



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Immunititeit zonder overeenkomst

Voetelink, J.E.D.

Published in:
Militair Rechtelijk Tijdschrift

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Voetelink, J. E. D. (2017). Immunititeit zonder overeenkomst. *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, 110(1), 9-15.
https://puc.overheid.nl/mrt/doc/PUC_80800_11/1/

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.



Ministerie van Defensie

Immuniteit zonder overeenkomst

Versie 1, 08-03-2017

Dit document is gepubliceerd door MRT op het publicatie platform voor uitvoering (PUC).
Dit document is niet de authentieke bron. Meer info op <http://puc.overheid.nl>.

Publicatiedatum document: 07-08-2017

Inhoudsopgave

Voorwoord.....	3
Inleiding.....	4
Immunititeit.....	5
Uitoefening van strafrechtsmacht.....	7
Gewoonterechtelijke immunititeit.....	9
Versterking functionele immunititeit.....	11
Conclusie.....	13

Voorwoord

De rubriek opinie geeft de mening van de auteur weer. Een opiniestuk is geschreven op persoonlijke titel en vertegenwoordigt niet noodzakelijkerwijs de opinie van de redactie van het MRT noch die van de minister van Defensie.

Immunititeit zonder overeenkomst

Door kolonel dr. J.E.D. Voetelink¹

Wanneer Nederlandse militairen voor dienst in het buitenland verblijven, bijvoorbeeld voor een oefening of deelname aan een crisis beheersingsoperatie, dan is hun status meestal geregeld in een Status of Forces Agreement (SOFA). Soms echter kan met de gaststaat geen SOFA worden gesloten, bijvoorbeeld omdat daarvoor te weinig tijd is. Dat betekent niet dat de juridische status van de Nederlandse militair die zonder SOFA op pad moet helemaal blanco is. De gaststaat kan de militair namelijk niet vervolgen voor vergrijpen die hij in de uitoefening van de dienst heeft begaan. Dit artikel pleit voor meer aandacht voor deze gewoonterechtelijke functionele immunititeit van een militair in het buitenland.

¹ Kolonel dr. Joop Voetelink is als universitair hoofddocent militair recht geplaatst bij de Nederlandse Defensie Academie (NLDA). Deze bijdrage maakt deel uit van zijn onderzoek onder auspiciën van het Amsterdam Center for International Law en het NLDA in het onderzoeksprogramma 'The Role of Law in Armed Conflict and Peace Operations'. Het artikel is op persoonlijke titel geschreven.

Inleiding

Immunititeit van staten en de daaraan gerelateerde immunititeit van overheidsfunctionarissen en internationale organisaties en hun staf is een van de centrale leerstukken van het internationale recht.² Immunititeit belet staten andere staten en internationale organisaties aan hun rechtsprekende en uitvoerende rechtsmacht te onderwerpen.³ Hierdoor kunnen zij hun soevereine taken onafhankelijk van andere staten blijven uitoefenen en wordt de onafhankelijke uitoefening van de functies van internationale organisaties versterkt. Het leerstuk van immunititeit heeft inmiddels een eeuwenlange ontwikkeling doorgemaakt die zich nog steeds voortzet. Een doorlopende lijn hierin is de steeds verdere inperking van de immunititeit. Ook in de huidige tijd bestaat discussie over de grenzen aan immunititeit.⁴ Op zich is dat goed verklaarbaar, want immunititeiten kunnen de uitoefening van rechten door anderen sterk beperken, wat een gevoel van onrechtvaardigheid oplevert. Zo verhindert bijvoorbeeld de immunititeit van de Verenigde Naties (VN) dat bewoners van Haïti die het slachtoffer zijn geworden van een door VN-militairen veroorzaakte cholera-uitbraak op het eiland, een claim kunnen indienen bij een onafhankelijke rechter.⁵

Krijgsmachten zijn een onlosmakelijk onderdeel van de staat en delen in de gewoonterechtelijke immunititeit van staten. Dat gewoonterechtelijke element valt weg tegen de achtergrond van de vele internationale overeenkomsten, vaak aangeduid als Status of Forces Agreements (SOFA's), waarin de juridische positie van militairen in het buitenland meestal wordt vastgesteld. Bij het sluiten van SOFA's kunnen immunititeiten van militairen onder druk komen te staan omdat bij de onderhandelingen rekening moet worden gehouden met de uiteenlopende belangen van de betrokken partijen, waarbij ook politieke en operationele afwegingen een rol spelen. Naar mijn mening is het niet altijd terecht en ook niet verstandig dat wordt toegegeven op de status van militairen, omdat daarmee de indruk kan worden gewekt dat de gewoonterechtelijke grondslagen voor de status van militairen wordt ontkend.

