

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCV

Januari 2002

Aflevering

1

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

Implementatie van het Statuut van Rome; door Prof. mr. N. Keijzer.....	1
De euro komt, ook in het tuchtrecht; door Mr. J.R.G. Jofriet.....	16

Strafrechtspraak

Ah	Een buitenlandse weg is geen "weg"
16.07.01	Het in art. 5 WVV 1994 gebruikte woord "weg" ziet op een weg in Nederland. (Naschrift C.).....

Bestuursrechtspraak

CRvB	De gehandhaafde terugbetalingsverplichtingII
31.05.01	De Raad deelt niet het standpunt van appellant, dat de staatssecretaris in verdergaande mate gebruik had moeten maken van de hem in artikel 17a Amar toegekende bevoegdheid tot matiging van de restitutieplicht. (Naschrift G.L.C.).....

CRvB	Schade ten gevolge van een dienstongeval
31.05.01	Een militair heeft recht op vergoeding van de schade die hij in de uitoefening van de dienst heeft geleden, tenzij het betrokken bestuursorgaan aantoonde dat het zijn verplichtingen is nagekomen. (Naschrift G.L.C.).....

Wetgeving

Overzicht tot stand gekomen en aanhangige wetgeving; door Mr. J.B. Miete.....	
---	--

Opmerkingen en mededelingen

Resoluties Veiligheidsraad VN, periode 01 oktober 2000 - 31 december 2000; door Mr. H. Herber.....	36
Boeken en tijdschriften.....	40
Reactie.....	42
Personalia.....	44

De met een * gemerkte uitspraken zijn voor commandanten van belang voor de dagelijkse praktijk

Annotatoren:	C.	- Mr Th. J. Clarenbeek
	G.L.C.	- Prof. mr G.L. Coolen
	M.M.D	- Mr M.M. Dolman
	J.R.G.J.	- Mr J.R.G. Jofriet
	N.J.	- Mr N. Jörg
	de R.	- Prof. mr Th. A. de Roos
	W.J.S.	- Mr W.J. Schmitz
	W.H.V.	- Mr W.H. Vermeer
	G.F.W.	- Mr G.F. Walgemoed

BIJDAGEN

Implementatie van het Statuut van Rome¹⁾

door

PROF. MR. N. KEIJZER

Inleiding

Alvorens de wijzigingen in het Nederlandse recht te bespreken waartoe de implementatie van het Statuut van Rome kan leiden is het nuttig een overzicht te geven van de huidige situatie.

Wet oorlogsstrafrecht

Oorspronkelijk, in de ontwerpfase, was de Wet oorlogsstrafrecht uitsluitend bedoeld als opvolger van het Besluit Buitengewoon Strafrecht en het Besluit Buitengewone Strafrechtspleging, die hadden voorzien in de naoorlogse berechting van - kort gezegd - landverraders voor bijzondere tribunalen. De artikelen 4 t/m 7 hebben betrekking op in vijandelijke krijgsdienst treden, het iemand blootstellen aan opsporing of bestraffing door de vijand, en gebruikmaking van macht, gelegenheid of middel door de vijand geboden.

In de Wet oorlogsstrafrecht wordt voorzien in berechting door de militaire kamer indien het feit is begaan in geval van oorlog, dat wil zeggen terwijl Nederland bij een oorlog is betrokken. Voorts wordt voorzien in bijzondere gerechten en een bijzonder gerechtshof, voor geval de vervolgingen plaats vinden na vijandelijke bezetting van Nederland. Overbelasting van de gewone rechter door grote aantallen zaken betreffende landverraad zou daarmee worden vermeden.

Teneinde te voldoen aan de verplichting tot strafbaarstelling van *grave breaches* van de Conventies van Genève zijn in de Wet oorlogsstrafrecht tevens ondergebracht de strafbaarstelling en de exterritoriale strafrechtsmacht inzake schendingen van de wetten en gebruiken van de oorlog. De Wet oorlogsstrafrecht volstaat trouwens niet met het strafbaar stellen van *grave breaches* maar stelt in art. 8 Wet oorlogsstrafrecht kort en goed strafbaar iedere schending van de wetten en gebruiken van de oorlog.

Ook genocide en foltering - bij afzonderlijke wetten strafbaar gesteld - komen, indien in geval van oorlog begaan, ingevolge de Wet oorlogsstrafrecht voor de militaire kamer en eventueel voor de bijzondere gerechten. De Uitvoeringswet verdrag chemische wapens brengt schending van die wet eveneens onder de Wet oorlogsstrafrecht, ingeval die van toepassing is.

Crimes against humanity zijn niet als zodanig wettelijk strafbaar gesteld.

Het hybridische karakter van de Wet oorlogsstrafrecht heeft geleid tot ongerijmdheden. De internationale verplichting tot strafbaar stellen van *grave breaches* betreft niet alleen feiten begaan indien Nederland als partij bij een oorlog is betrokken, maar feiten begaan in het kader van welk internationaal gewapend conflict ook maar. Door schending van de wetten en gebruiken van de oorlog onder te brengen in een wet die is ontworpen voor de massale berechting, na een bezetting van Nederland, van landverraad, heeft de wetgever

¹⁾ Voordracht voor de jaarvergadering van de Militair Juridische Vereniging, op 16 november 2001.

van destijds niet geheel aan zijn verdragsverplichtingen voldaan. Weliswaar heeft de Hoge Raad bij de Knesevic-beschikking²⁾ die ongerijmdheid voor wat betreft oorlogsmisdrijven gerepareerd, maar daarmee zijn niet alle problemen opgelost. Een enkel voorbeeld: Ten aanzien van genocide voorziet de Wet oorlogsstrafrecht in rechtsmacht indien de slachtoffers Nederlander zijn. Geldt dat alleen indien het feit is gepleegd in een oorlog waarbij Nederland als partij is betrokken, of, met doortrekking van de lijn van de Knesevic-beschikking, met betrekking tot ieder gewapend conflict, of geldt het altijd?

Wet overlevering inzake oorlogsmisdrijven

De Wet overlevering inzake oorlogsmisdrijven voorziet in overlevering van verdachten van *grave breaches* (van de Conventies van Genève en van Aanvullend Protocol I) aan een andere staat. Op overdracht met betrekking tot andere schendingen van de wetten en gebruiken van de oorlog is niet die wet maar het uitleveringsrecht van toepassing.

De Statuten van het Joegoslavië-tribunaal en van het Rwanda-tribunaal, en de Uitvoeringsvetten dienaangaande

Deze zijn belangrijke voorlopers van het Statuut van Rome. Een verschil is echter dat die statuten kort en krachtig zijn opgelegd door de Veiligheidsraad, terwijl het Statuut van Rome het 128 artikelen tellende resultaat is van horizontale onderhandelingen tussen staten.

Het Statuut van het Internationale Strafgerechtshof

Op 17 juli 1998 is te Rome het statuut vastgesteld van het op te richten Internationale Strafgerechtshof (International Criminal Court, ICC). Bij dat Statuut worden onder de jurisdictie van het Strafhof gebracht: genocide, *crimes against humanity* en *war crimes*, waaraan te zijner tijd zou kunnen worden toegevoegd het nog te omschrijven misdrijf agressie. Voorts zal het Hof strafrechtsmacht hebben met betrekking tot enkele in art. 70 Statuut genoemde *offences against the administration of justice*, zoals meened, het aanvoeren van vals bewijsmateriaal, of het beïnvloeden van getuigen.

De implementatie van dit statuut is voorgenomen te geschieden in twee wetten: één wet die de samenwerking van Nederland met het Internationale Hof regelt, en één die voorziet in de nodige strafbaarstellingen.

De samenwerkingswet

Strafrechtstoepassing is gereguleerde toepassing van macht. Dat geldt zowel voor de dwangmiddelen van de voorfase, waaronder aanhouding, als voor de tenuitvoerlegging van straffen. Nu is het merkwaardige van internationale gerechtshoven dat zij niet over feitelijke macht beschikken. Anders dan de nationale strafrechter zal ook het Internationale Strafgerechtshof geen deel uitmaken van een keten van strafrechtelijke organen die belast zijn met de uitoefening van legitiem geweld. Het Hof zal daarom voor zijn functioneren in sterke mate afhankelijk zijn van de lidstaten, die hun eigen macht ten dienste stellen.

Deel 9 van het Statuut voorziet dan ook in *International Cooperation and Judicial Assistance*. In dat deel wordt aan het Hof de bevoegdheid gegeven aan lidstaten te vragen om het verlenen van rechtshulp. Lidstaten hebben zich bij art. 88 Statuut verplicht om in hun nationale recht te voorzien in de nodige procedures om aan die verzoeken gevolg te kunnen geven. Deel 10 van het Statuut regelt de tenuitvoerlegging door lidstaten van door

²⁾ HR 11 november 1997, NJ 1958, 463, m.nt. 'tH; MRT 1998, blz. 158 e.v., m.nt. H. van der Wilt.

het Hof opgelegde straffen. Voor staten die zich tot zodanige tenuitvoerlëgging bereid hebben verklaard brengt dat eveneens verplichtingen mee.

Om aan die verplichtingen uitvoering te geven is op 16 november 2001 een wetsvoorstel³⁾ ingediend voor een Uitvoeringswet Internationaal Strafhof.⁴⁾ Dit wetsvoorstel ver- toont overeenkomsten met de Uitvoeringswet Joegoslavië-tribunaal (1994), maar er zijn ook verschillen.

De strafbaarstellingen

Het Statuut houdt voor lidstaten niet de uitdrukkelijke verplichting in om nationaal dezelfde feiten strafbaar te stellen die het Statuut brengt onder de jurisdictie van het Hof. Maar een zodanige verplichting wordt wel verondersteld: De preambule roept in herin- nering dat "*it is the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those res- ponsible for international crimes.*"

Bovendien bepaalt art. 17 dat een vervolging voor het Hof niet-ontvankelijk is indien de vervolging plaatsvindt door een staat die terzake jurisdictie heeft, zij het dat die niet- ontvankelijkheidsgrond wegvalt wanneer die staat *unwilling or unable* is om die vervol- ging serieus aan te pakken. Dit wordt genoemd het complementariteitsbeginsel. Vooral berechting van eigen nationalen zullen lidstaten in het algemeen liever zelf ter hand nemen dan deze overlaten aan het Hof; daarom is het voor hen van belang te beschikken over de daartoe nodige strafbaarstellingen en strafrechtsmacht. Voorts wil natuurlijk geen lidstaat het odium op zich laden, *unwilling or unable* te zijn.

Ongeacht of men Nederland daartoe genoopt acht door het volkenrecht of door eigen- belang dient het derhalve te voorzien in strafbaarstellingen die voorkomen dat feiten als waarvoor het Internationale Strafgerechtshof rechtsmacht zal hebben hier te lande niet strafbaar en vervolgbaar zouden zijn. Daartoe is een wetsvoorstel in voorbereiding. Dat betreft hoofdzakelijk materieel strafrecht. Een voorontwerp is al aan diverse lichamen voorgelegd ter consultatie.

Wetsvoorstel uitvoeringswet

Het wetsvoorstel Uitvoeringswet internationaal strafhof bevat in hoofdzaak een alge- meen deel gevolgd door drie onderdelen, met betrekking tot respectievelijk de overleve- ring van personen aan het Hof, de samenwerking met het Hof ter zake van de opsporing en de vervolging, en de tenuitvoerlegging van straffen. Behoudens verschillen is hierbij aansluiting gezocht bij respectievelijk de Uitleveringswet, Titel 10 van het vierde boek van het Wetboek van Strafvordering, en de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen. Die verschillen houden er onder meer verband mee dat het hier niet gaat om strafrechte- lijke samenwerking met een vreemde staat maar met een door een aantal staten in het leven geroepen internationaal Strafgerechtshof. Tenslotte bevat het wetsvoorstel enkele bepalingen die betrekking hebben op de omstandigheid dat het Hof zal zijn gevestigd in Nederland.

Het algemeen deel van de voorgestelde Rijkswet bevat onder meer een bepaling over de Nederlandse Antillen en Aruba. Die bepaling maakt een wat armoedige indruk. De in het

³⁾ Kamerstukken II, 2001-2002, 28098 (R 1704), nr. 1-2.

⁴⁾ Boven "Strafhof", waarin de stam *recht* ontbreekt, geef ik de voorkeur aan de benaming Strafgerechtshof.

voorstel vervatte regeling is alleen van toepassing in Nederland; voor de Nederlandse Antillen en Aruba wordt volstaan met het van overeenkomstige toepassing verklaren van het Antilliaanse uitleveringsbesluit en het Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba.

In art. 7 van het wetsvoorstel is overeenkomstig onder meer art. 97 Statuut het belangrijke consultatiebeginsel neergelegd. Indien inwilliging van een verzoek van het Strafgerechtshof op belemmeringen stuit, consulteert de Minister van Justitie onverwijld het Hof, ten einde deze belemmeringen weg te nemen. Ook in ander verband geldt dat beginsel. Beëindiging of schorsing van voorlopige vrijheidsbeneming van de opgeëiste persoon, bijvoorbeeld, geschiedt niet zonder voorafgaande consultatie van het Hof. Art. 59, vijfde lid, Statuut vereist dat.

De bevoegde rechter zal steeds zijn de rechtbank te Den Haag.

