



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

'Status of forces': Strafrechtsmacht over militairen vanuit internationaalrechtelijk & militair-operationeelrechtelijk perspectief

Voetelink, J.E.D.

Publication date
2012

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Voetelink, J. E. D. (2012). *'Status of forces': Strafrechtsmacht over militairen vanuit internationaalrechtelijk & militair-operationeelrechtelijk perspectief*. [, Universiteit van Amsterdam].

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Hoofdstuk 8 Staat, krijgsmacht en immuniteit

§ 1. Inleiding

Ondanks de groeiende internationale militaire samenwerking en de stijgende inzet van civiele bedrijven ('contractors'), blijven staten voor hun externe veiligheid afhankelijk van de inzet van de eigen krijgsmacht. Krijgsmacht en staat zijn zo onlosmakelijk met elkaar verbonden. Voor de behandeling van het internationaalrechtelijk perspectief op de strafrechtsmacht ten aanzien van strijdkrachten bij hun extraterritoriale verblijf is een analyse van de relatie tussen de staat en zijn krijgsmacht noodzakelijk. Vervolgens zal zowel de rechtsmacht van de staat over zijn in het buitenland verblijvende troepen moeten worden beoordeeld als de immuniteit die deze troepen in het buitenland mogelijk genieten. Dit hoofdstuk heeft tot doel de positie te bepalen van de krijgsmacht binnen een staat en te onderzoeken in hoeverre de zendstaat rechtsmacht over zijn troepen kan uitoefenen.

Als orgaan van de soevereine staat deelt de krijgsmacht in de immuniteit van de staat zelf. De immuniteiten van troepen hebben zich echter, net als bijvoorbeeld de immuniteiten van staatshoofden en diplomaten, in de loop van de tijd langs eigen lijnen en parallel aan de immuniteiten van staten verder ontwikkeld.⁵⁶⁹ Gezien de verbondenheid van staat en krijgsmacht zijn de ontwikkelingen niet los van elkaar te zien en zeker initieel waren de immuniteiten van krijgsmacht en staat nauw met elkaar verbonden. Iets dat zonder meer geldt voor oorlogsschepen, die al van oudsher de havens van vreemde staten aandeden en zo de zendstaat in het buitenland vertegenwoordigden. De immuniteiten van diplomaten of hoge staatsfunctionarissen, zoals ministers, zijn eveneens te relateren aan de immuniteiten van de staat. Gezien deze gemeenschappelijke achtergrond zijn deze immuniteiten eveneens relevant voor de immuniteiten van de strijdkrachten.

Dit hoofdstuk begint met een analyse van de krijgsmacht als onderdeel van de staat, waarbij tevens de extraterritoriale uitoefening van strafrechtsmacht over de krijgsmacht wordt beoordeeld (par. 2). Vervolgens wordt de internationaalrechtelijke grondslag van de immuniteit van de strijdkrachten beoordeeld tegen de achtergrond van de leer van absolute en relatieve immuniteit van de staat (par. 3). Deze paragraaf besteedt tevens aandacht aan de status van oorlogsschepen en militaire luchtvaartuigen.

§ 2. Staat, krijgsmacht en rechtsmacht

Buiten het vereiste dat een staat over een regering beschikt,⁵⁷⁰ verbindt het internationaal recht geen voorwaarden aan de inrichting en het bestuur van een staat. Het IGH gaf in het *Western Sahara*-advies aan dat het internationaal recht

⁵⁶⁹ Vgl. Fox 2008, p. 31 en 665 en Sari 2008c, p. 98-100.

⁵⁷⁰ Zie art. 1 *Conventie van Montevideo*.

niet eist dat een staat volgens een bepaalde structuur is opgebouwd.⁵⁷¹ Het (kunnen) beschikken over een eigen krijgsmacht is daarom geen constitutief element voor het bestaan van een staat.⁵⁷² Omgekeerd is het bestaan van de krijgsmacht nauw verbonden met de staat.⁵⁷³ Deze paragraaf behandelt eerst de relatie van de staat en de krijgsmacht en gaat vervolgens in op de strafrechtsmacht over de krijgsmacht.

§ 2.1. Relatie staat - krijgsmacht

Ondanks verschillen tussen staten wat betreft de inrichting en het bestuur, is de uitoefening van het publieke gezag door de overheid een van de wezenskenmerken van de staat.⁵⁷⁴ Tot de belangrijkste van deze gezagstaken behoort de bescherming van de burgers en de nationale rechtsorde. Om die reden beschikt de overheid over de politie en de krijgsmacht voor het uitoefenen van ‘de zwaardmacht’.⁵⁷⁵ De krijgsmacht is zodoende een van de fundamentele veiligheidsinstituten van de staat.⁵⁷⁶

Van oorsprong was de relatie tussen staat en krijgsmacht minder hecht dan tegenwoordig. In de 17^{de} eeuw huurden Europese staten in geval van nood private ondernemers in die hun krijgsmachten met eigen militairen en zelfs hele eenheden versterkten.⁵⁷⁷ Later namen staten de rol van de ondernemers grotendeels over en stelden bij verdrag complete regimenten ter beschikking aan andere staten.⁵⁷⁸ Onder meer onder invloed van de Franse revolutie en de invoering van de dienstplicht beperkten vooral continentaal-Europese staten vanaf de 19^{de} eeuw de buitenlandse militaire inbreng en kwamen militaire eenheden in een rechtstreekse betrekking tot de staat te staan.⁵⁷⁹ Hierdoor kon de krijgsmacht het exclusieve middel worden om oorlogen met andere staten te voeren,⁵⁸⁰ de externe veiligheid van de staat te waarborgen⁵⁸¹ en zijn vitale belangen te beschermen.

⁵⁷¹ IGH 16 oktober 1975, *Western Sahara*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12, par. 94.

⁵⁷² Enkele kleinere staten zoals Costa Rica en NAVO-lid IJsland beschikken niet of nauwelijks over militaire middelen.

⁵⁷³ Zie bijvoorbeeld art. 97, eerste lid, *Nederlandse grondwet*.

⁵⁷⁴ Dekker & Schrijver 2007, p. 31.

⁵⁷⁵ Dekker & Schrijver 2007, p. 31.

⁵⁷⁶ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 279 nr. 2 (Regeringsreactie op AIV advies ‘Europese defensiesamenwerking’), p. 2.

⁵⁷⁷ Amersfoort 1988, p. 4. De praktijk verschilde overigens per staat en zelfs per krijgsmachtdeel.

⁵⁷⁸ Vooral Duitse, Schotse, Waalse en Zwitserse eenheden werden ‘ingehuurd’; Amersfoort 1988, p. 2. Zie voor de geschiedenis van Zwitserse regimenten in Nederlandse dienst: Amersfoort, 1988.

⁵⁷⁹ Zie voor ontwikkelingen in Nederland: Amersfoort 1988, p. 7 en p. 55.

⁵⁸⁰ Werner 2007, p. 162.

⁵⁸¹ Duchêne 2008, p. 15 e.v. . Ook in de hedendaagse, post-moderne staat waar delen van de staatsmacht zijn overgedragen aan internationale instituten, behoort de krijgsmacht tot het machtsmiddel van de staat.

De laatste decennia is de internationale veiligheidssituatie aan sterke wijzigingen onderhevig. De Oost-West tegenstellingen hebben plaatsgemaakt voor nieuwe gevaren die de gehele internationale gemeenschap bedreigen. De taken van de krijgsmacht zijn mede hierdoor de laatste jaren uitgebreid. De Nederlandse regering bijvoorbeeld kan de krijgsmacht niet alleen inzetten voor de verdediging en bescherming van de belangen van het Koninkrijk, maar tevens ten behoeve van de handhaving en bevordering van de internationale rechtsorde (zie voor deze doelomschrijving artikel 97, eerste lid van de *Grondwet*).⁵⁸² Onder die noemer nemen Nederlandse militaire eenheden vrijwel continue deel aan crisisbeheersingsoperaties geleid door internationale organisaties of coalities van staten.⁵⁸³ Ondanks deze internationale inzet blijven krijgsmachten het exclusieve geweldsmiddel van staten,⁵⁸⁴ waarvan de positie en taken doorgaans in de grondwet of in een wet in formele zin zijn vastgelegd.

