schmidt and Dahlström/Sweden*)).

<sup>85</sup> Rechter De Gaetano wijst op het taalkundige verschil tussen de termen ‘vakbond’ en ‘belangenvereniging’; in veel landen worden vrijheid van vakvereniging en vakbondslidmaatschap geïnterpreteerd als het recht om collectieve actie te voeren, met inbegrip van de werkstaking (zie ook Harries-Jenkins, a.w., p. 20-28; F. Dorssemont, annotatie bij EHRM 2 oktober 2014, EHRC 2015/9 (*Matelly/Frankrijk*), par. 7-8).

<sup>86</sup> Zie de verwijzingen in EHRM (Grote Kamer) 12 november 2008, 34503/97 (*Demir and Baykara/Turkey*), par. 144-145. Naar aanleiding van het *ADEFDROMIL*-arrest zinspeelt Dorssemont erop dat het recht van een vakbond om in rechte op te treden namens haar leden ook een essentieel element van art. 11 EVRM is (F. Dorssemont, annotatie bij EHRM 2 oktober 2014, EHRC 2015/9 (*Matelly/Frankrijk*), par. 9).

<sup>87</sup> EHRM (Grote Kamer) 12 november 2008, 34503/97 (*Demir and Baykara/Turkey*); EHRM 21 april 2009, 68959/01 (*Enerji Yapi Yol Sen/Turkiye*).

<sup>88</sup> Van Hiel, a.w.

<sup>89</sup> Zie voor een overzicht A. Jacobs, ‘Article 11 ECHR: The Right to Bargain Collectively under Article 11 ECHR’, in F. Dorssemont, K. Lörcher & I. Schömann (red.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 310-311.

om andere middelen te kiezen ter waarborging van de vakverenigingsvrijheid.<sup>90</sup> Wat betreft het recht op collectief onderhandelen is deze koers in 2008 verlaten in (alweer) het *Demir and Baykara*-arrest. In dit arrest overwoog de Grote Kamer dat dit recht in beginsel een van de essentiële elementen van het recht op vakvereniging van artikel 11 EVRM is geworden.<sup>91</sup> Dit geldt ook voor ambtenaren, met uitzondering van 'zeer specifieke gevallen'. Wel bestaat de mogelijkheid om 'rechtmatige beperkingen' op te leggen aan de drie categorieën genoemd in artikel 11 lid 2 EVRM. De Grote Kamer voegde hieraan toe dat de verdragsstaten vrij blijven om de eigen overlegstructuur zodanig in te richten dat alleen wordt onderhandeld met representatieve vakbonden.<sup>92</sup> Het recht op collectief onderhandelen betekent ook geen plicht voor de overheidswerkgever om een collectieve arbeidsovereenkomst te sluiten: het is voor de (vertegenwoordiging van de) werknemers een recht op sociale dialoog met de werkgever.<sup>93</sup> Voor de nadere uitwerking van dit recht zou het EHRM te rade kunnen gaan bij het ECSR.

Het recht op collectief onderhandelen is neergelegd in artikel 6 ESH. In tegenstelling tot artikel 5 ESH bevat deze bepaling geen beperkingsclausule *ratione personae*. Het ECSR heeft daaruit afgeleid dat het recht op collectief onderhandelen ook voor militairen op enigerlei wijze gegarandeerd moet worden.<sup>94</sup> Van belang is dat het ECSR erkent dat de positie van ambtenaren in veel landen in belangrijke mate afwijkt van die van werknemers in de marktsector. Daarom zijn de verdragsstaten niet verplicht om de arbeidsvoorwaarden van het overheidspersoneel te regelen in een cao. Overleg met de ambtenaren(organisaties) mag echter niet slechts als een formaliteit worden beschouwd, maar moet een wezenlijk onderdeel zijn van de procedure tot vaststelling van de arbeidsvoorwaarden.<sup>95</sup> Uitsluitend het horen van de ambtenarenorganisaties is niet voldoende; zij dienen regelmatig te worden geraadpleegd in het proces van collectief onderhandelen en de mogelijkheid te krijgen om de uitkomst hiervan te beïnvloeden.<sup>96</sup> Vooral wanneer de vakbondsrechten beperkt zijn, moet de gelegenheid worden geboden om voor de leden op te komen door ten minste één effectieve procedure.<sup>97</sup> In dit opzicht kan een parallel worden getrokken tussen de krijgsmacht en de politie. Zoals gezegd biedt artikel 5 ESH de mogelijkheid om het recht op vereniging van politieambtenaren te beperken. Volgens het ECSR betekent dit ten eerste dat politiepersoneel daadwerkelijk in staat moet zijn zich te verenigen ter bescherming van hun materiële en morele belangen; ten tweede dat deze verenigingen de belangrijkste vakbondsrechten toekomen, waaronder het recht om eisen te uiten ten aanzien van bezoldiging en andere arbeidsvoorwaarden, het recht tot toelating tot de werkplek en

<sup>90</sup> EHRM 27 oktober 1975, 4464/70 (*National union of Belgian Police/Belgium*), par. 39; EHRM 6 februari 1976, 5589/72 (*Schmidt and Dahlström/Sweden*), par. 36.

<sup>91</sup> EHRM (Grote Kamer) 12 november 2008, 34503/97 (*Demir and Baykara/Turkey*), par. 52.

<sup>92</sup> Ibidem, par. 154; zie ook EHRM 6 februari 1976, 5614/72 (*Swedish Engine Drivers' Union/Sweden*), par. 46.

<sup>93</sup> EHRM 8 april 2014, 31045/10 (*R.M.T./the United Kingdom*), par. 85.

<sup>94</sup> ECSR 4 december 2000, 2/1999, 4/1999, 5/1999 (*EUROFEDOP/France, Italy and Portugal*), par. 11, 28-29. De problemen die rijzen vanwege de personele beperkingsclausule van art. 5 ESH dienen volgens het ECSR van geval tot geval te worden bezien. In deze zaken had EUROFEDOP onvoldoende onderbouwd waarom de ingestelde alternatieve consultatieprocedures niet voldeden aan art. 6 ESH (par. 31).

<sup>95</sup> *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*, Straatsburg: Raad van Europa 2008, p. 54; vgl. art. 7 ILO Verdrag 151.

<sup>96</sup> ECSR 2 december 2013, 83/2012 (*EuroCOP/Ireland*), par. 176.

<sup>97</sup> Ibidem, par. 177.



het recht op vergadering en vrijheid van meningsuiting.<sup>98</sup> Gezien het *Matelly*-arrest lijkt het mij onvermijdelijk dat deze rechten ook, onder normale omstandigheden, aan militairen worden toegekend.

### 5.3 Recht op collectieve actie

Kort hierna leek het EHRM in de *Enerji Yapi-Yol Sen*-zaak ook het stakingsrecht te hebben geconstrueerd als een essentieel element van het recht op vrijheid van vereniging.<sup>99</sup> Het Hof liet zich hierbij duidelijk inspireren door de toezichthoudende organen van de ILO, die het stakingsrecht hebben verbonden aan de vakbondsvrijheid als ‘*un corrolaire indissociable*’ – een oordeel dat onder vuur ligt<sup>100</sup> –, en door artikel 6 ESH, dat het stakingsrecht koppelt aan het recht op collectief onderhandelen.<sup>101</sup> Vorig jaar heeft het Hof evenwel onthuld dat de verwijzing naar de toezichthoudende organen van de ILO niet per definitie betekent dat het stakingsrecht gezien moet worden als een essentieel element.<sup>102</sup> Later kwalificeerde het Hof het recht te staken echter weer als ‘the most powerful instrument to protect occupational interest of its members’.<sup>103</sup> Hier van belang is dat het Hof in de *Enerji Yapi-Yol Sen*-zaak erkende dat het stakingsrecht niet absoluut is en onderworpen kan worden aan bepaalde voorwaarden en beperkingen. Het Hof stelde dat een stakingsverbod niet kan worden opgelegd aan alle ambtenaren in het algemeen. Bepaalde categorieën ambtenaren die openbaar gezag uitoefenen kunnen echter wel worden uitgesloten van het recht om te staken.<sup>104</sup> Hierbij verwees het naar de definitie van het begrip overheidsdienaren zoals ontwikkeld in het *Pellegrin*-arrest: ambtenaren die typische overheidstaken uitvoeren op een terrein waar de overheid openbaar gezag uitoefent en zij in die hoedanigheid verantwoordelijk is voor de behartiging van het algemeen belang van de Staat. Militairen en politieagenten werden in dit arrest genoemd als evidente voorbeelden van ambtenaren die vallen onder deze definitie.<sup>105</sup> Hieruit valt op te maken dat een absoluut stakingsverbod voor militairen toelaatbaar is; wel geldt de voorwaarde dat deze inbreuk de materiële toets voor rechtvaardiging van artikel 11 lid 2 EVRM weet te doorstaan.<sup>106</sup> Hierin klinkt de benadering van het ECSR door:

<sup>98</sup> Ibidem, par. 26, 40.

<sup>99</sup> EHRM 21 april 2009, 68959/01 (*Enerji Yapi Yol Sen/Turquie*) (officiële taal: Frans).

<sup>100</sup> Naar de mening van de werkgeversvertegenwoordigers in de ILO zijn de toezichthoudende organen buiten hun mandaat getreden door het stakingsrecht te verbinden aan ILO-Verdrag 87. Hierdoor liep de jaarlijkse Internationale Arbeidsconferentie spaak in 2013 en 2014. Op dit moment wordt binnen de ILO naar een oplossing gezocht; mogelijk wordt de interpretatie van ILO-verdrag 87 voorgelegd aan het Internationaal Gerechtshof (zie o.a. P.F. van der Heijden, ‘Internationaal stakingsrecht onder spanning’, *NJB* 2013, p. 1638-1643; L. Swebston, ‘Crisis in the ILO Supervisory System: Dispute over the Right to Strike’, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2013, vol. 29, afl. 2, p. 199–218; EHRM 8 april 2014, 31045/10 (*R.M.T./the United Kingdom*), par. 96-97).

<sup>101</sup> EHRM 21 april 2009, 68959/01 (*Enerji Yapi Yol Sen/Turquie*), par. 24.

<sup>102</sup> EHRM 8 april 2014, 31045/10 (*R.M.T./the United Kingdom*), par. 84

<sup>103</sup> EHRM 27 november 2014, 36701/09 (*Hrvatski liječnički sindikat/Croatia*), par. 59; EHRC 2015/53 m.nt. Dorssemont.

<sup>104</sup> EHRM 21 april 2009, 68959/01 (*Enerji Yapi Yol Sen/Turquie*), par. 32.

<sup>105</sup> EHRM (Grote Kamer) 8 december 1999, 28541/95 (*Pellegrin/France*), par. 66. Ter bepaling van de toepasselijkheid van art. 6 lid 1 EVRM (recht op een eerlijk proces) op ambtenaarrechtelijke geschillen is het *Pellegrin*-criterium inmiddels verlaten (EHRM 19 April 2007, 63235/00 (*Vilho Eskelinen and others/Finland*)).

<sup>106</sup> EHRM 21 april 2009, No. 68959/01 (*Enerji Yapi Yol Sen/Turquie*), par. 32. Deze conclusie vindt steun in EHRM 21 april 2015, 45892/09 (*ER.N.E./España*), welk arrest vlak voor het ter perse gaan van deze bijdrage is geweest en waarin het EHRM een stakingsverbod voor Spaanse politieagenten gerechtvaardigd acht.