Overlevering

Overlevering aan het Hof wordt gezien als een andere rechtsfiguur dan uitlevering aan een vreemde staat. De Uitleveringswet zal daarop dan ook niet van toepassing zijn. Dat neemt niet weg dat het wetsvoorstel een aantal regelingen bevat die sterk lijken op die van de Uitleveringswet.

Zo is er een regeling tot voorlopige aanhouding en, nadat een verzoek tot overlevering is ontvangen, aanhouding van een door het Hof opgeëiste persoon.

Inverzekeringstelling na voorlopige aanhouding kan - anders dan volgens de Uitleveringswet - niet langer duren dan drie dagen vanaf het tijdstip van voorlopige aanhouding (art. 14); daarna kan de rechter-commissaris bewaring bevelen (art. 15). Hiermee wordt voldaan aan het vereiste van art. 5, derde lid, EVRM en art. 59, tweede lid, Statuut dat een aangehouden verdachte *promptly* voor een rechter moet worden geleid. Voor uitlevering geldt die eis niet.

In het geval dat de betrokkene wordt aangehouden zonder dat een voorlopige aanhouding is voorafgegaan zou hij mijns inziens eveneens *promptly* voor een rechter moeten worden geleid. Daarin voorziet het wetsvoorstel niet: de opgeëiste persoon blijft dan in verzekering totdat de rechtbank beslist over zijn gevangenhouding. Hetzelfde is het geval indien wel een voorlopige aanhouding heeft plaatsgehad en het verzoek om overlevering reeds wordt ontvangen wanneer de opgeëiste persoon zich nog in verzekering, dus nog niet in bewaring, bevindt. Ook dan kan volgens het wetsvoorstel de vrijheidsbeneming worden voortgezet tot het tijdstip waarop de rechtbank beslist over de gevangenhouding (art. 19). Ik vermoed dat dit op een vergissing berust.

Schorsing: Op vordering van de officier van justitie of op verzoek van de opgeëiste persoon kan de rechter-commissaris bevelen dat de vrijheidsbeneming wegens dringende en uitzonderlijke omstandigheden wordt beëindigd of geschorst (art. 16, art. 20), doch slechts na consultatie van het Hof (door tussenkomst van de Minister van Justitie).

De beslissing op een verzoek tot overlevering geschiedt, net als volgens de Uitleveringswet, in twee fasen: eerst beslist de rechtbank, vervolgens de Minister van Justitie.

De rechtbank beslist over de toelaatbaarheid van de verzochte overlevering. De wet voorziet daarbij in slechts twee uitspraken: De rechtbank kan de verzochte uitlevering

alleen toelaatbaar of ontoelaatbaar verklaren (art. 27).

Evenmin als in de Uitleveringswet is in het wetsvoorstel voorzien in de mogelijkheid dat de rechtbank de officier van justitie niet-ontvankelijk verklaart, bijvoorbeeld indien het verzoek inmiddels is ingetrokken of indien de opgeëiste persoon is gevlucht. Verwacht kan worden dat de rechter in voorkomend geval, net als in uitleveringszaken, toch aldus zal beslissen.

Het Statuut houdt wel een aantal eisen in omtrent de bij een verzoek tot overlevering behorende stukken (art. 91 Statuut), maar anders dan in uitleveringszaken is ongenoegzaamheid der stukken volgens het wetsvoorstel geen weigeringsgrond. Indien de stukken gebrekkig zijn zal de oplossing moeten worden gezocht via consultatie. Die zou mogelijk-kerwijs kunnen leiden tot intrekking van het verzoek.

Slechts op twee gronden (en slechts na consultatie van het Hof) kan de rechtbank de overlevering ontoelaatbaar verklaren (art. 27 jo. art. 25):

- a. de voorgeleide persoon is niet degene wiens overlevering is gevraagd;
- b. er kan geen sprake zijn van een vermoeden van schuld aan de feiten waarvoor zijn overlevering is gevraagd.

Anders dan volgens de Uitvoeringswet Joegoslavië-tribunaal is kennelijke onbevoegdheid van het Hof geen grond tot ontoelaatbaarverklaring.

Een ne bis in idem verweer (vgl. art. 20 Statuut) kan volgens het Statuut wel worden gevoerd, maar de rechtbank moet ook daarover het Hof consulteren (art. 89, tweede lid, Statuut). De beslissing daarop wordt genomen door het Hof. Indien het Hof zou beslissen dat de zaak wegens eerdere berechting niet-ontvankelijk is, zou de rechtbank de overlevering mijns inziens ook op die grond ontoelaatbaar moeten kunnen verklaren.

Voor andere uit het uitleveringsrecht bekende weigeringsgronden, zoals het ontbreken van dubbele strafbaarstelling en het politieke karakter van het delict, is in het onderhavige verband geen plaats. Ook niet voor verjaring: Feiten die vallen onder de rechtsmacht van het Hof (de drie kerndelicten, genoemd in art. 5, en de *offences against the administration of justice*, genoemd in art. 70 Statuut) verjaren niet.

De vraag laat zich stellen of de rechtbank niet, ondanks de wettelijke beperkingen, toch gehouden is de rechtmatigheid van de gevraagde overlevering te onderzoeken op grond van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR).

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt die vraag ontkennend beantwoord met beroep op een niet-ontvankelijkverklaring door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) van een beroep op art. 6 EVRM door een Kroaat, Naletilic, wegens zijn overdracht aan het in zijn ogen niet onafhankelijke en onpartijdige Joegoslavië-tribunaal.¹⁾ Ik meen echter dat uit die beslissing niet kan worden afgeleid dat ingeval bijvoorbeeld overlevering wordt verzocht van een ernstig zieke een beroep op schending van art. 3 EVRM eveneens zou moeten falen. Een verschil met die zaak is bovendien dat de verplichting tot medewerking met het door de Veiligheidsraad ingestelde Joegoslavië-tribunaal op grond van art. 103 Handvest van de Verenigde Naties voor-

¹⁾ Application no. 51891/99

gaat boven andere verdragsverplichtingen, hetgeen van de verplichting tot medewerking met het Hof niet kan worden gezegd.

Naar ik meen zullen de rechtbank en ook de Minister van Justitie in voorkomend geval aan het EVRM moeten toetsen, ook al geeft de wet de rechtbank daartoe geen ruimte. Ingevolge art. 94 Grondwet blijft immers een wetsbepaling buiten toepassing indien die toepassing niet verenigbaar zou zijn met een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Overeenkomstig hetgeen de Hoge Raad heeft beslist in uitleveringszaken valt aan te nemen dat de rechtbank slechts verplicht kan zijn tot ontoelaatbaarverklaring indien ernstige schending van een in het EVRM neergelegd recht reeds heeft plaatsgehad - te denken valt bijvoorbeeld aan een disproportioneel gewelddadige aanhouding - terwijl in de overige gevallen de beslissing hieromtrent toekomt aan de Minister van Justitie.⁶⁾

Ontoelaatbaarverklaring door de rechtbank brengt mee dat de Minister van Justitie het verzoek tot overlevering *moet* afwijzen (art. 30, vierde lid).

Anders dan in uitleveringszaken, waar de mogelijkheid bestaat van cassatieberoep, maar wel overeenkomstig de Uitvoeringswet Joegoslavië-tribunaal, staat volgens het wetsvoorstel tegen de uitspraak van de rechtbank geen rechtsmiddel open. Volgens de memorie van toelichting vindt dit zijn rechtvaardiging in de vereiste snelheid bij de samenwerking met het Hof alsmede in de beperktheid van de mogelijkheden tot weigering.

Ondanks het zeer feitelijke karakter van de overgebleven wettelijke weigeringsgronden en het voorschrift dat aan weigering consultatie van het Hof vooraf moet gaan, zou ik een lans willen breken voor het toch openstellen van cassatieberoep, overeenkomstig de regeling in de Uitleveringswet. Het komt me wat ongelukkig voor dat de rechtbank zonder mogelijkheid tot correctie een verzochte overlevering aan het Hof zou kunnen tegenhouden. In het bijzonder bij een beroep van de opgeëiste persoon op schending van EVRM of IVBPR komen rechtsvragen aan de orde die zich lenen voor toetsing in cassatie. Ook is bezwaarlijk dat bij de rechtbank mogelijkerwijs gemaakte procedurefouten, zoals bijvoorbeeld het niet horen van de betrokkene of het niet behoorlijk ingaan op een gevoerd onschuldverweer, bij afwezigheid van een rechtsmiddel niet meer kunnen worden geresseerd.

Het wetsvoorstel voorziet in een verkorte procedure, volgens welke de opgeëiste persoon kan instemmen met onmiddellijke overlevering. Toetsing door de rechtbank blijft dan achterwege. (De Uitvoeringswet Joegoslavië-tribunaal kent zo'n verkorte procedure nog niet, maar daarin wordt bij voorgestelde aanpassingswet voorzien.) Bij de verkorte procedure blijft de specialiteitsregel in zoverre buiten toepassing dat de opgeëiste persoon zonder nadere toestemming van de Minister van Justitie kan worden vervolgd voor reeds begane andere feiten dan waarvoor hij is overgeleverd. Wel geldt ook bij de verkorte procedure dat het Hof de opgeëiste persoon niet zonder uitdrukkelijke toestemming van de minister ter beschikking mag stellen aan autoriteiten van een derde staat.

Kleine rechtshulp

Wezenlijk voor het Hof is hetgeen met betrekking tot het interstatelijke verkeer pleegt te worden genoemd de kleine rechtshulp. Het Hof zal immers in hoge mate afhankelijk zijn van bewijsmateriaal dat door Staten wordt aangeleverd. Art. 93 Statuut houdt dan ook

⁶⁾ Vgl. HR 9 april 1991, NJ 191, 696; HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 533, m.nt. Sch.

de verplichting voor de lidstaten in, diverse vormen van hulp bij de opsporing en de vervolging desgevraagd te verlenen. De in het ontwerp Uitvoeringswet voorgestelde bepalingen voorzien in ruime mate in het verlenen door Nederland van de gevraagde hulp, inclusief zelfs het meewerken aan een verhoor per videoconferentie, hoewel daar in het Wetboek van Strafvordering nog geen regeling voor bestaat. Overigens komt de voorgestelde regeling in hoofdzaak overeen met die welke geldt voor de interstatelijke kleine rechtshulp.

Verzoeken om rechtshulp kunnen afstuiten op een volgens de Nederlandse wet bestaand verschoningsrecht (art. 51). Maar consultatie met het Hof is dan vereist (art. 93, derde lid, Statuut) dat zonedig zijn verzoek kan aanpassen. Datzelfde geldt voor het eventueel staatsgeheime karakter van de gevraagde informatie (art. 72 Statuut).

Het voorgestelde art. 46 Uitvoeringswet bepaalt dat zoveel mogelijk moet worden toegestaan dat in het verzoek vermelde personen aanwezig zijn en helpen bij de uitvoering ervan. Dat doet de vraag rijzen in hoeverre de autoriteiten van het Hof zelfstandig op Nederlands grondgebied mogen opereren.

Het Statuut (art. 99, vierde lid) houdt in dat, na een voorlopige ontvankelijkverklaring als bedoeld in art. 18 en 19 Statuut, de *Prosecutor*, na verzoek en na overleg, tot zelfstandig onderzoek zonder toepassing van dwangmiddelen onder meer gerechtigd is op het grondgebied van de staat waar het misdrijf zou zijn begaan, *zonodig* buiten aanwezigheid van de nationale autoriteiten. De *Pre-Trial Chamber* kan de *Prosecutor* zelfs machtigen tot het zonder enig verzoek daartoe zelfstandig doen van onderzoek op het grondgebied van een lidstaat, indien er in die staat geen autoriteiten zijn die zo'n verzoek zouden kunnen nakomen (art. 57, derde lid onder (d)).

Het wetsvoorstel zwijgt daarover. De memorie van toelichting zegt dat het Hof voor door hem gewenste onderzoeken op Nederlands grondgebied altijd de weg zal moeten volgen van een rechtshulpverzoek.

In aanmerking nemend dat in een bij een ernstig feit betrokken staat steeds de natuurlijke neiging zal bestaan tot toedekken van zaken, vrees ik echter dat in voorkomend geval zelfs Nederland van zo'n eventuele machtiging van de *Pre-Trial Chamber* niet gevrijwaard zal zijn.

Tenuitvoerlegging van straffen

Door het Hof opgelegde straffen kunnen, onder bepaalde voorwaarden, in Nederland worden tenuitvoergelegd. Dat betreft niet alleen gevangenisstraffen, ook kunnen verbeurdverklarde voorwerpen in beslag worden genomen en kunnen geldboeten of herstelbetalingverplichtingen ten behoeve van slachtoffers worden geëxecuteerd. Indien nodig kan daartoe een strafrechtelijk financieel onderzoek worden gedaan.

Tegen inbeslagneming kan door belanghebbenden een klaagschrift worden ingediend (art. 64), maar in afwijking van de commune regeling staat tegen de beslissing van de rechtbank daarop geen cassatieberoep open. Derden kunnen tegen verbeurdverklaring echter ook bij het Hof zelf opkomen (art. 77, tweede lid onder (b), Statuut juncto Rule 147). De rechtbank kan onder meer ingrijpen indien een vaststelling door het Hof omtrent rechten van derden onverenigbaar is met een eerder in Nederland gegeven rechterlijke beslissing of met de Nederlandse openbare orde (art. 65). Hierbij kan de Nederlandse rechts-eenheid in het geding zijn. Dat ook in dit verband geen cassatieberoep mogelijk zal zijn

lijkt me uit dat oogpunt een gemis. De eerdergenoemde argumenten van de regering, de vereiste snelheid en het feitelijke karakter van de beslissing, gaan in dit kader niet op.