Dit artikel pleit ervoor de gewoonterechtelijke functionele immunititeit van militairen in het buitenland meer te benadrukken. Ik beperk me in dit artikel overigens tot immunititeit op strafrechtelijk gebied en ga niet in op bijvoorbeeld civielrechtelijke en bestuursrechtelijke immunititeit. Omdat de status van militairen in het algemeen wordt vastgelegd in termen van uitoefening van strafrechtsmacht, start het artikel met een introductie van, achtereenvolgend, het gebruik van de begrippen immunititeit en rechtsmacht in SOFA's. Vervolgens wordt de status van militairen op grond van internationaal gewoonterecht besproken waarna tot slot wordt uitgelegd waarom Nederland de gewoonterechtelijke regel een praktisch steuntje in de rug zou mogen bieden.

2 Voor een wat uitgebreidere uitleg van de begrippen soevereiniteit, rechtsmacht en immunititeit en de relatie tussen die begrippen, zie mijn eerdere bijdrage: 'Rechtshandhaving tijdens oefeningen in het buitenland. Een vergeten groente uit het militair operationeel-rechtelijke moestuintje?', MRT afl. 2, jaargang 2016, p. 67 ev.

3 Immunititeit en rechtsmacht zijn verschillende, maar nauw met elkaar verbonden begrippen. Immunititeit is de uitzondering op rechtsmacht (bijv. de inbreng van de Nederlandse regering bij de 68ste sessie van de International Law Commission van de VN over 'Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction' (2016); <legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/68/pdfs/english/iso_netherlands.pdf&lang=E>.). Met andere woorden: zonder rechtsmacht kan er geen immunititeit zijn. In die zin is immunititeit de keerzijde van de rechtsmacht-medaille.

4 Een voorbeeld is de Amerikaanse *Justice Against Sponsors of Terrorism Act* die immunititeit van staten voor Amerikaanse rechtsbanken beperkt in geval van vermeende steun aan bepaalde terroristische aanslagen; Joop Voetelink, 'Justice Against Sponsors of Terrorism Act. Zagen aan de poten van staatsimmunitet', *NJB* 2016/2118, afl. 41, 3047-3051.

5 Bijv. Stephan Hollenberg, 'Immunity of the UN in the Case of Haitian Cholera Victims', *Journal of International Peacekeeping* 19 (2015), 118-141.

Immunititeit

In het internationale recht wordt de status van overheidsfunctionarissen die in een ander land (de gaststaat) werkzaam zijn en daar met de instemming van de betreffende gaststaat verblijven, gewoonlijk uitgedrukt in termen van immunititeit. Kort gezegd houdt immunititeit op strafrechtelijk gebied in dat de gaststaat die functionarissen niet kan vervolgen voor het plegen van een strafrechtelijk vergrijp. Met andere woorden: de gaststaat kan zijn handhavende en rechtsprekende strafrechtsmacht niet uitoefenen over die functionarissen.⁶ De buitenlandse diplomaat in Den Haag, bijvoorbeeld, die enkele jaren geleden in het nieuws kwam omdat hij mogelijk in dronken toestand zijn kinderen had mishandeld, had niet mogen worden gearresteerd door de lokale politie en kon ook niet in Nederland voor de rechter worden gebracht.⁷ Deze positie vloeit voort uit de gewoonterechtelijke immunititeit van staten en enkele bijzondere verdragen, zoals het *Verdrag inzake diplomatiek verkeer*.⁸ Immuniteiten gelden ook voor militairen die met instemming van de gaststaat daar werkzaam zijn. Zoals gezegd wordt de juridische status van militairen in het buitenland meestal vastgelegd in SOFA's. Het grootste deel van deze overeenkomsten regelt de status van die militairen echter niet in termen van immunititeit maar van uitoefening van strafrechtsmacht.

