

## GEWELDSMONOPOLIE, GRONDWET EN KRIJGSMACHT

Leonard F.M. Besselink<sup>1</sup>

‘Heraclitus zegt ergens dat alles in beweging is en niets stil blijft staan... De mensen uit de héél-oude tijd zijn krek eender als het merendeel onzer geleerden van nu: bij hun zoeken naar de wezenheid der dingen draaien en keren ze zich om en om, zodat ze er duizelig van worden en vervolgens de indruk krijgen dat het de dingen zijn die aan het ronddraaien zijn gegaan en op alle mogelijke manieren in beweging zijn. En natuurlijk in plaats van hun eigen innerlijke gesteldheid voor die voorstelling aansprakelijk te stellen, geven ze er dan schuld van aan de dingen zelf: de dingen zijn nu eenmaal zo, in de dingen is niets blijvends noch stevigs, zij vervloeien, worden meegesleept en zijn altijd vol van alle mogelijke beweging en wording.’

Socrates<sup>2</sup>

Het constitutioneel recht behelst normen over politieke verhoudingen. Het betreft normen omtrent het politieke systeem. Constitutioneel recht valt niet goed te begrijpen en te bestuderen zonder de autonome veranderingen in het politieke systeem – de veranderingen in het politieke systeem die niet door dit recht worden veroorzaakt – te verkennen.

In deze bijdrage wordt ingegaan op de ontwikkelingen die zich gedurende de laatste decennia in de internationale betrekkingen hebben voorgedaan, in het bijzonder de rol van geweldgebruik door staten. Dit om na te gaan of het VN-stelsel van collectieve veiligheid, het post-1989 tijdperk van globalisering en de *global war on terror* de internationale betrekkingen zodanig hebben veranderd dat de regels omtrent de krijgsmacht die geschreven zijn voor een wereld naar het ‘Westfaalse’ model, nog wel van toepassing kunnen zijn. Is het waar dat de constitutionele regels zodanig verouderd zijn dat zij hun toepassing hebben verloren, zoals wel beweerd wordt – toevalligerwijs net als om hun toepassing wordt gevraagd? En als dat het geval lijkt te zijn, in hoeverre, op welke gronden, en onder welke omstandigheden?

Na een korte methodologische kanttekening, ga ik met het oog op beantwoording van die vraag over tot een korte, noodzakelijkerwijs schetsmatige, beschrijving van die ontwikkelingen in de internationale betrekkingen en de betekenis in dat verband van veranderingen in ‘de krijg’. Vervolgens beschrijf ik de gevolgen voor de uitoefening van het geweldsmonopolie door de staat, dat wil zeggen ‘de macht’, om uiteindelijk te komen tot een bespreking van de betekenis van de constitutionele normen, ‘de Grondwet’, in het huidige tijdsgewricht.

Bij de constitutionele normen staat een drietal grondwetsbepalingen centraal, de bepaling over de taak van de krijgsmacht (artikel 97, eerste lid, Grondwet), de bepaling die de eindverantwoordelijkheid voor de krijgsmacht legt bij de regering (artikel 97, tweede lid, Grondwet) en ten slotte in het kort de bepalingen over de voorwaarden waaronder staatsgeweld door middel van de krijgsmacht kan worden uitgeoefend (artikelen 96 en 100 Grondwet).

---

<sup>1</sup> Bij het schrijven van deze bijdrage, vooral het eerste deel daarvan, heb ik profijt gehad van deelname aan het Europese onderzoeksconsortium CHALLENGE – The Changing Landscape of Liberty and Security in Europe, een Europees onderzoeksprogramma dat door de Commissie van de EU wordt gesubsidieerd onder het Zesde EU Kaderprogramma.

<sup>2</sup> Plato, Cratylus, 402a/411b-c, vertaling Xaveer de Win.

### *Methodologische kanttekening*

Deze bijdrage gaat uit van de premisse dat de *betekenis* van constitutioneelrechtelijke normen in hoge mate hun toepasbaarheid op de immer veranderlijke feiten bepaalt. De betekenis van de norm is daardoor uiteindelijk meer doorslaggevend dan de letter of specifieke vorm van de norm, opdat men de constitutie als betekenis-stelsel niet van haar normatieve kracht berooft. Ik moet dit toelichten met het oog op de te bieden analyse.

De veranderingen in het relevante politieke systeem, dat als het ware de omgeving vormt van de constitutioneelrechtelijke regels, kunnen zodanig groot zijn dat onzeker wordt of ze nog op zinvolle wijze toepasbaar kan zijn. Of een norm nog langer toepasbaar kan zijn, zal ervan afhangen of men een betekenis-kern kan ontwaren in de relevante norm ook onder nieuwe omstandigheden. Vaak zal dat het geval zijn. Normen zijn abstracties, zij abstraheren van de continue veranderingen; zij zijn, zoals Aristoteles reeds vaststelde, algemeen terwijl de omstandigheden waarop zij moeten worden toegepast, altijd concreet zijn. Uit dit inzicht is een speculatieve traditie voortgevloeid, van Augustinus en de scholastici tot en met Grotius, over de 'eewigheid' van de wet, het deelhebben van de tijdelijke wet via de natuur en natuurrecht aan de 'eewige wet', waarbij onveranderlijkheid en veranderlijkheid het vaste begrippenpaar zijn. Hoe de abstracte norm, die zich in zekere zin door zijn algemeenheid onttrekt aan veranderlijkheid van de feitelijke werkelijkheid, toe te passen op die *panta rhei* van de voortdurend veranderende werkelijkheid? Dit nu kan alleen door de betekenis van de norm en de betekenis van de feiten aan elkaar te relateren. Dit opstel is een poging daartoe. Soms kunnen normen hun betekenis hebben verloren omdat er geen zinvolle toepassing meer aan is te geven. Tegelijkertijd is er in de moderne geschiedenis geen periode geweest waarin men *niet* dacht dat de veranderingen nog nooit zo groot zijn geweest als 'thans' het geval is.

### *DE KRIJG*

#### *Westfalen*

Het 'externe' gebruik van geweld door de staat is in de loop van de eeuwen geordend geraakt langs de lijnen van het model van internationale betrekkingen als interstatelijke betrekkingen dat bekend staat als het 'Westfaalse' model. Dit model verwijst naar de Vrede van Westfalen van 1648, enige jaren na de dood van Hugo de Groot, die nochtans vaak gezien wordt als de theoreticus van de normering van geweldsgebruik als tussenstatelijk, internationaal fenomeen<sup>3</sup>, de 'vader van het volkenrecht' – in hoeverre dat terecht is,<sup>4</sup> kan hier in het midden blijven.

Internationale betrekkingen werden interstatelijke betrekkingen, al is dat, zoals bekend, niet van de ene dag op de andere gegaan. Weliswaar was de soevereine gelijkheid wezenlijk onderdeel van het juridisch paradigma,<sup>5</sup> maar kennelijk was dat niet genoeg: de politieke geschiedenis van West-Europa sinds 1648 werd gekenmerkt door voortdurende politieke en militaire allianties van zowel diplomatieke als operationeel-militaire aard, die om een veelheid van redenen werden aangegaan, vooral als het op oorlogvoering aankwam. Dynastieke en economische belangen, gepercipieerde verschuivingen in machtsevenwichten, ideologische motieven, al dan niet terecht gepresenteerd in termen van het veiligstellen van rechten, speelden van de 17<sup>e</sup> tot en met de 20<sup>e</sup> eeuw een belangrijke rol bij het vormen van zulke allianties. In wezen hadden dergelijke krijgsallianties als gemeenschappelijk kenmerk

---

<sup>3</sup> Zie ook de bijdrage van Van Schooten in deze bundel.

<sup>4</sup> Hierover onder meer Peter Haggenmacher's klassieker, *Grotius et la Doctrine de la Guerre Juste*, Publications de l'Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales Geneve, Paris 1983.

<sup>5</sup> Zie P.H. Kooijmans, *The Doctrine of the Legal Equality of States; an inquiry into the foundations of international law*, diss. VU 1964.

het ofwel op enigerlei verevenen van werkelijke of veronderstelde ongelijkheden tussen staten, of juist het veiligstellen van een overwicht over andere staten.

### *Collectieve veiligheid en geweldgebruik onder de VN*

De stelling die ik hier wil verdedigen is dat de beginselen van collectieve veiligheid door de oprichting van de VN en het geweldsverbod van het VN Handvest – niettegenstaande hun hoge en schone ambitie – *geen* wezenlijke verandering hebben gebracht in de aard van internationale betrekkingen zoals die zich naar het Westfaalse model hebben gevormd, maar dat zij, integendeel, dit model eerder versterkt dan verzwakt hebben.

In wezen werd op de idee van allianties als hierboven beschreven, voortgebouwd in het Volkenbondssysteem van collectieve veiligheid, later opgevolgd door het VN-stelsel. Dit stelsel werd, zoals het betaamt, gehuld in de mantel van het recht. Als we afgaan op de contemporaine literatuur, werd van het post-Grotiaanse model van 1648 teruggekeerd naar een Grotiaans wereldbeeld – een visie die vooral in Nederland werd uitgedragen, met name door Leidse volkenrechtsgeleerden, van wie de Grotiaan Cornelis van Vollenhoven met ere moet worden genoemd. Het ‘geweldsverbod’ van respectievelijk het Kellogg-Briand Pact en het VN Handvest versterkte de achterliggende idee van collectieve veiligheid. Maar het stelsel heeft bijna nooit gefunctioneerd zoals het werd uitgetekend, noch ten tijde van de Volkenbond, noch tijdens het naoorlogse VN-systeem, al zijn er uitzonderingen.

Die uitzonderingen betreffen enerzijds klassieke interstatelijke oorlogssituaties, zoals de Korea-oorlog, en na 1989 de klassieke interstatelijke oorlog om Koeweit op basis van een Veiligheidsraadsresolutie in 1991 die geheel kan worden begrepen in termen van de klassieke *bellum iustum*-leer zoals deze functioneerde in het Westfaalse statensysteem. Anderzijds deden zich zowel vóór als na 1989 VN-gelegitimeerde interventies voor in de vorm van interventies in conflicten die deels intra-statelijk, deels internationaal van oorsprong waren. Dat intra-statelijke oorzaken aanleiding waren voor legitimatie van internationaal geweldgebruik, was en is niets nieuws. In deze categoriën (intra- versus interstatelijk) gedacht, is een (inter-)dynastieke aanleiding voor oorlog nauwelijks te onderscheiden van een inter-etnisch conflict, en dit is weer lastig te onderscheiden van politiek-ideologische conflicten. Pure intra-statelijke conflicten waarin de VN een rol speelden ter legitimatie van enige vorm van geweldgebruik, zijn moeilijk aan te wijzen. Deels is dit te verklaren doordat het systeem van Hoofdstuk VII van het Handvest nu eenmaal eist dat er een internationale dimensie is aan een conflict voordat de Veiligheidsraad op bindende wijze een interventie kan legitimeren – maar een heel enkele keer spreekt de Veiligheidsraad van de VN zich uit over puur interne conflicten, zoals zeer recentelijk ten aanzien van Birma.<sup>6</sup> Maar dit gaat (tot op heden) nooit zover dat in een dergelijk geval geweld werd gelegitimeerd door de VN. Het doel van door het VN-Handvest gelegitimeerd geweldgebruik is telkens ‘to maintain and restore *international* peace and security’, hetgeen het bestaan veronderstelt van internationale dimensies, van internationale betrekkingen, dat wil zeggen betrekkingen tussen staten.

Daarbij moet bedacht worden dat door de VN gelegitimeerd geweld daarmee nog geen VN-geweld is. Omdat artikel 43 van het Handvest, dat bedoeld was om een echte militaire VN-macht op te richten onder het oppergezag van de Veiligheidsraad bijgestaan door het Militair Staf Comité, op basis van permanent aan de Raad ter beschikking staande nationale krijgsmachtonderdelen, nooit op die manier ten uitvoer is gebracht, is een ‘VN-actie’ in feite

---

<sup>6</sup> Contrasteer dit met Ethiopië, waar na de demonstraties na de verkiezingen van 2005 tientallen studenten zijn doodgeschoten, honderden dagenlang in detentiekampen werden gemarteld, de oppositieleiders gevangen werden genomen en veroordeeld wegens landverraad, en de tot dan toe vrije pers flink gekortwiekt. Geen VN-orgaan heeft hierover enige uitspraak gedaan. Bij toeval is de Ethiopische regering is een belangrijke strategische bondgenoot van de VS in de *war on terrorism*.

(en zelfs in rechte) een militaire actie niet van de VN, maar van de betrokken lidstaten. Verderop wordt deze stelling nog juridisch en constitutioneel nader gepreciseerd.

Vanuit dit perspectief bezien, en anders dan door juristen wel gedacht is, werd het gebruik van geweld door staten niet zozeer verboden als wel afhankelijk gemaakt van VN-legitimatie. En zelfs deze blijken westerse landen niet altijd nodig te achten, zoals de operaties in Kosovo/Servië (1999) en Irak (vanaf 2003) duidelijk maken.

Het VN-veiligheidssysteem is wat betreft regulering van militair geweld vaak krachteloos gebleken, ook als het ging om belangrijke internationale militaire conflicten die niet alleen voor de onmiddellijk betrokken staten zeer ingrijpende gevolgen hebben gehad. Het voorkwam niet de oorlogen in de ‘marge’ van de Koude Oorlog, zoals de Vietnam-oorlog (1962(?)) hangt ervan af of je feitelijke escalatie en militaire aanwezigheid of zichtbare oorlog telt (dan is het vanaf 1964)-1975), waar de VN geheel aan de zijlijn stond, evenmin de grootschalige oorlog (luchtoorlog, of om nog preciezer te zijn: bombarderingsoorlog) tegen Servië rond Kosovo, en de Amerikaanse oorlog in Irak – één voor één typisch tussen staten gevoerde oorlogen (zij het met quasi intern-statelijke oorzaken).<sup>7</sup>

In termen van internationaal gebruik van militair geweld is het VN-stelsel gebaseerd op de premisse van de internationale betrekkingen als een Westfaals statensysteem. Sterker, het heeft het Westfaalse statensysteem versterkt en gelegitimeerd.

#### *Post-1989 era van globalisering en de het nieuwe veiligheidsdenken na ‘9/11’*

Een invloedrijke opvatting is dat we na de voorlopig grootste omwenteling in Europa in de afgelopen decennia, de ‘Val van de Muur’, afscheid hebben genomen van het Westfaalse model – een en ander zou versterkt zijn door de ontwikkelingen na ‘9/11’. Dit discours insisteert op twee gevolgen: ten eerste de gevolgen voor de aard van de internationale betrekkingen, en ten tweede de gevolgen voor de aard van het gevaar dat militair bestreden moet worden. Ik bespreek ze een voor een.

#### *Het globale lokale*

We leven in een periode van globalisering, *mondialisation* zoals men in Frankrijk zegt, waarin staatsgrenzen van ondergeschikte betekenis zijn geworden, en waardoor staten als actoren een groot deel van de plaats die zij in de internationale betrekkingen innamen, hebben moeten inruimen voor private actoren, ondernemingen, *ngo's*, private en publieke netwerken die tot ver voorbij de staat en de klassieke modellen van bestuur binnen de staat reiken.

Euro-centrisch bekeken, is het ‘theater’ waar zich tijdens de Koude Oorlog een onverhoopt militair conflict zou afspelen, weggevallen. Dit heeft de verhoudingen ook elders in de wereld drastisch veranderd, omdat de welvarende staten hun middelen, zowel hun financiële als hun militaire middelen, op andere wijze konden inzetten.

De globalisering die zich sinds het einde van de Koude Oorlog heeft voorgedaan, maakt het gebruik van de statelijke machtsmiddelen relatief. *Private equity* – fondsen gevormd door private investeerders<sup>8</sup> – heeft een grotere koopkracht dan individuele Europese staten langs fiscale weg kunnen mobiliseren – met alle constructieve en destructieve economische gevolgen van dien. De mondiale economische markt is krachtiger dan de publiekrechtelijk gereguleerde politieke macht. De instrumenten van de rechtsstaat zijn op mondiale schaal dan ook niet effectief. De Europese Unie is het dagelijks bewijs hoe moeilijk het is om

---

<sup>7</sup> Terzijde: de VN speelde evenmin een rol van enige betekenis bij meer intern-statelijke tragedies van na 1989, zoals de afslachtingen in Rwanda, noch de gemengd intra- en inter-statelijke tragedie van de permanente oorlog in Somalië, die symptoom is van de permanente militaire conflicten in de Hoorn van Afrika.

<sup>8</sup> Sinds kort ook ‘*sovereign equity funds*’ van overheden die geld opzij zetten, met name van staten wier *track record* van democratie en respect voor mensenrechten niet uitblinkend zijn zoals China, Rusland, Dubai, Qatar.

rechtsstatelijke beginselen en instellingen zelfs op regionale politieke schaal in te zetten – om het in dit verband over de Verenigde Naties maar niet te hebben.<sup>9</sup>

Een eerste conclusie zou dus moeten zijn dat globalisering tot effect heeft dat zoiets als ‘de internationale betrekkingen’ eigenlijk niet meer bestaat, omdat ‘internationale’ betrekkingen niet goed onderscheiden kunnen worden van ‘nationale’ betrekkingen.

### *Geweld in globale context*

De globaliseringstheorie heeft gevolgen voor de doeleinden van inzet van publiek geweld.

De grenzen zijn steeds relatiever geworden. Wat ‘binnen’ en ‘buiten’ is, wordt niet meer beslist op grond van een territoriaal criterium. Zee- en landsgrenzen zijn relatief geworden. Ze worden gaandeweg vervangen door grenzen tussen personen. []

Grenzen tussen personen zijn belangrijker geworden dan grenzen die langs statelijke lijnen (inclusief die van staatsburgerschap) gedefinieerd worden. Het gevaar dat in bedwang moet worden gehouden door middel van publiek geweld is in die beweging meegegaan. De vijand is niet meer een buitenland, noch zonder meer te lokaliseren in een buitenland. Geweld komt ook niet meer van buitenaf, uit een buitenland; geweld komt van binnenuit. Geweld wordt als het ware naar binnengezogen, is *capilair* geworden, zoals in de moderne literatuur wordt gezegd.<sup>10</sup> Het geweld dat moet worden ingezet om de dreiging van dat geweld om ons heen te overweldigen moet dan ook naar binnen worden gericht, binnen de eigen staat maar ook overal binnen staten elders op de wereld, een wereld die immers globaal geworden is, en het geweld evenzo: Irak en Afghanistan zijn het dagelijks bewijs. Ook de VN, de interstatelijke organisatie *par excellence*, heeft een inmiddels beruchte reeks dwangmaatregelen uitgevaardigd tegen beweerdelijk terroristische natuurlijke personen en private rechtspersonen, op wier eigendommen beslag moet worden gelegd en wier tegoeden moeten worden bevroren. De internationale vijand is nationaal geworden – de vijand is onder ons. In de VS bracht *homeland security* ( een al vóór ‘9/11’ door militairen gelanceerd concept) een enorme omslag teweeg in het veiligheidsdenken nadat de WTC object van een aanslag van binnenuit bleek. Ook in Nederland is dit zichtbaar.

### *DE MACHT*

Voordat we de constitutioneelrechtelijke implicaties van de zojuist geschetste wijzigingen in de internationale betrekkingen bespreken, moeten we eerst nog kort stilstaan bij het geweldsmonopolie van de staat. Daarop is de krijg immers sinds de inauguratie van het Westfaalse model – en de voorlopers daarvan – in hoge mate gebaseerd.