Tenuitvoerlegging in Nederland van een gevangenisstraf kan aan de orde komen indien Nederland zich ertoe bereid heeft verklaard om daartoe te worden aangewezen (dat heeft Nederland nog niet gedaan), en indien geen enkele staat daartoe bereid is (art. 103, Statuut). Nederland, als gastland, treedt in dat laatste geval op als vuilnisbak van de wereld, zo wordt wel gezegd.

Anders dan de Uitvoeringswet Joegoslavië-tribunaal voorziet het onderhavige wetsvoorstel ten aanzien van gevangenisstraffen *niet* in de zogenaamde exequaturprocedure, bekend uit het Verdrag van Straatsburg van 1983 inzake de overbrenging van gevonniste personen, volgens welke de Nederlandse rechter de straf of maatregel oplegt die op het overeenkomstige feit naar Nederlands recht is gesteld. Art. 105 Statuut staat wijziging, door de staat van tenuitvoerlegging, van de door het Hof opgelegde gevangenisstraf niet toe. Voor door het Hof opgelegde gevangenisstraffen geldt dus het systeem van onmiddellijke tenuitvoerlegging.

Mij komt dat juist voor. Het gaat hier niet om overneming van gedetineerden uit een vreemde nationale rechtsorde ter integratie in de eigene, maar om een internationaal rechtstelsel in het kader waarvan nationale staten als strafexecuteur optreden.

Ten aanzien van bijkomende straffen, te weten geldboete en verbeurdverklaring, wordt wel in een exequaturprocedure voorzien. Dat is nodig om ze volgens het Nederlandse rechtstelsel te kunnen executeren.

Het Hof kan tijdelijke gevangenisstraffen opleggen tot de duur van 30 jaar. Art. 10 Wetboek van Strafrecht houdt echter in dat tijdelijke gevangenisstraf in geen geval de duur van 20 jaar te boven kan gaan. De voorgestelde Uitvoeringswet derogeert aan die bepaling, zodat ook langere gevangenisstraffen kunnen worden tenuitvoergelegd. Zoals in de memorie van toelichting wordt opgemerkt wordt deze afwijking gerechtvaardigd door karakter en ernst van de exceptionele misdrijven waarom het gaat. Voor geldboeten geldt hetzelfde: het Nederlandse maximum van 1 miljoen gulden is hier niet van toepassing.

De Nederlandse regeling van vervroegde invrijheidstelling is niet van toepassing op veroordelingen wegens genocide, *crimes against humanity* of *war crimes*. Art. 110, eerste lid, Statuut luidt:

"The State of enforcement shall not release the person before expiry of the sentence pronounced by the Court."

Vervroegde invrijheidstelling zal wel mogelijk zijn bij straffen die op de voet van art. 70 Statuut door het Hof zijn opgelegd ter zake van *offences against the administration of justice*. Volgens Rule 163, derde lid, slaat art. 110 van het Statuut namelijk niet op gevangenisstraffen die zijn opgelegd ter zake van feiten als bedoeld in art. 70 Statuut.

Nederland als tenuitvoerleggende staat kan geen gratie verlenen, althans niet ten aanzien van straffen opgelegd wegens de drie kerndelicten (art. 56). Dat kan alleen het Hof, en niet eerder dan nadat de opgelegde straf voor twee derde deel is uitgezeten, dan wel, bij levenslang, na 25 jaar (art. 110 Statuut). Wel kan volgens het wetsvoorstel door Nederland gratie worden verleend, zij het na consultatie van het Hof, van gevangenisstraf opgelegd wegens een misdrijf tegen de rechtspleging van het Hof.

Bijstand door het gastland

Tenslotte houdt het wetsvoorstel enkele bepalingen in met betrekking tot doorvoer van personen die door het Hof worden overgedragen aan de autoriteiten van een vreemde staat. Deze geschiedt in opdracht van het Hof door Nederlandse autoriteiten (art. 85). Dat brengt mee dat de desbetreffende persoon zich gedurende die doorvoer bevindt in de jurisdictie van Nederland. Ingevolge het Soering-arrest mag Nederland aan die doorvoer niet meewerken wanneer het ernstige vermoeden bestaat dat de betrokkene daardoor zal worden blootgesteld aan een ernstige inbreuk op zijn fundamentele rechten zoals neergelegd in het EVRM.

In de memorie van toelichting wordt het vertrouwen uitgesproken dat het Hof een getuige na bewezen diensten niet zonder meer zal laten vertrekken naar een staat met een dubieuze reputatie. In geval van twijfel daaraan in een concreet geval zal de rechter in kort geding de feitelijke uitzetting, die Nederland als gastland uitvoert, toetsen aan het EVRM.

Anders ligt het ten aanzien van gedetineerden in de door Nederland aan het Hof ter beschikking gestelde ruimten; de Nederlandse wet is daar volgens het wetsvoorstel niet van toepassing (art. 88). De vraag is toch of een staat zich op die wijze van zijn verantwoordelijkheid op grond van het EVRM kan ontdoen.' Indien een gedetineerde, bijvoorbeeld in geval van beweerde foltering in de aan het Hof ter beschikking gestelde cellen, in Straatsburg niet met succes een klacht kan indienen tegen Nederland, tegen wie dan wel?

De misdrijven

De eerste vraag waarvoor de regering bij het gevolg geven aan de verplichting tot strafbaarstelling van ICC-misdrijven komt te staan is, of daartoe het best de Wet oorlogsstrafrecht kan worden aangevuld, dan wel beter een afzonderlijke wet kan worden gemaakt.

Teneinde te voorkomen dat bij aanvulling van de Wet oorlogsstrafrecht de gebreken van die wet zich ook zouden gaan uitstrekken tot de nieuwe strafbaarstelling(en), heeft men in het circulerende voorontwerp geopteerd voor het laatste: een afzonderlijke nieuwe wet. Die wet dient dan, evenals de Wet oorlogsstrafrecht thans doet, enkele algemene bepalingen te bevatten, zoals met betrekking tot verjaring en ter aanwijzing van de in Nederland bevoegde rechter. Mijs inziens zou ook goed denkbaar zijn, de desbetreffende strafbaarstellingen onder te brengen in het Wetboek van Strafrecht, en de aanwijzing van de bevoegde rechter in het Wetboek van Strafvordering.

De tweede vraag is, hoe de desbetreffende strafbaarstellingen het best in het vat zijn te gieten. Is dat door een eigenstandige Nederlandse delictomschrijving, hetzij die van art.

⁷⁾ De twee uitspraken van het EHRM van 18 februari 1999, Appl. nos. 26083194 en 28934/95 (Waite en Kennedy tegen Duitsland en Beer en Regan tegen Duitsland), waarop in de Memorie van Toelichting een beroep wordt gedaan, betreffende door de Duitse rechter uitgesproken niet-ontvankelijkheid van een privaatrechtelijke vordering tegen de European Space Agency, op grond van de aan die instelling toekomende immuniteit. Het EHRM overwoog onder meer: "The Court recalls that the right of access to the courts secured by Article 6 § 1 of the Convention is not absolute, but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access by its very nature calls for regulation by the State. In this respect, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation, although the final decision as to the observance of the Convention's requirements rests with the Court. It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way as to such an extent that the very essence of the right is impaired." (Cursivering toegevoegd, NK)

8 *Wet oorlogsstrafrecht* hetzij een meer uitvoerige, of kan beter worden aangeknoopt bij de delictsomschrijvingen uit het Statuut?

Hierbij is van belang, welke keuzevrijheid Nederland op dat punt heeft. Staat het volkenrecht toe, nationaal een ruimere delictsomschrijving te creëren dan die welke is vervat in het Statuut, en daarvoor extraterritoriale strafrechtsmachtte vestigen? En staat het in art. 16 Grondwet en art. 1 Wetboek van Strafrecht te lezen *lex certa* vereiste toe, de globale delictsomschrijving te handhaven die thans is vervat in art. 8 *Wet oorlogsstrafrecht*?

In concreto zijn er drie mogelijkheden:

(1) De eerste mogelijkheid is dat de strafbaarstellingen in de Nederlandse wet getrouwe kopieën worden van die in het Statuut. Daaraan kleven diverse nadelen.

In de eerste plaats is er met betrekking tot de strafbaarstelling van oorlogsmisdrijven het nadeel dat het Statuut onderscheid maakt tussen feiten gepleegd in het kader van een internationaal gewapend conflict en feiten gepleegd in het kader van een niet-internationaal gewapend conflict. Zou de Nederlandse wet datzelfde onderscheid maken, dan zou dat onze rechter ertoe dwingen, per voorliggend geval vast te stellen of het conflict in de desbetreffende periode internationaal was of niet. Dat kan een moeilijke opgave zijn, waarmee we de rechter bij voorkeur niet zouden moeten belasten.

Dat men dat onderscheid heeft gemaakt in het Statuut was niet omdat men dat onderscheid van wezenlijk belang achtte, maar om de onderhandelingen snel te kunnen afronden. Staten hebben zich in het verleden, in Genève in 1949 en in 1977, niet bereid verklaard een verplichting tot strafbaarstelling te accepteren met betrekking tot feiten begaan in niet-internationale conflicten; daarmee zouden ze immers buitenlandse strafvervolgingen over zich afroepen ter zake van hun eigen binnenlandse problemen. Daaraan heeft men te Rome niet willen morrelen, want dat zou een vlotte aanvaarding van het Statuut als geheel in gevaar brengen. De rechtsontwikkeling heeft echter sedert 1977 niet stilgestaan,⁸⁾ en het Statuut van het Rwanda-tribunaal betreft wel schendingen van het oorlogsrecht ter zake van niet-internationale gewapende conflicten.

De regels van het oorlogsrecht voor internationale gewapende conflicten kunnen worden opgevat als verbijzonderingen van de beginselen die met betrekking tot interne conflicten zijn neergelegd in het gemeenschappelijke artikel 3 van de Conventies van Genève, "en daarom op interne conflicten *mutatis mutandis* evenzeer van toepassing zijn." Te verdedigen valt daarom dat het staten vrijstaat, schending van die uitvoeriger geformuleerde regels *mutatis mutandis* ook met betrekking tot interne gewapende conflicten strafbaarte stellen.

Een tweede nadeel van het op de voet volgen van de strafbaarstellingen van het Statuut is dat in het oorlogsrecht meer verboden is dan waarop de rechtsmacht van het Hof betrekking heeft. Machteld Boot wijst daarop in haar binnenkort te verdedigen proef-
II

Vgl. de overwegingen van de Appeals Chamber van het Joegoslavië-tribunaal inzake Tadic, 2 October 1995, § 134.

⁸⁾ In het arrest van het Internationale Gerechtshof van de Verenigde Naties inzake Nicaragua tegen de Verenigde Staten, 27 juni 1986, § 218, wordt de inhoud van het gemeenschappelijke art. 3 van de Conventies van Genève aangemerkt als "a minimum yardstick, in addition to the more elaborate rules which are also to apply to international conflicts" en als "elementary considerations of humanity".

¹⁰⁾ In de woorden van het Joegoslavië-tribunaal: "What is inhumane, and consequently proscribed, in international wars, cannot but be inhumane and inadmissible in civil strife." Appeals Chamber inzake Tadic, 2 October 1995, § 119.

schrift.¹¹⁾ Zo zwijgt het Statuut bijvoorbeeld over de landmijnen, waarvan het gebruik is verboden bij het verdrag van Ottawa (1997). Een ander voorbeeld, onlangs genoemd door Professor Horst Fischer: Tot de beschermde personen die ingevolge art. 41 Protocol I niet mogen worden aangevallen behoren vijandelijke personen *hors de combat*. Als zodanig wordt in dat protocol aangemerkt zowel degene die *clearly expresses an intention to surrender* alsook degene die door verwonding buiten bewustzijn is. In het Statuut wordt onder de jurisdictie van het Hof gebracht het doden of verwonden van een combattant die zich *at discretion* heeft overgegeven, maar niet het doden of verwonden van iemand die buiten bewustzijn is geraakt. Zou de Nederlandse wetgever het Statuut op de voet volgen, dan zou het doden van een bewusteloze tegenstander buiten deze wet vallen.

Een derde nadeel is dat gemakkelijk discrepanties kunnen optreden tussen de rechtspraak van de nationale rechter en die van het Internationale Strafgerechtshof. Ingevolge art. 17 van het Statuut zal het in het algemeen de nationale rechter zijn die een zaak dient te berechten. Indien deze daarbij bepalingen dient te interpreteren en toe te passen die getrouwe vertalingen zijn van overeenkomstige bepalingen uit het Statuut, dan zal de verrassing onaangenaam zijn indien later het Internationale Strafgerechtshof aan die overeenkomstige bepalingen een andere uitleg geeft dan de nationale rechter heeft gedaan. Zowel een Nederlands ontslag van rechtsvervolging ten aanzien van een gedraging die later door het Hof wel strafbaar wordt geoordeeld, als de omgekeerde situatie, zal door diverse betrokkenen als pijnlijk worden ervaren. De kans op zulke verrassingen zal geringer zijn indien de nationale wet een zelfstandiger formulering krijgt.