De achtergrond hiervan is dat immunititeit een wat passieve strekking heeft. Daarmee bedoel ik dat het geen directe strafrechtelijke actie van de betrokken staten mogelijk maakt. De gaststaat mag een buitenlandse overheidsfunctionaris niet vervolgen, dus: zijn handhavende en rechtsprekende rechtsmacht niet over hem uitoefenen, terwijl de staat waaruit die functionaris afkomstig is (de zendstaat) die bevoegdheden ook niet krijgt *in de gaststaat* en daar dus geen juridische stappen kan ondernemen tegen de eigen functionaris. Wel kan de zendstaat in eigen land de vervolging starten en eventueel de functionaris bij verstek veroordelen, zover de regels dat toestaan, of hem bij terugkomst in de zendstaat vervolgen.⁹

Zo'n passieve opstelling past niet goed in de militaire context en in de praktijk zijn er dan ook maar weinig SOFA's te vinden die expliciet bezoekende militairen immunititeit toekennen.¹⁰ Soms wordt wel uitgegaan van de immunititeit van de bezoekende troepen en wordt tevens een link gelegd naar de uitoefening van rechtsmacht over die troepen. De SOFA tussen Nederland en Burkina Faso uit 2015 is hiervan een voorbeeld. Artikel III(3) bepaalt: "Het personeel van de zendstaat geniet immunititeit van rechtsmacht en van tenuitvoerlegging gedurende zijn gehele verblijf in de ontvangende staat in overeenstemming met dit Verdrag en valt derhalve onder de exclusieve rechtsmacht van de zendstaat".¹¹ Het 'derhalve' is wat oneigenlijk omdat immunititeit juist geen rechtsmacht met zich meebrengt. Waarom voor deze constructie is gekozen, wordt niet duidelijk, maar door te spreken over de exclusieve rechtsmacht van de zendstaat is in ieder geval zeker gesteld dat de gaststaat geen rechtsmacht over de bezoekende militairen kan uitoefenen.

In weer andere SOFA's wordt de status van bezoekende militairen gebaseerd op een bestaand verdrag waarin de immunititeit van een bepaalde groep functionarissen, bijvoorbeeld diplomaten, is geregeld. Met

6 Dat geeft die overheidsfunctionaris geen vrijbrief om van alles te doen wat tegen de regels van de gaststaat ingaat. De gaststaat kan een functionaris wel *persona non grata* verklaren waarna hij binnen een redelijke termijn het land moet verlaten.

7 Zie bijvoorbeeld: Shari Deira, 'Russische diplomaat Borodin schold agenten uit bij arrestatie', 7 maart 2014 Elsevier, <www.elsevier.nl/nederland/news/2014/03/russische-diplomaat-borodin-schold-agenten-uit-bij-arrestatie-1477150W/>.

8 Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer; Wenen, 18 april 1961 (Trb. 1962, nr. 101; Nederlandse vertaling Trb. 1962, nr. 159; herziene versie Trb. 1985, nr. 79).

9 In die zin hoeft immunititeit dus niet tot straffeloosheid te leiden.

10 Bijvoorbeeld: *Exchange of letters between the government of New Zealand and the government of the Solomon Islands constituting an agreement on the deployment of New Zealand personnel to the Solomon islands as members of the International Peace Monitoring Team*; Honiara, 9-10 November 2000 (2000 *Pacific Islands Treaty Series* 7).

11 Verdrag tussen de Regering van het Koninkrijk der Nederlanden en de Regering van Burkina Faso inzake de status van civiel en militair personeel van het Ministerie van Defensie van het Koninkrijk der Nederlanden op het grondgebied van Burkina Faso; Ouagadougou, 9 juni 2015 (Trb. 2015, nr. 96, Nederlandse vertaling Trb. 2015, nr. 115).

deze aanpak krijgen militairen aanspraak op immuniteiten en rechten die gelijk zijn aan de rechten van die functionarissen, zonder overigens dezelfde status als die functionarissen te krijgen. Een voorbeeld is het verdrag dat Nederland en de Oekraïne hebben gesloten in de nasleep van het neerschieten van vlucht MH 17.¹² Artikel 6.1. van het verdrag verleent het personeel van de multinationale missie die het onderzoeksteam moet beschermen “the status equivalent to that accorded to the administrative and technical staff of a diplomatic mission of a state that is a party to the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961.” Dat betekent dat de militairen die deelnamen aan die missie onder andere strafrechtelijke immuniteit genieten, zonder dat zij daarmee diplomatieke status hebben. Deze constructie wordt wel gebruikt als de afspraken in korte tijd tot stand moeten komen en de politieke belangen voor alle betrokken partijen groot genoeg zijn.