#### *Het geweldsmonopolie als premisse van het Westfaalse stelsel en van de democratische rechtsstaat*

Met de ontwikkeling van het statenstelsel na 1648 werd de interne macht van de staat geconsolideerd. Dit vond zijn weerslag in de soevereiniteitsleer in zijn diverse varianten. Cruciaal was daarin de claim dat de staat het geweldsmonopolie bezit. Binnen het Westfaalse model bestond daardoor een duidelijke samenhang tussen interne soevereiniteit en externe soevereiniteit en de sanctionering daarvan. Het monopolie van geweld binnen de staat dat

---

<sup>9</sup> Men denke aan de onmogelijkheid voor personen om enigerlei rechtsbescherming in te roepen tegen sanctiebesluiten van de Veiligheidsraad die tegen deze personen is gericht, noch op internationaal, noch op Europees en naar alle waarschijnlijkheid al evenmin op nationaal niveau; fundamentele rechtsbeginselen van de democratische rechtsstaat worden aldus geschonden.

<sup>10</sup> Voor een overzicht, zie Didier Bigo, Sergio Carrera, Elspeth Guild, R.B.J. Walker, *The Changing Landscape of European Liberty and Security: Mid-Term Report on the Results of the CHALLENGE Project*, met verwijzingen naar het werk van Dal Lago, Bigo, Jabri, Olsson, Dillon, and Reid.

gevolg was van de interne soevereiniteit van de staat over zijn burgers, was tevens de basis voor de externe soevereiniteit, en voor het extern geweld dat staten tegen elkaar gebruiken.

Ook de liberale rechtsstaat veronderstelde nog immer de idee van de monopolisering van het geweld door de staat. Enerzijds bestond en bestaat binnen liberale rechtsstatelijke opvattingen een benadering die staat en recht vereenzelvigt op grond van een verregaande koppeling van recht aan sancties in de vorm van dwangmiddelen behorend bij de rechtshandhaving. Hierin is de monopolisering van het geweld door de staat de onontbeerlijke premisse. Maar ook in liberale opvattingen waarin niet-statelijke verbanden erkend worden, en dienovereenkomstig ook authentieke rechtsvorming buiten strikt statelijke context wordt erkend, is de uiteindelijke verwerkelijking daarvan slechts door het geweldsmonopolie van de staat te sanctioneren.<sup>11</sup>

Met de opkomst van de democratie in Europa gedurende de eerste decennia van de 20<sup>e</sup> eeuw, werd de democratische legitimering van geweldgebruik noodzakelijk ingrediënt van de democratische rechtsstaat.

Dit wordt in Nederland weerspiegeld in de voor ons onderwerp zeer belangrijke grondwetswijziging van 1922, die beoogde het staatsrecht van de internationale betrekkingen te democratiseren. Het inzetten van de krijgsmacht in internationale gewapende conflicten werd afhankelijk gesteld van voorafgaande toestemming van de Staten-Generaal. Met de opkomst van de democratische staat kwam meteen ook de kwestie van de democratische legitimatie voor gebruik van geweld aan de orde. Ook in een liberale en democratische rechtsstaat lag het wezen van de soevereiniteit van de staat in de monopolisering van het geweld. Ultieme gezagsuitoefening geschiedt door dwangmiddelen.

Het staatsmonopolie op geweld brengt enerzijds een verknoping tot stand van de handhaving van de politieke orde extern, dat wil zeggen tegen van buiten komende dreigingen (andere staten en buitenlandse vijanden), en intern, tegen schendingen van de orde binnen de staat. Anderzijds maakt het een scherp onderscheid mogelijk tussen externe en interne ordehandhaving, tussen krijg (vóór het einde van de Tweede Wereldoorlog bij zijn eigenlijke naam aangeduid als ‘oorlog’, daarna als ‘defensie’) en politie.

Dit laatste, een scherp onderscheid tussen ‘krijg’ en ‘politie’, zien we terug in de vormgeving daarvan in landen als Duitsland en Nederland; het eerste, een verknoping van ‘krijg’ en ‘politie’, is eerder te vinden in landen als Frankrijk en Italië. In Duitsland en in mindere mate in Nederland is er een organisatorische scheiding tussen krijgsmacht en politiemacht, in Frankrijk en Italië valt althans de belangrijkste politiemacht onder het ministerie van defensie. In Duitsland is die organisatorische scheiding gebaseerd op de *Grundgesetz*,<sup>12</sup> en wordt (tot op heden) zeer strikt opgevat. In Nederland is er weliswaar een grondwettelijke basis voor het onderscheid, maar de Grondwet blijkt in dit opzicht niet erg strikt te worden genomen.

### *Geweldmonopolie en privatisering*

Waarschijnlijk deels in samenhang met de mondialisering zijn er ook tendenzen tot privatisering in de organisatie van de krijgsmacht. Dit minstens in twee opzichten.

Enerzijds zijn in Europa bijna alle krijgsmachten ook in de lagere rangen geprofessionaliseerd. Militaire dienstplicht bestaat op papier nog wel, maar komt in de praktijk veel minder voor. Anderzijds heeft de toename van de inzet van de krijgsmacht sinds

---

<sup>11</sup> Aldus in Nederland bijvoorbeeld Dooyeweerd in de eerste helft van de 20<sup>e</sup> eeuw, die met deze opvatting over rechtsvorming (gebaseerd op een wijsgerige ontwikkeling van de leer van ‘soevereiniteit in eigen kring’) zijn tijd ver vooruit was. Pas in de buitenlandse literatuur van de post-moderne late 20<sup>e</sup> eeuw werd iets soortgelijks ingezien.

<sup>12</sup> Zie artikel 87a jo 80a en 115a e.v. *Grundgesetz*, en artikel 35, tweede lid, laatste volzin en derde lid, *Grundgesetz*.

1989 onder gelijktijdige beperking van de financiële middelen, ertoe geleid dat vaker semi-publieke of publiek/private vormen worden gekozen voor het verrichten van logistieke en operationele diensten. De Defensie Telematica Organisatie, de elektronische informatie-infrastructuur die de ruggegraat is van de krijgsmacht, is ‘verzelfstandigd’ in een publiek-private samenwerkingsconstructie. Bij militaire operaties die al dan niet in internationaal verband worden verricht, wordt in steeds grotere mate gebruik gemaakt van de diensten van private ondernemingen. Voor UNMEE (Ethiopië / Eritrea) besteedde de Nederlandse krijgsmacht vele miljoenen bij het uitzendbureau Randstad voor het verrichten van chauffeursdiensten in de grensregio van Ethiopië en Eritrea. Bloeiende ondernemingen als Military Professional Resources, Inc., Sandline International (gebruikt door de Britse regering voor het afleveren van wapens aan opstandelingen in Sierra Leone), Strategic Consulting International, leveren kerndiensten op militair gebied tijdens operaties. Het lijkt daarbij geen doorslaggevend bezwaar te zijn dat hetzelfde bedrijf dat ooit militaire diensten verrichtte voor een van de partijen bij een conflict vervolgens betaald wordt voor het verrichten van militaire diensten aan een onderdeel van een internationale troepenmacht die de betrokken partijen uit elkaar moet houden.<sup>13</sup> Halliburton is intussen een gevleugeld woord geworden bij de Amerikaanse oorlog in Irak, terwijl zelfs diplomaten in Afghanistan en Irak worden beveiligd door private veiligheidsbedrijven omdat de krijgsmacht het te druk heeft met andere taken. Bedrijven als Blackwater en vele andere die noch onder het militair straf- en tuchtrecht vallen, en wanneer zij extra-territoriaal opereren (zoals bijna altijd het geval is) ook niet onder het commune recht, maken, zoals we inmiddels weten, daarbij ook slachtoffers onder de burgerbevolking.

De defensieindustrie is het militaire aspect inmiddels ver voorbij, en is geworden tot veiligheidsindustrie. Defensie is veiligheid is *home security* geworden, en dit in de meest brede zin van het woord. Waar vroeger de defensieindustrie strikt militair georiënteerd was, is dit niet langer het geval. De *global war on terror* – naar goed gebruik onder militairen teruggebracht tot het acroniem *GWOT* – is één noemer waaronder een om zich heen grijpend breed complex schuilgaat van private ondernemingen die veiligheid in hun vaandel dragen,<sup>14</sup> waaronder ook bedrijven die *total surveillance* technologieën ontwikkelen, verkopen en beheren, tegenwoordig vooral voor overheden, maar evenzeer voor particulieren.

Deze ontwikkelingen overziende, lijkt het steeds moeilijker om van een staatsmonopolie te spreken. Wie nu wie onder controle houdt, en daarmee wie nu eigenlijk het geweldsmonopolie bezit, is niet meer altijd duidelijk.

### *Het globalisme voorbij?*

Hoezeer ook de zojuist geschetste situatie zich aan ons opdringt, we moeten ons afvragen of het historisch juist is om de globalistische context te bestempelen als een beslissend nieuw paradigma, dat ons er toe zou nopen de beginselen van de democratische rechtsstaat als achterhaald terzijde te schuiven.

Er zijn tegenstemmen die het geschetste beeld van de context waarin de grondwetsbepalingen omtrent geweldsgebruik door de krijgsmacht functioneren, aanmerkelijk willen nuanceren.

---

<sup>13</sup> Het Amerikaanse Military Professional Resources, Inc. speelde een belangrijke rol bij de operaties in Bosnië, de opbouw en ondersteuning van de Kroatische krijgsmacht (in opdracht van de regering van de VS, blijkens de website van dit bedrijf), nadat het eerder zelf een bijdrage leverde aan Kroatische zijde tijdens de Balkanoorlog begin van de jaren '90; tevens trainde dit bedrijf het Macedonische leger, dat nu nog steeds onder Nederlands en NAVO-toezicht van gewapende conflicten wordt weerhouden. Sandline International heeft een vallei in Papoea Nieuw Guinea schoongeveegd; terwijl het als verlengde arm van de Britten in Sierra Leone belangrijke militaire operaties heeft verricht. In Afrika heeft het intussen ontbonden Zuid-Afrikaanse bedrijf Executive Outcomes in Angola, Congo en Sierra Leone militaire operaties uitgevoerd in opdracht van regeringen.

<sup>14</sup> Voor een van die ondernemingen op consultancy gebied – voor meerdere voorbeelden is Google een handig zoekmechanisme – zie [www.seceur.info](http://www.seceur.info).

Ten eerste wordt erop gewezen dat globalisering het oude statenmodel niet, althans niet zonder meer, verdrongen heeft: het oude model bestaat nog, weliswaar onder nieuwe omstandigheden, maar die omstandigheden hebben het model niet kunnen verdringen of vervangen. Wezenlijke elementen van het oude model bestaan nog immer.

Het afdwingen van internationale ontwikkelingen en besluiten moet praktisch nog in de meeste gevallen worden gebaseerd op de premisse dat dit zonder medewerking van staten, die immers de dwangmiddelen beheersen, niet gaat.

Het gegeven dat het geweldsmonopolie in de nieuwe globalistische context onder druk staat enerzijds van de nieuwe *condottieri*, en de private informatie-technologische aanleveraars (en beheerders) van de moderne informatica-infrastructuur van de staat, en anderzijds van de staatsondermijnende, verblinde gewapende strijders, is niet te ontkennen. Maar het geweldsmonopolie van de staat is altijd in die zin betwist geweest, dat het zich telkens moest herbevestigen tegenover de krachten die dat monopolie wilden uithollen of bestrijden. In de tweede helft van de 20<sup>e</sup> eeuw zijn er meer slachtoffers gemaakt door de IRA, ETA, RAF, Brigade Rosse en hun rechtse tegenhangers, dan door de drie vliegtuigen van 9/11; en zelfs in de VS waren er voor die fatale dag terroristische aanslagen, maar dan gericht tegen de Federatie en de federale overheid, en gepleegd door blanke christenen. De betwisting van het geweldmonopolie is in zijn wezen geen nieuw verschijnsel is; in zijn vorm is zij dat misschien deels wel.

#### *Democratische rechtsstaat en globalisering*

Ook waar het gaat om de waarden van democratische rechtsstaat zijn althans sommige van de met globalisering geassocieerde verschijnselen niet nieuw, noch typisch voor de *age of globalization*. Zo is het waar, dat het globalisme een nieuwe vorm van democratie schept, een vorm van democratie buiten de staat, die zijn eigen wetten en dynamiek kent die zich tegen die van de statelijke democratie in weet te manifesteren. Dit is echter helemaal niet nieuw. Slechts in etatistische rechtsopvattingen zijn buiten de staat bestaande vormen van democratie van onwaarde.<sup>15</sup> Hierbij zijn ook normatieve overwegingen te betrekken. Het geweldsmonopolie dat in hoge mate nog immer bij staten ligt, wordt binnen staten gelegitimeerd door een aantal rechtsstatelijke en democratische beginselen die vooralsnog moeilijk gevonden kunnen worden in alternatieve benaderingen. We noemden al het gegeven dat het toepassen van dergelijke beginselen op een internationale organisatie als de VN zeer problematisch is. Weliswaar zijn er pogingen om ook internationale organisaties te doen onderwerpen aan beginselen van democratische verantwoording – *accountability* – en aansprakelijkheid voor schending van mensenrechten, maar dit alles is nogal rudimentair. Buiten interstatelijke contexten is de legitimatievraag alleen maar nog moeilijker te beantwoorden.

#### *DE GRONDWET*

De analyse van de functie van grondwetsbepalingen in de bovengeschetste context concentreert zich op drie bepalingen:

- a. Artikel 97, eerste lid van de Grondwet, waarin de taakstelling van de krijgsmacht is vastgelegd. Wat behelst deze taakstelling? Bevat art. 97 enige beperking op de mogelijkheid van de krijgsmacht gebruik te maken in de internationale context van het moment? Kan het eigenlijk wel de bedoeling zijn om enige beperking in het

---

<sup>15</sup> Enigszins terzijde zij opgemerkt dat de voorstellen van de Nationale Conventie (2006) in dit opzicht gekenmerkt worden door een zekere constitutionele nostalgie.



geweldgebruik van de overheid door middel van de krijgsmacht aan te brengen in een situatie waarin de belangen van de staat en de internationale rechtsorde bedreigd worden niet alleen ‘van buitenaf’ maar evenzeer van ‘binnenuit’?

- b. Artikel 97, tweede lid, van de Grondwet, dat de eindverantwoordelijkheid over de krijgsmacht bij de regering legt.<sup>16</sup> Wat kan de betekenis nog zijn van een bepaling die de eindverantwoordelijkheid legt bij de regering als de krijgsmacht voornamelijk in multinationaal verband opereert, en dit omdat een nationale krijgsmacht alleen in de huidige internationale context geen rol van betekenis meer kan spelen?
- c. De artikelen 96, eerste lid, en 100, eerste lid, van de Grondwet, de bepalingen over de parlementair-democratische controle over de daadwerkelijke inzet van de krijgsmacht bij de moderne oorlogen.<sup>17</sup> Daarbij ga ik in het bijzonder in op artikel 96.<sup>18</sup> Bij artikel 96 speelt de vraag naar de aard van het gewapend conflict dat de inzet van de krijgsmacht nodig maakt: wat is ‘in oorlog verklaren’, waarover artikel 96 Grondwet spreekt in een context waarin dit geen volkenrechtelijk equivalent heeft, en waarin oorlogen thans anders lijken dan voorheen ooit het geval was? Wat kan de betekenis zijn van zo’n ‘oorlog’ als in deze bepaling zijn in een stelsel van collectieve veiligheid onder het VN Handvest, waarin een geweldsverbod geldt? Wat kan men zeggen over parlementaire controle in verband met het fenomeen van oorlogsvoering in de context van geglobaliseerd geweld? Wat als de ‘oorlog’ een *GWOT* is geworden?

#### *DE TAAK VAN DE KRIJGSMACHT: ONBEPERKTE GEWELDSUITOEFENING?*

De organisatie van het geweldsmonopolie van de staat is constitutioneelrechtelijk relatief onafgebakend. De Grondwet biedt enige bepalingen over het gebruik van de krijgsmacht, maar andere vormen van door de staat gemonopoliseerd geweldgebruik ontberen een duidelijke grondwettelijke inkadering.<sup>19</sup> Indirect kan men zeggen dat de bepalingen over burgerlijke- en strafrechtspraak in hoofdstuk 6 van de Grondwet een basis geven aan aanwending van dwangmiddelen die justitie ter beschikking staan, en aldus een verankering zijn van het geweldsmonopolie van de staat op dit gebied.

Ten aanzien van politiebevoegdheden terzake van handhaving van de openbare orde, het gebruik van dwangmiddelen bij de opsporing van strafbare feiten en het beëindigen van onrechtmatige situaties door bestuurlijke dwangmiddelen als de bestuurlijke dwangsom en

---

<sup>16</sup> Artikel 97 Grondwet:

2. De regering heeft het oppergezag over de krijgsmacht.

<sup>17</sup> Artikel 96 Grondwet: 1. Het Koninkrijk wordt niet in oorlog verklaard dan na voorafgaande toestemming van de Staten-Generaal. Artikel 100 Grondwet: 1. De regering verstrekt de Staten-Generaal vooraf inlichtingen over de inzet of het ter beschikking stellen van de krijgsmacht ter handhaving of bevordering van de internationale rechtsorde. Daaronder is begrepen het vooraf verstrekken van inlichtingen over de inzet of het ter beschikking stellen van de krijgsmacht voor humanitaire hulpverlening in geval van gewapend conflict.

<sup>18</sup> Onder instemmende verwijzing naar de bijdrage van Bovend’Eert over artikel 100.

<sup>19</sup> Opvallend is dat er in Nederland bijna geen constitutioneel discours is over deze verschillende vormen van inzet van het geweldsmonopolie van de statelijke overheid. Ook over de constitutionele aspecten van de *krijgsmacht* moet geconstateerd worden dat er in vergelijking met met name de Duitse rechtswetenschap – die om verklaarbare redenen juist zeer diepgaand over constitutionele aspecten van de krijgsmacht heeft geschreven – weinig wordt gepubliceerd. Ook in dit opzicht lijkt de Nederlandse staatsrechtwetenschap meer op de Britse, die zich eveneens weinig bemoeit met het militaire recht. Van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, 15<sup>e</sup> druk Deventer 2006, hoofdstuk 33, vormt een van de weinige – maar tamelijk beknopte - uitzonderingen. Voor een overzicht dat aanknopingspunten biedt voor een vergelijking van Nederland met het VK, België, Duitsland, Polen en Spanje, zie Georg Nolte (ed.), *European Military Law Systems*, Berlijn 2003. Over andere landen waar het denken over de politieke en constitutionele legitimatie van met name de inzet van de krijgsmacht sinds de jaren ’90 is opgeleefd, te weten Canada, Noorwegen, India, Japan, Duitsland, Rusland, Frankrijk, VK en de VS, zie C. Ku & H. Jacobson (eds.), *Democratic Accountability and the Use of Force in International Law*, Cambridge 2003.

bestuursdwang, moeten we constateren dat deze slechts wettelijk zijn geregeld, en geen duidelijke grondwettelijke of andere constitutioneelrechtelijke verankering hebben.<sup>20</sup>

Wat betreft het hanteren van bestuurlijke dwangmiddelen is het antwoord op de vraag of de inzet van deze vorm van het geweldsmonopolie democratisch gelegitimeerd wordt, afhankelijk van het antwoord op de vraag in hoeverre het betreffende bestuursorgaan onderhevig is aan enigerlei vorm van democratische controle.

#### *De taakopdracht van artikel 97, eerste lid, Grondwet*

In deze relatief onafgebakende organisatie van het geweldsmonopolie van de staat is er slechts één grondwettelijk baken. Dat is de taakomschrijving van de krijgsmacht zoals we die vinden in artikel 97, eerste lid, van de Grondwet:

Ten behoeve van de verdediging en ter bescherming van de belangen van het Koninkrijk, alsmede ten behoeve van de handhaving en de bevordering van de internationale rechtsorde, is er een krijgsmacht.