In artikel 6 lid 4 ESH is het recht op collectieve actie neergelegd. Het ECSR heeft bevestigd dat het recht op collectieve actie voor bepaalde groepen ambtenaren beperkt mag worden, waaronder leden van de politie en de krijgsmacht, rechters en topambtenaren. Zulke beperkingen zijn alleen verenigbaar met het ESH als deze voldoen aan de algemene beperkingsclausule van artikel G – voorgeschreven bij wet, legitiem doel, en noodzakelijk in een democratische samenleving (vgl. art. 11 lid 2 eerste volzin EVRM).<sup>107</sup> In de collectieve klachtenzaak *EUROCOP/Ireland*, aangaande een absoluut stakingsverbod voor leden van de Ierse politie (*a priori* vastgesteld bij wet), heeft het ECSR overwogen dat verdragsstaten ‘dwingende redenen’ moeten aandragen waaruit blijkt dat een dergelijk verbod gerechtvaardigd is in de specifieke nationale context – dit ter onderscheiding van de toetsing van beperkingen ten aanzien van de vorm en procedure van collectieve actie. Ingeval van een verbod hebben de verdragsstaten slechts een beperkte beoordelingsmarge.<sup>108</sup> Resterende vraag is of een geheel stakingsverbod voor militairen deze toets kan doorstaan. Daarom zal in de volgende paragraaf het Nederlandse stakingsverbod op de proef worden gesteld.

## 6. Gevolgen voor Nederland

Binnen de Nederlandse krijgsmacht is in de loop van de vorige eeuw een goed gestructureerde sociale dialoog tot stand gekomen. Deze komt grotendeels overeen met het georganiseerd overleg in andere overheidssectoren. Voornaamste verschil is dat het militairen verboden is om te staken. Alvorens hierop in te gaan, wordt eerst op hoofdlijnen de geschiedenis van de militaire vakbonden in Nederland geschetst.

### 6.1 Historie

Eind negentiende eeuw zagen de eerste Nederlandse militaire belangenverenigingen (van vakbonden was nog geen sprake) het levenslicht.<sup>109</sup> Aanvankelijk werden deze argwanend bekeken. In 1904 noemde de toenmalig minister van Oorlog Ons Belang, een vereniging van onderofficieren van de landmacht, bijvoorbeeld ‘noch noodig, noch gewenscht’.<sup>110</sup> Er werd gemeend dat de commandant als geen ander in staat was om de belangen te behartigen van de militairen die aan diens zorgen waren toevertrouwd.<sup>111</sup> In die tijd ontbrak het militairen (en burgerambtenaren) aan een wettelijke regeling van hun rechtspositie. Vooruitlopend hierop werden in 1921/22 commissies voor het georganiseerd overleg voor militairen van de zee- en landmacht gevormd<sup>112</sup> – vlak na instelling van de Centrale Commissie voor Georganiseerd

<sup>107</sup> ECSR 2 december 2013, 83/2012 (*EuroCOP/Ireland*), par. 203-204.

<sup>108</sup> *Ibidem*, par. 210-212; zie ook ECSR 3 juli 2013, 85/2012 (*Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO)/ Sweden*, par. 120). In EHRM 8 april 2014, 31045/10 (*R.M.T./ the United Kingdom*), par. 87 spreekt het EHRM eveneens van een beperkte beoordelingsmarge ten aanzien van stakingen ‘at the core of trade union activity’ (geen solidariteitsstakingen).

<sup>109</sup> De eerste militaire belangenvereniging is op 10 april 1883 opgericht: de Vereniging tot behandeling van de op de zeemacht betrekking hebbende onderwerpen (thans de Koninklijke Vereniging van Marineofficieren).

<sup>110</sup> J. Heckers, *Noch noodig, nog gewenscht. Honderd jaar vakbond voor militairen 1998-1998*, Nijmegen: Koninklijke Drukkerij G.G.Thieme 1998, p. 7.

<sup>111</sup> H.J.J. Hoogendoorn e.a., *In het belang van onze leden. Een beeld van Sint Martinus, Katholieke vereniging van militairen 1911-1982*, Tilburg: Drukkerij H. Gianotten B.V. 1982, p. 97.

<sup>112</sup> Besluit van 19 februari 1921, *Stb.* 82 (zeemacht); Besluit van 30 januari 1922, *Stb.* 34 (landmacht).

Overleg in Ambtenarenzaken (CGOA) voor burgerambtenaren.<sup>113</sup> Dit betekende formele erkenning van de militaire belangenverenigingen, die de gelegenheid kregen ‘hun gevoelens te doen kennen’ over aangelegenheden die in het bijzonder van belang waren voor de rechtstoestand van militaire ambtenaren. Erg serieus werd het overleg niet genomen; regelmatig werd verzuimd om advies te vragen.<sup>114</sup> Rond de jaren dertig kreeg het overleg een wettelijke basis: de Ambtenarenwet uit 1929 (AW), gevolgd door de Militaire Ambtenarenwet uit 1931 (MAW 1931).<sup>115</sup> Hierin werd de verplichting opgenomen om de ambtenarenorganisaties in de gelegenheid te stellen ‘hun gevoelens te doen kennen’ alvorens de voor de militairen geldende algemeen verbindende voorschriften vast te stellen. Langzaamaan kregen de militaire vakbonden meer erkenning, maar de muiterij op de Hr. Ms. Zeven Provinciën op 4 februari 1933 in Nederlands-Indië betekende een belangrijke stap terug. Deze werd aangegrepen om de ‘lastige’ militaire belangenverenigingen onder toezicht te stellen. Een van de opgelegde beperkingen, dat uitsluitend beroepsmilitairen lid konden zijn van de militaire belangenverenigingen, zou zelfs nog tot 1968 worden gehandhaafd.<sup>116</sup>

In de jaren zestig begon de oorspronkelijke indeling tussen de militaire belangenverenigingen – naar geloofs- of levensovertuiging, naar militaire rang en naar krijgsmachtdeel – te vervagen. Onder invloed van de democratiseringsontwikkeling kregen de belangenverenigingen steeds meer trekken van een vakbond en gingen zij beter samenwerken.<sup>117</sup> Zes jaar na herstructurering van het georganiseerd overleg voor burgerambtenaren, ging ook het overleg voor militaire ambtenaren op de schop. Het Besluit georganiseerd overleg militairen (BGM) uit 1974 schiep hiervoor de kaders.<sup>118</sup> Voortaan was de minister verplicht om met de Centrale commissie georganiseerd overleg militairen (CGOM) te overleggen alvorens te beslissen over aangelegenheden van algemeen belang voor de rechtstoestand van militairen, met inbegrip van de algemene regels volgens welke het personeelsbeleid zou worden gevoerd – de *overlegplicht*. Dit betekende ook dat de afzonderlijke overlegfora voor officieren, overige vrijwillig dienenden en dienstplichtigen verdwenen – een belangrijke impuls voor de belangenverenigingen om te komen tot meer eensgezindheid.<sup>119</sup> In de praktijk was de (nevengeschikte) CGOA richtinggevend voor de salarisontwikkeling en arbeidsduur van het gehele overheidspersoneel. Dit leidde ertoe dat de militaire vakbonden zich gelei-

<sup>113</sup> Besluit van 20 december 1919, *Stb.* 1919, 819.

<sup>114</sup> Bijlage A bij *Kamerstukken II* 1930/31, 2VIII, 22, p. 3; Heckers, a.w., p. 54-55.

<sup>115</sup> Wet van 12 december 1929, *Stb.* 1929, 530; Wet van 19 december 1931, *Stb.* 1931, 519. Zie over de MAW 1931 uitgebreid G.F.Walgemoed, ‘De Militaire Ambtenarenwet 1931 tachtig jaar. Een bijzondere rechtpositie voor militairen?’, *MRT* 2012, p. 161-173.

<sup>116</sup> Op 18 april 1933 werd het Reglement houdende beginselen voor militaire belangenverenigingen uitgevaardigd. Bij Legerorder 1949, nr. 9 L-LM werden artt. 2 e.v. buiten werking gesteld (zie ook Hoogendoorn, a.w., 1982, p. 80-81; Heckers, a.w., p. 103-111; J.C.H. Blom, *De muiterij op De Zeven Provinciën* (Diss. Leiden), Utrecht: HES Uitgevers 1983).

<sup>117</sup> Hoogendoorn a.w., p. 52-53.

<sup>118</sup> Besluit van 31 december 1974, *Stb.* 1974, 828. De vertraging had te maken met het bestaan van vier verschillende overlegcommissies en het ontbreken van een wettelijke basis voor het overleg met de vertegenwoordiging van het dienstplichtig personeel (G.L. Coolen, ‘Het georganiseerd overleg; recente ontwikkelingen’, *MRT* 1994, p. 101-105, p. 76).

<sup>119</sup> Hoogendoorn, a.w., p. 53.

delijk gingen aansluiten bij de centrales van overheidspersoneel (hierna: centrales).<sup>120</sup> Begin jaren negentig zouden deze de rol van de militaire belangenverenigingen overnemen in het georganiseerd overleg bij de krijgsmacht.<sup>121</sup>

Na afschaffing van het strafrechtelijk stakingsverbod voor ambtenaren in 1980 (naar aanleiding van de ondertekening van het ESH), kwam het zogenoemde 'normaliseringsproces' op gang, met als doelstelling om de overlegstructuur voor ambtenaren zoveel mogelijk in lijn te brengen met het cao-stelsel zoals geldt voor werknemers in de marktsector. Vrijwel gelijktijdig met dat voor burgerambtenaren werd het georganiseerd overleg bij de krijgsmacht verrijkt met een geschillenregeling door advies of (indien beide partijen hiervoor kiezen) arbitrage door de Advies- en Arbitragecommissie Rijksdienst (AAC) (1984) en het *overeenstemmingsvereiste* (1989). Dit laatste houdt in dat wijzigingen van rechten en plichten van individuele militairen niet kunnen worden doorgevoerd zonder dat hierover overeenstemming is bereikt met een meerderheid van de vier centrales. Invoering van het sectorenmodel (1993) betekende ten slotte de vorming van de sector Defensie en een daarbij passende nieuwe overlegregeling, het Besluit georganiseerd overleg sector Defensie (BGO) en een nieuw overlegforum, de Sectorcommissie Defensie (ook voor burgerlijk Defensiepersoneel).<sup>122</sup> Hiermee zijn we aangeland bij de huidige situatie: een overleg dat gekarakteriseerd kan worden als 'formeel eenzijdig, maar materieel tweezijdig',<sup>123</sup> en als zodanig in lijn wordt geacht met de internationale verdragen.<sup>124</sup>

## 6.2 Stakingsverbod

Artikel 12i lid I MAW 1931 werpt voor militairen een wettelijke barrière op om deel te nemen aan een stakingsactie. De wetgever beschouwt het stakingsrecht als onverenigbaar met de taken van de krijgsmacht, zowel nationaal als internationaal, en de eisen die in dat verband aan de operationele inzetbaarheid en paraatheid van de krijgsmacht worden gesteld. Daarbij gaat het ook om de internationale betrouwbaarheid en geloofwaardigheid van de Nederlandse defensie-inspanning. 'Er mag dan ook geen twijfel kunnen ontstaan aan de operationele gereedheid van de krijgsmacht als instrument tot bescherming van de belangen van de staat onder alle omstandigheden', aldus de wetgever.<sup>125</sup> Het recht op collectieve actie is in Nederland (verder) niet wettelijk vastgelegd; in de jurisprudentie is dit recht erkend op basis van artikel 6 lid 4 ESH, ook voor ambtenaren.<sup>126</sup> Voor het Defensiepersoneel heeft Nederland nog

<sup>120</sup> Hoogendoorn, a.w., p. 99.