(2) De tweede mogelijke wijze van strafbaarstelling is het zelfstandig formuleren van een aantal delictsomschrijvingen die tezamen het gehele terrein van het oorlogsrecht dekken. De Belgische wet van 1993/1999¹²⁾ biedt daarvan een voorbeeld.

Een voordeel van die werkwijze is dat men de genoemde nadelen van de eerste methode kan vermijden.

Een nadeel is ongetwijfeld dat deze methode bewerkelijk is. De strafwetgever zal geen regel van het oorlogsrecht over het hoofd mogen zien en de ontwikkelingen ervan nauwlettend moeten volgen.

In dit verband zij opgemerkt dat men bij de formulering van de delictsomschrijvingen gedetailleerd dan wel globaal wijze te werk kan gaan. De door mij ooit geopperde gedachte dat zou kunnen worden volstaan met in de delictsomschrijving te verwijzen naar een aantal limitatief op te sommen verdragen, heeft in regeringskringen geen bijval gevonden.

(3) De derde mogelijkheid is dat de globale strafbaarstelling van art. 8 Wet oorlogsstrafrecht wordt gehandhaafd. Men behoeft dan geen nieuwe, wellicht knellende, schoenen te kopen maar kan doorlopen op de oude.

Deze optie heeft als voordeel dat met art. 8 Wet oorlogsstrafrecht alle vliegen zonder moeite in een klap worden geslagen.

Daartegenover staat echter het nadeel dat zij op gespannen voet staat met het *lex certa* vereiste, hetgeen nu meer klemmt dan toen 50 jaar geleden de Wet oorlogsstrafrecht tot stand kwam, omdat het oorlogsrecht inmiddels veel ingewikkelder is geworden. Het is,

¹¹⁾ M. Boot, *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court: Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes*.

¹²⁾ Wet van 13 juni 1993 zoals gewijzigd bij de Wet van 10 februari 1999, betreffende de bestraffing van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht.

hoewel in verdragen vastgelegd, niet steeds even vanzelfsprekend waar de grens loopt tussen wat in de oorlog is toegestaan en wat ook daar verboden is.

Indien ik uit deze opties zou moeten kiezen zou mijn voorkeur uitgaan naar de tweede. Men zou de Belgische delictomschrijvingen kunnen kopiëren en voorzover nodig amenderen. Mocht daar geen tijd meer voor zijn, dan is er altijd nog de derde optie: handhaven van het oude en vertrouwde art. 8 Wet oorlogsstrafrecht.

Tot dusverre heb ik uitsluitend gesproken over oorlogsmisdrijven. Met betrekking tot genocide en *crimes against humanity* ligt het ontwerpen van geheel eigen delictomschrijvingen minder voor de hand, omdat die beide kwalificaties ingeburgerd zijn. Men kan bezwaarlijk iemand voor genocide veroordelen op grond van een handeling die naar internationale opvattingen in het geheel geen genocide is, en het is ook vreemd, een handeling die naar internationale opvatting wel genocide oplevert nationaalrechtelijk niet als zodanig te kwalificeren.

Enige verruiming lijkt me echter wel toegestaan. Zoals bekend heeft de delictomschrijving van het Genocide-verdrag (1948) betrekking op handelen *with intent to destroy a national, ethnical, racial or religious group*. De Franse wetgever heeft daaraan nog toegevoegd het handelen met de bedoeling tot vernietigen van een groep *déterminé a partir de tout autre critère arbitraire*. Die omschrijving brengt onder genocide bijvoorbeeld ook het trachten uit te roeien van communisten, zoals in Indonesië in 1965 heeft plaatsgehad.

Ook is er misschien iets voor te zeggen, de Nederlandse strafbaarstelling van *crimes against humanity* zo in te richten dat buiten twijfel staat dat bijvoorbeeld het verspreiden van dodelijke bacteriën als *crime against humanity* kan worden aangemerkt. Aan het rijtje gedragingen dat, indien begaan *as part of a widespread or systematic attack against any civilian population*, een *crime against humanity* oplevert - een rijtje dat in de achtereenvolgende definities van *crimes against humanity* steeds langer is geworden - zou wellicht kunnen worden toegevoegd de toepassing van dodelijke chemische of biologische wapens. Weliswaar betreft de delictomschrijving in het Statuut ook "*other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health*", maar een meer expliciete vermelding van chemische en biologische wapens zou mijns inziens de voorkeur verdienen.

Tot zover over de strafbaarstellingen.

Een tweede vraagstuk betreft de omvang van de met betrekking tot de desbetreffende feiten - genocide, *crimes against humanity* en oorlogsmisdrijven - te vestigen strafrechtsmacht. Moet dat universele strafrechtsmacht zijn, of kan met minder worden volstaan? Opmerking verdient dat het Statuut aan het Internationale Strafgerechtshof zelf geen onbeperkte universele strafrechtsmacht toekent: behoudens aanwijzing door de Veiligheidsraad geldt als voorwaarde voor zijn jurisdictie dat de staat van de locus delicti en/of de staat van de nationaliteit van de verdachte is aangesloten bij het Statuut dan wel ad hoc toestemming tot vervolging heeft gegeven.

Ingevolge het bekende Lotus-arrest van 1927 staat het iedere staat in het algemeen vrij, extraterritoriale strafrechtsmacht te vestigen voorzover het volkenrecht dat niet verbiedt, maar volgens de heersende leer is het met betrekking tot universele strafrechtsmacht anders: die mag slechts worden gevestigd voorover het volkenrecht daartoe machtigt.

Ten aanzien van *grave breaches* verplichten de Conventies van Genève en Protocol I tot

het vestigen van universele strafrechtsmacht, en met betrekking tot overige schendingen van de wetten en gebruiken van de oorlog kan een machtiging van die strekking daarin wel worden gelezen. Ten aanzien van *war crimes* ligt het vestigen van universele strafrechtsmacht derhalve voor de hand.

Ten aanzien van genocide en *crimes against humanity* zie ik niet dat het volkenrecht tot het vestigen van universele strafrechtsmacht uitdrukkelijk verplicht. Zoals bekend verplicht het Genocide-verdrag de staten slechts tot het vestigen van territoriale, niet van universele strafrechtsmacht. Ten aanzien van *crimes against humanity* is er helemaal geen uitdrukkelijke volkenrechtelijke verplichting.

Met betrekking tot alle drie in het Statuut bedoelde delicten, genocide, *crimes against humanity* en *war crimes*, kan men met enige goede wil een machtiging tot het vestigen van universele strafrechtsmacht besloten achten in het Statuut zelf (art. 5), dat zegt dat deze delicten zijn *of concern to the international community as a whole*.

Het komt me in ieder geval ongewenst voor dat een zich hier te lande bevindende buitenlandse verdachte van bijvoorbeeld medeplichtigheid aan in het buitenland begane genocide of *crime against humanity* hier niet zou kunnen worden berecht. Ik meen daarom dat over dit punt van twijfel moet worden heengestapt, dat we volkenrechtelijke machtiging maar moeten aannemen, en universele strafrechtsmacht moeten vestigen.")

Maar wat houdt universele strafrechtsmacht precies in? Staat het volkenrecht toe dat Nederland zijn strafrechtsmacht uitstrekt tot door buitenlanders in het buitenland begane delicten zonder dat er daartoe enig aanknopingspunt is, zoals dat de slachtoffers Nederlander zijn, of dat de verdachte zich in Nederland bevindt? Een overeenkomstige vraag is aan de orde in de thans bij het Internationale Gerechtshof van de Verenigde Naties aanhangige zaak Congo tegen België, met betrekking tot betrokkenheid bij genocide, waarin op 14 februari 2002 de uitspraak wordt verwacht.

Vooralsnog ben ik van mening dat, bij gebreke van andere aanknopingspunten, berechting van een afwezige volkenrechtelijk niet is toegestaan.¹⁴⁾ Opsporingsonderzoek, inclusief dwangmiddelen waaronder bijvoorbeeld huiszoeking (tegenwoordig: doorzoeking) en het aftappen van telefoon en dergelijke zou mijns inziens echter wel mogelijk moeten zijn, en ook de mogelijkheid van het vragen van uitlevering zou ik niet bij voorbaat willen uitsluiten. Ik zie geen grond om aan te nemen dat het volkenrecht zich daartegen verzet.

De te ontwerpen wet zou daarom voor geval van toepassing van universele strafrechtsmacht moeten voorzien in een uitzondering op de in het Wetboek van Strafvordering (art. 280) vervatte regels met betrekking tot het verlenen van verstek.

De strafrechtsmacht heeft betrekking op de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Op dat terrein liggen nog andere vragen.

Eén daar van betreft de regel ne bis in idem. Het Statuut, in artikel 20, maakt met betrek-

¹⁴⁾ Na het uitspreken van deze voordracht werd ik er door Prof. Dr. T. Gill op attent gemaakt dat de bedoelde machtiging ten aanzien van genocide en *crimes against humanity* naar volkenrechtelijk gewoonterecht valt af te leiden uit de rechtspraak inzake Eichmann (Supp. Ct. Israel 1962, 36 Intl. Law Reports 277), Demjanjuk (603 F.Supp. 1468 N.D. Ohio, affirmed 776 F.2nd 571 (6th Cir. 1985), certiorari denied (1986)) en Barbie (Cass.Crim 6 Oct. 1983, Gaz. Pal.Jur. 710).

¹⁴⁾ Uitvoerig wordt op dit vraagstuk ingegaan in § 113 e.v. van de voordracht tot cassatie in het belang der wet die heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 18 september 2001 inzake de door het Gerechtshof te Amsterdam bevolen strafvervolgving van D.D. Bouterse ter zake van de zogenoemde decembermoorden van 8 en 9 december 1982.

king tot genocide, *crimes against humanity* en oorlogsmisdrijven een uitzondering op de ne bis in idem regel voor het geval van *sham trials*, in de woorden van het Statuut: *unless the proceedings in the other court were for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility*. De vraag laat zich stellen of in ons art. 68 Wetboek van Strafrecht een dienovereenkomstige uitzondering moet worden opgenomen.") Die vraag dringt zich in het bijzonder op omdat art. 68 Wetboek van Strafrecht na een buitenlands gewijsde waarvan geen tenuitvoerlegging meer openstaat de strafvervolgning in Nederland geheel blokkeert, in plaats van, zoals in Duitsland,¹⁶⁾ volgens het zogenaamde *Anrechnungsprinzip* te bepalen dat bij een nieuwe strafvervolgning de buitenlandse straf in rekening moet worden gebracht.

Ik voel daar weinig voor. Niet alleen zou zo'n wetswijziging onverenigbaar zijn met een Europees verband aangegane verplichting,¹⁷⁾ ik acht haar ook onwenselijk. Ik zou de Nederlandse rechter niet willen belasten met een onderzoek naar de achterliggende bedoelingen van een buitenlandse strafvervolgning. Allereerst zullen de voor zo'n oordeel nodige feiten zeer moeilijk zijn vast te stellen. Het oordeel dat van een *sham trial* sprake is kan bovendien een zo zware politieke lading hebben, met consequenties voor de internationale verhoudingen, dat dit niet aan onze nationale rechter zou moeten worden opgedragen. Zodanig onderzoek en oordeel lijken me meer iets voor het Internationale Strafgerechtshof. Indien in Nederland een verdachte wordt aangetroffen die in een andere staat al is berecht en daar bijvoorbeeld een opmerkelijk lichte straf heeft gekregen en uitgezeten, dan zouden eventuele aanvullende vervolging en bestraffing voor dezelfde feiten mijns inziens niet moeten geschieden door Nederland maar door het Hof. Juist voor zulke moeilijke gevallen wordt dat Hof in het leven geroepen.

Materieelrechtelijk is tenslotte de vraag van belang in hoeverre op het Nederlandse algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht uitzonderingen zouden moeten worden gemaakt voorzover het Statuut daarvan afwijkt. Ik noem enkele van die afwijkingen:

Superior responsibility

De strafrechtelijke aansprakelijkheid van superieuren voor gedragingen die feitelijk zijn verricht door ondergeschikten, gaat naar Nederlands recht in het algemeen niet verder dan het opzet, eventueel het voorwaardelijk opzet, van de meerdere strekt. Vergelijk art. 9 Wet oorlogsstrafrecht, en het leerstuk van het functioneel ouderschap (IJzerdraadarrest¹⁸⁾); alleen art. 149 Wetboek van Militair Strafrecht vormt een uitzondering. Art. 28 Statuut voorziet in strafrechtelijke aansprakelijkheid van de militaire meerdere voor misdrijven begaan door ondergeschikten ook indien het aan zijn schuld te wijten is dat hij niet wist dat zijn ondergeschikten zulke feiten zouden gaan plegen: indien hij *should have known* dat die feiten op handen waren. Bij deze bepaling van het Statuut plaats ik twee kanttekeningen.

De eerste is dat ik niet begrijp waarom deze uitbreiding in het Statuut alleen militaire en niet ook burger superieuren betreft. Het komt me unfair voor, en in strijd met het gelijk-

") Aldus wordt voorgesteld in J.A.W. Lensing, *Ne bis in idem* in strafzaken: een rechtsvergelijkende en internationaalstrafrechtelijke oriëntatie, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking (no. 60), Deventer, 2000, blz. 201.