Over de vraag of de krijgsmacht is aan te merken als een staatsorgaan, bestaat geen twijfel. In een commentaar op artikel 2 van het *VN-staatsimmunitetenverdrag* rekent de ILC de verschillende ministeries, inclusief de strijdkrachten, tot de organen van een staat.⁵⁸⁵ Een memorandum van het Secretariaat van de VN noemt de strijdkrachten van de staat een van de belangrijke staatsorganen, waarvan de status van bijzonder belang is met betrekking tot immuniteiten.⁵⁸⁶ Het EHRM overwoog in de *McElbinney*-zaak bijvoorbeeld dat tot de “...*core area of State sovereignty*...” behoren:

the acts of a soldier on foreign territory which, of their very nature, may involve sensitive issues affecting diplomatic relations between States and national security⁵⁸⁷

De Griekse rechter zag in handelingen van de strijdkrachten de belangrijkste uiting van staatssoevereiniteit: “...*state sovereignty, the main expression of which are acts carried out by its armed forces*”.⁵⁸⁸ Verder kan worden gewezen op artikel 4, eerste lid van de *Artikelen inzake staatsaansprakelijkheid*⁵⁸⁹ dat gedragingen van alle staatsorganen, inclusief de uitvoerende organen, als handelingen beschouwt van

⁵⁸² Het internationaal militair optreden is bij de grondwetsherziening van 1987 toegevoegd; Koekkoek 2000, p. 487.

⁵⁸³ Voor de volledigheid: incidenteel voert Nederland zelfstandig operaties uit op basis van een internationaal mandaat. Een voorbeeld is de escorte van voedseltransporten van het ‘World Food Program’ door een Nederlands marineschip in de wateren van Somalië van februari tot april 2008.

⁵⁸⁴ Ducheine 2008, p. 14.

⁵⁸⁵ Rapport van de International Law Commission, *UN Doc A/CN.4/415* (1991) opgenomen in: Dickinson, Lindsae & Loonam 2004, p. 85.

⁵⁸⁶ *UN Doc A/CN.4/596* (2008), Memorandum by the Secretariat, par. 16.

⁵⁸⁷ EHRM 21 november 2001, *McElbinney v. Ireland*, Application no. 31253/96, par. 38.

⁵⁸⁸ Special Supreme Court 17 september 2002, *Germany v Margellos*, ILDC 87 (GR 2002).

⁵⁸⁹ *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, *UN Doc A/RES/56/83* (2002) van 28 januari 2002.

die staat.⁵⁹⁰ Tot slot kan nog worden vermeld dat de ILC uit het feit dat staten de strafrechtsmacht uitoefenen over hun aan VN-crisisbeheersingsoperaties deelnemende troepen, afleidt dat die troepen handelen als orgaan van de staat.⁵⁹¹

Het gegeven dat de krijgsmacht een orgaan is van de staat, laat onverlet dat bepaalde werkzaamheden die de krijgsmacht normaal uitvoert, kunnen worden uitbesteed aan civiele bedrijven of dat specifieke bevelsbevoegdheden kunnen worden overgedragen aan een internationale commandant. Deze aspecten komen kort aan de orde in de onderstaande subparagrafen.

§ 2.1.1. Inzet particuliere bedrijven

De laatste twee decennia is de ontwikkeling te zien dat bij de inzet van de krijgsmacht bepaalde taken die traditioneel tot het militaire domein behoren, worden uitgevoerd door private personen of ondernemingen ('contractors'). Vooral bij de recente operaties in Irak en Afghanistan heeft de inzet van 'contractors' een grote vlucht genomen, waarbij zij ook bewapende taken voor hun rekening nemen.⁵⁹² De oorzaak van deze ontwikkeling kan deels worden verklaard door het toenemend aantal internationale crisisbeheersingsoperaties na de Koude Oorlog, waarvoor veel militairen nodig waren. Staten vingen tekorten in capaciteit op door taken uit te besteden aan 'contractors'. Deze konden op hun beurt vrij eenvoudig aan de vraag voldoen, doordat het te werven personeel in grote aantallen op de internationale arbeidsmarkt beschikbaar was wegens het inkrimpen van de strijdkrachten.

Deze ontwikkelingen pasten tevens in de internationale trend dat staten overgingen tot het privatiseren of uitbesteden van delen van hun overheidstaken. Ook vonden operaties steeds vaker plaats in of vanuit staten, waar slechts beperkt kan worden teruggevallen op ondersteuning door de gaststaat of op ondersteuning door coalitie partners.⁵⁹³ Waar deze steun te kort schoot, kon met de inzet van 'contractors' de dienstverlening worden zeker gesteld.

Hieruit mag niet worden afgeleid dat de krijgsmacht als exclusief statelijk geweldsmiddel zijn monopolie zou verliezen. De diensten van 'contractors' zijn ondersteunend aan de militaire inspanningen en in principe ondergeschikt aan het

⁵⁹⁰ De toelichting geeft onder meer het voorbeeld van een militaire leidinggevende die de regering van zijn staat vertegenwoordigt.

⁵⁹¹ *UN Doc A/59/10* (2004), ILC Report on the work of its 56th session, Chp. V, Responsibility of International Organizations, p. 110.

⁵⁹² Nederland had in Afghanistan bijvoorbeeld de gewapende Afghan Security Guard (ASG) ingehuurd voor de beveiliging van de buitenring van Nederlandse kampementen. In antwoord op kamervragen meldden de ministers van Defensie en Buitenlandse Zaken dat de ASG geen formele relatie heeft tot de Afghaanse overheid en door Nederland wordt ingehuurd; *Aanhangsel Handelingen II* 2006/07, 463-464 en *Aanhangsel Handelingen II* 2007/08, 1137-1139.

⁵⁹³ Zo heeft Nederland met het VK en de VS speciale, wederzijdse steunverlenings afspraken gemaakt waarvan ook tijdens operaties gebruik kan worden gemaakt: het MOU inzake *Provision of mutual logistic support* van 19 april 1999 met het VK en het *Mutual Defense Assistance Agreement* van 27 januari 1950 en uitvoeringsovereenkomsten met de VS.

militaire gezag.⁵⁹⁴ Daar komt bij dat veel staten, organisaties en belangengroepen uiterst kritisch tegenover de inzet van ‘contractors’ staan en hun activiteiten trachten te reguleren en controleren. In die zin kan het argument van de krijgsmacht als exclusief geweldsmiddel van de staat zelfs worden gebruikt om de werkzaamheden van ‘contractors’ te beperken.

§ 2.1.2. Overdracht van bevelsbevoegdheid

Bij het extraterritoriale verblijf van de strijdkrachten blijven de eenheden in alle opzichten deel uitmaken van de staat en onder zijn staatgezag vallen. Dat neemt niet weg dat een staat delen van zijn bevelsbevoegdheden kan overdragen. Bij deelname aan internationale operaties plaatst de zendstaat eenheden vaak onder ‘Operational Control’, dat is de bevoegdheid “...om de eenheid taken op te dragen en opdrachten te verstrekken voor het realiseren van de doelstellingen binnen de door de hogere commandant gegeven missie” van een internationale commandant, maar behoudt het hoogste bevel (zie verder Hoofdstuk 11, par. 3).⁵⁹⁵ Onder die condities blijft een eenheid orgaan van de zendstaat.

De zwaarmacht van de krijgsmacht vormt een elementair onderdeel van de gezagsuitoefening van een soevereine staat en is essentieel voor zijn voortbestaan. Ook wanneer troepen in opdracht van de zendstaat in het buitenland verblijven, bijvoorbeeld voor deelname aan een crisisbeheersingsoperatie, blijven zij die elementaire functie voor de zendstaat vervullen. In geval van nood moet de zendstaat over die strijdkrachten kunnen blijven beschikken en kunnen inzetten voor nationale taken.⁵⁹⁶ Staten zullen daarom gezag en rechtsmacht over hen willen blijven uitoefenen.

§ 2.2. Strafrechtsmacht en de krijgsmacht

Nationale strafwetgeving is ten dele van toepassing op staatsburgers in het buitenland (zie Hoofdstuk 6, par. 4.2.). Voor militairen is dit veelal anders. Veel staten, inclusief ‘common-law’-staten, die doorgaans terughoudend zijn bij het uitbreiden van hun strafrechtsmacht, hebben ten aanzien van militairen hun strafrechtsmacht geheel of gedeeltelijk uitgebreid tot buiten het eigen territorium.⁵⁹⁷

⁵⁹⁴ Deze ondergeschiktheid is alleen van contractuele aard en heeft geen betrekkingen op de militaire, hiërarchische gezagsverhoudingen.

⁵⁹⁵ De bevoegdheid om eenheden in algemene zin te commanderen; De terminologie over bevelsbevoegdheden is ontleend aan (interne) CDS aanwijzing A-300 2005, Bijlage A; zie verder hoofdstuk 11. Full Command houdt onder meer de bevoegdheid in om eenheden voor een bepaalde operatie in te zetten.

⁵⁹⁶ Een voorbeeld is de bevrijding in april 2010 van het door piraten bezette Duitse schip ‘Taipan’ door de Hr. Ms. Tromp. Toen de bevrijding van het Duitse schip buiten het mandaat van de EU operatie viel, heeft Nederland de actie onder eigen bevel uitgevoerd; Lodder 2011, p. 15.