<sup>121</sup> *Kamerstukken II 1993/94, 23792, 3, p. 3*; reeds in 1990 was met de CGOM overeenstemming bereikt over deze wijziging van de samenstelling.

<sup>122</sup> Besluit van 25 juni 1993, *Stb.* 1993, 353.

<sup>123</sup> Zie ook *Rapportage van de Werkgroep Aard, Structuur en Inhoud van het Overleg aan het Centraal Georganiseerd Overleg in Ambtenarenzaken*, 's-Gravenhage: oktober 1980, p. 21-23.

<sup>124</sup> Aanvankelijk was de regering voornemens om het overheidspersoneel een voorbehoud te maken bij artikel 6 ESH in zijn geheel, omdat zij twijfelde of het georganiseerd overleg (destijds nog zonder het overeenstemmingsvereiste) hieraan voldeed. Toen eenmaal bleek dat de tekst van artikel 6 lid 2 ESH niet letterlijk hoeft te worden toegepast op de ambtenaarsverhouding (zie ook paragraaf 5.3), werd dit voorbehoud beperkt tot artikel 6 lid 4 ESH (*Kamerstukken II 1976/77, 8606 (R 533), 13, p. 1-2*).

<sup>125</sup> *Kamerstukken II 2005/06, 30674, 3, p. 19*.

<sup>126</sup> HR 30 mei 1986, *NJ 1986, 688*; zie voor ambtenaren ook HR 11 december, *NJ 1996, 229*.

steeds een voorbehoud geplaatst bij dit artikel.<sup>127</sup> De vraag rijst nu of artikel 12i lid 1 MAW 1931 verenigbaar is met artikel 11 EVRM. Beargumenteerd kan worden dat een absoluut stakingsverbod voor *alle* leden van de krijgsmacht, inclusief ondersteunende diensten en opleidingsseenheden, disproportioneel is met het legitieme doel om de operationele gereedheid van de krijgsmacht te waarborgen; dat het beslissende criterium moet zijn of een *essentiële dienst* wordt geleverd, zoals ook bij de politie het geval is.<sup>128</sup> Bovendien kan worden aangedragen dat artikel 15 EVRM voorziet in een mogelijkheid tot afwijking in geval van noodtoestand, zodat niet gezegd kan worden dat er een dringende maatschappelijke noodzaak (*pressing social need*) is om het verbod te handhaven.<sup>129</sup> In zijn toetsing van het stakingsverbod aan artikel G ESH (destijds art. 31 ESH) concludeerde Hellendoorn desondanks dat geen sprake is van een schending.<sup>130</sup> Hij wees er onder meer op dat de inzet van de krijgsmacht niet alleen voortvloeit uit de in een democratische samenleving noodzakelijke bescherming van de in artikel G ESH genoemde belangen (openbare orde, nationale veiligheid, volksgezondheid en goede zeden), maar ook uit internationale verplichtingen, bijvoorbeeld in VN- of NAVO-verband. Uiteindelijk kende hij doorslaggevend gewicht toe aan de voortdurende en onvoorwaardelijke gereedheid die wordt vereist van alle – *onderling samenhangende* – eenheden van de krijgsmacht, teneinde de grondwettelijke taken uit te oefenen. Naar mijn mening zijn dit ‘dwingende redenen’ die het stakingsverbod voor Nederlandse militairen kunnen rechtvaardigen. Daar komt nog bij dat het Nederlandse militairen uitdrukkelijk is toegestaan om deel te nemen aan andere vormen van collectieve actie, tenzij deze deelname de operationele inzet van de krijgsmacht kan verstoren of belemmeren (art. 12i lid 2 MAW 1931). In de praktijk beperken militairen hun acties tot deelname – in uniform<sup>131</sup> – aan betogingen, die een buitenstaander overigens zou kunnen verwarren met een staking.<sup>132</sup> Nederland heeft het recht op collectieve actie voor militairen dus *beperkt* en niet geheel verboden. Bovendien heeft Nederland ter uitvoering van artikel 6 lid 3 ESH voor (militaire) ambtenaren voorzien in een regeling ter beslechting van collectieve belangengeschillen.<sup>133</sup> In dit verband kan worden verwezen naar het Comité van Deskundigen van de ILO dat onpartijdige bemiddeling en

<sup>127</sup> Bij de herziening van ESH in 1996 heeft Nederland het voorbehoud voor het gehele overheidspersoneel bij artikel 6 lid 4 ESH beperkt tot militaire ambtenaren in werkelijke dienst en het burgerlijk Defensiepersoneel. Dit voorbehoud was bedoeld als tijdelijk tot invoering van een wettelijke regeling van het recht op collectieve actie voor dit personeel (Wet van 1 december 2005, *Stb.* 694; *Kamerstukken II* 2004/05, 29941, 3, p. 13).

<sup>128</sup> Zie ook R. van Arkel, ‘Staken bij essentiële diensten’, *AR* 2013/25; de krijgsmacht wordt door de CFA van de ILO beschouwd als een essentiële dienst (*Freedom of association - Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Fifth (revised) edition*, Genève: Internationaal Arbeidsbureau 2006, par. 585).

<sup>129</sup> Vgl. art. F ESH.

<sup>130</sup> M.J. Hellendoorn, ‘De militair en het recht op collectieve acties’, *Marineblad* 1993, afl. 2, p. 64-66.

<sup>131</sup> Deelname in uniform aan een openbare betoging is (kort gezegd) toegestaan indien deze ziet op voor de militairen algemeen geldende arbeidsvoorwaarden (art. 33 lid 2 Wet militair tuchtrecht).

<sup>132</sup> In mei 2011 kopten diverse Nederlandse media ‘Vijfduizend militairen bijeen voor staking’. Vermeld werd dat de betrokken militairen een dag vrij moesten nemen of bijzonder verlof waren toegekend. Daarom was deze actie, gericht tegen bezuinigingen bij de krijgsmacht, vanuit juridisch oogpunt geen staking. Wel kunnen vraagtekens geplaatst worden bij de bevoegdheid tot het verlenen van buitengewoon verlof voor het bijwonen van een dergelijke betoging, aangezien het AMAR (art. 85 en 86) en de Regeling verlof voor militaire ambtenaren (art. 21) hier geen grondslag voor bieden.

<sup>133</sup> Voor de sector Defensie neergelegd in art. 13 t/m 22 BGO.

eventueel arbitrage ziet als een belangrijke compensatie voor beperkingen op het recht op collectieve actie van overheidspersoneel.<sup>134</sup>

Evengoed betekent het ontbreken van het stakingswapen een belangrijke beperking in de vooruitzichten van de militaire vakbonden om een gunstig onderhandelingsresultaat te behalen – uitgedrukt in de zin ‘without the right to strike, collective bargaining amounts to collective begging’.<sup>135</sup> De militaire vakbonden maken echter op inventieve wijze gebruik van overlegstelsel om druk uit te oefenen op de minister van Defensie (als werkgever). Wanneer (een meerderheid van) de vier centrales zich eenzijdig terugtrekt van de onderhandelingstafel, kan de minister niet voldoen aan de overlegplicht en het overeenstemmingsvereiste.<sup>136</sup> Aangenomen wordt (deels ten onrechte)<sup>137</sup>, zowel door de centrales als de minister, dat het gevolg is dat de minister niet bevoegd is om eenzijdig te beslissen over onderwerpen die vallen onder deze overlegverplichtingen. De militaire bonden zijn relatief succesvol geweest in het volgen van deze strategie, bijvoorbeeld begin 2014, toen inwerkingtreding van de Wet uniformering loonbegrip, een neutraal bedoelde belastingmaatregel (een uniform loonstrookje voor alle werknemers), bijzonder nadelige gevolgen bleek te hebben voor het netto inkomen van militairen. Door het ‘staken van het overleg’ liepen belangrijke reorganisaties vertraging op, hetgeen de Staat bijna 10 miljoen euro kostte. Uiteindelijk werd een compensatiemaatregel in het vooruitzicht gesteld.<sup>138</sup> Tot grote opluchting van de militaire bonden is het gehele Defensiepersoneel uitgezonderd van de vermeende laatste stap in het normaliseringsproces: het verruilen van de publiekrechtelijke aanstelling van ambtenaren voor een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst, zoals beoogd met het initiatiefwetsvoorstel Wet normalisering rechtspositie ambtenaren, dat op dit moment in behandeling is in de Eerste Kamer.<sup>139</sup> Het stakingsverbod wordt genoemd als een sta-in-de-weg voor deze normalisering. Uit het voorgaande blijkt dat artikel 11 EVRM (en andere internationale verdragen) geen barrière opwerpt voor handhaving van dit verbod, ook niet na eventuele normalisering. Dit leidt mij tot de conclusie dat het *Matelly*-arrest geen gevolgen heeft voor de Nederlandse praktijk.

## 7. Afsluiting

De erkenning door het EHRM van het recht op vrijheid van vakvereniging voor militairen ter behartiging van hun professionele belangen sluit aan bij de trend in Europa om deze groep

<sup>134</sup> *Labour relations and collective bargaining in the public service. A way forward. General Survey of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (2013) concerning labour relations and collective bargaining in the public service* (Rapport III (deel IB), Genève: Internationale Arbeidsconferentie 2013, par. 486. In het verleden zijn voor militairen aanvullende geschillenregelingen tot stand gekomen ter compensatie van een (op handen zijnde) wettelijke beperking van het recht op collectieve actie: het uitiem overleg (1985) en de sluitstukregeling (1993). Bij invoering van art. 12i MAW 1931 is aangekondigd dat een protocol betreffende procedures voor het voeren van toegestane vormen van collectieve acties en een procedure met betrekking tot het beslechten van arbeidsconflicten in het BGO worden verankerd (Kamerstukken II 2005/06, 30674, 3, p. 19).

<sup>135</sup> R. Blanpain, *European Labour Law*, Deventer: Kluwer 2010, p. 154. Blanpain 2010, p. 154. Blanpain 2010, p. 154.

<sup>136</sup> Thans neergelegd in art. 3 lid 1 BGO resp. art. 3 lid 3 BGO.

<sup>137</sup> N. Hummel, ‘Het staken van het overleg als stakingsalternatief voor militairen’, *Academie voor Arbeidsrecht* 2014, DOI 10.5553/ARBAC/000014.

<sup>138</sup> *Ibidem*, par. 3.

<sup>139</sup> *Kamerstukken I* 2013/14, 32550, A; het wetsvoorstel is op 4 februari 2014 aangenomen door de Tweede Kamer; zie over de uitzonderingspositie van militairen N. Hummel, ‘Het flexibel personeelssysteem en de dienverplichting: te bijzonder voor het arbeidsrecht?’, *MRT* 2013, p. 127-141.