Deze bepaling is in het jaar 2000 in de Grondwet opgenomen in de laatste fase van de langdurige pogingen de grondwetsbepalingen over de krijgsmacht te ‘moderniseren’.<sup>21</sup> Zij kwam in de plaats van een tweetal bepalingen:

Alle Nederlanders daartoe in staat, zijn verplicht mede te werken tot handhaving van de onafhankelijkheid van het Rijk en tot verdediging van zijn grondgebied.<sup>22</sup>

Tot bescherming van de belangen van de staat is er een krijgsmacht, bestaande uit vrijwillig dienenden en uit dienstplichtigen.<sup>23</sup>

De grondwettelijke grondslag voor de civiele verdediging werd geheel verwijderd, omdat ‘gelet op de ontwikkelingen die sedert het einde van de Koude Oorlog hebben plaatsgevonden in de bondgenootschappelijke samenwerking, er minder aanleiding [bestaat] voor een zwaar accent op de rol van de civiele verdediging. Vermelding van dit element in de Grondwet acht de regering daarom niet langer geboden.’<sup>24</sup>

De burgerplicht tot medewerking aan de handhaving van ‘de onafhankelijkheid van het rijk en de verdediging van zijn grondgebied’ werd uit de Grondwet verwijderd, omdat, zoals de regering het stelde, er ‘geen plaats meer [is] in een moderne Grondwet die zich beperkt tot de hoofdlijnen van ons staatsbestel’.<sup>25</sup>

Van groter belang is dat de regering vond dat de bepaling geen zelfstandige juridische betekenis had, maar slechts een quasi-preambulaire bepaling was die voorafging aan ander grondwetsbepalingen over de militaire dienstplicht en de civiele verdediging. Dit impliceert dat in de ogen van de regering enerzijds grondwetsbepalingen over de krijgsmacht een specifieke juridische betekenis hebben, en anderzijds dat de Grondwet geen louter ideologische bepalingen dient te bevatten over de aard van de politieke samenleving.

---

<sup>20</sup> Men kan nog denken aan de codificatiebepaling van artikel 107 en aan 109 van de Grondwet als indirecte grondslag van overheidsmonopolie op dwangmiddelen.

<sup>21</sup> Het verbod op ‘het in dienst nemen van vreemde huurlegers heeft in hedendaagse verhoudingen geen betekenis meer’ stelde de regering, en daarom werd dit verbod (artikel 100 Grondwet naar de tekst van 1983) ingetrokken, TK 1996–1997, 25 367 (R 1593), nr. 3, p. 2. Dit gaf geen blijk van een vooruitziende blik, nu sedertdien juist de westerse landen veel private bedrijven inhuren bij het verrichten van militaire operaties, zie hierboven.

<sup>22</sup> Artikel 97, eerste lid, Grondwet naar de tekst van 1983.

<sup>23</sup> Artikel 98, eerste lid, Grondwet naar de tekst van 1983.

<sup>24</sup> TK 1997–1998, 25 367 (R 1593), nr. 5, p.3.

<sup>25</sup> TK 1997–1998, 25 367 (R 1593), nr. 5, p. 2.

Als de grondwetgever in de grondwetsherziening van 2000 alleen echt harde juridische bepalingen wilde over de krijgsmacht, wat is dan de juridische betekenis van de nieuwe omschrijving van de taakopdracht van de krijgsmacht?

#### *Juridisch karakter van de taakopdracht*

Juridisch kan een grondwetsbepaling een constituerende, attribuerende of regulerende functie hebben. Dat geldt ook voor de bepaling over de taakopdracht aan de krijgsmacht. Deze kan constituerend zijn, dus de krijgsmacht in het leven roepen, attribuerend, dus bevoegdheden scheppen, of regulerend van aard zijn, dus de uitoefening van elders in Grondwet of wet geschapen bevoegdheden nader reguleren, dat wil zeggen voorwaarden of beperkingen aan de uitoefening daarvan stellen.

De bepaling is in elk geval als constituerend te begrijpen. In Nederland is het – anders dan in Duitsland tussen 1949 en 1956, Japan (sedert het einde van de Tweede Wereldoorlog), en IJsland<sup>26</sup> – nooit omstreden geweest dat we een krijgsmacht hebben. Evenmin is het permanente karakter daarvan – anders dan in het VK, en tijdens de Republiek der Verenigde Nederlanden – problematisch. Veeleer is de aard en inrichting van de krijgsmacht altijd punt van constitutionele zorg geweest. Toch werd bij de grondwetsherziening van 1983 de het wijzigingsvoorstel ter zake van de bepalingen omtrent de krijgsmacht in de Eerste Kamer verworpen onder meer vanwege het ontbreken van een constitutionele bepaling als we thans vinden in artikel 97, eerste lid, van de Grondwet.

Ik laat de kwestie of deze bepaling ook bevoegdheden schept daar,<sup>27</sup> en zal me verder beperken tot de vraag of de bepaling juridische grenzen stelt aan de taak en daarmee aan de inzet van de krijgsmacht.

Het grote verschil tussen de huidige bepaling en haar voorgangers is gelegen in de toevoeging van ‘de handhaving en bevordering van de internationale rechtsorde’. Aanvankelijk was er onzekerheid of de taakomschrijving van vóór 2000 de uitzending van militairen voor deelname aan vredesmissies kon dekken. De regering meende dat uitzending mede strekt tot – in de bewoordingen van artikel 98 oude Grondwet - ‘bescherming van de belangen van de staat’, en dat voor het overige artikel 90 van de Grondwet (‘De regering bevordert de ontwikkeling van de internationale rechtsorde’) een basis bood voor het uitzenden van troepen.

Dat de Tweede Kamer daarin berustte bij elk debat rond een concrete uitzending, verbaast niet: de Tweede Kamer heeft nog nooit om constitutionele redenen een regeringsbesluit afgewezen – waarbij komt dat bij uitzending van militairen het om zulke *high politics* gaat dat een gewoon kamerlid het niet snel zal aandurven om met constitutionele bezwaren te komen. Toen het een keer niet om een concrete uitzending ging maar om het algemene toetsingskader voor de beoordeling van uitzendingen, los van concrete gevallen, kwam een kamermeerderheid echter tot een andere conclusie, die door de toenmalige minister van buitenlandse zaken als volgt werd samengevat:

‘Artikel 98 Grondwet [oud - LB] levert als het ware het constitutionele handvat voor uitzending van militairen ter behartiging van de belangen van de Nederlandse staat. Het is de vraag of daaronder ook valt de inhoud van artikel 90. De bewindsman vond van wel, maar als

---

<sup>26</sup> IJsland – militair bondgenoot van Nederland en lid van de NAVO – en Japan hebben constitutioneelrechtelijk gesproken geen krijgsmacht.

<sup>27</sup> L.F.M. Besselink, De Constitutie en uitzending van militairen voor vredeshandhaving, *TAR* 2001, p. 295-306; G.L. Coolen, De Grondwet en uitzending van militairen, *TAR* 2001, p. 532-533. Over de vraag of de nieuwe bepaling niet voldoende grondslag vormt voor het onvrijwillig uitzenden van dienstplichtigen, zouden deze in daadwerkelijke dienst worden opgeroepen. Van belang hierbij is HR 8 februari 1980, NJ 1981, 334 (UNIFIL), en de vraag of mede uit dit arrest voortvloeit dat een nadere wettelijke grondslag voor zowel dienstplichtigen als beroepsmilitairen vereist is.

de Kamer in meerderheid uitspreekt dat dit niet zo is, dan is er een grondwettelijk probleem.’<sup>28</sup>

In elk geval lijkt dit constitutionele probleem gerepareerd door de aanvulling in de taakopdracht van de krijgsmacht in 2000. Maar hierbij past een kanttekening. De regering zelf namelijk vond de nieuwe aanvulling niet constitutief in de hiernavolgende zin. Blijkens de stukken bij de grondwetsherziening van 2000 ziet de regering de aanvulling niet als een materiële wijziging van de constitutie, maar uitsluitend als codificatie van een reeds bestaande toestand. Ten eerste merkte de regering op dat ‘de handhaving en de bevordering van de internationale rechtsorde weliswaar als een facet van de belangen van het Koninkrijk kan worden gezien, maar niet uitsluitend strekt tot bescherming van die belangen’.<sup>29</sup> Vervolgens preciseerde de regering:

Het vervullen van internationale taken met militaire middelen heeft zich in de afgelopen decennia met brede parlementaire instemming ontwikkeld tot een wezenlijk onderdeel van de taken van de krijgsmacht. De regering acht het derhalve gepast dat deze ontwikkeling tot uitdrukking wordt gebracht in de grondwettelijke doelomschrijving van de krijgsmacht.<sup>30</sup>

De kwestie was niet zonder juridisch belang. Er liep voor de rechter al jarenlang een zaak tegen de minister van Defensie waarin een opperwachtmeester van de Koninklijke Marechaussee had geweigerd deel te nemen aan UNPROFOR in Bosnië Herzegovina ter verrichting van politietaken, omdat een uitzending voor dit doel naar zijn mening niet te brengen viel onder ‘de belangen van de staat’ in de zin van de toenmalige grondwetsbepaling omtrent de taak van de krijgsmacht.

De Centrale Raad van Beroep volgde in deze zaak zonder meer de redenering van de regering.<sup>31</sup> Mede in het licht van de toelichting op de grondwetswijziging ter zake van de taakopdracht van de krijgsmacht, en gezien de gebezigde grondslag voor uitzendingen tot nu toe, die de steun van de Tweede Kamer hadden, kan ook naar het oordeel van de CRvB de oude grondwettelijke taakopdracht van de krijgsmacht, in samenhang met artikel 90 Grondwet een grondslag opleveren voor uitzending, ook tegen de wil van de betrokkene. De CRvB wijkt daarmee duidelijk af van de benadering van de Hoge Raad in het UNIFIL-arrest en van de kamermeerderheid als vertegenwoordigd in de vaste kamercommissies van defensie en buitenlandse zaken, zoals hierboven aangegeven.

Omdat de visie van de regering en het oordeel van de Centrale Raad van Beroep slechts zien op de reeds uitgeoefende taken, lijkt een implicatie van deze visie te zijn dat de taakomschrijving van de krijgsmacht niet exclusief is. Ook buiten de grondwettelijke taakomschrijving en machtiging om kan de krijgsmacht bepaalde taken vervullen. In deze visie is het onontkoombaar, dat de uitoefening van het geweldsmonopolie van de staat door middel van de krijgsmacht niet ten principale gelimiteerd wordt door de Grondwet. Het is de politieke praktijk die constitutionele praktijk vormt – niet andersom.

Op deze visie is uiteraard kritiek mogelijk. Die kritiek ligt in lijn met het legaliteitsbeginsel waaraan de HR in het UNIFIL-arrest hechtte. Een belangrijke reden om de opvatting van de regering niet te volgen, is dat aldus artikel 97 Gw. moeilijk begrijpbaar is. Als de taakstellingsbepaling geen enkele limitatieve betekenis heeft, waarom moest zij dan worden

---

<sup>28</sup> TK 1995-1996, 23 591, nr. 6, p. 11.

<sup>29</sup> TK 1996-1997, 25 367 (R 1593), nr. 3, p. 3.

<sup>30</sup> TK, vergaderjaar 1997-1998, 25 367 (R 1593), nr. 5, p. 2.

<sup>31</sup> CRvB 7 september 2000, TAR 2000, 1444; hoger beroep tegen Rb ‘s-Gravenhage 2 December 1997, TAR 1998,38.

herzien? Een dergelijke herziening is dan niet bijzonder zinvol omdat ook de herziene omschrijving van de taken van de krijgsmacht niet uitputtend is.

Voor een benadering als die van de regering bestaat geen noodzaak. Noch de tekst, noch de betekenis hoeft zo beperkt te worden opgevat als de regering doet.

Het is daarentegen goed mogelijk om de taakomschrijving *wel* als regulerend, en dus als beperkend op te vatten. De taakomschrijving is dan een begrenzing van de taken van de krijgsmacht, waarbuiten geen taak voor de krijgsmacht is weggelegd. Dit zou ook in lijn zijn met het constitutionalistisch gedachtengoed dat bijvoorbeeld in Duitsland wordt aangehangen. Welke specifieke taken werden in het eerste lid van artikel 97 van de Grondwet aan de krijgsmacht opgedragen? En welke beperking ligt daarin mogelijk opgesloten?

#### *Omvang van de taak van de krijgsmacht*

De taakomschrijving die de Grondwet geeft is drieledig:

- de verdediging en bescherming van de belangen van het Koninkrijk,
- de handhaving van de internationale rechtsorde,
- en de bevordering van de internationale rechtsorde.

Met de ‘belangen van het Koninkrijk’ zijn kennelijk ‘staatsbelangen’ bedoeld.<sup>32</sup> Dit was ook de kennelijke bedoeling van de oude formulering ‘bescherming van de belangen van de staat’. In het kader van de modernisering wilde men liever spreken over ‘het Koninkrijk’ om de (overigens juridisch niet helemaal correcte) reden dat ‘de verdediging een koninkrijksaangelegenheid is’.<sup>33</sup>

Terzijde valt op te merken dat het Statuut een eigen definitie kent van deze koninkrijksaangelegenheid, namelijk ‘de handhaving van de onafhankelijkheid en de verdediging van het Koninkrijk’ (zie artikel 3 Statuut), hetgeen een nogal beperktere taak is dan die de Grondwet aan de krijgsmacht opdraagt. Men kan zich afvragen of dit dan niet moet leiden tot Statuutconforme uitleg van de Grondwet.

#### *- staatsbelangen -*

Onder de verdediging en de bescherming van de staatsbelangen valt de ‘normale’ defensietaak die van oudsher gericht is op de verdediging van de onafhankelijkheid en het grondgebied van het koninkrijk. Vooral als neutrale mogendheid was dit voor Nederland de enige eigenlijke taak van de krijgsmacht. Na 1945 is dat in eerste instantie niet veranderd. Onder de zojuist gedefinieerde algemene verdedigingstaak valt ook de verdediging die verricht werd in het kader van de NAVO en de WEU, zo stelde de regering ook bij de grondwetsherziening van 2000 nog buiten twijfel.<sup>34</sup> Deze allianties waren primair gericht op het belang van de handhaving van de eigen politieke en territoriale onafhankelijkheid onder de dreiging vanuit het Oostblok.<sup>35</sup> Reeds in 1959 is gezegd dat dit ook de aanwezigheid van de krijgsmacht (toen grotendeels uit dienstplichtigen bestaand) buiten Nederland kan vergen ‘wanneer de internationale rechtsorde zulks nodig maakt’.<sup>36</sup>

Onder de belangen die de krijgsmacht dient te verdedigen en te beschermen, vallen daarnaast bepaalde, niet op dreigingen vanuit het buitenland gerichte activiteiten. Daartoe behoren

<sup>32</sup> TK 1997-1998, 25 367 (R 1593), nr. 5, p. 6.

<sup>33</sup> TK 1996-1997, 25 367 (R 1593), nr. 3, p. 3.

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> Blijkens artikel 4 van het NAVO Verdrag is de verdedigingsplicht gericht op kwesties die ‘de territoriale integriteit, politieke onafhankelijkheid of veiligheid van een der partijen’ betreffen. Wanneer er sprake is aanval op een van hen die de gezamenlijke verdedigingsplicht activeert, wordt in zeer precieze territoriale termen gedefinieerd in artikel 6 van ditzelfde Verdrag.

<sup>36</sup> Zie Handelingen TK, Buitengewone Zitting 1959, Deel I, 132-162, met name in de interventies van Van Rijckevorsel op p. 158 e.v..

typisch binnenlandse belangen. Als eerste moet erop worden gewezen worden dat één van de vier onderdelen van de krijgsmacht, het Wapen van de Koninklijke Marechaussee, behalve militaire taken ook civiele taken uitoefent op grond van de Politiewet 1993, in het bijzonder grensbewaking, beveiliging van vliegvelden, bewaking van de leden van het Koninklijk Huis, van de Nederlandse Bank, en het verlenen van bijstand aan de civiele politiedienst.

Behalve bijstand door de Koninklijke Marechaussee ‘in bijzondere gevallen’ tot handhaving van de openbare orde en de opsporing van strafbare feiten op grond van artikelen 58 Politiewet 1993, kan op grond van artikel 59 van deze wet ook door andere onderdelen van krijgsmacht bijstand worden verleend. Militairen kunnen ook hulp verlenen bij rampen op grond van artikel 18 van de Wet rampen en zware ongevallen.

Curieus is de *Regeling militaire steunverlening in het openbaar belang 2004* van 5 april 2005 (!) (Stcrt. 2005, 90). In deze ministeriële regeling die geen enkele wettelijke basis heeft, wordt geregeld dat in alle andere gevallen dan die bedoeld in de zojuist genoemde bepalingen van de Politiewet 1993 en de Wet rampen en zware ongevallen, door de krijgsmacht ‘steun’ kan worden verleend aan een minister, commissaris van de koningin, burgemeester of dijkgraaf in het ‘openbaar belang’. Dit laatste begrip is in de beleidsregel gedefinieerd als ‘[e]en belang van een [minister, commissaris van de koningin, burgemeester of dijkgraaf], dat samenhangt met de wettelijke verantwoordelijkheden en bevoegdheden van dat orgaan’ (artikel 1 sub b, jo 1 sub c en artikel 3, Regeling). Steun wordt verleend ‘in situaties op het openbaar belang betrekking hebbend waarin in de gevraagde steun niet, niet tijdig of niet afdoende door het aanvragende bestuursorgaan zelf kan worden voorzien’ (artikel 3 lid 3 Regeling). De minister van defensie beslist over aanvragen tot steunverlening, in spoedeisende gevallen eventueel per telefoon. De minister van defensie wijst een commandant aan, die vervolgens handelt op gezag en onder verantwoordelijkheid van het betreffende bestuursorgaan (minister, commissaris van de koningin, burgemeester of dijkgraaf) (zie artikel 6 Regeling). Aldus kan zonder enige wettelijke basis de krijgsmacht steun verlenen bij de uitvoering van taken door bestuursorganen. Nu zouden we kunnen denken dat het hier gaat om, laten we zeggen, het opruimen van explosieven uit de Tweede Wereldoorlog of het slepen van zandzakken voor dijkverzwaring bij dreigende dijkbreuk. Maar dit wordt al gedekt door de Wet rampen en zware ongevallen (zie artikel 1 en bijvoorbeeld 25 van deze wet). Waarschijnlijk gaat het om net die dingen die niet door deze wet gedekt worden, en dat zijn betrekkelijke kleinigheden zoals het bergen van vliegtuigen uit de Tweede Wereldoorlog of andere explosieven,<sup>37</sup> of het verrichten van andere diensten. Maar strikt genomen volgt helemaal niet uit de tekst van de Regeling dat het daartoe beperkt moet zijn. Alles wat niet onder ‘bijzondere gevallen’ als in artikel 59 van de Politiewet 1993 valt, noch onder de Wet rampen en zware ongevallen – en dat is heel veel – kan aanleiding zijn voor inzet van de krijgsmacht; het hoeft niet te gaan om ‘bijzondere’, ‘buitengewone’ of anders gekwalificeerde gevallen. Wel is het zo dat het betrokken bestuursorgaan moet kunnen aangeven ‘waarom geen opdracht aan civiele marktpartijen kan worden gegund dan wel dient een verklaring van geen bezwaar van de betreffende branchevereniging te worden toegevoegd’ (artikel 3 lid 4 Regeling) – zozeer moet de krijgsmacht nog wel concurrentievervalsing mijden. Voor het overige is alles wat kan strekken tot de betere taakvervulling van een minister, commissaris van de koningin, burgemeester en dijkgraaf op zich voldoende reden voor het invoeren van de krijgsmacht.