⁵⁹⁷ Liivoja 2010b, p. 310 noemt onder meer Australië, Denemarken, Duitsland, het VK en de VS. Deze praktijk lijkt niet in strijd met het internationaal recht: “we have not been referred to any rule of international law or international comity of nations which is inconsistent with a State exercising disciplinary control over its own armed forces, when those forces are operating outside its territorial limits”; Bombay High Court 9 mei 1946, *Mohammad Moby-Ud-Din vs Emperor*, (1946) 48 BOMLR 740

Het gaat hier om de wetgevende rechtsmacht en niet de handhavende of de rechtsprekende rechtsmacht. Nederland heeft dat eveneens zo aangepakt. Het *Wetboek van Militair Strafrecht* (WMSr) bepaalt in artikel 4 dat op een Nederlandse militair die zich buiten Nederland aan enig strafbaar feit schuldig maakt, de Nederlandse strafwet van toepassing is⁵⁹⁸ ('law of the flag', zie Hoofdstuk 2, par. 4). Een Nederlandse militair valt dus zowel in Nederland als daarbuiten onder de Nederlandse strafwetgeving. Deze situatie sluit overigens de rechtsmacht van de buitenlandse staat niet uit (zie hierna par. 3).

De werking van het Nederlandse strafrecht is in 1963 voor militairen verder uitgebreid bij de herziening van het militaire straf- en tuchtrecht. In het *Wetboek van militair strafrecht* is toen de bepaling opgenomen dat een feit begaan door Nederlandse militairen in het buitenland dat in het buitenland een strafbaar feit oplevert, maar niet valt onder een Nederlandse strafbepaling, naar Nederlands strafrecht als overtreding strafbaar is (artikel 170 WMSr).⁵⁹⁹ Zodoende is de Nederlandse strafwetgeving steeds van toepassing op een Nederlandse militair die zich buiten Nederland bevindt, zelfs als het Nederlandse commune strafrecht geen straf stelt op een specifieke gedraging.⁶⁰⁰

De uitbreiding van de rechtsmacht over in het buitenland werkzame militairen kan niet exclusief zijn gebaseerd op het actief nationaliteitsbeginsel, aangezien de wetgeving van verschillende staten het niet-staatsburgers toestaat dienst te nemen in de krijgsmacht. Van oudsher maken bijvoorbeeld buitenlanders deel uit van het Franse vreemdelingenlegioen, de Britse 'Brigade of Gurkhas' en het 'Royal Irish Regiment', en kunnen ingezetenen van de VS ongeacht hun nationaliteit dienst nemen in de Amerikaanse strijdkrachten.⁶⁰¹ Recent hebben enkele Europese staten hun wetgeving aangepast, om het onder meer EU-onderdanen mogelijk te maken dienst te nemen in hun krijgsmachten.⁶⁰² Nederlandse wetgeving gaat niet zo ver, maar maakt wel tijdelijke aanstelling van buitenlanders mogelijk.⁶⁰³

(<indiankanoon.org/doc/789276>). Andere staten zijn terughoudender, zoals Canada en Ierland; Odello 2010, p. 377.

⁵⁹⁸ De memorie van toelichting bij de wijziging van art. 4 WMSr in 1963 noemde de bescherming van het aanzien van de Nederlandse staat en van de krijgsmacht als ratio voor deze bepaling; Steffen 1971, p. 516.

⁵⁹⁹ Vgl. § 934, art. 134 van de Amerikaanse *Uniform Code of Military Justice* (UCMJ), 64 Stat. 109, 10 U.S.C. Chapter 47) die vrijwel hetzelfde bereikt: "...all disorders and neglects to the prejudice of good order and discipline in the armed forces, all conduct of a nature to bring discredit upon the armed forces, ..., shall be taken cognizance of by a general, special, or summary court-martial, ..."; zie hierover bijvoorbeeld Lazareff 1971, p. 157.

⁶⁰⁰ Zo geldt bijvoorbeeld naar de wetgeving van Singapore een invoerverbod op kauwgom, op overtreding waarvan een boete staat. Over een Nederlandse militair die kauwgom invoert in Singapore, zou de Nederlandse rechter op grond van art. 170 WMSr rechtsmacht kunnen uitoefenen.

⁶⁰¹ Liivoja 2010b, p. 319.

⁶⁰² Liivoja 2010b, p. 320 noemt België, Ierland, Spanje en Luxemburg.

⁶⁰³ Art. 5, eerste lid, *Algemeen militair ambtenarenreglement* (Amar) stelt het bezit van de Nederlandse nationaliteit als voorwaarde voor een aanstelling bij de Nederlandse krijgsmacht. Wanneer

Het beschermingsbeginsel biedt eveneens aanknopingspunten voor uitbreiding van de werking van de nationale strafwetgeving.⁶⁰⁴ Een staat is beter in staat om orde en discipline over zijn in het buitenland verblijvende troepen te handhaven, als het eigen strafrecht op die troepen van toepassing is. De uitbreiding van de nationale strafwetgeving draagt daarmee bij aan samenhang en effectiviteit van de militaire eenheid als geheel.⁶⁰⁵ Het beschermingsbeginsel is ook wel opgebracht in de zin dat indien een zendstaat niet zelf in staat is om de orde in een militair eenheid te bewaren, het de veiligheid van de eigen staat verzwakt.⁶⁰⁶ De Memorie van Toelichting bij de wijziging van artikel 4 WMSr in 1963⁶⁰⁷ noemde de bescherming van het aanzien van de Nederlandse staat en van de krijgsmacht als ratio voor deze bepaling.⁶⁰⁸ Dit argument richt zich op de belangen van de staat als geheel en sluit zo ook aan bij de toepassing van het beschermingsbeginsel.⁶⁰⁹

Gezien het bovenstaande is wel opgemerkt dat de rechtsmacht over militairen een hybride vorm van rechtsmachtbeginsel is, gebaseerd op het actief nationaliteitsbeginsel en het beschermingsbeginsel, aangevuld met specifieke, eigen elementen.⁶¹⁰ Met dit bijzondere karakter in gedachten heeft Liivoja betoogd dat deze ‘service jurisdiction’ zou moeten worden gezien als een apart beginsel op basis waarvan een staat zijn wetgevende rechtsmacht kan vestigen.⁶¹¹

Het idee van een beginsel dat los gezien kan worden van de meer traditionele rechtsmachtbeginselen is ook te vinden bij Sari die het principe van ‘organic jurisdiction’, de bevoegdheid van een staat om rechtsmacht over zijn organen en functionarissen uit te oefenen, uitwerkt. Hij gaat hierbij uit van het onvervreembare recht van elke staat onder het internationaal recht om de eigen staat in te richten en zijn organen te reguleren.⁶¹² Hierbij bestaat een “*reserved*

echter een functie niet kan worden vervuld door militairen die al in werkelijke dienst zijn, kan op grond van art. 11, tweede lid, Amar van het vereiste van Nederlanderschap worden afgeweken en kan een buitenlander een tijdelijke aanstelling als militair krijgen. Defensie maakt gebruik van tijdelijke aanstellingen om bijvoorbeeld tolken in te kunnen zetten tijdens crisisbeheersingsoperaties. Het aantal militairen dat niet de Nederlandse nationaliteit bezit, is overigens beperkt en hun aanstelling is van korte duur.

⁶⁰⁴ Vgl. Liivoja 2011, p. 236 e.v. die opmerkt dat veel schrijvers de rechtsmacht over de strijdkrachten baseren op het beschermingsbeginsel.

⁶⁰⁵ Idem.

⁶⁰⁶ Enthoven & van der Maas, *Militaire Spectator* 2008.

⁶⁰⁷ Rijkswet van 4 juli 1963 houdende wijzigingen van het materiële militaire strafrecht en het militaire tuchtrecht, *Stb.* 295, 1963.

⁶⁰⁸ Steffen, De partiële wijziging van de militaire straf- en tuchtrechtwetgeving bij de Rijkswetten van 4 juli 1963, Den Haag 1971, p. 516.

⁶⁰⁹ Stanger gaat uit van het beschermingsbeginsel gezien de inzet van troepen voor de veiligheid van de staat; Stanger 1957/’58, p. 86.

⁶¹⁰ Iain Cameron, *The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction*, 1994; aangehaald in Liivoja 2010b, p. 331.

⁶¹¹ Liivoja 2011 p. 238 e.v.