## BESCHOUWING

werknemers dezelfde grondrechten toe te kennen als andere burgers. Dit zal ongetwijfeld impact hebben op de praktijk; alleen Spanje heeft voor zijn militairen een voorbehoud gemaakt bij artikel 11 EVRM.<sup>140</sup> Toch heeft de militair nog steeds geen gewone baan. Vanwege de unieke functie van de krijgsmacht als het ultieme machtsmiddel van de Staat is van het personeel een mate van toewijding – en zelfopoffering – vereist die verschilt van andere organisaties. Dit komt tot uitdrukking in de bijzondere rechtspositie van de militair.<sup>141</sup> Illustratief is dat de minister van Defensie recent, in het kader van de plannen rond de zogenoemde pakketvergelijking, heeft uitgesproken dat het maar de vraag is of een objectieve vergelijking van het militaire beroep met andere beroepen mogelijk is.<sup>142</sup> Vele landen worstelen met dezelfde paradox: hoe kan het bestaan van militaire vakbonden worden gerijmd met de krijgsmacht als hun verzekeringspolis voor nationale veiligheid?<sup>143</sup> De huidige spanningen in Oost-Europa en het jihadisme in Noord-Afrika en het Midden-Oosten laten zien dat de externe dreiging ook in het post-Koude Oorlog tijdperk allerm minst virtueel is. Dit zorgt ervoor dat de militair ten opzichte van de ‘gewone’ werknemer beperkt zal blijven in de uitoefening van zijn vakbondsrechten, zoals ook erkend door het EHRM, zij het dat dit verschil steeds meer teruggebracht wordt tot een minimumniveau, dat bovendien per land kan verschillen. In Nederland komt dit terug in het stakingsverbod voor militairen, maar ook bijvoorbeeld in de bevoegdheid van de minister om in buitengewone omstandigheden of in het landsbelang af te wijken van de regeling rond het georganiseerd overleg (art. 39 BGO). Wat Frankrijk betreft: in december 2014 heeft president François Hollande aangekondigd dat Franse militairen het recht krijgen om professionele verenigingen te vormen, maar zeker geen ‘vakbonden’ in de Franse zin van het woord.<sup>144</sup>

---

<sup>140</sup> *List of Declarations made with respect to treaty No. 005 (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)*, [www.conventions.coe.int](http://www.conventions.coe.int).

<sup>141</sup> Zie voor een overzicht van de bijzondere positie van de militair *Kamerstukken II 2014/15, 34000X*, 61.

<sup>142</sup> *Kamerstukken II 2014/15, 34000X*, 65, p. 5.

<sup>143</sup> De opvatting van de krijgsmacht als verzekeringspolis is ontleend aan het Eindrapport Verkenningen (Bijlage bij *Kamerstukken II 2009/10, 31243*, 16).

<sup>144</sup> EUROMIL, ‘French Reaction to the Judgments of the ECtHR’, 8 januari 2015, [euromil.org](http://euromil.org) (zoek op *Matelly*); zie ook *Rapport à Monsieur le Président de la République Sur Le droit d’association professionnelle des militaires*, Parijs: Conseil d’Etat 18 december 2014.

# Proportionaliteit en subsidiariteit; Complementaire begrippen uit het humanitair oorlogsrecht of onnodige verwarring bij internationaal militair optreden?

DOOR KAPITEIN MR. S.J. WESTERBEEK VAN EERTEN<sup>1</sup>

## I. Inleiding

Wanneer men in het licht van geweldsaanwendungen de verscheidene militaire handboeken, leidraden, aide-memoires, *Rules of Engagement* (ROE) en geweldsinstructies van de Nederlandse krijgsmacht bestudeert, valt op dat meer dan eens de begrippen 'proportionaliteit' en 'subsidiariteit' als beginselen van het Humanitair Oorlogsrecht<sup>2</sup> (HOR) gehanteerd worden. Op het eerste gezicht lijkt dat, zelfs voor de (juridische) leek, een logische invulling die past bij het moderne optreden van de krijgsmacht die door tal van redenen vaak terughoudend gebruik maakt van haar bevoegdheid geweld te gebruiken. Het werpt echter de vraag op wat de herkomst is van deze begrippen wanneer die bij nadere bestudering qua betekenis niet geheel overeen lijken te stemmen met de bronnen van het HOR. Proportionaliteit is een fundamenteel beginsel van het HOR, maar het heeft daarbinnen een andere betekenis dan in het Nederlandse strafrecht of in mensenrechtenverdragen.<sup>3</sup> De toepassing ervan wordt binnen het HOR vormgegeven door een verbod op een niet-onderscheidende aanval of een aanval waarbij verwacht kan worden dat de nevenschade (*collateral damage*) buitensporig is in verhouding tot het te verwachten tastbare en rechtstreekse militaire voordeel. Daarnaast gebiedt het beginsel tot het nemen van voorzorgsmaatregelen bij een aanval om eventuele nevenschade te voorkomen dan wel te minimaliseren. In de praktijk worden die voorzorgsmaatregelen bijvoorbeeld vormgegeven door de procedures die vliegers en grondtroepen in acht nemen bij de uitvoering van *Close Air Support*.<sup>4</sup>

Maar zowel het beginsel als de voorzorgsmaatregelen zien enkel op het voorkomen van nevenschade aan burgers en civiele objecten. De schade toegebracht aan de militaire doelwitten van de tegenstander valt niet onder het bereik van het beginsel van proportionaliteit. Daarmee onderscheidt het zich met datgene wat men in het civiele strafrecht verstaat onder proportionaliteit en subsidiariteit. De begrippen proportionaliteit en subsidiariteit worden bin-

<sup>1</sup> De auteur is kapitein-vlieger bij de Koninklijke Luchtmacht. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven. De auteur is prof. dr. Terry Gill en kolonel mr. dr. Joop Voetelink dankbaar voor commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

<sup>2</sup> Met HOR verwijs ik naar dezelfde betekenis welke dit toekomt in het Engels als onder de naam *International Humanitarian Law* (IHL) en *Law of Armed Conflict* (LOAC). In dat verband wordt in deze bijdrage ook de Nederlandse term 'doelbestrijding' gehanteerd voor het begrip *targeting*.

<sup>3</sup> Ondanks dat ze wel degelijk van toepassing zijn in gewapend optreden, blijven mensenrechtenverdragen buiten beschouwing van deze bijdrage.

<sup>4</sup> *Close Air Support* is een vorm van *Flexible Targeting* waarbij gecoördineerd, door samenspraak tussen voorwaartse observanten (*Forward Air Controllers*) en vliegers, vuursteun wordt geleverd ten behoeve van grondtroepen. De doelwitten die daarbij worden bestreden zijn doorgaans niet vooraf onderkend en geëvalueerd en moeten onder dynamische omstandigheden ter plekke worden geverifieerd op hun daadwerkelijke status (onderscheid en eventueel te verwachte nevenschade (proportionaliteit)).



nen het Nederlandse publiekrecht ruimhartig gehanteerd.<sup>5</sup> Het is echter de vraag of het één op één overnemen van juridische terminologie vanuit een civiel rechtsregime, zoals het commune strafrecht, naar situaties waarin militair optreden getoetst moet worden naar de beginselen van het HOR wel zo eenvoudig gemaakt mag worden. Het HOR staat al het geweld toe dat binnen de grenzen van het oorlogsrecht valt en wat noodzakelijk is voor het behalen van het militaire doel. Het doel van een oorlog is simpel gezegd het verslaan van de vijand. Om dat doel te bereiken zijn al die handelingen welke niet verboden zijn door het oorlogsrecht en die noodzakelijk zijn om dat te doel te bereiken daarom toegestaan. Daarin verschilt het HOR al wezenlijk van het commune strafrecht dat [louter in gevallen van (zelf)verdediging] elke vorm van geweld tot het strikt noodzakelijke wil beperken met de minst zwaar gekozen middelen.

Dit onderscheid blijkt echter, onder meer uit de ervaringen van deze auteur, in de praktijk wel eens wat weerbarstiger dan dat de theorie doet vermoeden. Zo heerste er bijvoorbeeld bij een vliegend onderdeel, dat vele jaren onder ISAF (*International Security Assistance Force*) in Afghanistan had geopereerd, de notie dat bij doelbestrijdingen (*targeting*) waarbij in z'n geheel geen nevenschade te verwachten viel, vliegers het minst zware wapen dienden te gebruiken. Wat men daarbij dan meende was dat die verplichting terug te voeren viel op het beginsel van subsidiariteit. Navraag naar de herkomst van die notie leidt vaak naar het beginsel van proportionaliteit en subsidiariteit. De huidige weergave van de oorlogsrechtelijke beginselen in de Handleiding Humanitair oorlogsrecht lijkt die lezing deels te bevestigen.<sup>6</sup> Nu kan dat in juridische zin gelukkig niet snel tot problemen leiden wanneer militairen de reikwijdte van hun ROE (welke over die verplichting overigens zwegen) nauw gelet volgen, maar het is op zijn minst onwenselijk te noemen dat militairen die in zulke omstandigheden opereren zich bij hun keuzes laten leiden door onzuivere en niet goed begrepen terminologie. Mogelijkerwijs leidt het gebruik van begrippen die hun toepassing en oorsprong hebben in civiele rechtsregimes tot begripsverwarring in situaties waarin het HOR *de iure* als rechtsregime geldt. Met de realiteit dat het karakter van missies waaraan Nederlandse militairen deelnemen steeds vaker zal verschuiven van vredesbewaring naar vredesafdwinging<sup>7</sup>, is een correcte weergave van de inhoud en werking van deze begrippen niet alleen voor de uitgezonden militair van groot belang, maar eveneens voor de (militair-) jurist die het handelen van de uitgezonden militair aan dat beginsel moet kunnen toetsen.

## 1.1 Centrale vraagstelling

Gezien het grote verschil in karakter tussen het HOR als zelfstandig internationaal rechtsregime enerzijds en het Nederlandse commune strafrecht anderzijds, luidt de centrale vraag van

<sup>5</sup> Zo wordt het eveneens gehuldigd door de commissie Borghouts die de toepassing van het militaire strafprocesrecht bij uitzendingen moest evalueren, wanneer zij stelt dat: "Rules of Engagement door militairen moeten worden toegepast binnen de grenzen van proportionaliteit en subsidiariteit"; H.C. Borghouts, R.D. Davenschot & G.C. Gillissen, *Evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij uitzendingen*, 2006 p.23; beschikbaar op: [http://www.eerstetekamer.nl/id/vi3heba3h2wg/document\\_extern/w31487rapportcieborghouts/f=/vi3hed1fqxy.pdf](http://www.eerstetekamer.nl/id/vi3heba3h2wg/document_extern/w31487rapportcieborghouts/f=/vi3hed1fqxy.pdf).

<sup>6</sup> Zie paragraaf 5.