¹⁶⁾ § 51-(3) StGB.

¹⁷⁾ Overeenkomst tussen de Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen inzake de toepassing van het beginsel *ne bis in idem*, Brussel, 1987, Trb. 1987, 167, art. 1; Schengen Uitvoeringsovereenkomst, 1990, Trb. 1990, 145, art. 54.

¹⁸⁾ HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 m.nt. BVAR.

heidsbeginsel, dat op dit punt voor militairen en burgers niet dezelfde maatstaf wordt aangelegd.

Mijn tweede kanttekening is van strafrechtsdogmatische aard. Beginselen van strafrecht brengen mijns inziens mee dat men slechts strafbaar kan zijn voor eigen doen en eigen falen, inclusief het beïnvloeden van misdrijven van anderen of het verzuimen deze te beletten, maar niet aansprakelijk kan zijn voor de misdrijven van die anderen zelf.

Indien het slechts aan iemands schuld is te wijten dat hij van de ophanden misdrijven van anderen niet op de hoogte is, kan niet worden gezegd dat hij die misdrijven zelf heeft begaan. Iemand die op enig misdrijf niet zelf het opzet heeft gehad kan niet als dader van het misdrijf van een ander worden aangemerkt. Een afzonderlijke kwalificatie is daarom geboden. Ter vergelijking: Indien een bewaarder per ongeluk de deur openlaat van een TBS-kliniek, waardoor een levensgevaarlijke bewoner kan ontsnappen die vervolgens enkele moorden pleegt, dan kan aan de bewaarder wellicht dood door schuld worden verweten, maar niet 'moord door schuld'.

Om te zorgen dat feiten die strafbaar zijn onder het Statuut ook strafbaar zijn volgens ons nationale recht zal de wet moeten voorzien, (zoals met betrekking tot militairen art. 149 Wetboek van Militair Strafrecht trouwens al doet), in strafrechtelijke aansprakelijkheid van de superieur voor niet ingrijpen in geval van ophanden strafbare feiten ook indien hij daarvan door zijn schuld niet op de hoogte is. Maar anders dan in het Statuut het geval is zou het culpoze plichtsverzuim als zelfstandig delict strafbaar moeten worden gesteld, met een eigen strafmaximum. aanmerkelijk lager dan dat van de opzetvariant.

Ambtelijk bevel

Het is mijns inziens toe te juichen dat het Statuut in art. 33 voorziet in de strafuitsluitingsgrond van handelen ingevolge ambtelijk bevel. In het Statuut voor het Internationale Militaire Tribunaal te Neurenberg was die strafuitsluitingsgrond uitgesloten, maar dat laat zich verklaren doordat de verdachten behoorden tot de topleiders van het nazi-regime, en niet ter uitvoering van bevelen handelden maar zelf initiatiefnemers waren. Dat Statuut heeft ten voorbeeld gestaan aan veel wat daarna is gekomen, zoals *Control Council Law No. 10*, en de Statuten van de Tribunaal voor Joegoslavië en Rwanda. Dat ook daarin het beroep op ambtelijk bevel werd uitgesloten berust mijns inziens op een vergissing; het ging nu immers ook om minder hooggeplaatsten, waaronder er wel degelijk waren die op bevel handelden, terwijl niet uitgesloten was dat zij soms onverwiltbaar op de rechtmatigheid van die bevelen vertrouwden. Met art. 33 Statuut is van die dwaalweg teruggekeerd, zij het helaas niet ten volle.

Het beroep op onbevoegd gegeven ambtelijk bevel (ik volg de terminologie van art. 43 Wetboek van Strafrecht) is bij art. 33, tweede lid, Statuut uitgesloten voor geval het bevel het plegen van genocide of *crimes against humanity* betrof. Art. 43 Wetboek van Strafrecht houdt een dergelijke beperking niet in. Op dit punt meen ik dat onze wetgever het Statuut niet moet volgen.

Op het eerste gezicht lijkt het moeilijk voorstelbaar dat een bevel tot het plegen van genocide of van *crimes against humanity* te goeder trouw als bevoegd gegeven kan worden beschouwd. In art. 33, tweede lid, Statuut zie ik echter een overschatting van het menselijk vermogen tot vooruitzien. Wat zich in de werkelijkheid allemaal kan voordoen is vaak tevoren niet voorstelbaar. Trouwens, weliswaar zullen bevelen rechtstreeks tot plegen van genocide of een *crime against humanity* zelden anders dan kennelijk onbevoegd gegeven zijn, goede trouw is minder moeilijk voorstelbaar indien het gaat om medeplichtigheid of om *superior responsibility*.

Ik doe een poging tot het bedenken van een casus waarin een beroep op art. 43, tweede lid, Wetboek van Strafrecht in verband met genocide mijns inziens niet absoluut misplaatst zou behoeven te zijn: Een elektromonteur voldoet aan de opdracht van zijn baas om het zendvolume van de zender Mille Collines op te schroeven. In die handeling kan medeplichtigheid aan opruiing tot genocide worden gezien. Kan zo'n bevel slechts kennelijk onbevoegd gegeven zijn? Mijns inziens hangt dat af van de omstandigheden van het geval.

Indien een ondercommandant de lucht krijgt van een mogelijk ophanden *crime against humanity* en dat aan zijn chef rapporteert, waarop deze hem beveelt zich er niet mee te bemoeien omdat de chef dat varkentje zelf wel zal wassen, en de ondercommandant vervolgens nalaat in te grijpen, in goed vertrouwen dat zijn chef daarvoor zal zorgen, moet een beroep op ambtelijk bevel dan bij voorbaat uitgesloten zijn?

Art. 43 Wetboek van Strafrecht dient mijns inziens ongewijzigd te blijven.

Tenslotte de vraag naar de bevoegde rechter. Moet de militaire kamer of moet de commune strafrechter bevoegd zijn?

Voor bevoegdheid van de militaire kamer pleit de bijzondere deskundigheid die aldaar aanwezig is in militaire zaken.

Voor bevoegdheid van de militaire kamer pleit ook dat eventuele krijgsgevangenen voor dezelfde rechter dienen te worden gebracht als de eigen militairen (Genève III, art. 84).

Tegen bevoegdheid van de militaire kamer in zaken als waarom het hier gaat pleit dat er in het licht van het openbaarheidsbeginsel meer voor te zeggen is als die bijzondere deskundigheid in het geding wordt gebracht via deskundigen, die ter zitting kunnen worden ondervraagd, dan door militaire leden waarvan de deskundigheid pas een rol gaat spelen tijdens de geheime beraadslagingen.

Ook uit een oogpunt van rechterlijke onafhankelijkheid zou het er voor het oog van de wereld wat merkwaardig uitzien indien gevoelige zaken als de onderhavige voor een bijzondere rechter werden gebracht. Ik breng in herinnering dat de bekende Koerdenleider Öcalan werd berecht door een Turkse kamer waarin militairen zitting hadden. Een klacht dienaangaande van Öcalan bij het EHRM loopt nog (00046221199); de Turken hebben aanleiding gezien om de militaire leden te vervangen door burgers.

Hoewel ik besef me daarmee in dit gezelschap vermoedelijk niet bijzonder populair te maken spreek ik, dit alles overziende, mijn voorkeur uit voor de gewone strafrechter.

De euro komt, ook in het tuchtrecht

door

LKOL B.D. MR. J.R.G. JOFRIET

De invoering van de euro op 1 januari 2002 maakt aanpassing nodig van alle wetten waarin geldbedragen in Nederlandse guldens worden genoemd. Voor het militair straf- en tuchtrecht gebeurt dat op twee manieren. In het commune strafrecht wordt in het Wetboek van Strafrecht artikel 23 aangepast, het artikel waarin de geldboetecategorieën staan vermeld. Deze geldboetecategorieën gaan luiden in euro (€). Aangezien ingevolge artikel 1

van het Wetboek van Militair Strafrecht deze bepaling ook van toepassing is in het militair strafrecht en in het Wetboek van Militair Strafrecht alleen geldboetecategorieën worden genoemd, is aanpassing van het Wetboek van Militair Strafrecht zelf verder niet nodig.

De Wet militair tuchtrecht moet echter wel worden aangepast, want op een paar plaatsen in die wet worden bedragen in centen en guldens genoemd. Aangezien de Wet militair tuchtrecht een rijkswet is, moet aanpassing geschieden bij rijkswet. Op 31 oktober 2000 is dan ook al een wetsvoorstel ingediend dat hierin voorziet, te weten het wetsvoorstel Aanpassing van rijkswetten in verband met de vervanging van de gulden door de euro (Rijkswet aanpassing rijkswetten euro).¹⁾ Het wetsvoorstel bevat per ministerie een hoofdstuk waarin de rijkswetten staan vermeld waar dat ministerie voor verantwoordelijk is en de wijzigingen voor die rijkswetten. Voor het Ministerie van Defensie staan de te wijzigen rijkswetten in hoofdstuk III. Het betreft naast de Wet militair tuchtrecht ook nog de Marinescheepsongevallenwet, maar die zal hier verder niet worden behandeld.

Naast de omzetting van de guldenbedragen naar eurobedragen bevat het wetsvoorstel ook iets nieuws. Tot nu toe bevat de Wet militair tuchtrecht alleen bedragen in guldens, hoewel deze rijkswet ook van toepassing is in de Nederlandse Antillen en in Aruba. Dat houdt in dat waar ook ter wereld een tuchtproces wordt gehouden, het bedrag van de geldboete altijd wordt opgelegd in (Nederlandse) guldens. De betaling echter kan geschieden in de geldsoort die ter plaatse gevoerd wordt. Dat betekent omrekening als men buiten Nederland geplaatst is en men uitbetaald krijgt in een andere valuta. Behalve in de Nederlandse Antillen en in Aruba kan een dergelijke situatie ook aanwezig zijn bij een uitzending.

Het wetsvoorstel brengt daarin enige verandering. Behalve de vervanging van de geldbedragen door bedragen in euro (E), introduceert het wetsvoorstel ook de Antilliaanse gulden en de Arubaanse florin.

Na aanpassing van het wetsvoorstel door een nota van wijziging²⁾ is het wetsvoorstel op 19 juni 2001 als Gewijzigd voorstel van rijkswet³⁾ naar de Eerste Kamer gegaan. Daar wacht het nu op behandeling.

Drie artikelen in de Wet militair tuchtrecht moeten volgens het wetsvoorstel worden aangepast, en wel art. 43 (de minima en maxima van de geldboete), art. 45 (de inhouding bij niet betaling) en art. 50 (schorsing van een geldboete). Na verwerking van de wijzigingen gaan deze artikelen luiden zoals hierna wordt aangegeven.

Art. 43 WMT

1. Het bedrag van de geldboete is tenminste € 2 en ten hoogste € 45. In de Nederlandse Antillen onderscheidenlijk in Aruba zijn deze bedragen ANG 10 en ANG 100, onderscheidenlijk AWG 10 en AWG 100.

2. Een geldboete kan niet worden opgelegd indien daardoor de som van de geldboetes, ingevolge deze wet in een kalendermaand aan de militair opgelegd, een bedrag van E 90, dan wel ANG 200 onderscheidenlijk AWG 200, te boven zou gaan.

3. Ingeval de schending van een gedragsregel plaatsvindt terwijl de militair deelneemt aan een operatie in internationaal verband buiten het Koninkrijk is, in afwijking van het eerste lid, het bedrag van de geldboete ten hoogste € 90, dan wel ANG 200 onderscheidenlijk AWG 200. Een geldboete met toepassing van de voorgaande volzin kan niet worden opgelegd indien daardoor de som bedoeld in het tweede lid een bedrag van E 270, dan wel

¹⁾ Kamerstukken II, 2000-2001, 27 473 (R 1668), nrs. 1-2.

²⁾ Kamerstukken II, 2000-2001, 27 473 (R 1668), nr. 6.

³⁾ Kamerstukken I, 2000-2001, 27 473 (R 1668), nr. 327.

ANG 600 onderscheidenlijk AWG 600, te boven zou gaan.

Art. 45 WMT

1. (ongewijzigd)

2. (ongewijzigd)

3. Op het in te houden bedrag wordt een toeslag berekend van tien procent met een minimum van €0,45, dan wel ANG 1 onderscheidenlijk AWG 1, welke op gelijke wijze als de geldboete op de aan een gestrafte toekomende bezoldiging wordt ingehouden.

Art. 50 WMT

1. De bevoegdheid om, hetzij de tenuitvoerlegging van een straf van een geldboete hoger dan E 35 dan wel ANG 75 onderscheidenlijk AWG 75, van strafdienst of van ... (rest ongewijzigd).

2. (ongewijzigd).