⁶¹² Sari 2008c, p. 77.

domain of domestic jurisdiction”, waarbinnen onder meer de uitoefening van rechtsmacht over strijdkrachten valt.⁶¹³

Gezien de toepasselijkheid van de nationale strafwetgeving op in het buitenland verblijvende militairen, nemen militairen een van andere overheidsfunctionarissen afwijkende positie in. Specifiek voor deze categorie functionarissen wordt zo uitgebreid voorzien in mogelijkheden om de toepassing van nationale wetgeving uit te breiden tot het buitenland.⁶¹⁴ Deze voorziening schept ruimte voor de daadwerkelijke en effectieve uitoefening van de strafrechtsmacht door rechtbanken van de zendstaat. Bij uitoefening van deze bevoegdheden in het buitenland moet de zendstaat rekening moeten houden met het internationaal recht of de expliciete instemming van de buitenlandse staat.⁶¹⁵

§ 3. Krijgsmacht en immuniteit

Het gestelde in de vorige paragraaf betekent niet dat een militair die wordt verdacht van het in het buitenland plegen van een strafbaar feit naar het recht van de zendstaat, zich altijd voor de nationale strafrechter zal verantwoorden. Wanneer de staat van verblijf het feit op grond van het territorialiteitsbeginsel eveneens strafbaar heeft gesteld, bestaat samenloop van (wetgevende) rechtsmacht van zendstaat en staat van verblijf. Zoals eerder gezegd impliceert de extraterritoriale wetgevende rechtsmacht van een staat niet dat die staat dan tevens zijn handhavende en rechtsprekende rechtsmacht met uitsluiting van de staat van verblijf kan uitoefenen. Voor deze situatie zal onder meer moeten worden gekeken naar de immuniteiten onder het internationaal recht.

Die immuniteiten dient een staat van verblijf bij de uitoefening van zijn rechtsprekende en handhavende rechtsmacht te respecteren. In het Nederlandse recht is dit onder meer verwoord in de *Wet algemene bepalingen*⁶¹⁶ en het *Wetboek van Strafrecht*.⁶¹⁷ Op grond van deze bepalingen oefent Nederland als staat van verblijf

⁶¹³ Sari 2008c, p. 86.

⁶¹⁴ Vgl. Liivoja 2011, p. 32-33.

⁶¹⁵ Bijvoorbeeld: art. 62 *WMSr* bepaalt dat buiten het Koninkrijk de bevoegdheden inzake vervolging en berechting van strafbare feiten slechts worden uitgeoefend voor zover het volkenrecht dit toelaat. Art. 539a, derde lid, *Wetboek van Strafvordering* waarin is opgenomen dat buiten het rechtsgebied van een rechtbank de strafvorderlijke bevoegdheden van die titel alleen kunnen worden uitgeoefend, voor zover het volkenrecht of het interregionale recht dit toestaat.

⁶¹⁶ Artikel 13a, *Wet algemene bepalingen* stelt dat de rechtsmacht van de rechter en de uitvoerbaarheid van rechterlijke vonnissen en van authentieke akten is beperkt “door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend”. Art. 1 *Wetboek van burgerlijke rechtsvordering*, dat handelt over de rechtsmacht van de Nederlandse rechter, verwijst sinds kort naar deze bepaling om te helpen voorkomen dat de rechter rechtsmacht aanvaardt in strijd met een volkenrechtelijke immuniteitsverplichting; *Kamerstukken II* 2008/09, 32 021, nr. 3, p. 39.

⁶¹⁷ Op strafrechtelijk gebied bepaalt artikel 8 *Sr* dat de toepasselijkheid van de artikelen 2 tot en met 7 van dit wetboek wordt beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend. De Hoge Raad verwees naar art. 8 *Sr* als “... een wettelijke erkenning van aan het volkenrecht ontleende immuniteit van jurisdictie...”; HR 8 juli 2008; *Hoofd Afghaanse veiligheidsdienst*, *RvdW* 2008, 761; *IJN* BC7418.

geen rechtsprekende en handhavende rechtsmacht uit over buitenlandse militairen die in Nederland immuniteit genieten. Nederlandse militairen die in het buitenland immuniteit genieten, zijn op hun beurt gevrijwaard van de rechtsprekende en handhavende rechtsmacht van de staat van verblijf. Zendstaten kunnen vervolgens hun rechtsmacht over de militairen uitoefenen, voor zover zij hun strafwetgeving op de in het buitenland verblijvende militairen van toepassing hebben verklaard. De volgende paragrafen onderzoeken de positie van de krijgsmacht binnen de leer van de absolute en relatieve staatsimmuniteit, de functionele immuniteit van de strijdkrachten en de status van oorlogsschepen en militaire luchtvaartuigen.

§ 3.1 De krijgsmacht in de leer van de absolute en relatieve staatsimmuniteit

Als staatsorgaan delen de strijdkrachten bij extraterritoriaal verblijf van oudsher in de immuniteit van de staat. De vraag naar de rechtsmacht over vreemde troepen kon zodoende worden beantwoord aan de hand van de leer van de absolute staatsimmuniteit. De overwegingen in *The Exchange v. McFaddon*-zaak maken zoveel ook duidelijk. In ieder geval tot de eerste ontwikkelingen richting de leer van de relatieve staatsimmuniteit aan het begin van de 20^{ste} eeuw genoten troepen in het buitenland, net als de staat die zij dienden, volledige immuniteit van de rechtsmacht van de lokale rechtbanken. Gezien de leer van de absolute staatsimmuniteit leek geen noodzaak te bestaan voor het opstellen van statusregelingen, wat mede een verklaring kan zijn voor het ontbreken in die tijd van specifieke verdragen op dit punt.

De genuanceerde benadering van de status van in het buitenland verblijvende troepen die uit de 19^{de} eeuwse literatuur en jurisprudentie bleek, sluit hierop aan. Immuniteit werd geacht te bestaan voor de eenheid die zich als staatsorgaan in het buitenland ophield. De beperkingen die men in de literatuur en jurisprudentie zag, hadden betrekking op omstandigheden, waaronder de verhouding tussen een militair met zijn eenheid en de bevelslijn met zijn commandant minder hecht werden: een passagierende matroos in een buitenlandse haven of een soldaat die zich niet om dienstredenen buiten een militair garnizoen ophield. Vanuit dit gezichtspunt gezien maakte de militair geen deel meer uit van het staatsorgaan en verloor hij daarmee zijn immuniteit.

De absolute immuniteit van staten kwam aan het begin van de 20^{ste} eeuw onder druk te staan. De verdragen waarin die leer zijn weerslag vond, lieten de immuniteit van de krijgsmacht op civielrechtelijk gebied echter vrijwel onberoerd. Zoals gezegd sluit het *Verdrag tot het vaststellen van eenige eenvormige regelen betreffende de immuniteit van staatschepen* oorlogsschepen uit van de uitoefening van rechtsmacht door de vreemde staat. In aanvulling op dit verdrag⁶¹⁸ bepaalt artikel 31 van het

⁶¹⁸ Het *Europees staatsimmuniteitenverdrag* ziet niet op de gevallen waarop het *Verdrag tot het vaststellen van eenige eenvormige regelen betreffende de immuniteit van staatschepen* van toepassing is (art. 30 *Europees staatsimmuniteitenverdrag*).

Europees staatsimmunitetenverdrag ten aanzien van vreemde troepen in de staat van verblijf:

De bepalingen van deze Overeenkomst laten onverlet de immuniteiten en voorrechten die een Overeenkomstsluitende Staat geniet met betrekking tot elke handeling of nalatigheid begaan door of in verband met zijn strijdkrachten wanneer deze zich bevinden op het grondgebied van een andere Overeenkomstsluitende Staat.

In het toelichtende rapport bij het verdrag wordt naar aanleiding van deze bepaling opgemerkt dat de bepaling vragen uitsluit over de immuniteit van rechtsmacht bij vlootbezoeken van een vreemde staat en dat het verdrag niet kan worden ingeroepen bij de stationering van troepen, waarop doorgaans speciale overeenkomsten van toepassing zijn.⁶¹⁹ Voor dit laatste punt verwijst de toelichting naar artikel 33 dat luidt:

De bepalingen van deze Overeenkomst laten onverlet de gesloten of nog te sluiten overeenkomsten die, op bijzondere terreinen, in verband staan met vraagstukken die het onderwerp vormen van deze Overeenkomst.

De werking van het *VN-staatsimmunitetenverdrag* ten aanzien van militaire activiteiten is minder duidelijk.⁶²⁰ Bij de aanbidding van de ontwerp tekst van het *VN-staatsimmunitetenverdrag* aan de Algemene Vergadering van de VN gaf de voorzitter van het 'Ad Hoc Committee on Jurisdictional Immunities of States and their Property' aan dat naar zijn overtuiging in de vergaderingen van het comité werd aangenomen dat militaire activiteiten niet onder het bereik van het verdrag vielen.⁶²¹ Staten hebben deze interpretatie niet betwist en enkele staten hebben bij ratificatie nadrukkelijk verklaard van mening te zijn dat het verdrag niet van toepassing is op militaire activiteiten.⁶²² Dat neemt niet weg dat het VN-verdrag hieraan toch op enkele plekken aandacht besteedt.⁶²³ Verder is artikel 26 van belang dat luidt:

⁶¹⁹ Explanatory report, par. 116. In dezelfde zin: IGH 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece Intervening), Judgment, par. 67.

⁶²⁰ Fox 2008, p. 6 en 665.

⁶²¹ *UN Doc A/C.6/59/SR.13* van 25 oktober 2005. Art. 3 van het verdrag, dat de voorrechten en immuniteiten benoemt die niet door het verdrag worden bestreken, vermeldt echter niet bezoekende militaire eenheden en marineschepen.