<sup>7</sup> Zie bijvoorbeeld de brief van de Minister van Defensie en de Staatsecretaris van Defensie van 2 juni 2006 aan de voorzitter van de Tweede Kamer; TK 2005-2006, 30300X, nr. 107, p.8., *maar ook*; Tweede Kamer, vergaderjaar 2007–2008, 31 487 (R1862), nr. 3, p.3.

deze bijdrage: in hoeverre het begrip proportionaliteit, zoals dat in het HOR wordt gehanteerd, zich verhoudt tot de strafrechtelijke begrippen 'proportionaliteit' en 'subsidiariteit' bij de geweldsaanwendingen van militairen bij hedendaags internationaal militair optreden? Is er sprake van een parallelle toepassing van het beginsel van proportionaliteit in zowel het civiele (*straf*-) recht en het HOR? Of heeft zij in beide rechtsgebieden een andere betekenis en wordt zij in operationele documentatie zoals de ROE niet altijd zuiver toegepast?<sup>8</sup> Om die vragen te beantwoorden zal ik beginnen om in paragraaf twee enkele algemene beginselen van het HOR en hun onderlinge samenhang in beschouwing nemen. Aansluitend zal ik mij in het bijzonder toeleggen op het beginsel van proportionaliteit zoals dat thans is opgenomen in het Additioneel Protocol I. In paragraaf drie zet ik kort uiteen wat de werking is van het beginsel van proportionaliteit en subsidiariteit in het Nederlandse strafrecht. Vervolgens neem ik in paragraaf vier de aard en de werking van ROE in beschouwing en beschrijf ik hoe de werking van proportionaliteit en subsidiariteit daarin kan voorkomen. Ter afsluiting vergelijk ik de uitkomsten hiervan met de formulering van het oorlogsrechtelijke beginsel van proportionaliteit zoals dat in de Handleiding Humanitair oorlogsrecht te vinden is en sluit ik deze bijdrage af met enkele conclusies.

## 2. Beginselen van het HOR

Voordat ik mij richt op het oorlogsrechtelijke beginsel van proportionaliteit, zal ik in deze paragraaf eerst enkele internationaal erkende beginselen van het HOR in hun onderlinge samenhang beschouwen. Het Internationale Gerechtshof heeft in zijn advies aangaande de rechtmatigheid van het gebruik van kernwapens, de volgende kardinale beginselen benoemd die tezamen het systeem van het HOR vormen. Als eerste het beginsel van onderscheid tussen combattanten en niet-combattanten<sup>9</sup>, met bijgevolg het verbod om wapens te gebruiken welke niet in staat zijn onderscheid te maken. Als tweede het beginsel wat het toebrengen van onnodig lijden aan combattanten verbiedt.<sup>10</sup> Dit beginsel impliceert dat de keuze in strijdmiddelen van strijdende partijen niet onbepert is. Dit tweede beginsel moet men scharen onder het beginsel van humaniteit. Daarnaast is dit beginsel van humaniteit de basis voor de bescherming van verschillende categorieën personen die onder de Conventies van Genève bescherming genieten zoals; zieken en gewonden, krijgsgevangenen, burgers in de handen van de vijand en dergelijke. Om dezelfde reden bevestigt het beginsel van humaniteit dat burgers en burgerobjecten immuun zijn voor aanvallen. Burgers en burgerobjecten leveren namelijk geen deelname of bijdrage aan militair handelen.<sup>11</sup> Dit beginsel is verwoord in de Martens Clause in de preambule van het Haagse Verdrag aangaande de wetten en gebruiken van oorlog.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Zie hierover; W. Baron & P.A.L. Duchêne, *De luchtaanval in Kunduz; Targeting en oorlogsrecht*, Militaire Spectator, jaargang 179, nummer 10, 2010, p.504.

<sup>9</sup> ICJ, *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8-7-1996, 95, para 78.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *The Manual of the Law of Armed Conflict*, UK Ministry of Defence, 2004, (UK Manual), para 2.4.1., p. 23

<sup>12</sup> "In afwachting dat een meer volledig wetboek van de wetten van den oorlog kan worden uitgevaardigd, achten de Hooge Verdragsluitende Partijen het nuttig te verklaren, dat in de gevallen, welke niet begrepen zijn in de door Haar aangenomen reglementaire bepalingen, de bevolking en de oorlogvoerenden verblijven onder de bescherming en de heerschappij der beginselen van het volkenrecht, zooals die voortvloeien uit de tusschen beschaafde volken gevestigde gebruiken, de wetten der menselijkheid en de eischen van het openbare rechtsbewustzijn." Verdrag (IV) nopens de wetten en gebruiken van den oorlog te land, met bijbehorend Reglement, Den Haag, 1907.

## BESCHOUWING

Het beginsel van militaire noodzaak houdt in dat militair handelen erop gericht moet zijn om het militaire vermogen van de tegenstander geheel of gedeeltelijk uit te schakelen. Daarbij mogen de middelen en methoden van geweld, welke niet verboden zijn door de regels van het HOR, niet datgene overstijgen wat nodig is om de tegenstander geheel of gedeeltelijk te onderwerpen. Dit gebod leunt op vier fundamenteën<sup>13</sup>: (1) dat de mate van geweldsgebruik [in tijd en ruimte] wordt gecontroleerd; (2) dat militaire noodzaak alleen geweldsgebruik toestaat wanneer het niet anderzijds verboden is door de regels van het HOR en dat daarom het afwijken van die regels nooit een excuus kan vormen op grond van noodzaak<sup>14</sup>; (3) dat de door het HOR toegestane middelen en strijdmethoden geoorloofd zijn wanneer het noodzakelijk is om zo snel als mogelijk de tegenstander geheel of gedeeltelijk te onderwerpen; (4) dat het gebruik van die methoden en strijdmiddelen die hiervoor niet noodzakelijk zijn, om die reden verboden is.

Ten tijde van de Amerikaanse Burgeroorlog is het beginsel van militaire noodzaak verwoord in de Lieber Code in 1863 als: “*those measures which are indispensable for securing the ends of the war and which are lawful according to the modern law and usages of war*”.<sup>15</sup>

Niet veel later daarna is het ook verwoordt in de Preambule van de St. Petersburg Verklaring van 1868: “*dat het eenige regtmatige doel, dat de Staten gedurende den oorlog zich moeten stellen, de verzwakking van de strijdkrachten van de vijand is.*”<sup>16</sup>

Het beginsel van militaire noodzaak is inmiddels verankerd in artikel 35 (1) van Additioneel Protocol I: “*In any armed conflict, the right of the Parties to the conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited*”.<sup>17</sup> Het beginsel moet altijd in relatie tot de overige bepalingen van het HOR worden beschouwd.<sup>18</sup> Dat betekent dat het niet als losse overweging mag worden misbruikt om andere bepalingen van het HOR, zoals bijvoorbeeld humaniteit en onderscheid, terzijde te schuiven. Dit zogenaamde *Kriegsraison geht vor Kriegsmanier* is internationaal nooit geaccepteerd en zelfs na de Tweede Wereldoorlog meerdere malen in rechte veroordeeld.<sup>19</sup> De beginselen houden elkaar in evenwicht in hun toepassingen in het gewapend handelen. Zo complementeert het beginsel van humaniteit het beginsel van militaire noodzaak door die handelwijzen en middelen te verbieden die niet noodzakelijk of relevant zijn voor het realiseren van een duidelijk militair voordeel.<sup>20</sup>

Het beginsel van proportionaliteit mag dan beschouwd worden als een balancerende regel tussen de verschillende belangen die worden gesteld tussen die van militaire noodzaak en

<sup>13</sup> UK Manual, para 2.2.1., p. 22; ICRC Commentary, para 1396.

<sup>14</sup> ICRC Commentary, para 1389.

<sup>15</sup> Artikel 14, Lieber Code 1863.

<sup>16</sup> Preambule van de Verklaring nopens de afschaffing van het gebruik te velde, enz., der ontplofbare kogels, Sint-Petersburg, 11 december 1868.

<sup>17</sup> Artikel 35 lid 1, Additioneel Protocol I (1977), zie ook artikel 22, Verdrag (IV) nopens de wetten en gebruiken van den oorlog te land, met bijbehorend Reglement, Den Haag, 1907.

<sup>18</sup> W.J. Fenrick, *The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare*, Military Law Review, vol. 98, 1982, p.93.

<sup>19</sup> M. Schmitt, *Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law preserving the delicate balance*, 50 Virginia Journal of International Law, 2009, p.797.

<sup>20</sup> Solf (1986), p.128.

humaniteit<sup>21</sup>, maar is tevens afgeleid van het beginsel van onderscheid: een commandant moet zich ervan verzekeren dat bij de aanval op een militair doel de te verwachten nevenschade, in de vorm van burgerlachtoffers en schade aan burgerobjecten, niet disproportioneel is ten opzichte van het beoogde militaire voordeel.<sup>22</sup> De praktische toepassing van deze beginselen in de gewapende strijd biedt genoeg stof voor verwarring en discussie. In een klassiek interstatelijk conflict lijkt het vrij eenvoudig hoe het beginsel van onderscheid moet worden toegepast; zo is een vijandelijke formatie tanks een onomstreden militair doel dat zonder meer het voorwerp van een aanval mag zijn.<sup>23</sup> Zelfs al heeft deze formatie zich opgesteld rondom een niet verlaten schoolgebouw, dan is het nog steeds een legitiem militair doel en is aan de eis van onderscheid in principe nog steeds voldaan. Bij het kiezen van een aanvalsmiddel of –methode speelt proportionaliteit als beginsel dan de balancerende functie tussen die andere beginselen: militaire noodzaak, humaniteit en onderscheid. Zo eenvoudig als het in dit voorbeeld hierboven lijkt om aan de eis van onderscheid invulling te geven, zo moeilijk wordt het om aan de eis van proportionaliteit te voldoen.

## 2.1. Het beginsel van proportionaliteit in het Additioneel Protocol I

Hieronder zal ik de verdragsrechtelijke formulering van het beginsel van proportionaliteit, zoals dat in het Additioneel Protocol I (hierna Protocol I) in 1977 is gecodificeerd, analyseren en voorzien van enkele concluderende opmerkingen. Voordat het Protocol tot stand kwam was er geen bindende regel in de internationale verdragsteksten te vinden die de toepassing van het beginsel van proportionaliteit gebod. De uiteindelijke bewoordingen van het proportionaliteitsbeginsel in het Protocol lijken een herbevestiging van de gewoonterechtelijke norm van proportionaliteit die reeds bekend was<sup>24</sup>, maar bracht de implementatie ervan naar lagere niveaus van verantwoordelijkheid.<sup>25</sup> In de literatuur wordt dit vernieuwde inzicht eveneens gedeeld.<sup>26</sup> De gewoonterechtelijke norm van proportionaliteit was een algemene toets gericht aan militairen die op stafniveau de plannen maakten.<sup>27</sup> Zij moesten toepassing geven aan het verbod door af te zien van operaties welke naar verwachting excessief veel slachtoffers onder de burgerbevolking zouden veroorzaken in relatie tot het beoogde militaire voordeel. Daarbij ging men er bovendien vanuit dat vanwege de onpraktische uitwerking op individuele doelwitten, deze norm enkel op het niveau van de militaire campagneleiding kon worden toegepast.<sup>28</sup>

<sup>21</sup> W.J. Fenrick, 1982, p.94; uit het beginsel van humaniteit vloeit volgens Fenrick immers ook de immuniteit van burgers voort.

<sup>22</sup> P.A.L. Duchêne & E. Pouw, *ISAF Operaties in Afghanistan: oorlogsrecht, doelbestrijding in counterinsurgency, ROE, mensenrechten & ius ad bellum*, Nijmegen:Wolf Legal Publishers 2010, p.110.

<sup>23</sup> Al is de toepassing van het beginsel van onderscheid in een geïnternationaliseerd niet-interstatelijk conflict, zoals ISAF, nu juist weer een uitdaging. Hoewel het niet valt onder het bereik van deze bijdrage, valt daarbij te denken aan de interpretatie van Rechtstreekse Deelname aan Vijandelikheden (RDV).