De memorie van toelichting⁴⁾ geeft in het algemene deel de invoering van de Antilliaanse gulden en de Arubaanse florin de volgende onderbouwing. Ten eerste zou alleen vermelding van de euro moeten worden gevolgd door een omrekening in de Nederlandse Antillen en in Aruba en daarbij zou men dan uitkomen op gebroken getallen. Ten tweede is de aanpassing voor Nederland gedaan door de bedragen in de wetten te delen door twee.⁵⁾ Aangezien het gaat om maxima van geldboetes levert dit wel een verhoging van die maxima op, maar omdat toch meestal niet een maximum wordt opgelegd, heeft dit voor de praktijk van het opleggen van een geldboete geen gevolgen. Men wilde echter deze verhogingen van de maxima niet doortrekken naar de Nederlandse Antillen en naar Aruba, zodat er niets anders opzat dan voor die rijksdelen expliciet een eigen bepaling op te nemen. In het artikelsgewijze deel bij hoofdstuk III Ministerie van Defensie wordt uitgelegd dat daar echter is afgezien van een exacte deling door twee van de guldenbedragen omdat dat bedragen zou opleveren in eurocenten en het de praktijk is dat ook in het militair tuchtrecht geldboetes worden opgelegd in afgeronde bedragen.

Op 5 juni 2001 volgt dan een nota van wijziging waarin wordt aangegeven dat naar aanleiding van de berichten in de media alsnog is afgezien van een deling door twee en dat de bedragen naar beneden zijn bijgesteld. Alleen de minimumbedragen van de geldboetes zijn altijd € 2.

Door het opnemen in art. 43, eerste lid, WMT van "In de Nederlandse Antillen onderscheidenlijk in Aruba zijn deze bedragen (...)" en de tekst van de memorie van toelichting zoals hiervoor is weergegeven, kan worden afgeleid dat het de bedoeling is dat in die rijksdelen de tuchtrechtelijke geldboetes worden opgelegd en afgerekend in de plaatselijke valuta." Niet geregeld is echter wat er moet gebeuren als een tuchtrechtelijke geldboete is opgelegd in het ene rijksdeel en de militair na overplaatsing uiteindelijk in beroep zijn zaak ziet behandeld bij een militaire kamer in een ander rijksdeel. Afgewacht moet dus worden of in een dergelijk geval de militaire kamer die uitspraak doet in beroep de geldsoort blijft hanteren waarin de geldboete was opgelegd of dat omrekening volgt naar de geldsoort die in het rijksdeel waarin het beroep wordt behandeld gangbaar is.

⁴⁾ Kamerstukken 11, 2000-2001, 27 473 (R 1668), nr. 3, blz. 3.

⁵⁾ Dit is bij de latere nota van wijziging weer bijgesteld.

⁶⁾ Voor de juiste omvang van die gebieden zie art. 23 van het Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht (Stb. 1999, 497).

STRAFRECHTSPRAAK

Arrondissementsrechtbank te Arnhem

militaire kamer

Vonnis van 16 juli 2001

Voorzitter: Mr. B.P.J.A.M. van de Pol, vice-president; *Rechter:* Mr. A. van der Waarden;
Militair lid: Kapitein-luitenant ter zee van administratie Mr. R. de Vreede.

Een buitenlandse weg is geen "weg"

Een marinier rijdt als chauffeur van een militaire vrachtwagen met aanhanger in Noorwegen. Er ontstaat een aanrijding waarbij in de aangereden voertuigen sluchtoffers vallen: een dode en een gewonde.

De militaire kamer van de rechtbank spreekt de verdachte vrij van het misdrijf van art. 6 WWV 1994. De subsidiair tenlastegelegde overtreding van art. 5 WWV 1994 kan niet tot veroordeling leiden daar het in die tenlastelegging opgenomen woord "weg" slechts ziet op een binnen Nederland gelegen voor het openbaar verkeer openstaande weg.

(WWV 1994 art. 5 en 6; WMSr art.167)

STRAFVONNIS

in de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen G.S. geboren op 3 maart 19.. te A., wonende te A., marinier der 1e klasse, rnr.

I. De tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd hetgeen in de dagvaarding is omschreven. Een kopie van de dagvaarding is hierna opgenomen als bijlage I.

(Tekst van bijlage I:)

Aan bovenbedoelde gedagvaarde persoon wordt tenlastegelegd dat

hij, als militair, op of omstreeks 11 maart 2000, in de gemeente Balsfjord (Noorwegen), in elk geval in Noorwegen, als verkeersdeelnemer, namelijk als bestuurder van een motorrijtuig (militaire) vrachtwagen, met aanhanger, waarop zich een vorkheftruck bevond, daarmee rijdende op de weg, de Rijksweg 858 bij de Skjaer-heuvellhelling, zeer, althans aanmerkelijk onoplettend onvoorzichtig en/of onachtzaam met een voor de omstandigheden ter plaatse, -rijbaan van die weg was bedekt met een harde dikke laag ijs/staalij-, (te) hoge snelheid (ca. 50-60 km/u) heeft gereden en/of gekomen in of nabij een voor hem, verdachte naar links verlopende bocht, die bocht met onverminderde snelheid, althans met nagenoeg onverminderde snelheid is ingereden of doorgereden en/of is geslipt en/of is gaan scharen en/of vervolgens geheel of gedeeltelijk op het wegedeelte bestemd voor het tegemoetkomende verkeer is terechtgekomen en/of tegen een aldaar rijdend ander motorrijtuig (Noorse militaire terreinwagen, merk Mercedes) en/of een rijdend ander motorrijtuig (personenauto, merk Ford Scorpio) is aangereden en/of aangeleden, althans met dat/die andere motorrijtuig(en) in aanrijding is gekomen

en aldus zich zodanig heeft gedragen dat een aan verdachtes schuld te wijten verkeersongeval heeft plaatsgevonden, waardoor P.-H. L. (bestuurder van de terreinwagen) werd gedood en O. L. (bestuurder van de Ford Scorpio) zwaar lichamelijk letsel, althans zodanig lichamelijk letsel dat daaruit tijdelijke ziekte of verhindering in de uitoefening van de normale bezigheden is ontstaan, werd toegebracht;

art 6 Wegenverkeerswet 1994

althans, indien het vorenstaande onder I niet tot een veroordeling leidt: hij, als militair, op of omstreeks 11 maart 2000 in de gemeente Balsfjord (Noorwegen), in elk geval in Noorwegen, als bestuurder van een voertuig (militaire vrachtwagen), met aanhanger, waarop zich een vorkheftruck bevond, daarmee rijdende op de weg, de Rijksweg 858 bij de Skjaer-heuvel/helling, met een voor de omstandigheden ter plaatse, -rijbaan van die weg was bedekt met een harde dikke laag ijs/staalijs-, (te) hoge snelheid (ca. 50-60 km/u) heeft gereden en/of gekomen in of nabij een voor hem, verdachte naar links verlopende bocht, die bocht met onverminderde snelheid, althans met nagenoeg onverminderde snelheid is ingereden of doorgereden en/of is geslipt en/of is gaan scharen en/of vervolgens geheel of gedeeltelijk op het wegedeelte bestemd voor het tegemoetkomende verkeer is terechtgekomen en/of tegen een aldaar rijdend ander motorrijtuig (Noorse militaire terreinwagen, merk Mercedes) en/of een rijdend ander motorrijtuig (personenauto, merk Ford Scorpio) is aangereden en/of aangeleden, althans met dat/die ander(e) motorvoertuig(en) in aanrijding is gekomen door welke gedraging(en) van verdachte gevaar op die weg werd veroorzaakt, althans kon worden veroorzaakt, en/of het verkeer op die weg werd gehinderd, althans kon worden gehinderd;

De in deze telastelegging gebruikte termen en uitdrukkingen worden, voorzover daaraan in de Wegenverkeerswet 1994 betekenis is gegeven, geacht in dezelfde betekenis te zijn gebezigd; art 5 Wegenverkeerswet 1994

Voor zover er in de tenlastelegging kennelijke taal- en/of schrijffouten voorkomen, zijn die fouten verbeterd. Verdachte is daardoor niet in zijn verdediging geschaad.

2. *Het onderzoek ter terechtzitting*

De zaak is op 2 juli 2001 ter terechtzitting onderzocht.

Daarbij is verdachte gehoord, bijgestaan door zijn raadsman mr. P. Reitsma, advocaat te Nijkerk.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het *primair* telastegelegde zal worden veroordeeld tot een militaire detentie voor de tijd van 3 maanden voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaar en een taakstraf in de vorm van een werkstraf voor de duur van 240 uur. Voorts een ontzegging van de bevoegdheid motorrijtuigen te besturen voor de tijd van 18 maanden voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaar en met de bijzondere voorwaarde dat verdachte gedurende de proeftijd geen motorvoertuigen, bromfietsen daaronder begrepen, mag besturen anders dan ten behoeve van en/of in opdracht van zijn werkgever.

Verdachte en de raadsman hebben het woord tot verdediging gevoerd.

3. *Motivering van de beslissing*

Ten aanzien van het primair ten laste gelegde:

De raadsman van de verdachte heeft aangevoerd dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk moet worden verklaard nu de verbalisant M. zich op een volstrekt onoirbare, althans tegenover verdachte onjuiste, wijze heeft opgesteld door met verdachte over het ongeval en de toedracht daarvan een "informeel" gesprek aan te gaan (welk gesprek geen verhoor was en niet vooraf werd gegaan door de cautie) en vervolgens, door zijn aanwezigheid bij het verhoor door de Noorse politie op de hoogte van verdachtes verklaring daar, als getuige in dat onderzoek in te brengen wat hij van verdachte in dat informele gesprek had gehoord.

De rechtbank overweegt daarover als volgt.

Op de zitting, naar aanleiding van het pre-alabel verweer van die strekking, heeft de rechtbank reeds uitgesproken dat zij de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie een te zware sanctie vond en dat vindt zij nog steeds.

Tot de niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie zal dit verweer ook niet alsnog leiden, ook als die visie op het karakter van het horen en het gevolg van het feit dat daarbij zoals vaststaat de cautie niet werd gegeven, juist zou zijn.

Het zou dan meer voor de hand liggen om de getuigenverklaring van de verbalisant M., afgelegd tegenover de Noorse politie, van het bewijs uit te sluiten. De vraag of de omstandigheden zo zijn geweest dat deze bewijssluiting geboden is zou nog nader onderzoek vergen. Dat onderzoek kan evenwel blijven rusten om verderop te noemen redenen.

De rechtbank komt tot een vrijspraak. Zij ziet niet dat wettig en overtuigend bewezen is dat verdachte "zeer, althans aanmerkelijk onoplettend, onvoorzichtig en/of onachtzaam" heeft gereden. Het is niet bewezen dat verdachte op het moment dat de trailer ging scharen te snel reed en dus ook niet dat verdachte zulks min of meer wetens en willens deed, daarbij de kans voor lief nemend dat daar een verkeersongeluk van zou kunnen komen. Dat wordt niet anders als rekening zou worden gehouden met de inhoud van de verklaring die de (Nederlandse) verbalisant M. tegenover de Noorse politie heeft afgelegd en inhoudt dat verdachte hem, M., zou hebben verteld dat hij met een snelheid van 50-60 km per uur zou hebben gereden, dat het glad was onderweg en dat ze (te weten hij en zijn passagier) ook problemen hadden gehad in de bochten vóór het ongeluk met een slippende aanhanger. Verdachte heeft dat bij zijn verhoor door de Noorse politie overigens niet herhaald en tegenover de rechtbank ontkent verdachte dat hij dat (zo) tegen M. heeft gezegd. Zelfs als juist zou zijn dat verdachte zo tegenover M. heeft verklaard, dan nog blijkt daar niet uit dat die problemen en het latere scharen van de combinatie hun oorzaak vonden in het rijden met een onverantwoord hoge snelheid.

Ten aanzien van het subsidiair ten laste gelegde:

De raadsman van de verdachte heeft ten aanzien van het subsidiaire feit aangevoerd dat verdachte hiervan moet worden vrijgesproken nu artikel 5 van de Wegenverkeerswet niet kan worden gebruikt bij feiten die zich in het buitenland hebben voorgedaan. Nu de delictomschrijving melding maakt van "de weg" kan dit gevaarzettingsartikel in tegenstelling tot artikel 6 Wegenverkeerswet niet worden gebruikt.

De rechtbank overweegt daarover als volgt:

Artikel 5 van de Wegenverkeerswet is niet geschreven voor feiten die zich in het buitenland hebben voorgedaan, want onder "weg" als bedoeld in dat artikel moet worden verstaan (een gedeelte van) een in Nederland gelegen weg. Het bestanddeel "weg" is dus niet bewezen en dat betekent dat verdachte ook van dit feit moet worden vrijgesproken.

[Volgt: Vrijspraak van het primair en subsidiair tenlastgelegde - (Red.).]