12 Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en Oekraïne inzake de internationale missie tot bescherming van onderzoek; Kiev, 28 juli 2014 (Trb. 2014, nr. 135).

Uitoefening van strafrechtsmacht

Immunititeit vrijwaart militairen in het buitenland van de uitoefening van de rechtsmacht door de staat van verblijf. Dit is wat minimaal nodig is om activiteiten ongehinderd en onafhankelijk van de gaststaat te kunnen uitvoeren. Zendstaten willen van oudsher echter ook een bepaalde mate van gezag over hun troepen kunnen blijven uitoefenen. Voor een deel kan dat worden bereikt door de status van troepen vast te leggen in termen van uitoefening van strafrechtsmacht. Daarom draaien in de meerderheid van de SOFA's de strafrechtelijke bepalingen niet om immunititeit maar uitoefening van de rechtsmacht. De inhoud van die bepalingen loopt nogal uiteen en is grofweg in twee groepen in te delen.

De eerste groep omvat SOFA-bepalingen die uitgaan van de exclusieve strafrechtsmacht van de zendstaten over hun troepen. Dat betekent dat die zendstaten met uitsluiting van de gaststaat hun strafrechtsmacht over de uitgezonden militair mogen uitoefenen. Vrijwel alle SOFA's die worden gesloten met staten waar crisisbeheersingsoperaties plaatsvinden, vallen in deze groep. De meeste van deze SOFA's worden overigens ten behoeve van de deelnemende staten opgesteld door de internationale organisaties die de missies instellen, zoals VN, NAVO en EU. Ook SOFA's die zijn gesloten voor internationale oefeningen en andere vormen van internationale militaire samenwerking kunnen in deze eerste groep zitten, maar meestal behoren die tot de hierna te bespreken groep SOFA's.

In deze tweede groep verdelen de betrokken partijen bij de SOFA's de strafrechtsmacht aan de hand van bepaalde criteria tussen de zendstaat en de gaststaat. Over het algemeen zijn in deze groep de belangen van zendstaat en gaststaat met elkaar in evenwicht. Het meest sprekende voorbeeld is het NAVO-*statusverdrag* uit 1951¹³ op grond waarvan, heel kort gezegd, de zendstaat strafrechtsmacht kan uitoefenen als een militair een vergrijp heeft begaan in de uitoefening van de dienst of het vergrijp alleen de belangen van de zendstaat raakt. Deze uitgebalanceerde regeling is, vaak in vereenvoudigde vorm, overgenomen in veel bilaterale SOFA's.¹⁴ In enkele gevallen is de balans 'wat' zoek en is de strafrechtsmacht van de zendstaat sterk beperkt, zoals in de SOFA tussen Nederland en Qatar.¹⁵

Nederland hanteert als uitgangspunt dat wanneer militairen naar het buitenland gaan, met de gaststaat afspraken moeten zijn gemaakt over hun status.¹⁶ Dat is echter niet altijd mogelijk. Wanneer risico's beperkt zijn, kan de minister van Defensie voor oefeningen en trainingen op voordracht van de Commandant der Strijdkrachten, eventueel onder voorwaarden, toestemming geven de activiteiten in het buitenland uit te voeren zonder dat een SOFA van toepassing is.¹⁷ Hoewel het voor een militair misschien

13 Verdrag tussen de Staten bij het Noord-Atlantisch Verdrag nopens de rechtspositie van hun krijgsmachten; Londen, 19 juni 1951 (Trb. 1951, nr. 114; Nederlandse vertaling Trb. 1953, nr. 10).