<sup>24</sup> Al blijft het een punt van discussie in hoeverre dit een pure codificatie van reeds bestaande gewoonterechtelijke normen is en tot op welke hoogte het een ontwikkeling is van nieuwe regels; Oeter (2008), p.123.

<sup>25</sup> Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2010, p. 131; Fenrick (2009), *supra* note 17, p.277; Oeter (2008) p. 187&198.

<sup>26</sup> Schreef Fenrick in 1982 over de proportionaliteitsnorm in API dat deze slechts op het niveau van divisie kon worden toegepast, in 2009 komt hij daar op terug en betoogt dat de norm zelfs tot op het tactische niveau kan en dient te worden nageleefd; Fenrick (1982) p.102; (2009), p.281.

<sup>27</sup> Fenrick (1982) p.102.

<sup>28</sup> W. Hays Park, *Air Law and the Law of War*, 32 Air Force Law Review 1, 1990, p.99.

De gecodificeerde regels in het Protocol zijn daarentegen heldere en strengere regels dan de gewoonterechtelijke norm, maar zijn desalniettemin flexibel geformuleerd om recht te doen aan het oneindige aantal variabelen waarmee de gewapende strijd gepaard gaat.<sup>29</sup> De tekst van het Protocol noemt het beginsel van proportionaliteit [en zelfs het begrip 'proportionaliteit'] overigens niet expliciet. De afwezigheid hiervan mag getuigen van de moeilijkheden die de opstellers tijdens de diplomatieke conferentie hebben gehad om de notie 'proportionaliteit' te codificeren.<sup>30</sup> Uiteindelijk komt proportionaliteit op drie plaatsen in het Protocol terug. De eerste weergave is te vinden in artikel 51 (5)(b); "*aanvallen die, naar kan worden verwacht bijkomend verlies van mensenlevens onder de burgerbevolking, verwonding van burgers, schade aan burgerobjecten of een combinatie daarvan ten gevolge zullen hebben, in een mate die buitensporig zou zijn in verhouding tot het verwachte tastbare en rechtstreekse militaire voordeel.*"<sup>31</sup> Hierin wordt proportionaliteit verwoordt als een voorbeeld van een verboden niet-onderscheidende aanval.

De tweede en derde weergave van proportionaliteit is te vinden in artikel 57(2)(a)(iii) dat de procedure uiteenzet om te voldoen aan de bepaling van artikel 51<sup>32</sup>: "*af te zien van enige aanval die naar kan worden verwacht mede bijkomend verlies van mensenlevens onder de burgerbevolking, verwonding van burgers, schade aan burgerobjecten of een combinatie daarvan zal veroorzaken, in een mate welke buitensporig zou zijn in verhouding tot het te verwachten tastbare en rechtstreekse militaire voordeel;*"<sup>33</sup> en in sub (b); "*een aanval dient te worden afgelast of opgeschort, wanneer blijkt dat het doel geen militair doel is of een bijzondere bescherming geniet, of wanneer blijkt dat de aanval naar kan worden verwacht mede bijkomend verlies van mensenlevens onder de burgerbevolking, verwonding van burgers, schade aan burgerobjecten of een combinatie daarvan zou veroorzaken, in een mate welke buitensporig zou zijn in verhouding tot het te verwachten tastbare en rechtstreekse militaire voordeel.*"<sup>34</sup> De strekking van de tweede bepaling richt zich tot diegene die een aanval plannen om hiervan af te zien indien dit buitensporige, in relatie tot het verwachte militaire voordeel, verliezen van burgerlevens en eigendommen zal veroorzaken. De derde bepaling roept op af te zien van de uitvoering van een aanval indien verwacht mag worden dat dit principe wordt verstoord. Deze laatste bepaling vormt de basis voor de voorzorgsmaatregelen (*precautions in attack*) die voortvloeien uit het beginsel van proportionaliteit en die de aanvaller in acht moet nemen om tijdens een aanval onnodige nevenschade te vermijden of minimaliseren.<sup>35</sup>

Casuïstiek is hierbij behulpzaam om de praktische werking van die voorzorgsmaatregelen te beschrijven. Zo kan het bijvoorbeeld voor een vlieger blijken dat een bunker, in dit voorbeeld het te bestrijden doelwit, tijdens de aanval in feite wordt gebruikt als schuilkelder voor burgers. De bunker geldt nu niet langer een militair object en is daarom immuun voor een aanval. De

<sup>29</sup> Oeter (2008), p.210.

<sup>30</sup> A. Boivin & Y. Sandos, *The Legal Regime Applicable to Targeting Military Objectives in the context of Contemporary Warfare*, University Centre for International Humanitarian Law, Geneve, no.2, 2006, p. 42.

<sup>31</sup> Artikel 51 lid 5 sub b, *Additioneel Protocol I 1977*.

<sup>32</sup> Fenrick (1982), p.100.

<sup>33</sup> Artikel 57 lid 2 sub a onder iii, *Additioneel Protocol I 1977*.

<sup>34</sup> Artikel 57 lid 2 sub b, *Additioneel Protocol I 1977*.

<sup>35</sup> Rules 15-21, J.M. Henckaerts, *Study on customary international humanitarian law*, International Review of the Red Cross, vol. 87, no. 857, 2005, p. 199 e.v.

aanwezigheid van burgers zegt in dit voorbeeld niet zozeer iets over de eventuele disproportionaliteit van een door te zetten aanval, maar meer iets over de verplichting om onderscheid te maken. In dat geval moet de aanval worden afgelast in plaats van opgeschort; het militaire karakter van het doelwit is immers verdwenen. Tijdens de aanval kan echter ook blijken dat de bunker nog steeds gebruikt wordt als bunker [en daarmee nog steeds een legitiem militair doelwit is], maar dat een volle schoolbus zich in de directe nabijheid van de bunker bevindt die, zo mogen we in dit voorbeeld veronderstellen, de proportionaliteit van de aanval betwist. Dit neemt niet het militaire karakter van het doelwit weg, maar gelast de aanval om zelf te beoordelen of de aanval [ondanks de te verwachten nevenschade] moet worden doorgezet met oog op het te behalen militair voordeel, of dient te worden opgeschort tot een later moment.

## 2.2 Balans tussen tegengestelde waarden

In zijn algemeenheid kan men zeggen dat het beginsel van proportionaliteit in het HOR er uit bestaat dat er een vergelijking wordt gemaakt tussen de geanticipeerde verliezen van levens of verwondingen aan burgers, bijkomende schade aan burgerobjecten enerzijds en het verwachte directe en concrete militaire voordeel anderzijds. Anders gezegd is het beginsel van proportionaliteit een link tussen de beginselen van militaire noodzaak en humaniteit.<sup>36</sup> Zo kan er sprake zijn van 'disproportioneel' gebruik van geweld wanneer één partij beschikt over een overweldigend militair apparaat wat wordt ingezet tegen het velen malen kleinere militair apparaat van een tegenstander. Maar in het kader van HOR en daarbij in het bijzonder binnen de context van doelbestrijding, is die toepassing juridisch in zijn geheel niet van belang.<sup>37</sup>

Proportionaliteit binnen de context van het HOR ziet enkel op de waardering die wordt gegeven aan de verschillende elementen van een militair voordeel ten opzichte van de humanitaire overwegingen van de levens en de belangen van burgers (niet onderdeel uitmakende van de strijdende partijen). Het beginsel brengt zodoende een plicht met zich mee voor strijdende partijen om een balans te maken tussen tegengestelde waarden.<sup>38</sup> Het heeft in die juridische zin niets te maken met een vergelijking tussen de verliezen van combattanten en de schade aan militaire doelen tussen de strijdende partijen onderling.<sup>39</sup> Die waarden zijn immers ook niet tegengesteld; men mag zelfs betogen dat de getalsmatige militaire verliezen tussen strijdende partijen wel degelijk met elkaar zijn te vergelijken en onderling te waarderen.

## 3. Proportionaliteit en subsidiariteit in het Nederlands recht.

Hieronder zet ik kort uiteen welke betekenis het beginsel van proportionaliteit en subsidiariteit toekomt binnen het commune strafrecht. Dat wil niet zeggen dat de werking ervan zich beperkt tot het commune strafrecht; het geldt eveneens voor het militaire strafrecht. Het Wetboek van Militair Strafrecht is immers aanvullend strafrecht op het gewone (of commune)

<sup>36</sup> *UK Manual*, para 2.6.2., p. 25.

<sup>37</sup> W.J. Fenrick, *Applying IHL Targeting Rules*, Windsor Yearbook of Access to Justice, vol.27, 2009, p.277.

<sup>38</sup> E. Cannizzaro, *Contextualizing proportionality: jus ad bellum and jus in bello in the Lebanese War*, IRRIC 868 vol. 88, 2006, p.787.

<sup>39</sup> Dinstein (2010), p. 129.

strafrecht.<sup>40</sup> Het beginsel van proportionaliteit en subsidiariteit komt veelvuldig terug in het strafrecht. Zo geeft het in de toepassing van het strafrecht besloten idee van subsidiariteit, dat alleen wanneer blijkt dat alle andere middelen falen het strafrecht moet worden ingezet, daar nauwgezet steun aan.<sup>41</sup> De toepassing van het beginsel op materieel vlak laat zich het beste zien in de figuur van de wettelijke strafuitsluitingsgronden. In het commune strafrecht worden de strafuitsluitingsgronden onderverdeeld in schulditsluitingsgronden en de rechtvaardigingsgronden. De wettelijke rechtvaardigingsgronden zijn: overmacht in de vorm van noodtoestand<sup>42</sup>, noodweer<sup>43</sup>, wettelijk voorschrift<sup>44</sup> en een bevoegd gegeven ambtelijk bevel<sup>45</sup>. Met het oog op deze bijdrage is met name de formulering van noodweer interessant.<sup>46</sup> Algemeen wordt aangenomen dat het beginsel van proportionaliteit en subsidiariteit voor alle rechtvaardigingsgronden in het strafrecht geldt, maar het laat zich juist bij de omschrijving van noodweer goed duiden. Voor wat betreft noodweer luidt de bepaling in het Wetboek van Strafrecht: “*Niet strafbaar is hij die een feit begaat, geboden door de noodzakelijke verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed tegen ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding*”.<sup>47</sup> Ondanks dat het niet expliciet wordt genoemd, heeft men de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit hierin tot uitdrukking willen brengen<sup>48</sup>. Subsidiariteit in deze zin houdt in dat, indien het mogelijk is zich aan de aanval (ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding) te onttrekken in plaats van zich fysiek te verdedigen, men deze weg moet bewandelen. Met andere woorden; het minst zware middel moet zijn gebruikt<sup>49</sup>. Daarnaast moet de mate van verdediging die is gekozen noodzakelijk zijn. Dat wil zeggen dat de verdediging proportioneel dient te zijn ten opzichte van de aanval. Er mag dus, om aan de proportionaliteitseis te voldoen, geen wanverhouding bestaan tussen de intensiteit van de aanval en de intensiteit van de verdediging.<sup>50</sup>

#### 4. Rules of Engagement

Deze paragraaf beschrijft de aard en de werking van ROE. Dat is van belang omdat voor het grootste deel van alle operaties, waarvoor Nederlandse militairen worden uitgezonden, geldt dat de ROE het geweldsgebruik reguleren.<sup>51</sup> ROE zijn de inzetregels voor commandanten van een militaire operatie en bevatten de formele kaders ten aanzien van het gebruik van geweld.<sup>52</sup> Ze worden opgesteld om zeker te stellen dat de politiek het gebruik van geweld kan beheersen en informeren commandanten over de beperking van of de toegestane vrijheid die zij hebben

<sup>40</sup> G. Coolen & G. Walgemoed, *Militair Strafrecht*, Kluwer, Deventer, 2008, p. 2,4.