NASCHRIFT

Art. 4 WMSr luidt: "De Nederlandse strafwet is toepasselijk op de militair; die zich buiten Nederland aan enig strafbaar feit schuldig maakt". Alhoewel de militair zich dat veelal niet zal realiseren, neemt hij de gehele Nederlandse strafwetgeving mee als hij naar het buitenland vertrekt'). Er zijn echter Nederlandse strafbepalingen die in het buitenland niet kunnen worden toegepast omdat ze uitsluitend betrekking hebben op situaties binnen Nederland. Één van deze uitzonderingen wordt gevonden in de Wegenverkeerswet 1994. "Wegen" zijn blijkens art. 1, eerste lid aanhef en onder b, WWV 1994 "voor het open-

baar verkeer openstaande wegen of paden met inbegrip van de daarin liggende bruggen en duikers en de tot die wegen behorende paden en bermen of zijkanten". Deze wegen zijn dus uitsluitend Nederlandse wegen. De strafbepalingen van de Wegenverkeerswet 1994 en de op die wet berustende uitvoeringregelingen betreffen steeds het verkeer op deze wegen. De strafbepalingen van de art. 6, 7 en 8 WVW 1994 bevatten het woord "weg" niet, deze zijn daarom ook buiten Nederland toepasbaar. Waar in deze zaak in het op art. 6 WVW 1994 gebaseerde primair tenlastegelegde feit voorkomen de woorden "op de weg, de Rijksweg 858" heeft het woord "weg" daarin slechts feitelijke betekenis, art. 6 WVW 1994 kan immers overal, ook buiten Nederlandse wegen, worden gepleegd. Het woord "weg" in "de weg, de Rijksweg 858", gebruikt in de subsidiaire, op art. 5 WVW 1994 gebaseerde tenlastelegging, is echter een essentieel en juridisch relevant woord, het is een bestanddeel van het te bewijzen strafbare feit. Buiten wegen (Nederlandse wegen) kan men art. 5 WVW 1994 niet strafbaar overtreden. De rechtbank kon daarom over het subsidiair tenlastegelegde geen inhoudelijk oordeel geven. Wat ook moge zijn van het verkeersgedrag van de verdachte, tot een veroordeling voor het subsidiaire feit kon het niet leiden, reeds omdat het feit niet op een "weg" als bedoeld in art. 5 WVW 1994 heeft plaats gevonden.

Voor feiten gepleegd buiten Nederlandse wegen heeft de wetgever voor militairen (onder andere) art. 167 WMSr tot stand gebracht²⁾. Voor zover hier van belang luidt dat artikel: "Hij die zich op een voor het openbaar of militair verkeer openstaande weg ... zodanig gedraagt, dat de vrijheid van het verkeer ... zonder noodzaak wordt belemmerd, of de veiligheid op de weg ... in gevaar wordt gebracht of dat redelijkerwijze is aan te nemen dat dit het geval kan zijn, wordt gestraft met Deze strafbepaling wordt - omdat ze niet voorkomt in de Wegenverkeerswet 1994 niet getroffen door de beperking van art. 1 van die wet. Wegen bedoeld in art. 167 WMSr kunnen overal ter wereld liggen.

De officier van justitie heeft zich in de tenlastelegging beperkt tot delicten voorzien in de Wegenverkeerswet. Dit blijkt uit de tekst van de tenlastelegging én hij zegt het nog eens uitdrukkelijk in de slotzin van de tenlastelegging: "De in deze tenlastelegging gebruikte termen en uitdrukkingen worden, voorzover daaraan in de Wegenverkeerswet 1994 betekenis is gegeven, geacht in dezelfde betekenis te zijn gebezigd."

Nu de rechtbank zich over het subsidiair tenlastegelegde feit niet inhoudelijk heeft kunnen uitspreken is niet voorspelbaar of het als "meer subsidiair" ten laste leggen van de overtreding van art. 167 WMSr wél tot veroordeling zou hebben geleid. In deze zaak was een vervolging op grond van art. 5 WVW 1994 echter gedoemd te mislukken, een vervolging (mede) op grond van art. 167 WMSr had in ieder geval de rechtbank genoopt zich over deze zaak inhoudelijk uit te spreken.

C.

¹⁾ Zie de toelichting op art. 4 WMSr in: Van den Bosch c.s., Militair straf- en tuchtrecht.

²⁾ Zie Steffen, De partiële wijziging van de militaire straf- en tuchtrechtwetgeving bij de rijkswetten van 4 juli 1963, blz. 591, de toelichting op het huidige, toen 165 genummerde, art. 167 en blz. 587, eerste volle alinea.

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 31 mei 2001

9814368 MAW

Voorzitter: Mr. H.A.A.G. Vermeulen; *leden:* Mr. T. Hoogenboom en Mr. A. Beuker-Tilstra.

De gehandhaafde terugbetalingsverplichtingII

Een kapitein-arts, op wie vanwege de door hem op rijkskosten gevolgde opleiding tot chirurg nog een dienverplichting rustte, verzocht ontslag uit de dienst met ingang van 1 november 1996. Dit verzoek werd ingewilligd, hoewel de op de officier rustende dienverplichting nog doorliep tot 1 april 2002. Tevens vorderde de staatssecretaris van de officier terugbetaling van een bedrag van f 195.609,21. Toen de officier tegen dit (na bezwaar gehandhaafde) besluit beroep instelde, verklaarde de rechtbank het beroep ongegrond. In de onderhavige uitspraak stelt de Centrale Raad van Beroep voorop dat tussen partijen niet in geschil is dat ten tijde van het ontslag van appellant op hem nog een dienverplichting rustte en dat hij in beginsel verplicht was tot restitutie van de voor hem gemaakte opleidingskosten, zoals nader omschreven in bijlage 1 van de Regeling opleiding militairen KL 1990. De staatssecretaris had de hoogte van de restitutieplicht, met toepassing van artikel 17a AMAR, beperkt tot de salariskosten. Met betrekking tot het standpunt van appellant dat, gezien de bijzonderheden van het geval, de staatssecretaris in verdergaande mate van de hem in artikel 17a AMAR toegekende bevoegdheid tot matiging gebruik had moeten maken, stelt de Raad dat hij zich, evenmin als de rechtbank, met dit standpunt kan verenigen. Vervolgens bevestigt de Raad de bestreden uitspraak.

(Art. 17a AMAR; bijlage 1 ROMKL 1990)

UITSPPRAAK

in het geding tussen A., wonende te B., appellant, en de Staatssecretaris van Defensie, de gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Namens appellant is op bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de door de Arrondissementsrechtbank's-Gravenhage op 4 mei 1998 onder nummer 9717572 MAW gegeven uitspraak, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 26 april 2001, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. C.I. van Gent, advocaat te Den Haag. Gedaagde heeft zich doen vertegenwoordigen door mr. W. Baron, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

Appellant, toen kapitein-arts, is bij schrijven van 19 februari 1986 aangewezen om met ingang van 1 maart 1986 de opleiding tot chirurg te volgen. In verband met deze aanwijzing heeft appellant op 16 maart 1986 een verklaring ondertekend waarbij hij een verplichting tot nadienen en een restitutieplichting op zich heeft genomen overeenkomstig het bepaalde in hoofdstuk XIII van de Regeling opleidingen militairen KL 1985 (ROMKL'85). De opleiding tot chirurg heeft appellant op 1 april 1992 afgerond.

Met ingang van 1 januari 1990 is de ROMKL'85 ingetrokken en is de Regeling opleidingen militairen Koninklijke Landmacht 1990 (ROMKL'90) in werking getreden. Ingevolge artikel 52 van de ROMKL'90 werd met ingang van deze datum, voor zover hier van belang, de ROMKL'90 op appellant van toepassing.

Bij koninklijk besluit (KB) van 9 september 1996 is appellant op eigen verzoek met ingang van 1 november 1996 eervol ontslag verleend.

In een begeleidend schrijven bij dit KB van 2 oktober 1996 is appellant medegedeeld dat, aangezien de gestelde inverdienperiode van 10 jaren nog niet was verstreken, hij verplicht was een bedrag van f 195.609,21 aan gedaagde terug te betalen.

Tegen de terugbetaling van dit bedrag heeft appellant bezwaar gemaakt.

Bij besluit van 13 mei 1997 heeft gedaagde dit bezwaar aangemerkt als een bezwaar tegen zijn in het primaire besluit vervatte beslissing om slechts in zeer beperkte mate - bij voormeld besluit van 2 oktober 1996 waren slechts de salariskosten teruggevorderd en niet de overige opleidingskosten als bedoeld in bijlage 1 van de ROMKL'90 - toepassing te geven aan de hem ingevolge artikel 17a van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) toekomstige bevoegdheid om appellant geheel of gedeeltelijk van de restitutieverplichting te ontheffen. Het bezwaar van appellant heeft voor gedaagde geen aanleiding gevormd om van zijn in het primaire besluit ingenomen standpunt terug te komen en gedaagde heeft het bezwaar dan ook ongegrond verklaard.

Het namens appellant tegen dat besluit ingestelde beroep is door de rechtbank ongegrond verklaard.

De Raad overweegt als volgt.

Tussen partijen is niet in geschil dat ten tijde van het ontslag uit de militaire dienst per 1 november 1996 op appellant nog een dienverplichting rustte als bedoeld in artikel 6 van de ROMKLU'90 (lees: ROMKL '90) en dat hij op grond van het tweede lid van artikel 7 van de ROMKLU'90 (lees ROMKL '90) in beginsel verplicht was tot restitutie van de opleidingskosten, zoals die zijn omschreven in bijlage 1 van de ROMKLU '90 (lees: ROMKL '90). In het onderhavige geval heeft gedaagde met toepassing van artikel 17a van het AMAR de hoogte van de restitutieplicht beperkt tot de salariskosten, zijnde een bedrag van f 195.609,21. Appellant is echter van mening dat gedaagde, gezien de omstandigheden van dit geval, in verdergaande mate toepassing had moeten geven aan zijn in artikel 17a van het AMAR neergelegde bevoegdheid om ontheffing van de restitutieplicht te verlenen door ook deels of geheel af te zien van het terugvorderen van de salariskosten. In dit verband heeft appellant naar voren gebracht dat hij tijdens uitzendingen in het kader van vredesoperaties nauwelijks of niet opereert, hetgeen ten koste gaat van zijn vaardigheden als chirurg. Op grond van deze omstandigheid, die naar zijn zeggen zijn dagelijks functioneren in het ziekenhuis als chirurg nadelig beïnvloedt, is hij van mening dat hij genoodzaakt was te verzoeken hem ontslag uit de militaire dienst te verlenen. Voorts is hij de mening toegedaan dat een dienverplichting van 10 jaar te lang is en dat gedaagde bij het berekenen van de hoogte van het terug te vorderen bedrag ten onrechte slechts het minimumloon in mindering op de restitutieverplichting heeft gebracht.

Ingevolge artikel 17a van het AMAR kan van de onderhavige restitutieplicht deels of geheel ontheffing worden verleend, indien de billijkheid dit vordert.

De Raad kan zich niet verenigen, evenmin als de rechtbank, met het door appellant ingenomen standpunt dat gedaagde in verdergaande mate gebruik had moeten maken van deze bevoegdheid. In de door appellant naar voren gebrachte omstandigheden ziet de Raad geen aanleiding voor het oordeel dat gedaagde tot de conclusie had moeten komen dat de billijkheid vorderde appellant ook gehele of gedeeltelijke ontheffing te verlenen van de

restitutieverplichting van de thans in geding zijnde salariskosten.

Hierbij heeft de Raad overwogen dat gedaagde reeds in de bezwaren van medici tegen uitzendingen is tegemoetgekomen door voor hen, in afwijking van de gangbare periode van zes maanden per anderhalf jaar, de uitzending te beperken tot drie maanden per anderhalf jaar. De gedingstukken laten ook zien dat appelland niet gedurende een langere periode uitgezonden is geweest en naar het oordeel van de Raad heeft appelland in onvoldoende mate aannemelijk gemaakt dat hij ten gevolge van uitzendingen met een dergelijke duur zijn vaardigheden als chirurg in die mate verliest dat van een verantwoorde praktijkuitoefening in het ziekenhuis geen sprake meer zou kunnen zijn.

Voor wat betreft de duur van de dienverplichting merkt de Raad op dat deze geheel conform het bepaalde in artikel 6, tweede lid, van de ROMKLU'90 (lees: ROMKL '90) is vastgesteld. De Raad ziet niet dat gedaagde in het onderhavige geval in het kader van de restitutieplichting uit billijkheidsoverwegingen van deze dwingendrechtelijke bepaling had moeten afwijken, te meer daar appelland destijds bij de aanvang van zijn opleiding uitdrukkelijk akkoord is gegaan met het opleggen van een dergelijke verplichting. Voorts overweegt Raad dat het in mindering brengen van het minimumloon op het vastgestelde bedrag van de restitutieplichting geheel in overeenstemming is met het bepaalde in artikel 14, vierde lid, van het AMAR, welke bepaling eveneens van dwingendrechtelijke aard is. De Raad ziet evenmin dat gedaagde uit billijkheidsoverwegingen van deze bepaling had moeten afwijken.

Het vorenstaande betekent dat de aangevallen uitspraak moet worden bevestigd.

De Raad acht geen termen aanwezig om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht.

Beslist moet worden als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

Zie voor een soortgelijke uitspraak: CRvB 11 november 1999, MRT 2000, p. 339 e.v. (De gehandhaafde terugbetalingsverplichting I).

G.L.C.

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 31 mei 2001

9815664 MAW

Voorzitter: Mr. H.A.A.G. Vermeulen; leden: Mr. T. Hoogenboom en Mr. A. Beuker-Tilstra.