⁶²² IGH 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece Intervening), Judgment, par. 69.

⁶²³ Art. 16, eerste lid, sluit immuniteit van een staat uit voor handelingen met betrekking tot de schepen, wanneer die worden gebruikt voor andere dan niet-commerciële overheidsactiviteiten. Het volgende lid maakt echter een uitzondering voor onder meer oorlogsschepen. Art. 21, eerste lid, onder b, sluit de eigendommen van een staat met een militair karakter of die worden gebruikt of bestemd voor de uitvoering van militaire functies uit van staats eigendommen waartegen in het verdrag genoemde dwangmaatregelen mogelijk zijn. Mede hierdoor is het verdrag ten aanzien van de activiteiten van strijdkrachten niet altijd even helder; Fox 2008, p. 6 en 407.

Nothing in the present Convention shall affect the rights and obligations of States Parties under existing international agreements which relate to matters dealt with in the present Convention as between the parties to those agreements.⁶²⁴

De genoemde drie verdragen onderkennen dat bij statusverdrag andere regelingen kunnen worden getroffen voor de strijdkrachten. Bovendien blijkt uit jurisprudentie dat handelingen die de krijgsmacht aangaan, in principe immuniteit genieten, voor zover sprake is van ‘acta iure imperii’.⁶²⁵ Hieruit kan worden afgeleid dat civielrechtelijke immuniteit beperkt kan zijn voor ‘acta iure gestionis’. In het algemeen zullen echter de meeste handelingen met betrekking tot een krijgsmacht de soevereine functie van de staat betreffen.⁶²⁶

§ 3.2. Functionele immuniteit strijdkrachten

In het vorige hoofdstuk is geconstateerd dat overheidsfunctionarissen in de uitoefening van hun functie als het ware delen in de immuniteit van de staat zelf. Zij genieten daardoor functionele immuniteit van de rechtsmacht van de rechtbanken van vreemde staten. Militairen lijken als overheidsfunctionarissen niet van deze norm te zijn uitgesloten en zouden bij de uitvoering van hun buitenlandse taken ten minste aanspraak moeten kunnen maken op functionele immuniteit.⁶²⁷ Vanuit internationaalrechtelijk perspectief wijst de in Deel I geformuleerde grondregel daarom op de functionele immuniteit van de troepen.

⁶²⁴ Bestaande statusverdragen vallen binnen de termen van deze bepaling en kunnen van het verdrag afwijkende regelingen bevatten; Hafner & Köhler 2004, p. 47.

⁶²⁵ Zie de voorbeelden genoemd in: IGH 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece Intervening), Judgment, par. 72-77.

⁶²⁶ De Britse rechter oordeelde bijvoorbeeld dat de medische behandeling in een Amerikaans militair hospitaal in het VK (High Court, Queen's Bench Division 8 juni 1992, *Littrell v. USA* (No. 2), ILR 100, p. 438-464) en een rapportage geschreven in verband met onderwijs aan Amerikaans defensie personeel en gezinsleden in het VK (House of Lords 20 juli 2000, *Holland v Lampen-Wolfe*, UKHL 40; [2000] 3 All ER 833; [2000] 1 WLR 1573) moesten worden aangemerkt als ‘acta iure imperii’.

⁶²⁷ Ondanks verschillen van inzicht in de literatuur over status van troepen zijn schrijvers er in het algemeen over eens dat militairen die de instructies van hun zendstaat uitvoeren, strafrechtelijke immuniteit genieten; Lazareff 1971, p. 170. Meer recent Fleck 2006, p. 144: “...in the absence of clear treaty provisions, core rules of functional immunity continue to apply to members of sending states’ forces”. Functionele immuniteit kan overigens verder zijn beperkt in geval van oorlogsmisdrijven. In het verleden zijn hierover diverse rechtszaken gevoerd, waaronder in Nederland, zie bijvoorbeeld Cassese 2002, p. 870-871. De HR ging er recent vanuit dat een Afghaanse militair in zijn hoedanigheid van voormalige directeur van de Afghaanse staatsveiligheidsdienst en van plaatsvervangend minister van staatsveiligheid geen immuniteit toekwam; HR 8 juli 2008; *Hoofd Afghaanse veiligheidsdienst, RvdW* 2008, 761 en *MRT* 2007, p. 276; *LJN* BC7418. In deze zaken kan meespelen dat de zendstaat de immuniteit van betrokkenen niet heeft ingeroepen; vgl. *UN Doc A/CN.4/631* (2010), ILC Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, 10 juni 2010, par. 69. In de zaak *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* nam het IGH aan dat een staat die immuniteit verlangt voor zijn staatsorgaan hiervan de andere staat op de hoogte moet stellen; IGH 4 juni 2008, *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 177, par. 196.

In de loop van de tijd heeft zich voor de strijdkrachten, net zoals voor bijvoorbeeld diplomaten en staatshoofden, een speciaal regime ontwikkeld.⁶²⁸ Dit regime is tegenwoordig deels verdragsrechtelijk van aard, waarvan de in Deel I geanalyseerde statusverdragen de weerslag vormen. Het is de vraag of onder dit speciale regime een uitzondering wordt gemaakt op de functionele immuniteit van in het buitenland verblijvende troepen of dat de functionele immuniteit onder dit regime in stand blijft.⁶²⁹

Uit de statusverdragen blijkt dat militairen bij de extraterritoriale uitvoering van de taken steeds immuniteit van de strafrechtsmacht van de lokale tribunalen genieten. Gedurende de uitvoering van crisisbeheersingsoperaties en deels ook bij het verlenen van steun in een gewapend conflict is die immuniteit vrijwel absoluut doordat de troepen meestal zijn onderworpen aan de exclusieve strafrechtsmacht van de eigen staat. In de statusregelingen die worden gesloten in het kader van internationale militaire samenwerking, zijn de immuniteiten van buitenlandse troepen in het algemeen beperkter. De meeste regelingen respecteren echter de functionele immuniteit van troepen. De uitzonderingen hierop zijn beperkt.

Voorbeelden van deze uitzonderingen zijn de statusverdragen die het VK en een aantal 'Commonwealth' staten in de Tweede Wereldoorlog sloten met zendstaten. Hierin was overeengekomen dat bepaalde misdrijven onderworpen bleven aan de rechtsmacht van de burgerlijke rechter van de staat van verblijf. Deze verdragen maakten geen uitzondering voor het geval de misdrijven waren gepleegd in de uitoefening van de functie. Een ander voorbeeld zijn verdragen die de SU in de Tweede Wereldoorlog sloot en waarin de SU rechtsmacht behield over vergrijpen gericht tegen de SU. Ook hier bestond geen uitzondering voor een vergrijp gepleegd in de uitoefening van de functie.

Een naoorlogs voorbeeld zijn de statusverdragen die Canada sloot met verschillende staten en waarin was vastgelegd dat troepen die in Canada trainingen of opleidingen kwamen volgen, volledig waren onderworpen aan de strafrechtsmacht van de Canadese burgerlijke rechter.⁶³⁰ Verder kan nog worden genoemd het statusverdrag tussen Nederland en Qatar uit 2002 op grond waarvan Qatarese rechtbanken rechtsmacht behielden ten aanzien van misdrijven en Nederland alleen bevoegd was rechtsmacht uit te oefenen bij strafbare feiten begaan door Nederlandse militairen tegen Nederlandse belangen, personeel of eigendommen.

⁶²⁸ Fox 2008, p. 456.

⁶²⁹ Suggesties in de literatuur dat bij het ontbreken van een statusregeling buitenlandse troepen volledig zijn onderworpen aan de exclusieve strafrechtsmacht van de rechter van de staat van verblijf, zouden kunnen wijzen op zo'n uitzondering; bijvoorbeeld Priest-Hamilton 2000, p. 610 en Conderman 2009, par. 2.

⁶³⁰ Bijvoorbeeld: *Agreement for the training in Canada of personnel of the armed forces of Nigeria*; Lagos, 3 juli 1963 (Vol. 529 UNTS, 1965 No. 7656) en *Agreement for the training in Canada of personnel of the armed forces of Barbados*; Bridgetown, 12 november 1985 (Vol. 1469I UNTS 1987, No. 24897).

Deze voorbeelden maken zeer specifieke uitzonderingen op de functionele immuniteit van troepen. De functionele immuniteit zelf staat niet ter discussie. Naar mijn mening moet uit deze de voorbeelden daarom niet worden afgeleid dat de norm dat overheidsfunctionarissen functionele immuniteit genieten niet van toepassing is op militairen. Het betekent dat ook bij het ontbreken van een formele statusregeling militairen in het buitenland in ieder geval functionele immuniteit zouden moeten genieten. Deze gevolgtrekking vindt bevestiging in de, overigens schaars gedocumenteerde, verdere statenpraktijk en jurisprudentie. Daaruit blijkt bovendien dat militairen meestal nog verdergaande strafrechtelijke immuniteiten toekomen.