<sup>41</sup> J. Crijns, *Strafrecht als ultimum remedium; Levend leidmotief of archaisch desideratum?*, *Ars Aequi Libri*, januari 2012, p. 11.

<sup>42</sup> Artikel 40 Wetboek van Strafrecht.

<sup>43</sup> Artikel 41 lid 1 Wetboek van Strafrecht.

<sup>44</sup> Artikel 42 Wetboek van Strafrecht.

<sup>45</sup> Artikel 43 lid 1 Wetboek van Strafrecht.

<sup>46</sup> Met oog op het doel van deze bijdrage zal ik mij beperken tot de rechtvaardigingsgronden en de wettelijke schulditsluitingsgronden niet verder behandelen.

<sup>47</sup> Artikel 41 lid 1 Wetboek van Strafrecht.

<sup>48</sup> M. Kronenberg & B. De Wilde, *Grondtrekken van het Nederlandse Strafrecht*, Kluwer, Deventer, 2003, p.69.

<sup>49</sup> Walgemoed & Coolen 2008, p. 41.

<sup>50</sup> Kronenberg & De Wilde 2003, p.70.

<sup>51</sup> Met uitzondering van de gevechtsoperatie *Enduring Freedom* 2005.

<sup>52</sup> Ministerie van Defensie, *Nederlandse Defensie Doctrine*, 2013, p. 67.

in de uitvoering van de opgedragen taak.<sup>53</sup> Het HOR schetst daarbij in hedendaagse militaire operaties slechts de uiterste grenzen van het strikt juridisch toelaatbare handelen voor militairen. Dit is met name zo in operaties die beneden de ondergrens liggen van klassiek interstatelijk geweld. Bij militair optreden in vredes- of *counter insurgency* (COIN) operaties worden de buitengrenzen van het geweld dat het HOR toestaat bewust niet opgezocht.

Elke vorm van militair optreden wordt ingekaderd door ROE.<sup>54</sup> ROE hebben afhankelijk van de aard van een militaire missie een bevoegdheid verlenend, of een inperkend karakter.<sup>55</sup> Tijdens vredesoperaties vormen de ROE het rechtsregime dat de richtlijnen geeft wanneer geweldsgebruik juridisch geoorloofd is. In die zin zijn ROE dan bevoegdheid verlenend. Tijdens deelname aan gevechtsoperaties zoals *Enduring Freedom* geldt het HOR daarentegen als rechtsregime voor het geweldsgebruik. ROE hebben binnen die gevechtsoperaties dan een inperkend karakter.<sup>56</sup> ROE bestaan echter niet enkel uit operationele wensen en de toepasselijke praktische invulling van het HOR. Een groot deel van de bepalingen in ROE komt voort uit strategisch politieke beleidskaders.<sup>57</sup> In z'n algemeenheid kan men dan ook zeggen dat ROE bij hedendaagse internationale militaire operaties aan commandanten slechts een fractie van het rechtmatig geweld toekennen van hetgeen het HOR op zich zelf beschouwd juridisch toelaatbaar acht.

#### 4.1 Proportionaliteit en subsidiariteit in Rules of Engagement

Eerder heb ik de betekenis van het beginsel van proportionaliteit en subsidiariteit in het commune strafrecht uiteen gezet. Hieronder zal ik beschrijven hoe diezelfde strafrechtelijke beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, al naar gelang de aard en het karakter van missie, overeenkomsten kunnen hebben met de bewoordingen van ROE. De inhoud van ROE met de afgeleide aide-memoires en geweldsinstructies waarmee de krijgsmacht op internationale missies wordt gestuurd is vanwege de rubricering echter niet geschikt voor vrije publicatie.<sup>58</sup> Ondanks dit staat het ons vrij om kennis te nemen van de aard van de aanhef waarmee elk Nederlands pakket van ROE [of de daarvan afgeleide geweldsinstructie] doorgaans aanvangt. De inhoud van zo'n aanhef strekt er telkenmalen toe dat de toepassing van bepalingen uit de ROE altijd in overeenstemming dient te geschieden met de beginselen van het HOR, waarbij die beginselen vervolgens staan vermeld.

<sup>53</sup> P.A.L. Ducheine, *Rechtsregimes tijdens militaire operaties*, Ars Aequi Libri, juli/augustus 2009, p. 491.

<sup>54</sup> A.C. Haverman & N.C. Rienks, *ISAF: geweldgebruik en de juridische afwegingen daarbij*, Militair Rechterlijk Tijdschrift, afl. 5, 2009, p.227.

<sup>55</sup> M.M. Dolman, P.A.L. Ducheine, T. Gill, G. Walgemoed, *Functioneel geweldsgebruik in internationale operaties: een spiegel van rechtspraak en praktijk*, Militair Rechterlijk Tijdschrift, vol. 10, 2005, p. 419.

<sup>56</sup> Zo schreven bijvoorbeeld NAVO ROE's tijdens *Operatie Allied Force* in Kosovo voor dat vliegers niet beneden de 15,000 ft mochten vliegen. Anderzijds schrijven ROE in meerdere operaties voor dat de coördinaten van een gekozen doelwit van een bepaalde zekerheid in meters nauwkeurig moeten zijn vóórdat die locatie mag worden vrijgegeven voor een luchtaanval. Die verplichting valt niet rechtstreeks uit het HOR af te leiden, maar veeleer uit operationele of politieke overwegingen.

<sup>57</sup> J.F.R. Boddens Hosang (2009), p.219.

<sup>58</sup> Dat mag geen verwondering scheppen. Ongeacht het soort missie hebben de leden van krijgsmacht gedurende hun uitzending te maken met een velerlei van (gewapende) tegenstanders. Deze tegenstanders zouden op hun beurt er hun voordeel mee kunnen doen wanneer zij de inhoud van hun geweldsinstructies van de militairen zouden kennen.



Ongeacht of men als uitgezondenen militairen deel uitmaakt van een stabilisatiemissie die het karakter heeft van (*Peace*) *Enforcement*<sup>59</sup> operaties<sup>60</sup>, *Peace Keeping* operaties<sup>61</sup>, of gevechtmissies waarin men partij is bij een gewapend conflict<sup>62</sup> en waarin gezien de aard en omvang van de gevechtsacties het HOR *de iure* van toepassing is, luidt de strekking van zo'n aanhef in ROE's vrijwel altijd gelijk. Vanuit de praktijk onderschrijft dat wederom het belang van een goed begrip van het HOR en met name een juiste plaatsing en duiding van de bijbehorende beginselen. Dit geldt uiteraard voor die militairen die zich in *Enforcement*- of gevechtmissies begeven. Zo waren de ROE van *Operatie Desert Storm* dusdanig ruim dat zij zich richting de grenzen van het HOR begaven.<sup>63</sup> Veel internationale missies van na de Tweede Wereldoorlog waaraan Nederlandse troepen deelnamen, hebben echter het karakter van *Peace Keeping* (vredesbewarend) of *Peace Enforcement* (vredesafdwingend) gehad.

Het HOR is als rechtsregime in vredesoperaties niet van rechtswege van toepassing, maar wordt naar vast NAVO gebruik wel door Nederland van toepassing verklaard.<sup>64</sup> De strikte geweldsbevoegdheden vervat in ROE en geweldsinstructies in zowel *Peace Keeping* als *Peace Enforcement* missies zijn doorgaans de-escalierend en zeer terughoudend van aard. Van functionele geweldsaanwending door militairen in deze missies mag doorgaans enkel sprake zijn om zichzelf, collega's en essentiële goederen te beschermen, of in het uiterste geval de uitvoering van het mandaat te garanderen. Dat is doorgaans in lijn met het mandaat en de strategie die dit soort missies hebben. Het proportionele en strikt noodzakelijke geweldsgebruik van militairen op een wachtpost om te voorkomen dat hulpgoederen worden geplunderd, nadat er tal van verbale en non-verbale waarschuwingen zijn gegeven, is in de praktijk een illustratie hiervan. In dit voorbeeld kan men zeggen dat in de geweldsinstructies de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit zodanig zijn vervat dat er eerst dient te worden gewaarschuwd op verbale wijze, alvorens men overgaat op non-verbale middelen en [dodelijk] geweldsgebruik.<sup>65</sup>

De bepalingen en bewoordingen van de ROE in *Peace Keeping* en *Peace Enforcement* missies kunnen overeenkomsten vertonen met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit uit het commune strafrecht. Dit wordt o.m. veroorzaakt door het gebruik van begrippen als '*minimum use of force*', of het hanteren van geweldsgraductie-protocollen die als aanvullende bepalingen het eventuele geweldsgebruik reguleren. Daarnaast worden vaak begrippen en beginselen uit het HOR eveneens gebruikt en herhaald in de woordelijke bepalingen van de

<sup>59</sup> Tot heden zijn er slechts twee daadwerkelijke *Enforcement* operaties geweest; Korea (1950-53) en Desert Storm (1991); T. Gill, *Enforcement and Peace Enforcement Operations*, in D. Fleck & T. Gill, *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 82.

<sup>60</sup> Voorbeelden van een *Peace Enforcement* operatie is ISAF in Afghanistan en SFOR, IFOR en KFOR op de Balkan; *Ibid*, p.82.

<sup>61</sup> Bijvoorbeeld VN-vredesoperaties zoals MINUSMA 2013.

<sup>62</sup> *Enduring Freedom* 2005 was uitzonderlijk in het gegeven dat Nederlandse militairen expliciet als partij van een gewapend conflict mochten optreden in situaties waarin het humanitaire oorlogsrecht van rechtswege (*de iure*) van toepassing was; J.F.R. Boddens Hosang, *ISAF Rules of Engagement; Aandachtspunten in de ISAF ROE vanuit het strategisch-juridisch niveau*, Militair Rechtelijk Tijdschrift, afl. 5, 2009, p.224, *infra* noot 8.

<sup>63</sup> M.M. Dolman (*et al*) (2005), *infra* noot 62.

<sup>64</sup> *Kamerstukken I*, 2005-06, 30 300 X, nr. A, p.4-5.

<sup>65</sup> Voorbeelden hiervan zijn het doorladen van een geweer of het richten van een geweer op een menigte.