14 Bijvoorbeeld: *Verdrag tussen de Regering van het Koninkrijk der Nederlanden en de Regering van het Hasjemitische Koninkrijk Jordanië betreffende een tijdelijke plaatsing van troepen van het Koninkrijk der Nederlanden in Jordanië*; Amman, 2 oktober 2014 (Trb. 2014, nr. 175).

15 Bijvoorbeeld in de *Overeenkomst inzake de rechtspositie van de strijdkrachten voor militair personeel en troepenuitrusting tussen de Staat Qatar en het Koninkrijk der Nederlanden*; Doha, 16 december 2014 (Trb. 2015, nr. 12). Op grond van art. 12(3) kan Nederland alleen strafrechtsmacht uitoefenen in geval van *inter se* vergrijpen. Wel kan Qatar worden gevraagd af te zien van uitoefening van zijn rechtsmacht (lid 4). Ook van andere staten in de Golfregio is bekend dat zij strikt vasthouden aan hun soevereiniteit en dat Nederland niet altijd de rechtsmacht over het eigen personeel kan behouden; *Kamerstukken II 2003/04*, 27 925, nr. 135, para. 2.11 en *Kamerstukken II 2008/09*, 29 521, nr. 110, p. 4. Voor de goede orde; dit soort overeenkomsten vormen een uitzondering en zijn niet te vermijden als de gaststaat op dit punt niet wil toegeven en Nederland de geplande activiteiten niet in een ander land kan uitvoeren.

16 Vgl. *Kamerstukken I 2005/2006*, 30 300 X, A, Brief van de minister van Defensie. Vervolgotitie juridische aspecten van vredesoperaties, 25 november 2005, p. 5.

17 Zie bijvoorbeeld de nota's waarin de minister van Defensie toestemming verleent voor deelname van Nederlandse militairen aan de oefening Flintlock in onder meer Burkina Faso (2011 en 2012) toen met dat land nog geen SOFA bestond; <www.rijksoverheid.nl/documenten/wob-verzoeken/2015/08/10/besluit-wob-verzoek-over-informatie-oefening-flintlock>.

prettiger aanvoelt als hij kan verwijzen naar een door de gaststaat ondertekent document, is hij zonder SOFA niet volstrekt rechteloos in het buitenland.

Gewoonterechtelijke immuniteit

Dat laatste blijft vaak op de achtergrond. Soms wordt wel gezegd dat zonder SOFA een militair in het buitenland in dezelfde positie verkeert als een toerist.¹⁸ De nota waarmee de minister van Defensie toestemming verleende voor deelname aan Oefening Flintlock in 2012 in onder meer Burkina Faso, verwees bijvoorbeeld naar de “toeristenstatus” van de deelnemende militairen.¹⁹ Het is echter moeilijk voor te stellen dat een in uniform geklede en misschien wel bewapende buitenlandse militair²⁰ dezelfde rechten en plichten zou hebben als een vakantievierende toerist. De stelling is dan ook pertinent onjuist. Wel is vereist dat de militair in het buitenland verblijft met instemming van de gaststaat.²¹ Die instemming betekent niet alleen dat de militair gerechtigd is in de gaststaat te zijn, maar ook impliceert het dat de gaststaat ermee heeft ingestemd dat de militair als lid van de krijgsmacht van de zendstaat alle handelingen mag verrichten die samenhangen met het doel van zijn verblijf in de staat van verblijf. Als toestemming is verleend voor deelname aan een oefening dan zullen de bezoekende militairen in principe ook alle handelingen mogen verrichten die voor de oefening noodzakelijk zijn.

Een krijgsmacht is een onderdeel van een soevereiniteit staat. Die soevereine staten zijn in juridische zin elkaars gelijke en kunnen elkaar niet aan de eigen rechtsmacht onderwerpen. Dat betekent dat zij voor de gerechten van andere staten immuniteit genieten. Een staat is maar een abstractie en handelt door middel van zijn organen en functionarissen. Die delen daarom als het ware in de immuniteit van de staat zelf. Als dat niet zo zou zijn, dan zou van de staatsimmuniteit weinig meer overblijven. Gezien haar unieke taken is de krijgsmacht een onlosmakelijk deel van de staat en als zodanig deelt ook de krijgsmacht en het personeel in de immuniteit van de staat.