Als de regering niet al zou claimen dat de grondwet geen enkele beperking kan opleggen aan de taken van de krijgsmacht, dan zou zij deze taak wel hebben gebracht onder de staatsbelangen vervat in de term ‘belangen van het Koninkrijk’. Kortom, de krijgsmacht kan bijna alles, ook in niet urgente gevallen.

---

<sup>37</sup> Dat de berging daarvan is voorbehouden aan de Explosieven opruimingsdienst van Defensie, heeft slechts een basis in een besluit van de ministerraad van 13

Anders dan het geval is in de Bondsrepubliek, bevat de taakopdracht van de verdediging en bescherming van de belangen van de staat door de krijgsmacht geen inherente grens ten opzichte van de politie, noch in enig ander opzicht. In Duitsland is deze grens zeer strikt en constitutioneel bepaald. Als de *Grundgesetz* vaststelt, dat de krijgsmacht alleen voor de verdediging kan worden gebruikt, dan kan de krijgsmacht voor andere doelen uitsluitend optreden als dezelfde *Grundgesetz* dat uitdrukkelijk toestaat :

*Der Bund stellt Streitkräfte zur Verteidigung auf. [...] Außer zur Verteidigung dürfen die Streitkräfte nur eingesetzt werden, soweit dieses Grundgesetz es ausdrücklich zuläßt.*<sup>38</sup>

Dat gaat heel ver. Als de Duitse strijdkrachten aan een door de VN geautoriseerde multinationale operatie deelnemen,<sup>39</sup> dan is ook onder die omstandigheid de strijdkracht uitsluitend voor ‘defensietaken’ inzetbaar en niet om bijvoorbeeld politietaken als het handhaven van de openbare orde of de opsporing van strafbare feiten te verrichten. Toen in Bosnië Herzegovina op gegeven moment de aldaar resorterende VN-macht de zwarte handel in wapens op een markt wilde beëindigen, hebben de Duitse militairen wel de markt met militaire middelen afgezet en geblokkeerd voor in- en uitgaand verkeer van personen, maar moesten leden van een andere Europese krijgsmacht de feitelijke arrestaties verrichten. Voor Nederlandse militairen is er geen enkele belemmering om in het buitenland politiediensten te verrichten – hetgeen trouwens een van de belangrijkste taken van de Nederlandse krijgsmacht was bij de belangrijker en omvangrijker operaties in voormalig Joegoslavië en elders.<sup>40</sup> De aanwezigheid van zoiets als het wapen der Koninklijke Marechaussee als onderdeel van de krijgsmacht is een aanwijzing dat zoiets mogelijk is; maar ook elk ander krijgsmacht onderdeel kan in voorkomende gevallen politietaken verrichten. Dit geldt, zo zou men denken, behoudens de grenzen die de wet daaraan stelt, maar ook als de wet een grens lijkt te stellen (zoals de Politiewet of de Wet rampen en zware ongevallen) dan kan dat altijd nog door een beleidsregel van de minister van defensie ongedaan worden gemaakt (zie de Regeling militaire steunverlening 2004) – zoveel is zeker: de Grondwet noch het ongeschreven constitutionele recht staan aan het verrichten van politietaken door de krijgsmacht in de weg.

- *handhaving en bevordering van de internationale rechtsorde* -

De belangrijkste toevoeging aan de taakomschrijving die in 2000 werd gerealiseerd, is de uitbreiding naar de handhaving en bevordering van de internationale rechtsorde.

Bij ‘*handhaving van de internationale rechtsorde*’ zou het volgens de memorie van toelichting gaan om vredeshandhavingstaken verricht in de zin van artikel 39 van het VN Handvest.<sup>41</sup>

Het gaat daarbij kennelijk om niet meer dan tekstuele inspiratie. Het is immers mogelijk dat in het kader van de maatregelen daar bedoeld, de Nederlandse krijgsmacht optreedt binnen het kader van haar reguliere verdedigingstaak (dus optreedt ter ‘verdediging en bescherming van

---

<sup>38</sup> Artikel 87a *Grundgesetz*.

<sup>39</sup> Dat dit kan, mits onder uitdrukkelijke goedkeuring van de *Bundestag*, is vastgesteld door het *Bundesverfassungsgericht* in 1994, BVerfGE 90, 286, 381 ff..

<sup>40</sup> Ik wijs erop dat bij de G-8 van juni 2007 in Heiligendamm- Rostock er kennelijk geëxperimenteerd is met het verkennen van de mogelijkheden de grenzen op te rekken, onder meer door inzet van de luchtmacht bij openbare ordehandhaving. Dit stuitte op grote controverse in Duitsland, vanwege de potentiële ongrondwettigheid van het gebruik van zulke middelen.

<sup>41</sup> Artikel 39 VN Handvest: ‘The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security.’ Zie de verwijzing hiernaar in de MvT, TK 1996-1997, 25 367 (R 1593), nr 3, p. 3. Terecht werd er in het Voorlopig Verslag op gewezen dat de tekst van deze bepaling nogal afwijkt van de tekst van de grondwetsbepaling, zie TK 1996-1997, 25 367 (R 1593), nr. 4, p. 4.

de belangen van het Koninkrijk'). Inhoudelijk zal het bij 'handhaving van de internationale rechtsorde' gaan om militair optreden dat niet primair gericht is op de 'belangen van het Koninkrijk' welke in historische zin de belangen behelzen die bestaan in de verdediging van de onafhankelijkheid en het grondgebied van het Koninkrijk, zoals de geschrapte tekst van de Grondwet en de huidige versie van het Statuut het met zo grote precisie zeggen. Het is die handhavings- of verdedigingstaak die niet valt onder de verdediging van de onafhankelijkheid en het grondgebied van het Koninkrijk.

De 'bevordering van de internationale rechtsorde' 'ziet op alle maatregelen die aan de internationale rechtsorde dienstbaar zijn' niet zijnde het optreden in geval van een inbreuk op de internationale rechtsorde, zo stelde de regering bij de behandeling van de grondwetswijziging van 2000.<sup>42</sup>

*Handhaven* van internationale rechtsorde is handelen ter handhaving van het volkenrecht, en impliceert het volkenrechtelijk rechtmatige handelen van de krijgsmacht. Dit is niet vanzelfsprekend het geval bij de derde taak van de krijgsmacht, 'de bevordering van de internationale rechtsorde'. Net als in artikel 90 van de Grondwet, gaat het uitdrukkelijk *niet* om 'handhaving' van de bestaande internationale rechtsorde, die in verschillende opzichten als niet perfect wordt beschouwd.<sup>43</sup> De implicatie is eerder die van bevorderen van *gewenst* recht in plaats van het handhaven van *bestaand* recht. De 'bevordering van de internationale rechtsorde' door middel van de krijgsmacht, maakt het mede mogelijk een nu nog niet bestaande rechtsorde tot stand te brengen langs militaire weg. Niet ten onrechte zijn daarom bij de grondwetsherziening van 2000 – met name van de zijde van het toenmalige GPV, bij monde van Van Middelkoop, de latere minister van Defensie – bij deze derde taak van de krijgsmacht grote voorbehouden uitgesproken.

De militaire werkelijkheid bewijst inmiddels dat handelen in overeenstemming met het geldende volkenrecht inderdaad niet meer een vanzelfsprekende premisse is indien militair optreden dient 'ter bevordering van de internationale rechtsorde': het door bombardementen handhaven van de *no flight zones* in Irak en de operaties in en rond Kosovo, inclusief het bombarderen van objecten buiten Kosovo, het (steunen van het) aanvallen van een staat met het doel door militair geweld het staathoofd van Irak te verwijderen – politiek en moreel gerechtvaardigd als het wellicht allemaal moge zijn, het is naar geldend volkenrecht allemaal uiterst dubieus. Dergelijk handelen werd op het moment dat daartoe werd besloten wel gezien als het bevorderen van de internationale rechtsorde, zo mogen we aannemen.

#### *De constitutionele taakopdracht van de krijgsmacht in het tijdperk van de mondiale oorlog tegen terrorisme*

Zoals we zagen is het regeringsopvatting dat de taakomschrijving van de krijgsmacht geen inherente grenzen oplegt aan de praktijk, welke laatste immers doorslaggevend is. Dit beperkt de betekenis van de taakopdracht tot een ideologische momentopname die geen specifieke juridische betekenis heeft. Vanuit een alternatieve benadering van de juridische betekenis van de Grondwet, is het mogelijk de taakopdracht op te vatten als regulerend, en daarmee als grenzen stellend aan de overheidsactiviteit. Maar wat we zojuist zagen moet ons tot de

---

<sup>42</sup> Nader rapport op advies RvSt, TK 1995-1996, 25 367 (R 1593), B, p. 2: 'De «bevordering van de internationale rechtsorde» heeft evenals die zinsnede in het bestaande artikel 90 van de Grondwet een verdergaande strekking dan de «handhaving» van die rechtsorde en ziet op alle maatregelen die aan de internationale rechtsorde dienstbaar zijn'; MvT, TK 1996-1997, 25 367 (R 1593), nr. 3, p. 4; Nota nav Verslag, TK 1997-1998, 25 367 (R 1593), nr. 5, p. 5-6; Handelingen TK, 13 januari 1998, p. 40-3268; Handelingen EK, 3 maart 1998, p. 22-1073.

<sup>43</sup> Zie 'The Constitutional Duty to Promote the Development of the International Legal Order: the Significance and Meaning of Article 90 of the Netherlands Constitution', in: *Netherlands Yearbook of International Law*, 2003, pp. 89-138.



conclusie brengen dat ook bij een dergelijke normatieve opvatting de taakomschrijving van de krijgsmacht per saldo niet veel beperkender is dan wanneer er geen beperking zou zijn.

De militaire taakopdracht van de ‘verdediging en bescherming van de belangen van het Koninkrijk’ behelst geen inherente grens voor het gebruik van de krijgsmacht ten opzichte van politie. Het is in het kader van de *global war on terror* bijzonder handig dat er geen grondwettelijke belemmering is om de krijgsmacht in te zetten bij politie en openbare ordehandhaving.

Wel echter kan die belemmering gelegen zijn in de wetgeving, maar de minister van defensie lijkt dit via beleidsregels te willen omzeilen (zie de Regeling steunverlening krijgsmacht 2004, hierboven). Hoe dit zij, vooral de Politiewet en de Rampenwet lijken de mogelijkheid tot inzet van de krijgsmacht voor politietaken en andere civiele taken te beperken, zowel voor de Marechaussee als andere krijgsmachtonderdelen. De terreurbestrijding is sedert 2001 inderdaad aanleiding voor discussie over uitbreiding van de taak van de krijgsmacht tot civiele taken, maar met name de reguliere politie is vanoudsher terughoudend de krijgsmacht een grotere rol te geven.<sup>44</sup>

Vooralsnog is een uitgebreidere rol voor de krijgsmacht slechts weggelegd onder de uitzonderingstoestanden die geregeld worden in de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden. Activering van deze rol is echter afhankelijk van de afkondiging van een uitzonderingstoestand als bedoeld in artikel 103 van de Grondwet.

Onder de condities van een *global war on terror* wordt de uitzonderingstoestand in materiële zin de gewone toestand.<sup>45</sup> Dit is de voornaamste strekking van de overheidsinformatie die de Nederlandse regering aan de burgers verschaft over de ‘terreurdreiging’ en ‘rampdreiging’. Het zou niet verbazen als men vroeg of laat door middel van wetgeving een aantal uitzonderingsbevoegdheden die nu voorbehouden zijn aan de formele uitzonderingstoestand, aan de krijgsmacht toe zou willen kennen als ‘normale’ bevoegdheid.

Er is geen grondwettelijk obstakel om dit te doen, nu de taakopdracht van artikel 97, eerste lid, van de Grondwet nauwelijks of geen materiële grenzen blijkt te stellen aan de bevoegdheden van de krijgsmacht. Omdat artikel 103 van de Grondwet niet definieert wat een uitzonderingstoestand is, en de definiëring van zo’n toestand aan de wetgever overlaat, is ook hiervan geen grenzen stellende normering af te leiden. Slechts de wetgever kan grenzen stellen aan de krijgsmacht, de Grondwet doet dat niet.

Voor wat betreft het optreden van de krijgsmacht buiten de landsgrenzen ter ‘bevordering van de internationale rechtsorde’ door middel van de krijgsmacht, zijn we inmiddels ver voorbij hetgeen na de oorlog tot en met de jaren 1980 voor mogelijk werd gehouden. We leven inmiddels in een tijd waarin de militaire strategie niet langer slechts *voorbereidt* op oorlog ten einde de vrede te bewerken, maar men feitelijk ten oorlog dient te trekken om de vrede te veroveren, juist ook als de Nederlandse onafhankelijkheid en het grondgebied van het Koninkrijk niet in het geding is. Dit maakt dat de taakopdracht de internationale rechtsorde voorbij de bestaande rechtsorde te bevorderen door middel van optreden van de krijgsmacht, niet een in alle opzichten geruststellende gedachte is. De Grondwet staat er niet aan in de weg. Sterker, de grondwetswijziging van 2000 heeft dit mogelijk willen maken.

Het past in een mondialiserende internationale context, waarin territoria en onafhankelijkheid niet meer de betekenis hebben van eerste oorlogsdoel. De Nederlandse Grondwet is er klaar voor als men een zo ongrijpbare, moeilijk te definiëren, puur ideologische vijand wil bestrijden in de *global war on terror*.

---

<sup>44</sup> Zie het rapport Politie en krijgsmacht: Hun verhouding in de toekomst. Stichting Maatschappij, Veiligheid en Politie. Dordrecht 2002; R.P.F. Bijkerk and G.P. Hut (eds.), De krijgsmacht binnenslands: bijstand, steun- en dienstverlening door militairen. Instituut Defensie Leergangen, Den Haag 2002.

<sup>45</sup> R. de Lange, Noodrecht en grondrechten, *NJCM-bulletin* 2005, p. 523-550.

### *WIE DRAAGT EINDVERANTWOORDELIJKHEID VOOR DE KRIJGSMACHT?*

Bij zo'n zeer open doelstelling als voor de krijgsmacht in onze Grondwet, wordt de kwestie van politieke controle over de krijgsmacht van enorme betekenis. Hiervoor heeft de Grondwet van oudsher een bepaling, die thans vervat is in het tweede lid van artikel 97: 'De regering heeft het oppergezag over de krijgsmacht.' Men neemt algemeen aan dat deze bepaling tegenwoordig vooral betekent dat de krijgsmacht onder politieke controle staat, niet onder uitsluitend militaire controle. De regeringsverantwoordelijkheid voor de krijgsmacht maakt onder de werking van het leerstuk van de ministeriële verantwoordelijkheid in ons parlementaire regeerstelsel, parlementair-democratische controle en legitimatie van de krijgsmacht mogelijk – hetgeen te meer telt nu de krijgsmacht in de praktijk uit beroepsmilitairen bestaat. Nochtans moeten we het betekenis-potentieel hiervan nader beschouwen, enerzijds de binnenlandse taken van de krijgsmacht in het kader van de *war on terror* en meer in het algemeen, en anderzijds in het licht van het gegeven dat de Nederlandse krijgsmacht te klein is om zelfstandig betekenisvolle acties te ondernemen buiten de landsgrenzen.

#### *De verantwoordelijkheid voor taak van de krijgsmacht binnen de landsgrenzen; de GWOT*

Omdat de eindverantwoordelijkheid voor de krijgsmacht op grond van artikel 97 lid 2 bij 'de regering' ligt, is het defensiebeleid uiteindelijk een regeringskwestie, waarover krachtens artikel 43, derde lid, Grondwet wordt beraadslaagd en besloten door de ministerraad. Wanneer het gaat om principiële kwesties dan moet de minister van defensie, die aan het hoofd staat van het ministerie waarvan de krijgsmacht deel uitmaakt, deze in de ministerraad brengen; de controle over de krijgsmacht is nu eenmaal regeringsaangelegenheid en behoort dus niet tot de uitsluitende individuele bevoegdheid van de minister van defensie.<sup>46</sup>

Het Reglement van orde van de ministerraad bepaalt nergens welke defensieaangelegenheden in de ministerraad moeten worden gebracht. Sinds 1996 bestaat niet langer de Algemene Verdedigingsraad als onderraad van de ministerraad. Deze is toen opgegaan in de Raad voor Internationale en Europese Aangelegenheden, hetgeen aantoont hoezeer defensie-aangelegenheden internationale aangelegenheden zijn geworden. Uit het Instellingsbesluit van deze onderraad kunnen we afleiden dat besluiten over defensiebeleid in de ministerraad worden genomen. Artikel 2 van dit besluit luidt:

De Raad voor Internationale en Europese Aangelegenheden heeft tot taak het voorbereiden van de besluitvorming door de ministerraad over: a. de hoofdlijnen van het internationale beleid, b. alle belangrijke interne en externe vraagstukken betreffende de Europese Unie, de Westeuropese Unie, de Noord-Atlantische Verdragsorganisatie en de Verenigde Naties [...], e. de hoofdlijnen van het defensiebeleid, met inbegrip van belangrijke investeringsbeslissingen, f. de Nederlandse deelneming aan vredesoperaties...<sup>47</sup> In mei 2004 is besloten tot de instelling van een nieuwe onderraad, de Raad voor Nationale Veiligheid. De minister van Defensie maakt hiervan deel uit.

Zoals met alle besluiten van de ministerraad worden ook besluiten omtrent het defensiebeleid van de ministerraad uitgevoerd door een minister. Dat is de minister van defensie degene die

---

<sup>46</sup> Omdat tot de regering ook de koning behoort, zijn er aangelegenheden waarbij de koning expliciet moet worden betrokken. De wetgeving schrijft in een aantal gevallen voor dat besluiten bij koninklijk besluit moeten worden genomen, of door de minister van defensie namens de koning. Dit is het geval ten aanzien van een aantal militaire benoemingen en bevorderingen tot officiersrangen, welke geschieden bij koninklijk besluit of krachtens koninklijk besluit door de minister van defensie, zie artikelen 4 en 27 Amar.

<sup>47</sup> Instellingsbesluit, Stcrt. 1996, nr. 32, p. 6.

de politieke leiding over de krijgsmacht voert, als hoofd van het ministerieel departement is waarvan de krijgsmacht deel uitmaakt.<sup>48</sup>

De minister van defensie doet echter tegenwoordig af en toe een stapje opzij. De curieuze Regeling militaire steunverlening 2004 stipten we al aan: de door de minister van defensie aangewezen commandant ‘handelt op aanwijzing van en onder verantwoordelijkheid van of namens het aanvragende bestuursorgaan’, dat wil zeggen een andere minister, een commissaris van de koningin, een burgemeester of een dijkgraaf. Men mag aannemen dat de minister van defensie, althans de regering, bevoegd is om te allen tijde de ‘steunverlening’ te beëindigen, en dus de relevante militairen weer onttrekken aan het gezag van het bestuursorgaan. Zou dat niet zo zijn, dan zou de regering het ‘oppergezag’ niet meer hebben, en dus de Regeling in strijd zijn met artikel 97 lid 2 Grondwet. Bovendien bevat de Regeling in artikel 7 een soort bezwaarregeling waarbij de minister van defensie uiteindelijk een beslissing daarover neemt. Deze wat ingewikkeld ogende procedure lijkt te waarborgen dat de minister ook op operationeel niveau de uiteindelijk beslissende instantie is, zodat op die manier het oppergezag dat hij namens de regering uitoefent gewaarborgd is.