Een Nederlands reglement uit 1971 bevat een paragraaf over situaties waar geen “*rechtspositie-overeenkomst*”, zoals een statusverdrag wordt genoemd, is gesloten.⁶³¹ Hierin wordt commandanten geïnstrueerd om in acht te nemen dat Nederlandse militairen in het buitenland onder de uitsluitende rechtsmacht vallen van de Nederlandse autoriteiten, mits de vergrijpen zijn begaan:

aan boord van een Nederlands oorlogsschip, danwel binnen de kazerne, de basis of het kampement waar de Nederlandse eenheid is gelegerd, of daarbuiten, tijdens de uitoefening van de dienst;

Dit reglement is enigszins gedateerd, maar formeel nog wel van kracht. Een handleiding van het ministerie van Justitie bevat een aanwijzing ten aanzien van militairen uit niet-NAVO staten, die zich op dienstreis in Nederland bevinden.⁶³² Hierin wordt gemeld dat militairen in die categorie in de regel aanspraak zullen kunnen maken op strafrechtelijke immuniteit. Uit de tekst lijkt te volgen dat men hier de situatie op het oog had waar geen statusverdrag van toepassing was.

Jurisprudentie is eveneens schaars als het gaat om zaken waaraan geen statusregeling ten grondslag ligt. Enkele rechtszaken rond de Tweede Wereldoorlog laten uiteenlopende visies zien. In *Reference re Exemption*⁶³³ bleek het Canadese Hooggerechtshof verdeeld over de vraag van de regering naar de juridische positie van Amerikaanse troepen. Twee van de vijf rechters waren van mening dat Canada de exclusieve rechtsmacht over de buitenlandse troepen toekwam. Twee andere rechters kwamen tot het oordeel dat er wel een regel van internationaal recht bestond die immuniteit verleende aan georganiseerde troepen die een staat bezochten met de instemming van de regering van de staat van

⁶³¹ *Reglement toepassing straf- en tuchtrecht ten aanzien van Nederlandse militairen, geplaatst buiten het Koninkrijk*, vastgesteld bij Beschikking van de minister van Defensie van 17 juni 1971, gepubliceerd in Van den Bosch c.s., Deel II, Bijlage V.

⁶³² *Handleiding ten behoeve van de praktijk inzake delicten begaan door vreemde militairen (waaronder begrepen burgerpersoneel en gezinsleden)* brief van de Hoofdafdeling Staats- en Strafrecht van 19 februari 1981, nr. 137/281, par. V.

⁶³³ The Supreme Court of Canada 3 augustus 1942, *Reference re Exemption of United States Forces from Proceedings in Canadian Criminal Courts*, ILR 12.

verblijf. De vijfde rechter oordeelde, kort gezegd, dat de troepen immuniteit genoten bij vergrijpen gepleegd in de eigen kampen of aan boord van de eigen oorlogsschepen en voor zover die niet waren gericht tegen personen die niet waren onderworpen aan het Amerikaanse militaire recht of hun eigendommen en daarbuiten, voor zover de vergrijpen waren gericht tegen Amerikaans personeel of Amerikaans eigendom.

In andere uitspraken kwamen de verschillende uitgangspunten van de rechters in *Reference re Exemption* terug. In *In re Gilbert*⁶³⁴ oordeelde de Braziliaanse rechter in een zaak over een Amerikaanse militair die tijdens zijn wachtdienst een indringer doodde, dat de Amerikaanse krijgsraad de exclusieve rechtsmacht ten aanzien van deze zaak toekwam,⁶³⁵ aangezien de Braziliaanse regering de plaats waar het feit was gepleegd, had bestemd als Amerikaans militair gebied.⁶³⁶

In de zaak *Panos Stamatopoulos v. Ministère Public* voor de ‘Mixed Courts of Egypt’⁶³⁷ refereerde het hof aan het gegeven dat de Griekse strijdkrachten alleen hun militaire strafrecht mochten uitoefenen “*within the limits of the Greek army*”.⁶³⁸ In de zaak *Malero Manuel v. Ministère Public* die voor dezelfde ‘Mixed Courts’ diende, overwoog het hof dat het principe van immuniteit van rechtsmacht voor strijdkrachten in het buitenland niet langer werd bestreden, voor zover het dienstdelicten, disciplinaire delicten, militaire delicten of schending van het gemene recht binnen militaire gebouwen en terreinen betrof.⁶³⁹ Wel bestond nog verschil van mening ten aanzien van schendingen van de openbare orde en veiligheid buiten de militaire gebouwen en terreinen (‘military premises’) terwijl de pleger geen dienst had (‘is not on duty’).⁶⁴⁰ Op basis van een analyse van de praktijk van staten, de jurisprudentie van nationale rechtbanken en de literatuur overwoog het Hof dat:

outside of the case of service on duty, there exists no international system of a character sufficiently general to be obligatory which extends the principle of immunity from jurisdiction in the case of a permitted sojourn of foreign troops

⁶³⁴ Supreme Federal Court 22 november 1944, *In Re Gilbert (Admiral Ingram Camp Case)*, ILR 13. De rechter paste hierbij impliciet art. 299 van de *Bustamante Code* toe waarin was bepaald: “*Nor are the penal laws of the State applicable to offences committed within the field of military operations when it authorizes the passage of an army of another contracting State through its territory, except offences not legally connected with the said army*”; *Bustamante Code annexed to the convention on Private International Law*; Havana, 20 februari 1928 (*AJIL*, p. 642).

⁶³⁵ King 1946, p. 262.

⁶³⁶ Barton 1950, p. 229.

⁶³⁷ De in 1871 ingestelde ‘Mixed Courts of Egypt’s’ waren bevoegd ten aanzien van Egypte verblijvende personen uit Westerse staten (Brinton, p. 675 e.v.). Wat de uitspraken van deze rechtbank mede interessant maakt, is dat de ‘Mixed Courts’ een gemengde, internationale samenstelling hadden. Nederland leverde eveneens rechters.

⁶³⁸ Court of Cassation 23 november 1942, *Panos Stamatopoulos v. Ministère Public*, *AJIL* 1945.

⁶³⁹ Court of Cassation 8 maart 1943, *Malero Manuel v. Ministère Public*, *AJIL* 1945.

⁶⁴⁰ Alleen de Amerikaanse doctrine wees volgens het Hof de uitoefening van de territoriale rechtsmacht resoluut af.

within the territory, as regards violations of the common law committed outside of the military premises;

De civielrechtelijk zaak *Wright v Cantrell*⁶⁴¹ voor de Australische rechter ging deels in op de strafrechtelijke rechtsmacht over bezoekende eenheden. De rechter overwoog dat uit de uitspraak uit de zaak *The Exchange v McFaddon* niet kon worden afgeleid dat bezoekende troepen exclusieve rechtsmacht over hun eigen troepen hadden. Immuniteit voor die troepen kon alleen worden aangenomen in gevallen dat de uitoefening van de rechtsmacht door lokale rechtbanken de militaire activiteiten van de bezoekende troepen zou hinderen. Kort na de oorlog nam een Griekse rechter in de zaak *In re A.F.*⁶⁴² een ander standpunt in en oordeelde op grond van beginselen van publiekrecht dat stelende Britse militairen waren gevrijwaard van de rechtsmacht van de Griekse rechtbanken.

Daarna zijn slechts enkele uitspraken gepubliceerd waarin de uitoefening van strafrechtsmacht niet kon worden gebaseerd op een formele statusregeling.⁶⁴³ Een zaak betrof een Senegalese militair die in Israël werd berecht.⁶⁴⁴ De rechter oordeelde dat de VN-militair die niet in Israël was gelegerd en naar het oordeel van de rechter op persoonlijke gronden Israël bezocht, geen aanspraak kon maken op enige immuniteiten. In de *Lozano*-zaak overwoog de Italiaanse rechter dat:

Under a well-established rule of customary law *acta iure imperii* performed by organs of a state in the discharge of their functions were covered by immunity and therefore could not be subjected to the civil or criminal jurisdiction of a foreign state⁶⁴⁵

Zodoende was de Amerikaanse militair die in Irak als lid van de 'Multinational Force Iraq' bij een checkpoint in de uitoefening van zijn functie een Italiaanse staatsburger doodde, gevrijwaard van de rechtsmacht van de Italiaanse rechter.

Uit de bovenstaande analyse volgt dat het speciale regime dat zich met betrekking tot immuniteit van troepen heeft ontwikkeld, niet heeft geleid tot een uitzondering voor die troepen op de norm dat overheidsfunctionarissen in het buitenland functionele immuniteit genieten. Met andere woorden, militairen genieten als overheidsfunctionarissen ongeacht de context waarin zij opereren, in

⁶⁴¹ Supreme Court of New South Wales 2, 3 en 22 september 1943, *Wright v Cantrell*, ILR 12, p. 133-141.