Immuniteit is niet voor iedereen onder alle omstandigheden gelijk. De mate waarin een persoon immuniteit geniet, is afhankelijk van zijn functie en de omstandigheden. Zo zijn ambassadeurs die een staat in het buitenland vertegenwoordigen en hoge functionarissen van een staat, zoals staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken, volledig gevrijwaard van de uitvoerende en rechtsprekende rechtsmacht van een gaststaat. Zij genieten persoonlijke immuniteit (immuniteit *ratione personae*), wat inhoudt dat de gaststaat hen niet kan vervolgen, ook niet als zij een strafrechtelijk vergrijp hebben begaan buiten de formele functie uitoefening. Voor andere overheidsfunctionarissen gaat die bescherming niet zo ver en is immuniteit beperkt tot handelingen die zijn verricht in de uitvoering van de functie.

Deze functionele immuniteit (immuniteit *ratione materiae*) voor de strafrechtsmacht van buitenlandse rechtbanken geldt voor iedere overheidsfunctionaris.²² Militairen zijn van deze regel niet uitgesloten

18 Bijvoorbeeld: D. Fleck, 'Present and Future Challenges for the Status of Forces (*ius in praesentia*): A Commentary to Applicable Status Law Provisions', in: D. Fleck (ed.), *The Handbook of the Law of Visiting Forces* (Oxford, Oxford University Press, 2001), 47: "In the absence of a status of forces agreement which has to be transformed by law, the status of foreign military personnel travelling to a host country is essentially that of foreign tourists".

19 Zie voetnoot hierboven over de nota's in het kader van oefening Flintlock. De verwijzing naar toeristenstatus wordt overigens niet standaard opgenomen in dergelijke nota's.

20 C. Smith, 'Lawyers at War', *American Bar Association Journal* (2003), 14.

21 In algemene zin over instemming, zie: Michael Wood, 'The immunity of Official Visitors', *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 16, 2012, 48.

22 Natalino Ronzitti, 'The immunity of State organs – A reply to Pisillo Mazzeschi', *Questions of International Law*, Zoom out (2015), 60-62. Zie verder het lopende onderzoek van de International Law Commission van de VN over 'Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction'; <legal.un.org/ilc/guide/4_2.shtml>, met name ontwerp artikelen 5 ("State officials acting as such enjoy immunity *ratione materiae* from the exercise of foreign criminal jurisdiction" en 6(1) ("State officials enjoy immunity *ratione materiae* only with respect to acts performed in an official capacity").

en genieten dus in de uitoefening van de dienst in het buitenland functionele immuniteit.²³ De regel is echter niet bij verdrag vastgelegd, maar is gewoonterrechtelijk van aard. Het gegeven dat de status van militairen vaak bij overeenkomst is vastgelegd, doet daar niets aan af en bevestigt de regel zelfs. Een van de conclusies die uit de enorme reeks bestaande SOFA's kan worden getrokken, is dat de bepalingen over strafrechtsmacht met slechts enkele uitzonderingen²⁴ de gewoonterrechtelijke regel respecteren.²⁵

Dat ondanks de gewoonterrechtelijke functionele immuniteit van militairen in het buitenland zoveel SOFA's worden gesloten, moet niet worden gezien als een indicatie dat het gewoonterrecht geen rol meer zou spelen. De reden voor het sluiten van de SOFA's is dat de betrokken partijen gewoonlijk meer zaken willen regelen dan alleen de uitoefening van strafrechtsmacht; denk aan de afhandeling van claims, vrijstelling van belastingen etc. Bovendien is het nodig dat de SOFA is afgestemd op militaire activiteiten die de zendstaat in het buitenland wil uitvoeren wat met zich meebrengt dat gelet op alle omstandigheden alleen functionele immuniteit niet altijd voldoet.²⁶ De SOFA's maken de gewoonterrechtelijke regel ook niet overbodig. Met grote regelmaat verblijven militairen voor de dienst en met instemming van de gaststaat in het buitenland zonder dat voor die situatie een SOFA van kracht is. Een voorbeeld is het verlenen van noodhulp door de marine in Haïti toen het land getroffen was door orkaan Matthew eind 2016. In dit soort situaties garandeert de gewoonterrechtelijke regel over functionele immuniteit de ongehinderde uitoefening van de taken en biedt het de militair bescherming tegen de uitoefening van de strafrechtsmacht van de gaststaat.