De *global war on terror* heeft echter nog een paar uitzonderingen geschapen op de positie van de minister van defensie als hoofd van het ministerie waarvan de krijgsmacht deel uitmaakt. Uit een koninklijk besluit van 14 december 2005, inzake de tijdelijke herindeling ministeriële taken in geval van een terroristische dreiging met een urgent karakter,<sup>49</sup> blijkt dat zelfs de bevoegdheid om op grond van de Politiewet 1993 en de Wet rampen en zware ongevallen de krijgsmacht in te zetten, onttrokken wordt aan de bevoegdheid van de minister van defensie en verschuift naar de minister van justitie. Dit gebeurt ‘voorzover de onverwijld uitoefening daarvan noodzakelijk is om maatregelen te nemen ter voorkoming van een terroristisch misdrijf als bedoeld in artikel 83 van het Wetboek van Strafrecht of om op voorhand de gevolgen daarvan te beperken en indien overleg of overeenstemming over die maatregelen tussen Onze Minister van Justitie en die andere minister niet mogelijk is binnen de beschikbare tijd’ (artikel 1 KB 14 december 2005).

We moeten vaststellen dat bij binnenlandse inzet van de krijgsmacht vooral door de *GWOT* de normale zeggenschap over de inzet van de krijgsmacht niet meer altijd berust bij de minister van defensie. Dit kan worden gezien als een symptoom van de algemene inzetbaarheid van de krijgsmacht.

#### *Nationale politieke controle in internationale context: de provinciale constitutie*

Sinds Nederland zijn traditionele neutrale buitenlandse politiek opgaf toen we door de Duitse bezetting betrokken raakten bij de Tweede Wereldoorlog, is Nederlandse defensiepolitiek tot internationale politiek geworden. Als klein land dat de middelen niet kan opbrengen om een krijgsmacht paraat te hebben die elke dreiging kan afwenden, werd ingezien dat de nationale defensie afhankelijk is van bijstand van andere krijgsmachten, in de praktijk van de Verenigde Staten, zo mogelijk bijgestaan door andere Europese landen. Alleen door middel van actieve

---

<sup>48</sup> Dit vloeit onder meer voort uit het Algemeen organisatiebesluit Defensie 2005, Stcrt 2005, 11 (Stcrt 2005, 170, wijziging Stcrt 2007, 40). Er is in termen van het militair tucht- en strafrecht geen relatie van boven- en onderschikking tussen een militair en een niet-militairen, zie artikel 67 Wetboek militair strafrecht. Dit schermt tot op zekere hoogte de krijgsmacht af van de politiek verantwoordelijke en bevoegde bewindslieden. Een militair heeft echter een eventuele opdracht van de minister van defensie (of enige andere bevoegde burger) op te vatten als een ‘dienstopdracht’ op grond van artikel 137 Algemeen militair ambtenarenreglement (verder: Amar), waarvan de niet naleving een tucht- en strafrechtelijke delict oplevert. De minister van defensie kan op grond van artikel 9, tweede lid, onder a, van het Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht, Stb 1999, 497, dienstvoorschriften uitvaardigen welke eveneens door het militair straf- en tuchtrecht worden gehandhaafd.

<sup>49</sup> Stb. 2005, 662.

militaire allianties in Europees en Atlantisch verband was een effectieve defensie te organiseren.

Toen men na beëindiging van de Koude Oorlog de typisch Nederlandse roeping ontwikkelde om de krijgsmacht ook in te zetten voor het handhaven en bevorderen van de internationale rechtsorde geheel buiten de gevallen van landsverdediging om, was al helemaal evident dat het onmogelijk was dit autonoom te doen. Een zelfstandig opereren van de krijgsmacht is daarom praktisch illusoir geworden. Men kan zich afvragen of bij die stand van zaken aan de nationale grondwetsbepalingen een betekenis toekomt die het optreden binnen de landsgrenzen overstijgt. Aannemelijk is dat dat het geval is, zulks in overeenstemming de constitutionele praktijk in omliggende landen.

#### *De relevantie van het nationale oppergezag in internationale context*

De bepaling over het oppergezag van de regering is een mooi voorbeeld van betekenisverandering door verandering van de context, terwijl de tekst hoegenaamd ongewijzigd bleef. Dit geeft deze bepaling tevens potentieel in een tijdperk van internationalisering en globalisering.

De algemeen aanvaarde uitleg van deze bepaling, namelijk dat deze de politieke en parlementair-democratische controle over de krijgsmacht door de werking van de ministeriële verantwoordelijkheid stipuleert, was niet de oorspronkelijke betekenis van deze bepaling. De bepaling is in wezen dezelfde als die van de Grondwet 1815, maar de betekenis is sterk veranderd. Oorspronkelijk beoogde de bepaling eenvoudigweg de koninklijke controle over de krijgsmacht te vestigen, en maakte de koning tot opperbevelhebber.<sup>50</sup> Daarmee werd teruggegrepen op de situatie onder de Republiek, waarin de stadhouder legeraanvoerder was. Dit was de belangrijkste functie van de Oranjes in de geschiedenis van Nederland tot dan toe, en het is geen toeval dat Willem I dit graag in de Grondwet van het Koninkrijk zag vastgelegd. Het is evident dat de context van de ontwikkeling van het parlementaire stelsel aan de bepaling een geheel andere strekking van het grondwetsartikel heeft gegeven. Hoezeer dit ook aan de nationale context gebonden is, de bepaling heeft *allerminst haar betekenis verloren* in het tijdperk van internationale militaire samenwerking van na de Tweede Wereldoorlog, toen tot het eind van de jaren '80 de bondgenootschappen van NAVO en WEU van cruciaal belang waren. Al evenmin heeft de bepaling haar betekenis verloren na de beëindiging van de Koude Oorlog, toen het handhaven en bevorderen van de internationale rechtsorde ook buiten de context van de NAVO tot taak van de krijgsmacht is geworden.

In de geschetste internationale context heeft artikel 97, tweede lid, van de Grondwet tot strekking dat de ultieme bevelsbevoegdheid (*command and control*) over de eenheden van de krijgsmacht die deelnemen aan multinationale en internationale operaties, uiteindelijk bij de Nederlandse regering ligt, tenzij een in overeenstemming met artikel 91 lid 3 van de Grondwet (dat wil zeggen, met ten minste twee derden van de stemmen door beide kamers der Staten-Generaal) goedgekeurd internationaal verdrag anders bepaalt.

Dit doet overigens geen afbreuk aan de 'nationale' functie van democratische legitimering van de krijgsmacht die in deze bepaling besloten ligt, integendeel.

#### *Command and control*

Nooit eerder is de Nederlandse krijgsmacht bij zoveel internationale militaire missies en operaties betrokken geweest als sinds het einde van de Koude Oorlog het geval is. De bepaling over de juridische en politieke eindverantwoordelijkheid – het 'oppergezag' – over de krijgsmacht moet in deze internationale context worden begrepen. Samenwerking in meer of minder geïntegreerde multinationale en internationale militaire verbanden heeft een nieuwe

---

<sup>50</sup> Artikel 59 Grondwet naar de tekst van 1815: 'De Koning heeft het oppergezag over de vloeten en legers.' In de tekst van 1814, artikel 39: 'De Souvereine Vorst heeft de beschikking over de vloeten en de legers.'

betekenis gegeven aan de bepaling. Juist vanwege de telkens verschillende vorm en structuur van de internationale samenwerking in de veelheid van verschillende verbanden is zij des te belangrijker geworden. Zou dit anders zijn dan politieke verantwoordelijkheid voor de daden van de Nederlandse krijgsmacht in veel gevallen ontbreken. Dit zou onvereenigbaar zijn met de waarden en beginselen van de democratische rechtsstaat.

Een vergelijking met andere landen leert dat ook de krijgsmachten van onze bondgenoten telkens de politieke en juridische eindverantwoordelijkheid over de eigen krijgsmacht gegarandeerd willen zien, juist wanneer het gaat om multi- of internationale militaire samenwerkingsverbanden.<sup>51</sup>

Een analyse van de Nederlandse praktijk leert dat dit daadwerkelijk ook in Nederland het geval is: de Nederlandse regering (in voorkomend geval de Koninkrijksregering) oefent uiteindelijke politieke controle en verantwoordelijkheid over de Nederlandse krijgsmacht uit. Dit vindt zonder meer zijn grondslag in artikel 97, tweede lid, van de Grondwet, dat het oppergezag over de krijgsmacht in de regering vestigt.

Praktisch gesproken wordt dit behoud van oppergezag gerealiseerd doordat een eenheid van de Nederlandse krijgsmacht zowel als individuele Nederlandse militairen, te allen tijde door de regering, door middel van een aanwijzing van de minister van defensie kunnen worden onttrokken aan het gezag van een buitenlandse of internationale bevelvoerder.

Deze constructie is vaste internationale en Nederlandse praktijk. Het relevante militaire jargon is ontwikkeld in het kader van de NAVO, waarbij het onderscheid tussen *full command* en *operational command and control* essentieel is.<sup>52</sup> Binnen de internationale en multinationale samenwerkingsvormen wordt het meestal als volgt gesteld. *Full command* betreft 'de volledige bevoegdheid opdrachten en aanwijzingen te geven aan militaire eenheden over alle aspecten van militaire operaties'. *Full command* blijft altijd de nationale verantwoordelijkheid van troepenleverende landen en wordt nooit overgedragen.<sup>53</sup> In ons land berust deze bij de Chef Defensiestaf, onder politieke verantwoordelijkheid van de minister van Defensie. De Chef Defensiestaf heeft, uit hoofde van diens *full command*, de bevoegdheid zo nodig de eenheden weer te onttrekken aan het bevel van de internationale commandant.<sup>54</sup> *Operational*

---

<sup>51</sup> Zie terzake de verschillende hoofdstukken in *European Military Law Systems*, voetnoot 19.

<sup>52</sup> Dit onderscheid komt mede voort uit Amerikaanse bezorgdheid over het behoud van nationale zeggenschap over de inzet van de Amerikaanse krijgsmacht ook in NAVO verband. In 1949 was er de Amerikaanse regering en in het bijzonder ook het Congres zeer veel aan gelegen om elk automatisme in de militaire bijstand te voorkomen, ook in NAVO verband. Hoewel er in Nederland een vrij wijd verbreid misverstand bestaat over de strekking van artikel 5 van het NAVO Verdrag, moet worden vastgesteld dat de Verenigde Staten erop insisterde dat ook in het verdedigingsgeval van artikel 5 NAVO Verdrag geen juridische verplichting tot het verlenen van militaire bijstand zou ontstaan. Ook het advies van de Raad van State inzake het plaatsen van kruisvluchtwapens van 1983 ging op dit punt in. Zie ook W. Werner, Artikel 5 van het NAVO-verdrag, *MRT* 2001, p. 373-377 en daarbij aansluitend Van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, 15<sup>e</sup> druk Deventer 2006, hoofdstuk 33; zie vooral ook Michael Glennon, The United States: democracy, hegemony, and accountability, in *Democratic Accountability and the Use of Force in International Law*, C. Ku and H.K. Jacobson(eds.), CUP 2003, p. 323 ff., 334.

<sup>53</sup> TK 2000-2001, 26 454, nr. 18, p. 2.

<sup>54</sup> Zie TK 2000-2001, nr. 18. Zie ook het zgn. (herziene) Toetsingskader 2001, TK 2000-2001, 23 591 en 26 454, nr. 7, p. 7, dat door de regering wordt toegepast bij uitzendingen van Nederlandse eenheden van de krijgsmacht bij crisisbeheersingsoperaties, onder het hoofdje bevelsstructuur: 'ook een duidelijke bevelstructuur is een voorwaarde voor doeltreffend militair optreden. Situaties waarin bevelslijnen met verschillende internationale organisaties bestaan («dual key»), moeten worden vermeden. «Full Command», het hoogste gezag, blijft altijd een nationale verantwoordelijkheid en berust voor uitgezonden eenheden bij de CDS onder de politieke verantwoordelijkheid van de minister van Defensie.'

Eerder ook in TK 1995-1996, 23 591, nr 6, p. 12-13, de minister van defensie over het onderscheid full command en operational command and control, in antwoord op kamerlid Sipkes, die 'moeite [had] met het criterium dat de Nederlandse regering het full command houdt. Staat dat niet haaks op het multinationale karakter van een bepaalde operatie? Als alle andere landen besluiten hun eenheden terug te trekken, wat blijft er dan over van de internationale afspraken?' (p. 10): 'Hoe kan full command worden onderscheiden van het

*command or control* kan uit de *full command* worden afgesplitst, en kan in multi- en internationale context worden overgedragen, zoals ook daadwerkelijk gebeurt in het kader van NAVO samenwerking en internationale operaties in VN-verband.<sup>55</sup> Zulke overdracht van *operational control* is gebonden aan het operatieplan van de betreffende missie, en wanneer men zich buiten dit plan beweegt, dan is het aan 'Den Haag' om aanwijzingen te geven, hetgeen tevens gebeurt als om zwaarwegende redenen aanvullende voorwaarden worden gesteld, zoals gebeurde toen tijdens de Kosovo bombardementen 'Den Haag' na enige tijd het gebruik van clusterbommen verbood.

Telkens wanneer een Nederlandse militair wordt geplaatst onder het gezag van een buitenlandse (of internationale) commandant, dan moet worden aangenomen dat dit voorwaardelijk is, en wel in die zin dat een Nederlandse militair in beginsel kan worden onttrokken aan het buitenlands (of internationaal) gezag. De functie van *liaisons* in multi- en internationale militaire operaties en samenwerkingsverbanden is in de praktijk dan ook een zeer belangrijke (en omvangrijke). Sinds 1995 is het Nederlandse praktijk dat aan elke uitgezonden eenheid die aan een multinationale operatie deelneemt, een contingentscommandant is toegevoegd die tot taak heeft rechtstreeks te rapporteren aan de Chef Defensiestaf. Deze contingentscommandant staat buiten de bevelslijnen van de buitenlandse of internationale commandant en de eenheden die aan de operatie deelnemen.<sup>56</sup> Aldus is verzekerd dat er een bevelslijn is naar de minister van defensie, en de gezagsverhouding tussen de Nederlandse militairen en de minister van defensie (regering) behouden blijft.

---

operational command en kunnen autoriteiten van het betrokken land zich ook bemoeien met dat operational command? Full command is een aspect van soevereiniteit. Ook als een land troepen ter beschikking stelt van een internationale organisatie behoudt het het full command, maar het stelt wel zijn troepen onder het operationele commando van de vredesoperatie. Dat operationele commando kan worden overruled als zo'n internationale of ad hoc coalitie plotseling dingen gaat doen die helemaal buiten het mandaat liggen en waarvoor de troepen dus niet ter beschikking zijn gesteld. Het opperbevel over Nederlandse militairen berust en blijft bij de regering, ook als de militairen onder het gezag van een internationale organisatie of een ad hoc coalitie zijn gesteld. Voor het doel van de operatie zijn de militairen weliswaar onder het operationele commando van de bevelvoerders van de actie geplaatst, maar het full command blijft bij de Nederlandse regering. Dat is zelfs het geval bij acties in NAVO-kader met toch de meest geïntegreerde commandolijnen, want dat is een bondgenootschap van soevereine staten. Een en ander houdt natuurlijk wel in dat een regering zich niet met de operationele bevelvoering mag bezighouden tijdens de uitvoering van een vredesoperatie, maar dat verhindert haar overigens niet om op politiek niveau een mening te geven over de vraag of bepaalde activiteiten al dan niet verstandig zijn.' Tevens kamerlid Bakker als voorzitter van de TK Cie Bakker, Handelingen TK 2000-2001, 9-610, lk-mk: 'regeringen die eenheden ter beschikking stellen van een vredesmacht behouden in beginsel zoveel mogelijk zeggenschap over die nationale contingenten, zonder dat dit ten koste gaat van de operationele commandovoering en de effectiviteit van de vredesmacht. In de praktijk wordt een deel van de bevoegdheden van het zogenaamde full command overgedragen aan de force commander van de vredesmacht, die het operational command krijgt. De nationale overheid blijft echter steeds bevoegd om in te grijpen in de operationele taakuitvoering van het eigen contingent. Zij kan dat zelfs geheel terugtrekken. Gewijzigde situaties, een herziening van het mandaat bijvoorbeeld, kunnen voor de regering aanleiding zijn om de Nederlandse bijdrage aan de operatie opnieuw te bezien. De minister blijft altijd eindverantwoordelijkheid houden voor de Nederlandse militairen tijdens het verloop van de uitzending. Hij moet daarover verantwoording afleggen en informatie verschaffen aan de Kamer. Overigens heeft dezelfde minister ook wel invloed op de gang van zaken. Ik wijs op de Nederlandse zorgen bij de bevoorrading van Unprofor of op de invloed van de luchtacties van het vorig jaar, het stoppen met een bepaald type clusterbommen, enz. Ten slotte is het sinds een paar jaar gebruikelijk om bij grotere uitzendingen een Nederlandse contingentscommandant te benoemen, die onder direct bevel staat van de chef defensiestaf en die overleg voert met de commandant van de Nederlandse eenheden en de force commander over de uitvoering van de missie.'

<sup>55</sup> In het Navo-kader wordt *operational command* overgedragen aan SACEUR of SACLANT, de *major NATO commanders*, terwijl in ander verband aan andere commandanten het *operational control* wordt overgedragen, in de regel de *Force Commander* van de betreffende operatie (er worden wisselende betitelingen gebruikt); TK 2000-2001, 26 454, nr. 18, p. 2.

<sup>56</sup> TK 2000-2001, 26 454, nr. 18, p. 2-3.

De van oorsprong NAVO-term *full command* leidt soms tot verwarring. Strikt genomen omvat *full command* immers ook *operational command and control*. Wat bij overdracht van *operational command and control* overblijft, is het uiteindelijke gezag en de eindverantwoordelijkheid, die zolang operationele bevels- en gezagsbevoegdheid bij een buitenlandse of internationale bevelvoerder ligt, in zekere zin dus niet *full* is. De term van artikel 97, tweede lid, van de Grondwet is wat dit betreft duidelijker dan het het militaire NAVO-jargon: het gaat om het oppergezag dat bij de nationale regering blijft óók wanneer het gaat om multinationale of internationale militaire operaties.

Er is nog een militairrechtelijk element rond internationale militaire samenwerking dat vaak weinig gekend wordt, en de juridische vormgeving van *command and control* in de verhouding tussen een Nederlandse militair en een buitenlandse bevelvoerder betreft. In de regel bestaat er geen vorm van onderschiktheid en bovengeschiktheid in de zin van het Nederlandse militaire recht tussen een Nederlandse en een buitenlandse militair.<sup>57</sup> In theorie is het mogelijk dat door middel van een koninklijk besluit een Nederlandse militair naar Nederlands recht in een positie van ondergeschiktheid aan een buitenlandse militair wordt gebracht, zodat de bevelsbevoegdheid in militairrechtelijke zin aan een buitenlander kan worden overgedragen, met de krijgs- en strafrechtelijke sanctionering daarvan ingeval een Nederlandse militair daaraan niet zou gehoorzamen.<sup>58</sup> Van deze mogelijkheid is echter – voor zover schrijver dezes heeft kunnen achterhalen – tot dusverre geen gebruik gemaakt. De constructie die in de praktijk wordt gebruikt om het desalniettemin mogelijk te maken dat een Nederlandse militair aan een buitenlandse militair gehoorzaamt op een wijze die naar Nederlands straf- en tuchtrecht gesanctioneerd kan worden, is een andere en veel indirectere: op grond van artikelen 136 e.v. van het WMSr dient een Nederlandse militair alle dienstvoorschriften na te leven; het Algemeen militair ambtenarenreglement (Amar) valt onder de definitie van dienstvoorschrift in de zin van artikel 135 WMSr; artikel 137 Amar is een militair verplicht ‘de hem opgedragen werkzaamheden en/of diensten naar beste vermogen te vervullen, en de uit dien hoofde voor hem geldende voorschriften en orders te kennen’; tot die werkzaamheden en diensten behoren de opdrachten van een buitenlandse militair onder wier gezag een Nederlandse eenheid is geplaatst.<sup>59</sup>

Zowel het voorbehoud van *full command* in de zin van oppergezag, als de indirecte wijze waarop de gehoorzaamheidsplicht, die inherent is aan de structuur en het functioneren van de krijgsmacht, in internationaal-militaire context wordt afgedwongen (namelijk via het nationale straf- en tuchtrecht), tonen aan dat in de praktijk uiterste zorg in acht wordt genomen om de uiteindelijke politieke controle over de Nederlandse krijgsmacht te behouden. Uiteraard betekent dit evenzeer dat op die manier de ministeriële verantwoordelijkheid voor

---

<sup>57</sup> Zie artikel 67 jo 60 van het Wetboek van militair strafrecht (WMSr).