ROE, ondanks dat het HOR in deze missies niet van rechtswege van toepassing is.<sup>66</sup> Maar ongeacht dat in dit soort missies de bewoordingen van de ROE overeenkomsten kunnen vertonen met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit uit het commune strafrecht, moet men ervoor waken om dit te verwarren met de betekenis en de werking van het oorlogsrechtelijke beginsel van proportionaliteit.<sup>67</sup>

## 5. Proportionaliteit en subsidiariteit in de *Handleiding Humanitair oorlogsrecht*

In de voorgaande paragraaf heb ik gesteld dat ongeacht het karakter en de aard van militaire missie, zij het een vredes- of gevechtsoperatie, de basisprincipes en beginselen van het HOR altijd opgenomen zullen worden in de aanhef of de verdere bepalingen van de ROE. Commandanten en leidinggevendenden dienen daarom ook gedegen kennis te hebben van die beginselen van het HOR. Dit vloeit eveneens voort uit verdragsrechtelijke verplichtingen.<sup>68</sup> Voor Nederlandse militairen geldt dan dat zij in voorkomend geval de *Handleiding Humanitair oorlogsrecht* (hierna *Handleiding*) van de Koninklijke Landmacht als bron zullen raadplegen. Daarom zal ik nu de formulering van het verdragsrechtelijke beginsel van proportionaliteit vergelijken met wat de *Handleiding* daarover zegt.

De *Handleiding* hanteert als vijf beginselen van het humanitair oorlogsrecht: militaire noodzaak; humaniteit; onderscheid burger en militair; eerlijkheid en goede trouw en het beginsel van proportionaliteit en subsidiariteit.<sup>69</sup> Volgens sommige auteurs is subsidiariteit echter een zuiver Nederlands juridisch begrip wat niet expliciet in de bronnen van het HOR wordt genoemd maar opgaat in militaire noodzaak, humaniteit en proportionaliteit.<sup>70</sup> In §228 stelt de *Handleiding* als uitleg over het beginsel van proportionaliteit; “*Om die reden zijn wapens en strijdmethoden ontoelaatbaar die verder, zoals het veroorzaken van buitensporig lijden of buitensporig veel schade toebrengen aan niet-militaire doelen (bijkomende schade: collateral damage). Bovendien is de inzet van middelen en strijdmethodes verboden waarbij de uitwerking zich niet kan beperken tot combattanten en militaire doelen en waarvan ook burgers en burger doelen worden getroffen. Er is dan sprake van inzet van een niet-onderscheidend middel of niet-onderscheidende aanval*”.<sup>71</sup> In zoverre, wanneer ik de uitkomsten van de analyse van paragraaf 2 in beschouwing neem, is de samenvatting die de *Handleiding* van het beginsel van proportionaliteit geeft in overeenstemming met wat de internationale bronnen ons daarover leren.

Onduidelijkheid schept de *Handleiding* echter verderop wanneer zij stelt in §229: “*Dat de bijkomende schade en mate van gebruik van geweld niet buitensporig mag zijn in verhouding tot het verwachte militair voordeel wordt het beginsel van proportionaliteit genoemd. Proportionaliteit houdt in dat er niet meer*

<sup>66</sup> M.M. Dolman (et al) (2005), p.380.

<sup>67</sup> *Supra* noot 8.

<sup>68</sup> Zie o.m. artikel 6 lid 1 en artikel 82, *Additioneel Protocol I 1977*.

<sup>69</sup> *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht*, Inspecteur Militair Juridische Dienst Koninklijke Landmacht, 2005, §229, p. 30-33.

<sup>70</sup> Het verdient in dit verband de opmerking dat verscheidene Nederlandse auteurs dit in de *Handleiding* genoemde beginsel van subsidiariteit zelfs negeren wanneer zij naar de vijf beginselen van het humanitair oorlogsrecht in diezelfde *Handleiding* verwijzen; A.C. Haverman & N.C. Rienks, *ISAF: geweldgebruik en de juridische afwegingen daarbij*, Militair Rechtelijk Tijdschrift, afl. 5, 2009, p.227; P.A.L. Duchaine, *Rechtsregimes tijdens militaire operaties*, *Ars Aequi Libri*, juli/augustus 2009, p.493, onder n.38.

<sup>71</sup> *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht*, Inspecteur Militair Juridische Dienst Koninklijke Landmacht, 2005, §228, p. 33.

geweld mag worden gebruikt dan strikt noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken. Bovendien mag er niet meer geweld te worden gebruikt dan noodzakelijk is om de vijand te overwinnen”.<sup>72</sup> Die bewuste omschrijving lijkt nu juist niet te rijmen met het oorlogsrechtelijke beginsel van proportionaliteit. In de onderlinge strijd tussen legitieme combattanten mag immers, behoudens de verboden strijdmiddelen en methoden, al het geweld worden aangewend om de vijand te verslaan. Dat betekent dat men middelen mag kiezen om de vijand te verslaan die in de onderlinge relatie tussen combattanten volstrekt niet proportioneel zijn. Het gebruik van een formatie gevechtstanks om een peloton infanteristen te verslaan is daar een geschikte illustratie van. Eveneens is het inzetten van een moderne onderzeeër tegen een sterk verouderde slagkruiser misschien niet eerlijk, dan wel proportioneel te noemen wanneer men de slagkracht en de kansen in de strijd van beide middelen vergelijkt, maar het oorlogsrechtelijke beginsel van proportionaliteit zwijgt hier over. Het lijkt er daarom eerder op dat de Handleiding hier het beginsel van militaire noodzaak omschrijft. Het *UK Manual on the Law of Armed conflict* omschrijft militaire noodzaak bijvoorbeeld als: “*Military necessity permits a state engaged in an armed conflict to use only that degree of and kind of force, not otherwise prohibited by the law of armed conflict, that is required in order to achieve the legitimate purpose of the conflict, namely the complete or partial submission of the enemy at the earliest possible moment with the minimum of expenditure of life and resources.*”<sup>73</sup> Of anders omschreven in de *ICRC Commentary*: “*Military necessity is an urgent need, admitting of no delay, for the taking by a commander, of measures which are indispensable for forcing as quickly as possible the complete surrender of the enemy by means of regulated violence, and which are not forbidden by the laws and customs of war.*”<sup>74</sup> Dat maakt het lastig om anders te concluderen dan dat de Handleiding in §229 kennelijk spreekt van een eigenschap die moet worden toebedeeld aan het beginsel van militaire noodzaak in plaats van een zuivere eigenschap van het beginsel van proportionaliteit.

Daarnaast is dit niet de enige onduidelijkheid van de samenvatting van proportionaliteit in de Handleiding. Zo vervolgt §229; “*Het beginsel van subsidiariteit stelt dat een commandant bij de keuze uit meer middelen dat middel dient te kiezen welke de minst bijkomende schade veroorzaakt.*” Wat de Handleiding hier beschrijft is een verplichting in het HOR welke voortvloeit uit het beginsel van proportionaliteit en voorts uitdrukkelijk is verwoord in art. 57 lid 2(a)(II) en lid 3 Additioneel Protocol I: een commandant is verplicht alle praktisch uitvoerbare voorzorgsmaatregelen te treffen om bij de keuze van methoden en middelen de eventuele bijkomende schade onder de burgerbevolking te voorkomen dan wel te minimaliseren.<sup>75</sup> Bovendien moet hij, indien er een keuze is tussen doelen die een gelijkwaardig militair voordeel behalen, kiezen voor dat doel wat het minste gevaar voor de burgerbevolking oplevert. In de Nederlandse taal mag men dit gevoeglijk omschrijven als subsidiariteit. Maar uit géén van de internationale verdragen en conventies blijkt dat dit een zelfstandig beginsel is wat naast het beginsel van proportionaliteit bestaat. De verplichting om met het oog op bijkomende schade en verlies van levens onder de burgerbevolking op te treden, op een wijze die mag worden omschreven als subsidiair, is in die zin veeleer een bestandsdeel van het beginsel van proportionaliteit, dan dat het een zelfstandig oorlogsrechtelijk beginsel zou betreffen.<sup>76</sup>

<sup>72</sup> *Ibid*, § 229, p.33.

<sup>73</sup> *UK Manual* (2004), para 2.2; Zie ook Dinstein (2010), p. 6.

<sup>74</sup> *ICRC Commentary*, para 1396, infra noot 27.

<sup>75</sup> Zie paragraaf 2.1.

<sup>76</sup> *Infra* noot 69.

## 6. Conclusie

Het besef dat bij veel militairen leeft is dat er op de wijze van hun optreden tijdens militaire operaties niet alleen een grote invloed bestaat vanuit militaire en operationele overwegingen, maar eveneens vanuit zeer bepalende politieke en diplomatieke overwegingen. Die invloeden uiten zich in ROE, SPINS (*Special Instructions for Aviators*) etc. Die invloed doet zich bovendien meer gelden bij militaire operaties zoals ISAF en SFIR (*Stabilization Force Iraq*) die in hun optreden sterk leunen op de *counter insurgency* doctrine, waarbij elke vorm van nevenschade en verlies van burgerlevens drukt op de doelstellingen van de operatie. Militairen kunnen ook in dit soort operaties in situaties verzeild raken waarin de keuze die men moet maken niet staat omschreven in ROE, SPINS, GI (geweldsinstructies) of soortgelijke documenten. Wat dan vaak gezegd wordt is dat zij uiteindelijk hebben moeten vertrouwen op de zogenoemde 'ROE 001A'. Dit is een synoniem voor het integer kunnen verantwoorden waarom er gekozen is om op een bepaalde wijze te handelen met navenante afwegingen. Dat geldt dan in die situaties waarin de bewoordingen van de instructies en de gegeven sturing van bovenaf niet langer waren voorbereid op de keuzes die men onder grote druk maken moest. "*Jezelf altijd recht in de spiegel kunnen blijven aankijken*" is dan ook binnen de krijgsmacht een veelgehoorde verwoording van die norm.

Adequate training en instructie in het HOR, de grondslag en de rechtsbasis van de missie, ROE en mensenrechten is van groot belang voor commandanten en (onder-) officieren die tijdens hun uitzending in beslissende posities functioneren waar het aankomt op geweldsaanwending. Een zuivere weergave van de begrippen en terminologie is dan echter wel een cruciaal uitgangspunt. Het beginsel van proportionaliteit en subsidiariteit zoals dit binnen het Nederlandse recht wordt gehanteerd, dat binnen dit verband primair zijn toepassing vindt in het commune strafrecht, valt dan ook niet binnen de reikwijdte van het oorlogsrechtelijke beginsel van proportionaliteit. Met de realiteit en de verwachting dat het karakter van missies waaraan Nederlandse militairen deelnemen steeds vaker zal verschuiven van vredesbewaring naar vredesafdwinging<sup>77</sup>, is een correcte weergave van deze begrippen in de betreffende krijgsmacht publicaties, zoals de Handleiding, van groot belang voor de uitgezonden militairen die met functionele geweldsaanwending in aanraking komen. De huidige formulering van het beginsel van proportionaliteit in de Handleiding lijkt te veel te zijn afgeleid van proportionaliteit en subsidiariteit in het commune strafrecht. Daarmee doet het geen recht aan wat hierover verdragsrechtelijk is afgesproken en kan het bovendien onbedoeld verwarring scheppen over de juiste praktische uitwerking van dit internationale beginsel. Daarom zou een eventuele heruitgave van de Handleiding de gelegenheid moeten zijn om de definitie van het oorlogsrechtelijke beginsel van proportionaliteit in lijn te brengen met de internationale bronnen.

---

<sup>77</sup> Brief van de Minister van Defensie en de Staatsecretaris van Defensie van 2 juni 2006 aan de voorzitter van de Tweede Kamer; TK 2005-2006, 30300X, nr. 107, p.8., maar ook; Tweede Kamer, vergaderjaar 2007–2008, 31 487 (R1862), nr. 3, p.3.