23 Bijvoorbeeld: Aurel Sari, 'The status of armed forces in public international law: jurisdiction and immunities', in: Alexander Orakelashvili (ed.), *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015) 356 e.v.; Natalino Ronzitti, 'The Enrica Lexie Incident: Law of the Sea and Immunity of State Officials Issues', *Italian Yearbook of International Law*, Vol. XXII 2012, p.21, en J.E.D. Voetelink, *Status of Forces: Criminal Jurisdiction over Military Personnel Abroad* (Berlin/Heidelberg: Asser Press/Springer, 2015), 158 e.v.

24 Een voorbeeld is de eerder genoemde SOFA tussen Nederland en Qatar.

25 Sari 2015, 370.

26 Voetelink 2015, 217-225.

Versterking functionele immuniteit

Gewoonterechtelijke regels zijn niet in steen gehouwen en kunnen in de loop van de tijd wijzigen als statenpraktijk verandert en staten een norm niet meer als recht waarderen. Hoewel dit niet het geval lijkt te zijn met de functionele immuniteit van militairen in het buitenland, staat de regel direct en indirect wel onder enige druk. In het algemeen wordt tegenwoordig kritischer gekeken naar immuniteit van overheidsfunctionarissen, met name wanneer zij fundamentele rechten van burgers schenden. Dat heeft tot gevolg gehad dat in geval van internationale misdrijven de functionele immuniteit beperkt kan zijn.²⁷ Verder trekken incidenteel schrijvers de functionele immuniteit van militairen in twijfel.²⁸ Hoewel de kritiek soms slecht is onderbouwd of weinig tot geen steun vindt,²⁹ geeft het aan dat die functionele immuniteit niet voor iedereen vanzelfsprekend is. Ook kan nog worden gewezen op de eerder genoemde nota van de minister die sprak over de “toeristenstatus” van militairen en enkele SOFA’s waarin militairen in de uitvoering van de dienst niet zijn gevrijwaard van de uitoefening van de strafrechtsmacht door de gaststaat.

Positieve ondersteuning van de regel kan daarom naar mijn mening geen kwaad. Mocht ooit discussie ontstaan over de status van een Nederlandse militair in het buitenland omdat een SOFA ontbreekt of niet helemaal duidelijk is, dan zal een beroep op gewoonterechtelijke functionele immuniteit sterker staan wanneer het kan worden gebaseerd op een duidelijk Nederlands standpunt dat zich onder meer vertaalt in de praktijk. Hoewel Nederland de regel misschien niet ontkent, kan ook niet worden gezegd dat hij echt wordt gekoesterd. Een actievere opstelling zou op verschillende manieren vorm kunnen krijgen.

Functionele immuniteit voor Nederlandse militairen in het buitenland bestaat omdat zij taken uitoefenen als lid van het staatsorgaan krijgsmacht. Als eerste stap kan die formele rol worden benadrukt door de militairen waarvan de positie niet is vastgelegd in een SOFA een dienstpaspoort te verstrekken, als de tijd dat toelaat. De minister van Buitenlandse Zaken kan op grond van artikel 10 van de Paspoortwet een dergelijk paspoort uitgeven “aan Nederlanders die zich *ten behoeve van* het Koninkrijk of een der landen van het Koninkrijk naar het buitenland begeven”. Het dienstpaspoort verleent de houder geen immuniteit, maar maakt duidelijk dat hij geen willekeurige toerist is en “... reist uit hoofde van een specifieke dienstopdracht van de overheid die het document heeft verstrekt”.³⁰

Verder zou in toelichtende nota’s en parlementaire stukken kunnen worden benadrukt dat de strafrechtelijke bepalingen in SOFA’s een gewoonterechtelijke grondslag hebben. Meer duidelijkheid zou op uitvoerend niveau welkom zijn omdat het richting kan geven aan het opstellen van niet juridisch bindende afspraken³¹ waarin soms ook bepalingen over de uitoefening van strafrechtsmacht zijn opgenomen. In een aantal van deze recente afspraken³² lijkt het uitgangspunt te zijn dat de militairen van de zendstaat

27 Bijv. Ronzitti 2015, 62 en Voetelink 2015, 143-145. Zie ook de inbreng van de Nederlandse regering bij de 68ste sessie van de International Law Commission over ‘Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction’ (2016); <legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/68/pdfs/english/iso_netherlands.pdf&lang=E> en Micaela Frulli, On the Existence of a Customary Rule. Granting Functional Immunity to State Officials And its Exceptions: Back to Square One, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol 26:479-502.