<sup>58</sup> Zie artikel 67a jo 60a WMSr in samenhang met artikel 75a WMSr.

<sup>59</sup> Zie G.L. Coolen, Dienstopdrachten gegeven door buitenlandse militairen, *MRT* 1996, p. 238-241. Deze constructie lijkt enigszins op de Duitse constructie van de *Anweisung zur Zusammenarbeit*, in die zin dat het een Nederlands dienstvoorschrift is op grond waarvan een Nederlandse militair een opdracht van een buitenlandse gezagsdrager dient uit te voeren. In Duitsland wordt echter een concreet (Duits) bevel om te gehoorzamen aan de buitenlandse superieur toegevoegd. Schrijver dezes is geen geval bekend van na de Tweede Wereldoorlog waarin een Nederlandse eenheid of militair is bevolen een buitenlandse militair te gehoorzamen. In Nederland zou slechts de plaatsing van de eenheid onder buitenlands of internationaal gezag kunnen gelden als een dergelijk bevel, maar het is de vraag of dit werkelijk gelijk te stellen is met een bevel een buitenlandse of internationale militair te gehoorzamen – het ligt niet voor de hand, omdat dit in strijd zou raken met de regeling van het WMSr bedoeld in de vorige voetnoot. Vgl. artikel 125 WMSr: ‘Onder een dienstbevel wordt verstaan een bevel dat enig militair dienstbelang betreft en gegeven is door een meerdere aan een mindere.’

de krijgsmacht behouden blijft bij deelname aan multi- of internationale missies en operaties. Het verbaast daarom niet dat de regering het standpunt heeft ingenomen dat

‘[d]e overdracht van Operational Command of van Operational Control over Nederlandse eenheden aan een internationale commandant kan de ministeriële verantwoordelijkheid in staatsrechtelijke zin niet [kan] beperken.

De minister van Defensie draagt de verantwoordelijkheid voor de instemming met het operatieplan, de (gedeeltelijke) overdracht van commandobevoegdheden (inclusief de voorwaarden die daarbij worden gesteld en de naleving daarvan) en het oordeel dat een operatie wordt uitgevoerd binnen de voorwaarden die het operatieplan stelt. Voorts is de minister verantwoordelijk voor besluiten die hij neemt in het geval hij van oordeel is dat de internationale commandant het operatieplan te buiten gaat.

Hetzelfde geldt in het geval hij besluit nadere voorwaarden te verbinden aan de inzet van de Nederlandse eenheden. De terughoudende opstelling van de regering die hierboven is uiteengezet, berust dan ook niet op een beperking van de ministeriële verantwoordelijkheid, maar op het uitgangspunt dat de operationele commandant in de gelegenheid moet worden gesteld, binnen de voorwaarden van het operatieplan, zijn gezag uit te oefenen teneinde de militaire opdracht uit te voeren die in internationaal overleg is vastgesteld. De Kamer kan de minister te allen tijde op zijn verantwoordelijkheden aanspreken.’<sup>60, 61</sup>

### *Onder buitenlands gezag geplaatste eenheden van de Nederlandse krijgsmacht*

Het plaatsen van een Nederlandse militair onder het *uitsluitende* gezag van een buitenlandse of internationale bevelvoerder is moeilijk denkbaar zonder te interfereren met artikel 97, tweede lid, van de Grondwet. Behoudens een aanstonds te noemen uitzondering, zien we dan ook dat in de Nederlandse praktijk van internationale militaire samenwerking het oppergezag over de krijgsmacht behouden blijft.

De implicatie hiervan is dat een verdrag waarbij niet slechts *operational control* of *operational command* wordt overgedragen, maar ook de eindbevoegdheid en eindverantwoordelijkheid zou worden overgedragen aan een buitenlandse regering of commandant of internationale organisatie met rechtspersoonlijkheid terzake, de goedkeuring zou vergen van ten minste twee derden van de stemmen in beide kamers van de Staten-Generaal, omdat een dergelijk verdrag afwijkt van artikel 97, tweede lid, van de Grondwet.

Er is slechts één verdrag bekend waarbij, zij het alleen ten aanzien van één specifieke militaire taak, namelijk het wachtlopen, Nederlandse militairen onder het uitsluitende gezag van een buitenlandse, te weten: Duitse, militair zijn gesteld. Dit betreft het Eerste Duits-Nederlandse Legerkorps, officieel ‘1 (Duits/Nederlandse) Legerkorps’, de meest

<sup>60</sup> TK 2000–2001, 26 454, nr. 18, p. 3.

<sup>61</sup> Aansprakelijkheid is een belangrijk ander aspect dat samenhangt met de bepaling over het oppergezag. Verdedigbaar is dat uit artikel 97 lid 2 Grondwet voortvloeit dat de Staat in beginsel aansprakelijk blijft voor hetgeen een Nederlandse militair die deel uitmaakt van een multi- of internationale krijgsmacht overkomt. Deze kwestie van aansprakelijkheid reikt van de weduwes en moeders van Srebrenica tot de echtgenoten en kinderen van gewonde en gedode militairen. Een zaak waarin alle denkbare constitutionele problemen rond verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid tijdens multi- of internationale militaire missies aan de orde zijn gekomen, maar met een teleurstellend resultaat voor wie had verwacht dat deze door de rechter beslecht zouden worden, is de zaak van Peter Schoonenwolf. Deze maakte deel uit van de (toenmalige) European Community Monitoring Mission in Bosnië Herzegovina, en werd door de Spaanse Head of Mission de dag voordat NAVO bombardementen op Pale werden gehouden naar die stad gezonden. Hij werd gegijzeld en de mannen van Mladic lieten weten dat hij gedood was bij de bombardementen. Dit bericht werd aan de echtgenote van Schoonenwolf meegedeeld. Zelfs toen bleek dat hij niet gedood was, liet het ministerie na zijn echtgenote daarvan op de hoogte te stellen. Schoonenwolf heeft aanzienlijke gevolgschade overgehouden aan de hele affaire. De zaak mondde recentelijk uit in CRvB 26 april 2007, waarbij de Raad ervoor koos artikel 7:658 BW analoog toe te passen. De Spaanse Head of Mission wordt beschouwd als ‘inlener’ en MinDef als ‘uitlener’ die aansprakelijk is voor de keuze van ‘inlener’, diens kwaliteit en de schade die daaruit voortvloeit. De constitutionele aspecten van aansprakelijkheid, mede in verband met artikel 97, tweede lid, van de Grondwet, vormen een te groot onderwerp om in dit verband nader te behandelen.



geïntegreerde vorm van multinationale samenwerking waaraan de Nederlandse krijgsmacht deelneemt. Hoewel dit legerkorps in de praktijk (nog?) niet helemaal voorstelt wat het ooit als ambitie had (zoals veelal het geval is bij de vele vormen van meer permanent bedoelde vormen van internationale militaire samenwerking<sup>62</sup>) – in feite bestaat het uit een mobiel militair hoofdkwartier dat inmiddels onder meer in Afghanistan heeft geopereerd en deel gaat nemen aan de NATO Response Force 10 – is de juridische structuur het meest uitgewerkt en, omdat deze in verdragen is vastgelegd, het meest transparant van alle vormen van zulke samenwerking.<sup>63</sup> Eén van de verdragen omtrent het 1 Duitse/NL Legerkorps betreft de algemene voorwaarden waaronder taken worden verricht door dit legerkorps (verder te noemen: het Verdrag).<sup>64</sup> Op grond van dit Verdrag kan bi-nationaal wacht worden gelopen ter bewaking van de faciliteiten en gebouwen van het Legerkorps. Het tweede lid van artikel 10 van het Verdrag stelt:

2. Voor de uitvoering van hun bewakingstaken valt de binationale wacht *uitsluitend* onder het gezag van de bevoegde wachsuperieur van de ontvangende Staat.<sup>65</sup>

De gewone betekenis van de woorden dat ‘de binationale wacht *uitsluitend* onder het gezag van de bevoegde wachsuperieur van de ontvangende Staat’ opereert, is dat de militair van de zendende staat niet meer onder het gezag van deze zendende staat valt. In concreto betekent dit dat een Nederlandse soldaat die in Duitsland een 1 NL/D Legerkorps faciliteit bewaakt, uitsluitend onder het gezag van de Duitse krijgsmacht, en in hoogste instantie de Duitse minister van defensie valt. De Nederlandse regering heeft in dit geval *geen* gezagsrelatie meer tot de Nederlandse militair.

Als deze lezing juist is, dan wijkt het Verdrag af van artikel 97, tweede lid, van de Grondwet. Het Verdrag had dan door de regering ter uitdrukkelijke goedkeuring aan Tweede en Eerste

---

<sup>62</sup> Zulke andere vormen zijn onder meer: Admiraal Benelux (bekend als ABNL; samenwerking met de Belgische zeemacht op grond van een Gemeenschappelijke Verklaring van juni 1994, Brits/Nederlandse Amphibische Strijdmacht (bekend als UK/NL LF; samenwerking met Britse Marine op grond van een Memorandum of Understanding uit 1997), Deployable Air Task Force (bekend als DATF; samenwerking met Belgische luchtmacht op basis van afspraken in Benelux verband). Eveneens bestond naar de stand van zaken in 2002 participatie door de Nederlandse krijgsmacht bestaat in de United Nations Standby Arrangement System (UNSAS), de NATO Command Structure; Standing Naval Force Atlantic; Standing Naval Force Mediterranean; Standing Naval Force Channel; Strike-fleet Atlantic; UK/NL Landing Force (deze maakt deel uit van de Strike Fleet Atlantic); ACE Mobile Forces Land; Combined Amphibious Force Mediterranean; Shirbrig; Multinational Division Central (MND(C)); ACE Rapid Reaction Corps (ARRC); Shirbrig; European Air Group; NATO Integrated Air Defence System (NATINADS). Sindsdien heeft de Nederlandse krijgsmacht geparticipeerd in NATO Response Force 1 tot en met 8, terwijl toezeggingen zijn gedaan voor NRF 9 en 10; tevens is deelname aan de EU Battle Groups met Duitsland en Finland voor 2007 en met de Britten voor 2010 toegezegd.

<sup>63</sup> Omtrent de meeste vormen van militaire samenwerking is geen verdrag bekendgemaakt in het Tractatenblad; men mag aannemen dat de rechtsgrondslag voor die vormen van samenwerking besloten ligt in administratieve akkoorden niet zijnde verdragen in de zin van de Grondwet.

<sup>64</sup> Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland inzake de algemene voorwaarden voor het 1 (Duits/Nederlandse) legerkorps en de aan het korps verbonden eenheden en instellingen; Bergen (Duitsland), 6 oktober 1997, Trb. 1998, 117.

<sup>65</sup> Cursivering toegevoegd. De gehele Nederlandse tekst van de bepaling luidt: Artikel 10, *Bewakingstaak*, 1. De voor binationale doeleinden gebruikte faciliteiten of gebouwen kunnen worden bewaakt door een binationale wacht, indien het bewakingspersoneel van de zendstaat dezelfde bevoegdheden heeft als het bewakingspersoneel van de ontvangende Staat. 2. Voor de uitvoering van hun bewakingstaken valt de binationale wacht uitsluitend onder het gezag van de bevoegde wachsuperieur van de ontvangende Staat. 3. Voor binationale bewakingstaken buiten het grondgebied van de Verdragsluitende Partijen zullen bijzondere overeenkomsten van toepassing zijn. De Engelse tekst van het tweede lid luidt: ‘*For the execution of their guard duties binational guards are exclusively subordinated to the competent superior guard authorities of the receiving State*’; de Duitse tekst luidt: ‘2. *Binationale Wachen unterstehen im Wachdienst ausschließlich den Wachvorgesehen des Aufnahmestaats.*’

Kamer moeten worden voorgelegd, die het slechts hadden kunnen goedkeuren met een meerderheid van ten minste twee derden van de uitgebrachte stemmen in elke kamer. In werkelijkheid is het ter stilzwijgende goedkeuring aan de beide kamers voorgelegd, en zelfs voorlopig toegepast (zij het met uitzondering van artikel 10 van het Verdrag), hetgeen bij van de Grondwet afwijkende verdragen uiteraard onjuist zou zijn.<sup>66</sup>

Blijkens een wisseling van stukken tussen de regering en de Eerste Kamer bij de behandeling van de implementatiewetgeving van het Verdrag, leest de regering de bepaling anders, en wel in verband met artikel 2, lid 1, van het Verdrag:<sup>67</sup>

‘Het oppergezag en het toezicht over het personeel, het materieel, de eenheden, de installaties en de kantoren die aan het Korps zijn bijgedragen blijven een nationale verantwoordelijkheid.’  
‘Die Befehlsgewalt und Anordnungsbefugnis über die dem Korps unterstellten oder zugeordneten Streitkräfteanteile verbleiben im nationalen Verantwortungsbereich.’  
‘The command and control over personnel, materiel, units, installations and offices contributed to the Corps shall remain a national responsibility.’

De variatie tussen de drie gelijkelijk authentieke taalversies van deze bepaling is beslist interessant.<sup>68</sup> We maken hierover nog een drietal losse opmerkingen.

Ten eerste moet men zich afvragen of de verhouding tussen dit artikel 2 en artikel 10 van het Verdrag over binationaal wachtlopen wel die is, die de regering voorstelt: wat kan de relatie zijn tussen een specifieke bepaling (artikel 10, tweede lid, Verdrag) die naar de normale betekenis van haar bewoordingen het tegendeel inhoudt van een andere algemene bepaling (artikel 2, eerste lid, Verdrag) anders dan van een *lex specialis* die van een *lex generalis* afwijkt? Of anders gezegd: als ook ten aanzien van het binationale wachtlopen het ‘oppergezag’, ‘die Befehlsgewalt’, ‘command and control’ bij de zendende staat blijft, wat kan het dan nog betekenen dat de wachtlopende soldaat van het zendende staat ‘onder het *uitsluitende gezag* van de ontvangende staat’ valt? Deze laatste bepaling is dan geheel zinloos.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> Zie artikel 15 Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen. De voorlopige toepassing was gebaseerd op artikel 15, tweede lid, van het Verdrag; op grond van punt 2 van het bij het Verdrag gevoegde Protocol werd artikel 10 van het Verdrag uitgezonderd van de voorlopige toepassing.

<sup>67</sup> EK 2001–2002, 27 624 (R 1677), nr. 207a, p. 2; zie ook de vervolgstukken onder dit nummer en het verhandelde bij de plenaire behandeling in Handelingen EK 4 februari 2003, p. 17-562 en volgende, en Handelingen EK 18 februari 2003, p. 18-574; een motie-Jurgens waarin verzocht werd om advies in te winnen, EK 27624, R1677, 31c, werd verworpen.

<sup>68</sup> Overigens bepaalt het Verdrag in zijn slotformule: ‘In geval van verschil in interpretaties van de Nederlandse en de Duitse tekst, is de Engelse tekst doorslaggevend.’

<sup>69</sup> Een wellicht beter argument tegen de ongrondwettigheid lijkt besloten te liggen in het feit dat de *Grundgesetz* niet toestaat om verdragen af te sluiten die afwijken van haar bepalingen. Daarvan zou sprake zijn indien Duitse militairen onttrokken zouden zijn aan het Duitse gezag en *uitsluitend* onder Nederlands gezag militaire taken, zoals wachtlopen ter beveiliging van militaire faciliteiten en gebouwen, zouden verrichten. Daarnaast valt te wijzen op artikel 3, lid 1, van het Verdrag: ‘*Within the limits of national constitutions and in accordance with the provisions of the Charter of the United Nations, pursuant to the decisions taken by the competent organs of the Federal Republic of Germany and the Kingdom of the Netherlands, the Corps is tasked to operate for* – common defence purposes under Article 5 of the North Atlantic Treaty or Article V of the revised Brussels Treaty; – multinational crisis management purposes including peace enforcement and peacekeeping operations, within the framework of the United Nations, the Western European Union, the North Atlantic Treaty Organization, or regional arrangements pursuant to Chapter VIII of the Charter of the United Nations to which the two States belong, to be conducted with forces subordinated or added to the Corps for those purposes; – humanitarian and rescue purposes’;

‘*Binnen de grenzen van de nationale grondwetten en overeenkomstig de bepalingen van het Handvest van de Verenigde Naties, en ingevolge de besluiten genomen door de bevoegde organen van de Bondsrepubliek Duitsland en het Koninkrijk der Nederlanden, vervult het Korps taken in het kader van: ...*’;

Ten tweede merken we op dat als de door de regering voorgestane uitleg inderdaad juist is, dit de in het algemeen voorgestane interpretatie van het oppergezag bedoeld in artikel 97, tweede lid, Grondwet bevestigt: oppergezag moet altijd bij de regering blijven.<sup>70</sup>

Ten derde is frappant dat waar in de Nederlandse tekst van artikel 2 van het Verdrag sprake is van 'het oppergezag', in de Engelse tekst sprake is van '*command and control*'. Dit kan worden gezien als een bevestiging van de door ons voorgestane algemene uitleg van artikel 97, tweede lid, van de Grondwet in het licht van de huidige internationale context: in de huidige internationale context heeft artikel 97, tweede lid, van de Grondwet tot strekking dat eindverantwoordelijkheid voor hoe beschikt wordt over *command and control* over de eenheden van de krijgsmacht die deelnemen aan multinationale en internationale operaties, uiteindelijk bij de Nederlandse regering ligt.

#### *Toekomst van internationale militaire samenwerking en overdracht van nationale eindverantwoordelijkheid*

De kwestie van 'het uitsluitende gezag' bij militairen die binationaal wachtlopen in het Verdrag over het 1 (Duits/NL) Legerkorps lijkt een vergezochte, wat bizarre aangelegenheid maar is dat niet. Bij wachtlopen gaat het per definitie om situaties waarin onverwacht geweld moeten kunnen worden gebruikt. Met betrekking tot geweldgebruik door schildwachten is de huidige constructie waarin de betrokken militair door 'Den Haag' onttrokken kan worden aan het gezag van de bevoegde buitenlandse militair, puur academisch – de tijd zal bijna per definitie ontbreken om wie dan ook te consulteren.<sup>71</sup> De gekozen constructie, hoewel die naar mijn stellige mening afwijkt van de Grondwet, is volkomen praktisch en voor de hand liggend. Zoveel is zeker, de militaire samenwerking met andere landen zal alleen maar intensiever worden. De vraag naar een meer geïntegreerde bevelsstructuur binnen meer geïntegreerde eenheden zal zich steeds vaker aandienen, al was het maar om praktische redenen. Precies daarom zou ook het verwerven van een gekwalificeerde meerderheid in de volksvertegenwoordiging geen enkel probleem moeten zijn.