⁶⁴² Tribunal Correctionnel of the Isle of Chios 1945, *In re A.F.*, ILR 12, p. 163.

⁶⁴³ EHRM 21 november 2001, *McElbinney v. Ireland*, Application no. 31253/96 betrof een civielrechtelijke schadeclaim naar aanleiding van een zaak waarin een Britse militair zonder instemming van Ierland op haar grondgebied aanwezig was. Het Hof accepteerde het standpunt van Ierland dat de handelingen van de militair als 'acta iure imperii' immuniteit genoten.

⁶⁴⁴ District Court of Haifa 10 mei 1979, *Israel v. Papa Ben Coli Dista Saar*, UN Juridical Yearbook 1979.

⁶⁴⁵ Court of Cassation 24 juli 2008, *Lozano v Italy*, Case No 31171/2008, ILDC 1085 (IT 2008), H3.

de uitoefening van hun functie functionele immuniteit van de rechtsmacht van de rechtbanken van vreemde staten.⁶⁴⁶

§ 3.3. Oorlogsschepen

Bijzondere aandacht verdienen in dit verband oorlogsschepen⁶⁴⁷ die al eeuwen geleden op frequente basis buitenlandse havens aandeden voor bevoorrading, reparatie of een formeel vlootbezoek. Gedurende deze buitenlandse bezoeken werd de status van de schepen, commandant en bemanningsleden geëerbiedigd en deelden zij in de absolute immuniteit van de staat.⁶⁴⁸ De immuniteit van oorlogsschepen werd verwoord in de *The Exchange v. McFaddon*-zaak. Volgens de rechter vormt een oorlogsschip:

... a part of the military force of her nation; acts under the immediate and direct command of the sovereign; is employed by him in national objects. He has many and powerful motives for preventing those objects from being defeated by the interference of a foreign state. Such interference cannot take place without affecting his power and his dignity. The implied license, therefore, under which such vessel enters a friendly port may reasonably be construed, and it seems to the Court ought to be construed, as containing an exemption from the jurisdiction of the sovereign within whose territory she claims the rites of hospitality.⁶⁴⁹

Uiteindelijk komt de rechter tot de conclusie dat:

It seems then to the Court to be a principle of public law that national ships of war entering the port of a friendly power open for their reception are to be considered as exempted by the consent of that power from its jurisdiction.⁶⁵⁰

In 1898 liet het 'Institut de Droit International' zich in vergelijkbare zin uit in het *Règlement sur le régime légal des navires et de leurs équipages dans les ports étrangers*.⁶⁵¹ In een buitenlandse haven was een oorlogsschip niet onderworpen aan de rechtsmacht van de buitenlandse staat en strafrechtelijke vergrijpen die aan boord waren gepleegd, vielen onder de strafrechtsmacht van de staat van het schip. Wel waren lokale rechtbanken bevoegd om de leden van de bemanning te berechten die aan wal een misdrijf hadden gepleegd tegen de wetten van de staat, waar hun schip

⁶⁴⁶ Vgl. Sari 2008c, p. 264-264.

⁶⁴⁷ "een schip dat behoort tot de strijdkrachten van een Staat en dat de niterlijke onderscheidingstekenen draagt van zulke schepen van zijn nationaliteit. De commandant moet in staatsdienst zijn en zijn naam moet voorkomen in de betreffende dienstlijst of het equivalent daarvan, en de bemanning moet onderworpen zijn aan de regels van de krijgstuclit" art. 29 Zeerechtverdrag.

⁶⁴⁸ De immuniteit van oorlogsschepen was al ontstaan, voordat sprake was van de leer van de absolute staatsimmuniteit; zie Fox 2008, p. 201.

⁶⁴⁹ *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 144.

⁶⁵⁰ *Idem*, 145-146.

⁶⁵¹ *Règlement sur le régime légal des navires et de leurs équipages dans les ports étrangers*; Den Haag, 23 augustus 1989. Met deze regeling die niet juridische verbindend was, werd beoogd de stand van het recht op dat moment weer te geven. In 1928 werd de regeling in vergelijkbare bewoordingen overgenomen in het *Règlement sur le régime des navires de mer et de leurs équipages dans les ports étrangers en temps de paix*.

was afgemeerd.⁶⁵² Een uitzondering op de bevoegdheid van de lokale tribunalen bestond, indien het delict werd gepleegd tijdens de uitoefening van opgedragen diensten ('service commandé').⁶⁵³

Latere verdragen lieten de immuniteiten van oorlogsschepen, ook op civielrechtelijk gebied, in stand.⁶⁵⁴ Die schepen en hun bemanning genieten zodoende tegenwoordig nog steeds volledige immuniteit in het buitenland. In overeenstemming hiermee oordeelde de Nederlandse rechter in 1987 dat geen beslag mogelijk was op de 'Almirante Grau', een Peruaans marineschip dat in Nederland in onderhoud was.⁶⁵⁵ In zaken met betrekking tot de Amerikaanse schepen 'Cape May' en 'Altair' oordeelde de Hoge Raad dat vreemde staten naar de huidige stand van het volkenrecht voor schuldvorderingen die zijn ontstaan uit hoofde van de exploitatie van aan hen toebehorende of door hen geëxploiteerde schepen die in het kader van de vervulling van een typische overheidstaak, zoals een militaire actie worden ingezet, niet onderworpen zijn aan de rechtsmacht van de Nederlandse rechter. Voor dat oordeel zijn de aard van de handeling of gebeurtenis, waaruit de vordering is ontstaan niet van belang.⁶⁵⁶

⁶⁵² Zie Deel I, Sectie 1 van de regeling.

⁶⁵³ Art. 18, vierde lid van de regeling uit 1898; art. 20, derde en vierde lid van de regeling uit 1928. Zie in het algemeen over de immuniteiten van oorlogsschepen en haar bemanningen; Stanger 1957/'58, p. 55-78. In overeenstemming met de bovenstaande bepalingen berechtte in 1926 een Britse rechter een lid van de bemanning van het Amerikaanse marineschip 'Sharkey' die een collega om het leven had gebracht in een Britse haven; Stanger 1957/'58, p. 74. Op deze bepaling steunde verder bijvoorbeeld de uitspraak Mixed Courts in Egypt, Court of Cassation 29 juni 1942, *George Triandoufilou v. Ministère Public*, *AJIL* 1945, p. 345-347. Of een bemanningslid in dienst was, hing volgens het Hof niet af van het intrinsieke karakter van het delict, maar van aard van de orders; Brinton 1944, p. 379. In dit geval had de aangeklaagde de opdracht om aan wal voorraden in te kopen. Het Hof achtte daarom dat Triandoufilou in dienst was toen hij het delict beging, zodat de Mixed Court niet bevoegd waren. In de zaak *Japan v. Smith and Stinner* baseerde de Japanse rechter zijn rechtsmacht over twee Britse matrozen die in Kobe een taxichauffeur hadden beroofd tijdens een tripje door de stad, onder meer op het gegeven dat de twee hun misdrijf niet hadden begaan tijdens de uitvoering van hun dienst; High Court of Osaka, 5 augustus 1952, *Japan v. Smith and Stinner*, ILR 19. Enigszins afwijkend was de zaak *Chung Chi Cheung v. The King* waarin het VK een Brits staatsburger vervolgde voor het plegen van een moord aan boord van een bewapend Chinees douaneschip, klaarblijkelijk omdat China onder meer niet om de overdracht van de verdachte had gevraagd; Judicial Committee of the Privy Council 2 december 1938, *Chung Chi Cheung v. The King*, ILR 9.

⁶⁵⁴ Art. 3 *Verdrag tot het vaststellen van eenige eenvormige regelen betreffende de immuniteit van staatschepen*, art. 30 *Europees-immuniteitenverdrag*, art. 16 *VN-staatsimmuniteitenverdrag* en art. 32 en 236 *Zeerechtverdrag*.

⁶⁵⁵ Hoewel het schip voor langdurig onderhoud in Nederland was, bleef het onder Peruaans bevel staan en werden proefvaarten uitgevoerd met een deels Peruaanse, militaire bemanning, zodat het schip in openbare dienst bleef; Pres. Rb Amsterdam 19 november 1987, *Almirante Grau*, *S&S* 1988, 69.

⁶⁵⁶ HR 12 november 1999, '*Cape May*', RvdW 1999, 172; *S&S* 2000, 74. r.o. 3.4. en HR 22 september 2000, '*Altair*', *S&S* 2001, 73, r.o. 3.4.