28 Riccardo Pisillo Mazzeschi, ‘The functional immunity of State officials from foreign jurisdiction: A critique of the traditional theories’, *Questions of International Law*, Zoom out 17 (2015), 3-31.

29 Ronzitti 2015, 66.

30 Kamerstukken II 1987/88, 20 393 (R 1343), nr. 3, p. 31.

31 Deze worden meestal aangeduid met termen als Memorandum of Understanding, Technical Arrangement of Implementing Arrangement.

32 Bijvoorbeeld: *Memorandum of Understanding between the Office of the Prime Minister of the Republic of Malta and the Minister of defence of the Kingdom of the Netherlands concerning the deployment of a Maltese Vessel Protection Detachment (VPD) on board the HNLMS de Witt*; Valletta, 8 april 2010; *Arrangement Technique entre le Ministre de la Defense du Royaume des Pays Bas et le Ministre de la Defense de la*

geen immuniteit genieten in de gaststaat of aan boord van zijn marineschepen. Het gemeenschappelijke element in deze afspraken is de frase dat de gaststaat zijn bevoegde autoriteiten zal vragen om verzoeken van de zendstaat de rechtsmacht over te dragen bij vergrijpen begaan in de uitoefening van de dienst, in welwillende overweging te nemen. Naar ik aanneem zullen alleen in zeer bijzondere gevallen dergelijke verzoeken worden afgewezen. Hoewel het goede nieuws is dat militairen niet door de gaststaat zullen worden vervolgd, staat daar tegenover dat uit de teneur van de bepaling afgeleid zou kunnen worden dat de betrokken partijen, waaronder dus Nederland niet overtuigd zijn van de gewoonterechtelijke immuniteit van de uitgezonden militairen. Dat is jammer want het kan afbreuk doen aan de gewoonterechtelijke regel waarop militairen moeten kunnen vertrouwen.

République Française relatif aux activités d'entraînement et de coopération militaire régionale aux Antilles et en Guyane Françaises et dans la partie Caraïbienne du Royaume des Pays-Bas; Cayenne, 2 september 2013 en Den Haag, 13 september 2013; Technical Arrangement between the Minister of Defence of the Kingdom of the Netherlands and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland concerning Co-operation Related to the United Kingdom Forces On-board Host Nation Ships for the Purpose of EU Operation Sophia; z.p., 19 oktober 2016.

Conclusie

In de meeste gevallen is de status van militairen die voor dienst in het buitenland verblijven vastgelegd in een SOFA. Deze overeenkomst beschermt de militair onder meer tegen de uitoefening van de strafrechtsmacht door de gaststaat en draagt bij aan de onafhankelijke uitvoering van zijn taken. Soms is het echter niet mogelijk een SOFA te sluiten. Wanneer een militair dan toch met instemming van de gaststaat daar verblijft, betekent dat niet dat de militair zonder rechten is. Op grond van internationaal gewoonterecht geniet iedere overheidsfunctionaris in het buitenland strafrechtelijk immuniteit voor handelingen verricht in de uitoefening van zijn functie. Een militair in het buitenland kan dus niet door de gaststaat worden vervolgd voor eventuele vergrijpen begaan in uitoefening van de dienst.

Dat recht wordt door sommigen betwist. Hoewel hun positie niet echt sterk is te noemen, stemt het wel tot nadenken. Mocht een Nederlandse militair in de positie komen te verkeren dat een gaststaat zijn functionele immuniteit niet wil erkennen dan staat een beroep op die gewoonterechtelijke regel sterker als die vanuit de Nederlandse praktijk kan worden onderbouwd. Tot nu toe is dat niet duidelijk het geval. Ik pleit er daarom voor dat Nederland een duidelijk standpunt inneemt en waar mogelijk daarnaar handelt bij het opstellen van beleidsstukken en in onderhandelingen met staten waar Nederland troepen zal inzetten.