De idee van het scheppen van staande multinationale eenheden voor snelle interventie in acute situaties in 'first entry' situaties zal wellicht de zojuist bedoelde vraag naar verdere militaire integratie versterken. Dat er multinationale eenheden voor dergelijke doelen worden opgericht ligt in de lijn der verwachtingen. De bedoeling van de *NATO Response Force* en de *EU Battle Groups* was precies deze, al is de ambitie voorlopig nog geenszins waargemaakt. Als het op internationale samenwerking aankomt, dan blijkt er in militaire aangelegenheden veel tussen droom en daad te staan.

Een nieuwe impuls kan wellicht komen vanuit de EU. In de context van de EU zien we al dat Nederlandse militairen worden gedetacheerd bij organen van de Europese Unie. Het moet gaan om personen die tijdens hun detachering in bezoldigde dienst te zijn van een strijdmacht

---

'Das Korps wird *innerhalb der Grenzen der nationalen Verfassungen* sowie gemäß den Bestimmungen der Charta der Vereinten Nationen jeweils nach Maßgabe der Entscheidung der zuständigen Organe der Bundesrepublik Deutschland und des Königreichs der Niederlande für folgende Aufgaben eingesetzt:...' (cursiveringen toegevoegd).

Tegenover deze argumenten blijft staan de vraag wat in geval van grondwettigheid de bedoeling en betekenis van de bepaling in artikel 10 lid 2 van het Verdrag dan kan zijn geweest.

<sup>70</sup> Voor andere aspecten van de materie, zie het hoofdstuk over Nederland in *European Military Law Systems*, supra voetnoot 19.

<sup>71</sup> Nota bene dat artikel 134 WMSr elke schildwacht of met patrouille of wacht belaste eenheid om puur functionele redenen tot 'meerdere' bestempeld in termen van het dienstbevel: 'Met betrekking tot het dienstbevel wordt een troepenafdeling belast met wacht- of patrouilledienst, of een schildwacht gelijkgesteld met een meerdere, behalve in het geval het feit is begaan door hem aan wie zij, als zodanig, ondergeschikt zijn.' Vgl. art. 125 WMSr: 'Onder een dienstbevel wordt verstaan een bevel dat enig militair dienstbelang betreft en gegeven is door een meerdere aan een mindere.'

van een lidstaat van de Europese Unie.<sup>72</sup> Oorspronkelijk, dat wil zeggen in het betreffende Besluit van de Raad van 2001 werden zij door de detachering *de facto* onttrokken worden aan het gezag van de eigen nationale overheden omdat werd vastgesteld dat zij ‘uitsluitend in het belang van de Raad’ taken kunnen uitoefenen.<sup>73</sup> Dit is in een wijzigingsbesluit van 2003 over gedetacheerde nationale deskundigen en gedetacheerde nationale militairen in die zin veranderd dat deze plicht te handelen in het ‘uitsluitend belang van de Raad’ wel voor gedetacheerde nationale deskundigen geldt, maar niet voor de nationale militairen.<sup>74</sup> Wel zegt de preambule onder punt 4 nog

‘Met de in dit besluit vastgestelde rechten en verplichtingen moet worden gewaarborgd dat de GND's en de gedetacheerde militairen bij de uitvoering van hun taken uitsluitend het belang van het SGR voor ogen houden.’

Men mag zich weliswaar afvragen wat ‘uitsluitend in het belang van de Raad’ betekent, te meer nu de Raad terzake vooralsnog (dat wil zeggen vóór de inwerkingtreding van het Hervormingsverdrag) onder de intergouvernementele pijler handelt, en de EU ter zake geen rechtspersoonlijkheid heeft. Tevens lijkt het dat de EU-besluiten inzake het statuut van het militaire personeel van de EU vermijden om in militaire termen bevelsstructuren in het leven te roepen. Desalniettemin is duidelijk welke richting het opgaat bij militaire samenwerking in EU verband. Zodra Nederlandse militairen in EU verband uitsluitend onder gezag van de Raad zouden hebben te handelen, zijn zij per definitie onttrokken aan het ‘oppergezag’ van de regering. En daarmee zou dit afwijken van de Grondwet.<sup>75</sup>

De Nederlandse Grondwet, anders dan bijvoorbeeld de Duitse, kent voor dit soort gevallen een flexibele bepaling in de vorm van de mogelijkheid bij verdrag van de Grondwet af te wijken. Van deze flexibele clause wordt zeer weinig gebruik gemaakt. Er is een uitgesproken angst te bespeuren om te concluderen dat de Staten-Generaal een verdrag volgens de procedure van artikel 91, derde lid, van de Grondwet moeten goedkeuren. Wellicht heeft het te maken met onze constitutionele cultuur (of wellicht het gebrek daaraan), dat men bezorgd is een grondwettelijke probleem te signaleren, en dit langs de weg die de Grondwet zelf aangeeft soepel op te lossen – de Nederlandse politiek onderscheidt zich, zeker in vergelijking met ons omringende landen, in angst voor constitutionele regels en beginselen.

Deze constitutionele koudwatervrees is misplaatst. Er is niets principieel mis mee om toe te staan dat de verantwoordelijkheid voor de uitoefening van overheids geweld door de krijgsmacht wordt overgedragen onder de voorwaarde dat de volksvertegenwoordiging daar met gekwalificeerde meerderheid mee instemt. De eis van de gekwalificeerde meerderheid die

---

<sup>72</sup> Zie Besluit van de Raad van 16 juni 2003, Pb 2003, L 160/ 78, artikel 24. Vgl. ook besluiten van de Raad van 22 januari 2001 houdende instelling van het Militair Comité van de Europese Unie (2001/79/GBVB), Pb 30 januari 2001, L 2001/27/ 4 e.v., zoals gewijzigd door Besluit 2005/395/GBVB van de Raad van 10 mei 2005, Pb2005, L 132, blz. 17 e.v., en van 22 januari 2001 houdende instelling van de Militaire Staf van de Europese Unie (2001/80/GBVB), Pb 30 januari 2001 L 2001/27/ 7 e.v..

<sup>73</sup> Besluit 2001/496/GBVB, Artikel 7, lid 1: ‘De gedetacheerde militair dient bij het uitoefenen van zijn werkzaamheden en bij het bepalen van zijn gedrag uitsluitend de belangen van de Raad voor ogen te houden.’

<sup>74</sup> Vergelijk artikel 5 met artikelen 28 e.v. van Besluit van de Raad van 16 juni 2003, Pb 2003, L 160.

<sup>75</sup> Er zij op gewezen dat het zojuist genoemde besluit van de Raad al zonder meer in strijd is met de Nederlandse Grondwet, namelijk met artikel 7 Grondwet; het bedoelde Raadsbesluit verbiedt het aan Nederlandse militairen die bij de Raad zijn gedetacheerd om te publiceren over de EU, behoudens toestemming van de secretaris-generaal van de Raad, zie artikel 7, lid 5 van het besluit: ‘Zonder machtiging, verleend onder de voorwaarden en volgens de voorschriften van het secretariaat-generaal, is het de gedetacheerde militair verboden alleen of in samenwerking met anderen enig geschrift waarvan het onderwerp betrekking heeft op de activiteit van de Europese Unie, openbaar te maken of openbaar te doen maken.’ De bewering dat EU verdragen niet kunnen nopen tot afwijken van de Grondwet blijkt opnieuw ongegrond. Terzijde zij opgemerkt dat de geciteerde bepaling tevens in strijd is met artikel 10 EVRM en met de algemene beginselen van Gemeenschapsrecht zoals uitgelegd in de jurisprudentie van het HvJEG, met name in de zaken C-174/99P van 6 maart 2001, *Connolly*, en C-340/00 P van 13 december 2001, *Cwik*.

artikel 91, derde lid, van de Grondwet stelt aan die overdracht van verantwoordelijkheid, biedt immers zelf een belangrijke parlementair-democratische legitimatie daaraan.

De vraag wanneer men tot een dergelijke overdracht zou moeten overgaan, aan wie wordt overgedragen en hoever die overdracht moet strekken gaan, is zonder meer pertinent. Het gaat per slot van rekening om een ingrijpende handeling. Maar als men met open vizier tot overdracht van verantwoordelijkheid overgaat, worden deze pertinente vragen in elk geval gesteld en bediscussieerd. Dit is beter dan dat men door constitutionele slaapwandelaarij in situaties verzeild raakt waarin zonder dat men het in de gaten heeft, feitelijk zulke overdracht plaatsvindt (en om praktische redenen ook plaats moet vinden) zonder dat duidelijk is wie eindverantwoordelijkheid draagt en uiteindelijk aansprakelijk is, zoals thans steeds vaker het geval lijkt.

#### *PARLEMENTAIRE INSTEMMING MET HET TEN OORLOG GAAN*

Los van de vraag onder welke gezagsverhoudingen de Nederlandse krijgsmacht deelneemt aan multinationale of internationale missies en operaties, staat de vraag of (eenheden van) de krijgsmacht ingezet of ter beschikking moeten worden gesteld als onderdeel van een multinationaal of internationaal samenwerkingsverband.

Het betreft hier twee volkomen gescheiden kwesties. Enerzijds gaat het om de vraag naar de gezagsverhoudingen binnen een multi- of internationale militaire missie. De vraag of een Nederlandse eenheid die deel zal uitmaken van zo'n verband of reeds deel uitmakend van zo'n verband daadwerkelijk wordt ingezet in een bepaalde crisissituatie, is een andere vraag.

Zowel de eerste kwestie, die van de verantwoordelijkheidsrelaties, als de tweede behoeft de parlementair-democratische legitimatie. Maar dit betekent niet dat als het ene langs parlementair democratische weg is gelegitimeerd (door verdragsgoedkeuring of wetgeving), voor het ander geen parlementaire betrokkenheid meer nodig is. Met andere woorden: de rechtsregels die de militaire samenwerking tussen bepaalde geallieerden regelen, zoals het 1 Duits/NL Legerkorps en het NAVO-Statusverdrag, vergen zelf parlementaire goedkeuring; maar daarnaast moet de inzet van het 1 Duits/NL Legerkorps of van Nederlandse eenheden ten behoeve van specifieke NAVO-missies (bijvoorbeeld in Afghanistan) nog eens apart volgens de toepasselijke regels parlementair gelegitimeerd worden.

Er bestaan naar Nederlands staatsrecht twee vormen van parlementaire legitimatie: de algemene van het parlementaire stelsel die zijn uitgangspunt vindt in de ministeriële verantwoordelijkheid en een specifieke in de vorm van goedkeurings- en instemmingsvereisten.

Specifieke vormen van legitimatie voor de inzet en het ter beschikking stellen van (eenheden van) de krijgsmacht bestaan in onder twee grondwetsbepalingen: artikel 96 en artikel 100 van de Grondwet. Beide bepalingen beogen de parlementaire legitimatie van het besluit tot daadwerkelijk gebruik van staatsgeweld door middel van de krijgsmacht. De eerste is echter door de regering, daarin, aanvankelijk schoorvoetend, gevolgd door de volksvertegenwoordiging, door een extreem formalistische uitleg tot dode letter gemaakt, de ander is een fopspeen die de regering bereid was in ruil voor niet-nakoming van de motie-Van Middelkoop aan de Tweede Kamer te gunnen. Zoals bekend werd in deze motie van 21 december 1994 door een grote kamermeerderheid gevraagd om een constitutionele regeling die inzet van de krijgsmacht afhankelijk maakt van de instemming van de volksvertegenwoordiging – iets waar de regering dus tegen was, en dus aan het parlement niet werd verleend.

### *Parlementaire-democratische erosie*

Het verhaal over hoe na de totstandkoming van de parlementaire democratie na de Eerste Wereldoorlog het parlementair stelsel definitief werd geconsolideerd door ook de belangrijkste regeringsbevoegdheden op internationaal gebied te binden aan een vereiste van voorafgaande parlementaire goedkeuring, met name voor verdragsluiting en het besluit ten oorlog te gaan, en hoe deze constitutionele beslissingsmacht van het parlement in de loop der decennia werd ingeruild voor een vermeende politieke beïnvloeding, is al verschillende malen verteld.<sup>76</sup>

Al wordt die geschiedenis nauwelijks gekend, we zullen haar niet nog een keer in alle detail herhalen. In plaats daarvan staan we stil bij de structuur en *ratio* van deze bepalingen, tegen de context van de internationale ontwikkelingen.

Uit de beschrijvingen die we in de twee inleidende paragrafen van dit opstel gaven, komen twee tendenties naar voren. De ene is een gevolg van de beperkingen die men in de periode van de Volkenbond en het Kellogg-Briand Pact door middel van een geweldverbod wilde stellen aan het legitieme voeren van oorlogen, en die uitmondde in het VN Handvest. Paradoxaal genoeg, is vooral sinds het einde van de Koude Oorlog er een spectaculaire toename van het aantal militaire operaties waarbij de Nederlandse krijgsmacht op enigerlei wijze betrokken is.<sup>77</sup> En dit is de andere tendentie: die van de uitbreiding van de activiteit van de krijgsmacht, dat wil zeggen van het mobiliseren van middelen om grootschalig militair geweld toe te passen, dit nagenoeg altijd in multinationaal of internationaal verband. De militaire activiteit lijkt gepaard te gaan met een voortdurende uitdijen van oorlogen overall om ons heen.

De globalisering van het geweld in de *GWOT* is het ultieme symptoom van deze tendentie vanwege de doorbreking van de specifieke internationale context waarin tot nu militaire betrokkenheid in oorlogen vooral werden begrepen – van internationale oorlog is oorlog tot een alle grenzen doorbrekend, alomtegenwoordig verschijnsel geworden.

Heeft dit nog wel te maken met artikel het begrip oorlog in de samenstelling ‘in oorlog verklaren’ in artikel 96 van de Grondwet, of met ‘inzet en terbeschikkingstellen’ van de krijgsmacht in de zin van artikel 100 van de Grondwet?

Het makkelijkste antwoord wordt in de momentele constitutionele praktijk gegeven: nee, deze vormen van ‘oorlog’ hebben niets te maken met ‘oorlog’ bij het ‘in oorlog verklaren’ van artikel 96 Grondwet en zijn wel heel iets anders dan bedoeld is in artikel 100 Grondwet, dat al helemaal niets met ‘oorlog’ te maken heeft.

Dit is echter niet alleen een gemakkelijk, maar misschien ook wel een gemakzuchtig antwoord. Het spaart de regering (en regeringspartijen) het nodige gedoe omdat beide gevallen specifieke parlementaire legitimatie-momenten zijn, naast de algemene van het parlementaire stelsel – en dus even zovele inspanningen om niet alleen in algemene zin verantwoording af te leggen, maar dit op zodanige wijze te doen dat beide vormen van parlementaire verantwoording succesvol zijn. Men kan het verbijsterend vinden, maar kennelijk vinden achtereenvolgende regeringen het zo vervelend een bepaling als artikel 96 of zelfs het weinig behelzende artikel 100 van de Grondwet, dat zij al het mogelijke doen om tot de niet-toepasselijkheid van die bepalingen te concluderen.

---

<sup>76</sup> Meest geconcentreerd in ‘Van constitutionele beslissingsmacht tot vermeende zeggenschap: parlementaire betrokkenheid bij de deelname van de Nederlandse krijgsmacht aan internationale militaire operaties’, in: *De Grondwet en het inzetten van de strijdkrachten*. Marnix Van Damme (red.). Maklu-Antwerpen 2005, 137-173. Zie ook Parlement en buitenlandse politiek; een drieluik over constitutionele relaties en de buitenwereld, in: *Het Parlement: staatsrechtconferentie 2006*. Kluwer Alphen aan den Rijn 2007.

<sup>77</sup> De website van het ministerie van defensie meldt 52 missies, waarvan er in de 42 jaren tussen 1947 en 1989 11 plaatsvonden, en 41 in de 17 jaren daarna, zie [http://www.nimh.nl/korea\\_tot\\_kabul/index.html](http://www.nimh.nl/korea_tot_kabul/index.html).

Zo is het duidelijk dat de uit 1922 stammende bepaling over ‘in oorlog verklaring’ niet gericht was op het reguleren van het doen overbrengen van een verklaring aan een wederpartij, maar uitsluitend op het nationale besluit ten oorlog te gaan; Huart toonde aan dat het in de grondwetsbepaling eigenlijk al sinds 1814 en 1815 gaat over *le fait de décider la guerre*, en niet over *le fait de notifier cette décision à l’adversaire*, waarop een Haagse conventie van 1917 omtrent de oorlogsverklaring betrekking had.<sup>78</sup> En toch is precies dit wat regeringen 70 jaar later, namelijk sinds de tweede Golfoorlog (die over de ontzetting van Koeweit van Iraakse overheersers) – daarin gesteund door coalitie-partijen<sup>79</sup> – zijn gaan beweren. Eveneens beweren regeringen en sommige anderen dat de bepaling over de ‘in oorlog verklaring’ geen betekenis kan hebben sinds het geweldverbod van het Kellogg-Briand Pact en het VN Handvest, hoewel de grondwetgever ter vermijding van dit misverstand de tekst van de grondwetsbepaling in 1953 nog heeft aangepast. En tenslotte wordt geopperd dat bij invoering van de eis van parlementaire toestemming in 1922, niet werd gedacht aan multi-nationale, laat staan internationale militaire acties – maar ook dit blijkt wel degelijk het geval te zijn.<sup>80</sup>

Nu zou men denken dat een zo zwakke bepaling als artikel 100 van de Grondwet dan toch wel ruimhartig zou worden uitgelegd en scrupuleus door de regering zou worden nageleefd, zodat de grote militaire operaties waarbij Nederland betrokken zou worden dan toch ten minste door deze zeer zwakke bepaling parlementaire dekking zou verkrijgen. Maar daarvan bleek al een jaar na haar totstandkoming geen sprake van te zijn. Aanvankelijk ontkende de regering dat artikel 100 *niet* van toepassing zou zijn op NAVO (en WEU) acties, maar daarop kwam de regering zeer snel terug: artikel 100 zou alleen op ‘vrijwillige’ inzet of terbeschikkingstelling van toepassing zijn, dat wil zeggen inzet of terbeschikkingstelling zonder dat daartoe een verdragsverplichting bestaat (juridisch geheel onjuist werd vervolgens beweerd dat artikel 5 van het NAVO verdrag verplicht tot inzet of terbeschikkingstelling van de krijgsmacht). Vervolgens voegde de regering in de dagen na ‘9/11’ aan de uitzonderingen toe elke inzet van de krijgsmacht voor de verdedigingstaak – waardoor in combinatie met het tot dode letter verklaren van artikel 96 van de Grondwet er nooit meer specifieke parlementaire toestemming nodig is voor het gebruik van de krijgsmacht. Daarmee werd een reeks militaire operaties die in het normale spraakgebruik onder ‘oorlog’ worden genoemd, buiten de reikwijdte van de bepaling gebracht.

De operatie *Enduring Freedom* die onder Amerikaanse leiding in Afghanistan wordt gevoerd, werd door de Nederlandse regering beschouwd als een verplichte vorm van inzet van de Nederlandse krijgsmacht waarvoor het Nederlandse parlement geen toestemming zou hoeven te geven.

In 2004 liet de minister van defensie aan de Tweede Kamer weten dat de NAVO snelle reactiemacht (NRF) – die ook zouden handelen in het ‘hogere geweldsspectrum’ – noch de *EU Battle Groups* (die zich meer met de humanitaire Petersburgstaken zou bezighouden) niet onder artikel 100 zouden vallen, want het ‘het gaat immers niet om een besluit tot inzet van militaire eenheden voor de deelneming aan operaties, maar slechts om de beschikbaarstelling’<sup>81</sup> – dit niettegenstaande het feit dat artikel 100 spreekt over ‘over de inzet of het *ter beschikking stellen* van de krijgsmacht ter handhaving of bevordering van de

---

<sup>78</sup> Zie F.J.A. Huart, *Grondwetsherziening 1917 en 1922*, Arnhem, Gouda Quint, 1925, 52.