§ 3.4. Militaire luchtvaartuigen

Het internationaal recht is daarentegen over de status van militaire luchtvaartuigen en hun bemanning minder duidelijk.⁶⁵⁷ Hoewel veel verdragen op luchtvaartgebied zijn opgesteld, is de toepasselijkheid daarvan op militaire luchtvaartuigen meestal beperkt.⁶⁵⁸ Vast staat dat de toegang tot het luchtruim van vreemde staten en de mogelijkheid daar te landen, afhankelijk is van de expliciete toestemming van de betreffende staat.⁶⁵⁹ Aan deze toestemming in de vorm van een diplomatieke overvlieg- en landingsverklaring ('diplo clearance') kunnen voorwaarden worden verbonden die de immuniteit van het toestel raken, hoewel deze voorwaarden in de praktijk beperkt lijken te zijn.⁶⁶⁰ 'Diplo clearances' en de eventueel daaraan verbonden voorwaarden kunnen onderdeel zijn van een statusverdrag.⁶⁶¹

In het algemeen wordt aangenomen dat de immuniteiten van militaire luchtvaartuigen vergelijkbaar zijn met die van oorlogsschepen.⁶⁶² Zodoende geniet de bemanning eveneens strafrechtelijke immuniteit voor handelingen die zij aan boord hebben gepleegd.⁶⁶³ Deze parallel met oorlogsschepen doortrekkend is een bemanningslid van een militair luchtvaartuig die in het kader van hem opgedragen

⁶⁵⁷ Het begrip 'militair luchtvaartuig' is niet eensluidend gedefinieerd in het internationaal recht ondanks voorzichtige pogingen hiertoe; Williams 2007, p. 106-109, zie bijvoorbeeld art. 13, onder j, *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, 12 juni 1994, <www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/560?OpenDocument>: "*military aircraft means an aircraft operated by commissioned units of the armed forces of a State having the military marks of that State, commanded by a member of the armed forces and manned by a crew subject to regular armed forces discipline*". De *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*; Bern 14 mei 2009 (<www.ihlresearch.org/amw/>) bevat geen definitie.

⁶⁵⁸ Verdragsbepalingen zijn meestal 'negatief' in de zin dat ze aangeven wat niet van toepassing is op militaire luchtvaartuigen of wat deze toestellen niet is toegestaan om te doen; Milde 2001, p. 152-153.

⁶⁵⁹ Art. 3, onder c, *Verdrag van Chicago*. In geval van overmacht ('force majeure') of in noodsituaties ('distress') is geen toestemming vereist, maar moet het binnengaan van het buitenlandse luchtruim waar mogelijk worden afgestemd met die staat; Schmitt 2010, p. 306. Vgl. art. 23 en 24 *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, UN Doc A/RES/56/83 (2002) van 28 januari 2002. Voor de tekst met commentaar zie: UN Doc A/56/10 (2001), ILC Report on the work of its fifty-third session, Chp. IV, State Responsibility, p. 59 e.v.

⁶⁶⁰ Een voorbeeld dat wordt genoemd is de toestemming voor het doorzoeken van een toestel, AAP1003 2004, p. 15. Hiermee doet de zendstaat in feite afstand van een beperkt deel van zijn immuniteit. Overigens is over de dagelijkse gang van zaken rond deze praktijk weinig geschreven; Harkavy 2007, p. 104.

⁶⁶¹ Geraci 1994, p. 160.

⁶⁶² Vgl. art. 32 *Convention Relating to the Regulation of Aerial Navigation*; Parijs, 13 oktober 1919 (11 LNTS p. 173): "*No military aircraft of a contracting State shall fly over the territory of another contracting State nor land thereon without special authorisation. In case of such authorisation the military aircraft shall enjoy, in principle, in the absence of special stipulation, the privileges which are customarily accorded to foreign ships of war.*" Hoewel deze bepaling niet terugkomt in het *Verdrag van Chicago* kan deze "*be considered as still part of international air law*"; Cooper 1968, p. 243, zie verder bijvoorbeeld Brownlie 2008, p. 372 en Williams 2007, p. 105. Spiegel stelt dat "*wat er gezegd is over staatschepen gaat voor een belangrijk deel ook op voor staatsluchtvaartuigen*"; Spiegel 2001, p. 208. Schmitt 2010, p. 311 stelt in zijn algemeenheid: "*...military aircraft, enjoy sovereign immunity*".

⁶⁶³ Petras 2010, p. 70.

taken een strafrechtelijk vergrijp begaat buiten het luchtvaartuig, eveneens immuun voor de uitoefening van de rechtsmacht door de lokale rechtbanken.⁶⁶⁴

In overeenstemming met het voorgaande sluiten verschillende luchtvaartverdragen inderdaad beperkingen op de immuniteit van militaire luchtvaartuigen expliciet uit. Artikel 3, eerste lid, onder a van het *Verdrag tot het vaststellen van enige eenvormige bepalingen inzake conservatoir beslag op luchtvaartuigen* bepaalt dat luchtvaartuigen die uitsluitend zijn bestemd voor een tak van een staatsdienst, niet vatbaar zijn voor conservatoir beslag.⁶⁶⁵ Het *Verdrag betreffende de internationale erkenning van rechten op luchtvaartuigen*⁶⁶⁶ dat onder meer de executoriale verkoop van luchtvaartuigen regelt, is op grond van artikel XIII niet van toepassing op “...luchtvaartuigen gebezigd voor militaire diensten...”.

In 2003 bepaalde de Oostenrijkse rechter in de zaak *Airport Linz v. United States*,⁶⁶⁷ over de betaling voor landingsrechten en gebruik van luchthavenfaciliteiten voor de uitvoering van vluchten met Amerikaanse militaire vliegtuigen in het kader van de NAVO operaties op de Balkan dat de vliegtuigen en de VS zelf volledige immuniteit genoten. In zijn beslissing overwoog de rechter onder meer dat het militaire gebruik van een staat van zijn luchtstrijdkrachten in ieder geval een soevereine handeling betrof.⁶⁶⁸

§ 4. Conclusie

Dit hoofdstuk heeft de positie bepaald van de krijgsmacht binnen een staat en onderzocht in hoeverre de zendstaat zijn rechtsmacht over zijn troepen in het buitenland kan uitoefenen. Bij de ontwikkeling van de soevereine staat blijkt de krijgsmacht een bijzondere positie te hebben verworven. Zij maakt onderdeel uit van de uitvoerende macht van de staat en is zodoende een orgaan van die staat met als bijzondere bevoegdheid gewapend geweld aan te wenden ter bescherming van de belangen van die staat. Bij de extraterritoriale uitoefening van de soevereine taken blijft de band tussen staat en krijgsmacht bestaan, ook indien de

⁶⁶⁴ Art. 46 van het voorstel voor een internationale conventie opgesteld tijdens de diplomatieke conferentie van Parijs, mei-juni 1910, voorzag in de volledige immuniteit van zowel het militaire luchtvaartuig als zijn bemanning. Het verdrag heeft nooit rechtskracht gekregen; zie Cooper 1968, p. 224 en 225. Latere verdragen gaan niet specifiek in op de status van bemanningen van militaire luchtvaartuigen.

⁶⁶⁵ *Verdrag tot het vaststellen van eenvormige bepalingen inzake conservatoir beslag op luchtvaartuigen*; Rome, 29 mei 1933 (S. 1938, 12). Militaire luchtvaartuigen vallen onder de categorie luchtvaartuigen bestemd voor de staatsdienst.

⁶⁶⁶ *Verdrag betreffende de internationale erkenning van rechten op luchtvaartuigen*; Genève, 19 juni 1948 (Trb. 1952, 86; Nederlandse vertaling Trb. 1959, 152).

⁶⁶⁷ Oberster Gerichtshof 28 augustus 2003, *Airport Linz v. United States*, 2 Ob 156/03k, ILDC 3 (AT 2003).

⁶⁶⁸ Het besluit van de rechter was verder gebaseerd op het feit dat de vluchten plaatsvonden ter uitvoering van een besluit van de VN-Veiligheidsraad en dat een verdrag van kracht was over het gebruik van het Oostenrijkse luchtruim en luchthavens voor dergelijke vluchten; Wittich 2005, p. 260.

troepen worden ingezet in internationaal verband ter handhaving van de internationale vrede en veiligheid.

Staten zullen, samen met het oppergezag en bevel over hun troepen, de strafrechtsmacht over hun in het buitenland verblijvende troepen willen blijven uitoefenen. Daartoe zal in de nationale wetgeving het strafrecht op de troepen van toepassing kunnen worden verklaard op basis van de 'law of the flag'. Hierdoor kan samenloop van rechtsmacht van de zendstaat en de staat van verblijf ontstaan. Dit conflict wordt deels opgelost doordat militairen in het buitenland net als andere overheidsfunctionarissen functionele immuniteit genieten. Doordat de staten van verblijf daarmee afzien van de uitoefening van hun rechtsmacht, wordt de mogelijkheid gecreëerd voor de zendstaten hun rechtsmacht uit te oefenen.

De immuniteit van oorlogsschepen en haar bemanningsleden is op grond van het internationaal recht echter absoluut. Alleen aan wal maken bemanningsleden die geen dienst verrichten geen aanspraak op immuniteit, voor zover geen formele statusregeling met de staat van verblijf is getroffen. Hetzelfde moet worden aangenomen voor militaire luchtvaartuigen en hun bemanningen.