<sup>79</sup> En door een *unus iudex* in laagste (en enige) instantie, zie President Rechtbank ‘s-Gravenhage 11 januari 1991, Kort Geding 1991, 51; *Nederlandse Jurisprudentie* 1993, 340; *Rechtshulp* 1991, no.4, 34-35.

<sup>80</sup> F.J.A. Huart, *o.c.*, 53, en zie bijlage *Handelingen Tweede Kamer* 1919-20, 359 nr. 3, bijlage II, waaruit blijkt dat deze kwestie belangrijk zorgpunt was vanwege de neutraliteit van Nederland; een grondwetsbepaling dat Nederland zelfstandig zou kunnen beslissen om tot oorlog over te gaan, was van belang omdat anders de mening zou kunne postvatten dat de Volkenbondsactie bij afwezigheid daarvan wellicht automatisch Nederland in oorlog zou brengen.

<sup>81</sup> Brief van 14 november 2004, *Kamerstukken Tweede Kamer*, 2004–05, 21 501-28, nr. 20, 4.

internationale rechtsorde'. Terecht heeft de Tweede Kamer daarop een commissie-Van Baalen ingesteld om deze wilde beweringen van de regering, die indruisen zowel tegen de letter als de geest van een gloednieuwe grondwetsbepaling, tegen het licht te houden. Overigens is het met die letter en geest ook in procedureel opzicht niet zo goed gesteld: geen regering heeft zich tot nu toe verwaardigd om de plicht die artikel 100 aan de regering oplegt jegens 'de Staten-Generaal' zo uit te voeren dat men de moeite heeft genomen zich tot de Eerste Kamer te wenden om de vereiste inlichtingen te verschaffen – men volstaat met het verzenden van een fotocopie van de aan de Tweede Kamer gerichte brief met inlichtingen.

### *De oorlogen die geen oorlog zijn*

Centraal in het voorgaande is de semantiek van de 'oorlog'. Bij de oorlog in de zin van het 'in oorlog verklaren' gaat om iets anders dan de oorlogshaarden en de oorlogstheaters waarmee we om ons heen worden geconfronteerd en waarheen wij eenheden van de Nederlandse krijgsmacht sturen – zelfs als het gaat om een klassieke interstatelijke *bellum iustum*, zoals het geval was bij de tweede Golfoorlog. Bijna lachwekkend werd de manier waarop de toenmalige minister van buitenlandse zaken in televisie-interviews de term 'Koeweit-oorlog' en 'Golf-oorlog' vermeed om telkens te spreken over 'het Golf-conflict' en varianten daarop – hij had immers voor de rechter volgehouden dat het niet om een 'oorlog' ging.

De operatie *Enduring Freedom* die in Afghanistan onder Amerikaanse leiding wordt gevoerd, was en is kennelijk ook al geen oorlog, hoewel op geen enkele manier het grootschalige gebruik van geweld, die de kern van deze operatie is, kan worden onderscheiden van wat een normaal mens oorlog voert. Voor de vredes-opbouwmissie ISAF in datzelfde Afghanistan blijkt het onmogelijk om anders dan met relatief zwaarbewapende en met wapens hoog beveiligde militairen aan het werk te zetten, dat normaliter tot de taak van ontwikkelingswerkers zou behoren; dat komt omdat het oorlog is, zou men zeggen.

En de *GWOT* is kennelijk ook al geen oorlog, hoewel het verschijnsel zijn benaming tegen zich heeft.

Het gaat niet alleen om een semantisch spel dat hier opgevoerd wordt. Er hangen juridische kwalificaties mee samen, die vooral op constitutioneel vlak van betekenis zijn. Tegen elke prijs wil men voorkomen dat men specifieke parlementaire toestemming (artikel 96 Grw) of een ander parlementaire legitimatie (ex 100 Grw in samenhang met het parlementair stelsel) moet zoeken. Daarbij wordt een zeer formalistische benadering gekozen, waarbij wat normaliter onder 'oorlog' wordt begrepen, kort gezegd, het gebruik van grootschalig militair geweld in conflictsituatie (thans in het jargon genoemd 'militaire operaties in het hogere deel van het geweldsspectrum'), niet meer 'oorlog' genoemd wordt en zo gedaan wordt alsof het ook geen 'oorlog' is.

Een dergelijke formalistische, op oppervlakkige woordspelen gebaseerde, benadering komt niet overeen met het geldende recht. Weliswaar bestaat er een formele definitie van 'oorlog' in militairrechtelijke uitdrukkingen, maar deze term wordt juridisch ook wel materieel gedefinieerd. Een goed voorbeeld is het begrip 'tijd van oorlog' in artikel 71a WMSr. Hieronder wordt zowel verstaan 'feitelijke oorlogsomstandigheden' als een specifieke toestand die bij koninklijk besluit wordt bepaald. Ook art. 72 WMSr lijkt een materieel begrip te hanteren wanneer het spreekt van 'een door hem aanstaand geachte oorlog tegen Nederland'; hier kan op bijna niets anders dan een feitelijke oorlog worden gedoeld.

### *De ratio van de grondwetsbepalingen*

Wat vooral opvalt, is dat men bij het begripsmatig trivialisieren van 'oorlog' helemaal uit het oog aan het verliezen is waarvoor de relevante grondwetsbepalingen bedoeld zijn. Natuurlijk zijn ze totstandgekomen in een specifieke historische constellatie van de internationale betrekkingen. Het zou echter weinig recht doen aan normatieve strekking van



grondwetsbepalingen als hun werking zouden limiteren tot omstandigheden als zich voordeden tijdens hun totstandkoming. De oudste nog fungerende grondwet, de Amerikaanse, zou dan nog maar in heel weinig gevallen van toepassing zijn. Mutatis mutandis geldt dit ook voor de Nederlandse Grondwet.

De neiging bij de uitleg van artikelen 96 en 100 Grondwet is om het klassieke Westfaalse model van de interstatelijke betrekkingen tot uitgangspunt te nemen, en met name artikel 96 alleen van toepassing daarop te achten.

Dit is echter alleen al historisch onjuist. De bepaling van artikel 96 kwam in 1922 tot stand, en zoals we reeds opmerkten, werd geacht niet alleen op klassiek interstatelijke oorlogen betrekking te hebben, maar ook op deelname aan Volkenbondsacties. Een veel ruimer begrip van ‘oorlog’ had men toen dus al voor de geest.

Eveneens kan men zich over het veel recentere artikel 100 van de Grondwet kunnen afvragen hoe ruim of beperkt men het toepassingsbereik wilde opvatten. Voor wie zich daarover een beeld wil vormen, is het de moeite waard de motivering van de motie-Van Middelkoop van 1994 nog ’ns na te lezen. Cruciaal in diens overwegingen stond de stelling dat de regering zich in de loop der jaren steeds meer politieke bewegingsvrijheid schiep om, al dan niet op verzoek, internationale militaire verplichtingen op zich te nemen.<sup>82</sup> Het ging daarbij dus niet specifiek om deze of gene vorm van militaire inzet, maar om de vrijheid waarmee de regering zichzelf internationaal verplichtte tot enige vorm van militaire inzet. Uiteraard werd daarbij in het bijzonder gezien op wat werd beschouwd als militaire inzet die niet onmiddellijk de vorm van klassieke interstatelijke oorlogsvoering aannam. Vandaar de wat aparte lijst van doelen voor militaire inzet die in artikel 100 staan opgesomd. In feite was het zo dat men dus juist voorafgaande parlementaire toestemming wilde nastreven voor *meer* vormen dan de klassieke interstatelijke oorlogsvoering – dus niet, zoals de regering ervan maakte, *alleen* militaire inzet voor doelen die niet klassieke oorlogsvoering zijn. Daarbij moet bedacht worden dat veertig jaar Koude Oorlog de idee van wat oorlogsgeweld is uit het bewustzijn had weggedrongen. Dat de tussenkost van UNMEE in het Ethiopisch/Eritrese conflict bijdroeg aan de bestendiging van het einde van een ouderwetse loopgravenoorlog waarin meer dan 60 000 jonge mannen omkwamen, kon men zich moeilijk voorstellen. Pas rampzaligheden als Srebrenica, Kosovo, Irak en Afghanistan brachten sommigen tot het bewustzijn dat het echt om oorlog ging – oorlog zoals het vele eeuwenlang, voor en na Westfalen altijd begrepen is: ingrijpend, veelal grootschalig militair optreden in een politiek conflict waarbij het komt tot het elimineren van de militaire tegenstander en het doden en verwonden van mensen.

Toen een minister van buitenlandse zaken het woord ‘oorlog’ ten tijde van wat werkelijk ieder ander in binnen- en buitenland de tweede Golfoorlog noemde, tegen elke prijs wilde vermijden, was dat niet om de gruwel van de oorlog te banaliseren, maar om zich te onttrekken aan de mogelijkheid dat hij dan aan de verenigde vergadering van de Staten-Generaal om toestemming voor deelname had moeten vragen.

Als de minister-president in de dagen na 11 september 2001 het dan nog kersverse artikel 100 van de Grondwet zo uitlegt dat militaire actie op grond van artikel 5 van het NAVO Verdrag daar niet onder valt, dan is dat niet omdat hij wil ontkennen dat zulke militaire actie praktisch op oorlog neerkomt – van de Amerikaanse president tot aan minister Zalm had ieder het in verband met terreurbestrijding gesproken over ‘oorlog’ – maar omdat hij zich anders jegens het parlement zou verplichten. Al was die plicht nog zo licht, het is iets wat regeringen als het gaat om zoiets belangrijks als oorlog voeren kennelijk liever niet doen.

Maar juist omdat het om zulke belangrijke en ingrijpende besluiten gaat, zijn daarvoor grondwetsbepalingen ontworpen. Die besluiten geven de regering de vrijheid het ultieme

---

<sup>82</sup> Zie onder meer Zie *Handelingen* Tweede Kamer 1994-95, 38, 2681-2684 en *Kamerstuk* Tweede Kamer 1994-95, 23591, nr 4.

staatsgeweld tot ‘in het hoogste deel van het geweldsspectrum’ toe te passen, en zijn daarom zo ingrijpend dat daarvoor nu net die bepalingen bedacht zijn.

Als wij ons begeven in een nieuwe globale oorlog tegen terreur die zich niet aan grenzen tussen staten stoort, waardoor de oorlog zich evenmin stoort aan zulke grenzen en dus binnen eigen landsgrenzen en binnen andere landen gevoerd wordt, dan is dit aanleiding om juist wél ook zulke bepalingen van toepassing te achten. Meer dan iets anders waren oorlogen, de *war on terror* inclusief, gedacht als verdediging en bevechten van de vrijheid. Maar de vrijheid de ultieme vorm van geweld, militair geweld, te gebruiken zonder specifieke toestemming van de volksvertegenwoordiging binnen de landsgrenzen en daarbuiten kan een gevaar vormen voor de vrijheid die het wil verdedigen.

De idee van voorafgaande parlementaire toestemming waarbij parlementaire patstellingen onmogelijk zijn en de beide kamers van de Staten-Generaal niet door de regering tegen elkaar uitgespeeld kunnen worden zoals die in 1922 werd ingevoerd, is gebaseerd op dit gedachtengoed. Inmiddels blijkt dit niet meer een voorname plaats in het constitutioneel bewustzijn te hebben, mogelijk onder de invloed van het dominante belang van kamermeerderheden om de regering niet teveel in de weg te leggen. Vormen van angstig literalisme, en de bewering dat alles nu anders is dan toen en ooit tevoren, hebben de bepalingen van betekenisvolle inhoud ontdaan. Het hervinden van de constitutioneel democratische waarde van parlementaire goedkeuring voor inzet van de krijgsmacht in gewapende conflicten is een belangrijke taak voor de toekomst. Daarbij zal het wellicht het nodig zijn om oude waarden in ere te herstellen door middel van grondwetswijziging.

#### CONCLUSIE

Om na te gaan of de grondwetsbepalingen over de krijgsmacht Bestand zijn tegen de ontwikkelingen in de politieke omgeving waarin zij hun toepassing zouden moeten vinden – dat is die van het geweldsmonopolie van de staat in de internationale betrekkingen – zijn we eerst nagegaan wat die veranderingen behelzen.

We kwamen tot de conclusie dat het klassiek interstatelijke Westfaalse model van de internationale betrekkingen door het geweldsverbod en het stelsel van collectieve veiligheid zoals we dat thans kennen onder het VN Handvest geen wezenlijke verandering heeft teweeggebracht in de wijze waarop staten geweld monopoliseren en militair geweld tegen elkaar gebruiken. Sedert het einde van de Koude Oorlog is het aantal militaire conflicten in de wereld sterk toegenomen. De gevallen waarin de Nederlandse krijgsmacht daarin is betrokken, hetzij als partij aan de zijde van één van de tegenstanders (zoals in Korea, Koeweit, Kosovo, Irak, Afghanistan), hetzij als ‘neutrale’ gewapende interveniënt ter beheersing van een conflict tussen andere partijen (zoals in Libanon, Ethiopië, Macedonië, etc.) is spectaculair toegenomen.

De globalistische context van de internationale betrekkingen heeft in bepaalde opzichten een einde gemaakt aan de interne geslotenheid staten die extern in een systeem van onderlinge betrekkingen staan op basis van soevereine gelijkheid. De *global war on terror* heeft tot een zekere druk geleid tot inzet van de krijgsmacht voor taken die voorheen voorbehouden waren aan politie en justitie, en daarmee een druk op de grenzen tussen militaire taken en politietaken. In Afghanistan en Irak zien we zelfs dat de krijgsmacht wordt ingezet voor puur civiele taken die voorheen waren voorbehouden aan ontwikkelingsorganisaties – en ook hier wordt ter rechtvaardiging een verband gelegd met terreurbestrijding.

Een analyse van de bepaling over de taken van de krijgsmacht in de Grondwet leert dat deze nauwelijks tot geen beperkingen oplegt aan de mogelijkheid de krijgsmacht in te zetten voor welk van de huidige militaire doelen, inclusief die van terreurbestrijding. Dit is zo, enerzijds omdat de regering zich – al vóór de grondwetsherziening van 2000 – op het standpunt stelt dat

de grondwettelijke taakstelling niet limitatief is, dus geen enkele beperking inhoudt noch in de wegstaat aan inzet van de krijgsmacht voor andere doelen dan vervat in die taakstellingsbepaling. Dit standpunt werd gesanctioneerd door de Centrale Raad van Beroep. Anderzijds is de beschrijving sinds 2000 zó ruim dat nagenoeg alles daaronder valt: humanitair handelen, politieoptreden, militaire verdediging, aanval en dit alles ongebonden door het geldende volkenrecht. De taak van de krijgsmacht is dus zodanig beschreven dat zij bestand zal blijken tegen de meeste wijzigingen die we ons in de internationale betrekkingen kunnen voorstellen, en in elk geval die van de globalisering en de *GWOT*.

Het onbeperkte karakter van de grondwettelijke taak van de krijgsmacht maakt de vraag naar wie bevoegd is tot inzet van militair geweld, en onder welke voorwaarden, van des te groter betekenis. Onze analyse van artikel 97, tweede lid, van de Grondwet wijst uit dat het oppergezag van de regering over de krijgsmacht van eminente betekenis is. Dit niet slechts op grond van een normatieve uitleg van deze bepaling, maar ook in de actuele constitutionele en militaire praktijk van internationale militaire samenwerking. Weliswaar wordt in die praktijk de operationele *command and control* vaak overgedragen aan een buitenlandse of internationale bevelvoerder, maar de eindverantwoordelijkheid, het oppergezag blijft altijd bij de zendende staat, in ons geval Nederland, liggen. Deze kan te allen tijde een eenheid of individuele Nederlandse militair aan het buitenlandse of internationale gezag en bevel onttrekken. Daarop zijn deze operaties qua logistiek *liaison* geheel ingericht, al was het maar omdat de situatie constitutioneelrechtelijk voor de belangrijkste staten waarmee Nederland samenwerkt op dezelfde wijze is geregeld. In dit opzicht heeft de bepaling een ‘Westfaals’ karakter – in zekere zin is het een soevereiniteitsbepaling.

Niettemin kan het daadwerkelijke uitoefenen van dit oppergezag als het erop aankomt op praktische grenzen stuiten, zoals bij binationaal of multinationaal wachtlopen. Ook kan het om operationele redenen wenselijk worden dit oppergezag over te dragen. De militaire middelen van Nederland zijn in bijna alle gevallen te klein om zelfstandig te interveniëren in crisisbeheersingsoperaties, laat staan om geheel zelfstandig tot *enforcement action* over te gaan. Geïntegreerde commandostructuren van multi- of internationale krijgsmachten zullen daardoor alleen in belang toenemen. Daarbij kan het om operationele redenen van belang worden om Nederlandse eenheden onder het *uitsluitend* bevel van een buitenlandse of internationale commandant te plaatsen – en daarmee om het oppergezag over te dragen aan dat buitenlandse of internationale commando.

De Nederlandse Grondwet staat dit toe, namelijk wanneer de betreffende internationale afspraak conform artikel 91, derde lid, van de Grondwet wordt goedgekeurd met ten minste twee derden van de stemmen in beide kamers van de Staten-Generaal. Dat dit in het enig bekende geval van een dergelijke overdracht niet is gebeurd, is te betreuren want ondermijnt de constitutionele legitimiteit van het militaire optreden dat op een dergelijke overdracht is gebaseerd.

Een constitutioneel tekort is in de praktijk ontstaan voor wat betreft de parlementair-democratische legitimatie tot daadwerkelijke inzet en terbeschikkingstelling van de krijgsmacht in internationale militaire operaties – een legitimatie die noodzakelijk is naast de voorafgaande parlementaire goedkeuring van algemene internationale afspraken betreffende internationale militaire samenwerking (inclusief *status of forces agreements*).

Het in oorlog verklaren van het Koninkrijk door de Staten-Generaal heeft thans geen functie meer, zo is in het algemeen de conclusie in de juridische (volkenrechtelijke en staatsrechtelijke) literatuur. Dit is paradoxaal omdat de Nederlandse krijgsmacht nog nooit zo vaak betrokken is geweest bij de oorlogen die sinds het einde van de Koude Oorlog worden gevoerd op verschillende plaatsen in de wereld. Daartoe was het nodig om wat zich in Koeweit, in Bosnië Herzegovina, in Kosovo, in Irak en Afghanistan afspeelde om te toveren tot iets wat geen oorlog is.

Interstatelijk en intrastatelijk conflicten die met geweldgebruik gepaard gaan, zijn niet meer duidelijk te onderscheiden. Het is zonder meer waar. Maar zijn die conflicten, waarin bijgedragen wordt aan het gebruik van intensief, grootschalig militair geweld tot in 'het hoogste spectrum van geweldgebruik' daarom minder 'oorlog' dan in voorgaande eeuwen?

De vraag stellen is hem beantwoorden. De constitutionele consequenties hiervan zouden meer intensief doordacht moeten worden. De staatsrechtswetenschap heeft hieraan een bijdrage te leveren die eerder gericht zou moeten zijn op het doen herleven van de betekenis en normatieve kracht van relevante grondwetsbepalingen dan op een post-moderne deconstructie van de grenzen die de Grondwet hoort op te leggen aan de ultieme uitoefening van staatsgezag, het mobiliseren van de geweldsmiddelen van de krijgsmacht.