Schade ten gevolge van een dienstongeval

Een matroos werd met ingang van 1 januari 1998 uit de dienst ontslagen wegens medische ongeschiktheid. Hierbij werd een mate van invaliditeit vastgesteld van 10 %. Eerder

had de Staatssecretaris van Defensie het ongeval, dat de matroos in 1988 was overkomen en dat (uiteindelijk) tot het ontslag had geleid, aangemerkt als een dienstongeval. Tevens was aan de matroos schriftelijk medegedeeld dat aan hem - naast de op grond van de rechtspositionele voorschriften verstrekte en te verstrekken voorzieningen - geen verdere vergoeding van (materiële of immateriële) schade zou worden toegekend. Toen de matroos tegen dit laatste (na bezwaar gehandhaafde) besluit beroep instelde, verklaarde de eerste rechter het beroep ongegrond. Zoals in de onderhavige uitspraak valt te lezen, oordeelt de Centrale Raad van Beroep anders. De Raad stelt voorop dat het bestreden besluit "een zogeheten zuiver schadebesluit betreft dat betrekking heeft op schade die appellant stelt te hebben geleden als gevolg van het hem in ambtelijke dienstbetrekking op 5 augustus 1988 overkomen ongeval". Dit betekent, aldus de Raad, dat de volgende norm diende te worden gehanteerd: "Voorzover zulks niet reeds voortvloeit uit de op de ambtenaar van toepassing zijnde rechtspositionele voorschriften, heeft de ambtenaar recht op vergoeding van de schade die hij lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, tenzij het betrokken bestuursorgaan aantoont dat het zijn verplichtingen is nagekomen de werkzaamheden van de ambtenaar op zodanige wijze in te richten, alsmede voor het verrichten van die werkzaamheden zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, of aantoont dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar." Uitgaande van deze norm acht de Raad het bestreden besluit onvoldoende gemotiveerd en het (ten behoeve van het besluit) ingestelde onderzoek niet toereikend. Dit houdt in dat het bestreden besluit geen stand kan houden.

(Schadevergoeding)

UITSpraak

in het geding tussen A., wonende te B., appellant, en de Staatssecretaris van Defensie, de gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Namens appellant is op bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage van 4 juni 1998, nr. AWB 9713544 MAWKMA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Van de zijde van gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Namens appellant is desgevraagd bij brief van 29 maart 2001 nadere informatie aan de Raad verstrekt.

Het geding is behandeld ter zitting van 26 april 2001, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. B. Wernik, advocaat te Haarlem. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. M.C.J. Varkevisser-van den Brekel, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. Onder verwijzing naar de aangevallen uitspraak voor een uitgebreidere weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden volstaat de Raad met het volgende.

Appellant, vanaf 1 april 1985 matroos der derde klasse bij de Koninklijke Marine en destijds geplaatst op de marinebasis [X.] te [Y.], heeft zich op 6 augustus 1988 gemeld bij

de ziekenboegarts met hoofdpijnklachten. De ziektekaart vermeldt op die datum: "heeft gisteren zijn achterhoofd gestoten en zag daarna vlekken voor zijn ogen; vanmorgen heeft hij overgegeven; dokter heeft ernaar gekeken en heeft waarschijnlijk een hersenschudding; is vandaag opgenomen in ziekenboek." Op 8 augustus 1988 is appelland uit de ziekenboek ontslagen. Vanaf februari 1989 vermeldt de ziektegeschiedenis chronische nek- en hoofdpijnklachten, in verband waarmee appelland van 15 februari 1990 tot 8 november 1990 en verder vanaf 24 februari 1993 als beperkt inzetbaar bij de Sociaal Medische Dienst (SMD) is geplaatst.

Bij brief van 1 december 1993 heeft appelland gedaagde aansprakelijk gesteld voor de gevolgen van een hem op 5 augustus 1988 overkomen ongeval, waarbij hij, naar hij heeft gesteld, als bijzitter in een dienstauto op weg van de marinebasis [X.] naar de marinekazerne [Z.] op [Y.] gewond is geraakt, toen de dienstauto moest uitwijken voor een andere auto, waardoor appelland met zijn achterhoofd een achter hem staande verbandkist heeft geraakt. Nadat op 7 maart 1994 alsnog een proces-verbaal is opgemaakt van dit ongeval is appelland op 1 december 1994 aan een militair geneeskundig onderzoek (MGO) onderworpen, op grond waarvan is vastgesteld dat appelland medisch ongeschikt wordt geacht voor de uitoefening van de militaire dienst. Naar aanleiding van een op verzoek van appelland op 9 oktober 1995 plaatsgevonden MGO is appelland wederom ongeschikt verklaard voor de uitoefening van de militaire dienst, waarbij een mate van invaliditeit van 10% is vastgesteld. Bij besluit van 14 mei 1996 is appelland met toepassing van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder f, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) ontslag verleend met ingang van 1 januari 1998. Inmiddels is appelland geplaatst gebleven bij de SMD om hem in de gelegenheid te stellen een studie op rijkskosten te volgen en is hem externe bemiddeling aangeboden om zijn kansen op de arbeidsmarkt te verbeteren.

Bij brief van 6 december 1994 heeft gedaagde appelland medegedeeld dat het hem op 5 augustus 1988 overkomen ongeval wordt aangemerkt als een dienstongeval. Bij besluit van 12 juli 1995 heeft gedaagde aan appelland medegedeeld dat hij geen aansprakelijkheid erkent, nu betrokkene noch de onderdeelleiding nadere details kunnen geven omtrent het gebeurde en er zelfs aan wordt getwijfeld of het ongeval zich ook feitelijk heeft voorgedaan. Hierbij is medegedeeld dat aan de brief van 6 december 1994 geen verdere rechten kunnen worden ontleend dan puur in het kader van de Algemene militaire pensioenwet. Na bezwaar is dit besluit door gedaagde gehandhaafd bij besluit van 13 februari 1997.

De rechtbank heeft het namens appelland tegen dit besluit ingestelde beroep ongegrond verklaard.

2.1 Naar aanleiding van hetgeen partijen in hoger beroep naar voren hebben gebracht en de in dit geding overigens voorhanden zijnde gegevens overweegt de Raad als volgt.

Gezien het namens appelland gedane verzoek van 1 december 1993, de tussen partijen gevoerde correspondentie, de toelichting van dit verzoek in bezwaar en de inhoud en strekking van het bestreden besluit van 13 februari 1997, omvat dit besluit de weigering van gedaagde om, naast de op grond van rechtspositionele voorschriften aan appelland verstrekte en te verstrekken voorzieningen, tot verdere vergoeding van materiële en immateriële schade over te gaan.

Dit besluit betreft derhalve een zogeheten zuiver schadebesluit dat betrekking heeft op schade die appelland stelt te hebben geleden als gevolg van het hem in ambtelijke dienstbetrekking op 5 augustus 1988 overkomen ongeval.

In de op deze dienstbetrekking van toepassing zijnde rechtspositionele voorschriften ontbreekt een bepaling waaraan appelland aanspraak kan ontlenen op vergoeding van schade als door hem gesteld. De Raad overweegt, onder verwijzing naar artikel 125 van de

Ambtenarenwet, dat de vraag welk recht op schadevergoeding voor appellant uit zijn dienstbetrekking voortvloeit, niet kan worden beantwoord door rechtstreekse toepassing van een regel van burgerlijk recht. Dit staat er evenwel niet aan in de weg dat appellant jegens gedaagde aanspraak kan hebben op vergoeding van door hem in de uitoefening van zijn werkzaamheden geleden schade en dat de bestuursrechter in ambtenarenzaken een besluit van een bestuursorgaandienaangaande kan toetsen.

Indien sprake is van een zuiver schadebesluit dat geen verband houdt met een vernietigd(e) (of als onrechtmatig erkend(e)) besluit of handeling van het bestuursorgaan, maar dat zoals in het onderhavige geval verband houdt met de door de ambtenaar in de uitoefening van zijn dienstbetrekking geleden schade hanteert de Raad, zoals is overwogen in 's Raads uitspraak van 22 juni 2000, TAR 2000,112, de norm, die hij ook tot uitdrukking gebracht ziet in het thans in artikel 7:658 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde, als volgt:

voorzover zulks niet reeds voortvloeit uit op de ambtenaar van toepassing zijnde rechtspositionele voorschriften heeft de ambtenaar recht op vergoeding van de schade die hij lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, tenzij het betrokken bestuursorgaan aantoonst dat het zijn verplichtingen is nagekomen de werkzaamheden van de ambtenaar op zodanige wijze in te richten, alsmede voor het verrichten van de werkzaamheden zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, of aantoonst dat de schade in belangrijke mate een gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar.

2.2 Namens appellant is aan gedaagde verzocht de door hem als gevolg van genoemd ongeval geleden en nog te lijden schade door verlies aan arbeidsvermogen en immateriële schade te vergoeden.

Nu gedaagde het door appellant aangegeven ongeval heeft aangemerkt als een dienstongeval, staat, afgezien van de exacte toedracht, naar het oordeel van de Raad niet meer ter discussie of het ongeval wel heeft plaatsgevonden en evenmin dat dit ongeval heeft plaatsgevonden bij uitoefening van de werkzaamheden door appellant.

De Raad acht, uitgaande van de hiervoor geformuleerde norm, het bestreden besluit onvoldoende gemotiveerd en acht het ten behoeve van dit besluit ingestelde onderzoek niet toereikend. Door gedaagde is onvoldoende deugdelijk onderzocht of, zoals appellant stelt, sprake was van een risicovolle plaatsing van de bewuste verbandkist in het betrokken voertuig, zodat bij onverhoedse bewegingen van het voertuig een verwonding van de rijder kon plaatsvinden, zoals op 5 augustus 1988 is gebeurd. Gedaagde heeft hiermee niet aangetoond dat hij zijn hiervoor genoemde verplichtingen als werkgever is nagekomen, noch dat sprake is geweest van bewuste roekeloosheid van appellant in deze. Dat appellant ten tijde van het ongeval geen proces-verbaal heeft laten opmaken, kan hem in dit kader niet worden tegengeworpen, nu hij zich wel een dag later heeft gemeld bij de ziekenboeg-arts en ook in de periode hierna bij medische onderzoeken regelmatig melding heeft gemaakt van het ongeval en de wijze waarop hij daarbij is verwond.

3. Gezien het vorenstaande kan het bestreden besluit geen stand houden. Hier komt nog bij dat gedaagde appellant naar het oordeel van de Raad vóór het nemen van het bestreden besluit in de gelegenheid had moeten stellen zijn gestelde schade nader te onderbouwen.

4. Derhalve komt ook de aangevallen uitspraak voor vernietiging in aanmerking en acht de Raad termen aanwezig om gedaagde met toepassing van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht te veroordelen in de kosten van rechtsbijstand van appellant, begroot op f 1.420,- in beroep en f 1.420,- in hoger beroep.

5. Beslist wordt als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het inleidend beroep alsnog gegrond;

Vernietigt het bestreden besluit van 13 februari 1997;

Draagt gedaagde op een nieuw besluit op bezwaar te nemen, met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen;

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appellant tot een bedrag groot f 2.820,-, te betalen door de Staat der Nederlanden;

Bepaalt dat de Staat der Nederlanden aan appellant het door hem in eerste aanleg en in hoger beroep betaalde griffierecht vergoedt.

NASCHRIFT

1. Veelal zal het bestuur; indien een militair door toedoen van het bestuur schade heeft geleden, deze schade eigener beweging, binnen de ruimte die de voorschriften laten, vergoeden. Indien een vergoeding uitblijft of indien de militair niet tevreden is met de hoogte van het hem toegekende bedrag, staun voor hem twee wegen open:

- hij kan een zuiver schadebesluit uitlokken en zich vervolgens, indien de ontevredenheid blijft tot de bestuursrechter wenden;

- hij kan de weg van artikel 8:73 Awb volgen en, nadat hij beroep heeft ingesteld, een accessoir schadevergoedingsverzoek indienen.

Het uitlokken van een zuiver schadebesluit houdt in dat de militair zich rechtstreeks tot het bestuur wendt met een verzoek om schadevergoeding. Wordt dit verzoek geheel of gedeeltelijk afgewezen, dan staat volgens vaste jurisprudentie van de Raad tegen deze afwijzing (gewoon)beroep open op de bestuursrechter.

Om de weg van artikel 8:73 Awb te kunnen volgen, is vereist dat de schade in verband staat met een besluit of een handeling van het bestuur waartegen beroep op de bestuursrechter openstaat. Ingevolge artikel 8:73 Awb kan de rechter; in geval van beroep, het bestuur tot schadevergoeding veroordelen, indien aan drie voorwaarden is voldaan:

- het beroep wordt gegrond verklaard;

- de schadevergoeding is tijdens het geding gevorderd;

- voor veroordeling tot schadevergoeding bestaan gronden.

2. De jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep houdt in dat het bestuur; indien het niet onrechtmatig heeft gehandeld, niet kan worden verplicht de (materiële of immateriële) schade die een militair heeft geleden, te vergoeden. Vroeger aanvaardde de Raad op deze regel één uitzondering: in geval van schade ten gevolge van een dienstongeval kon het bestuur soms toch, ook al was het niet tekort geschoten, civielrechtelijke aansprakelijk worden gesteld. Thans huldigt de Centrale Raad van Beroep, zoals de onderhavige uitspraak leert, een ander standpunt. Ook in geval van schade ten gevolge van een dienstongeval is in alle gevallen vereist dat het bestuur op enig punt is tekortgeschoten.

3. Bij de formulering van de in geval van een dienstongeval te hanteren norm heeft de Raad aansluiting gezocht bij artikel 7:658 BW. Het eerste en tweede lid van dit artikel luiden:

"1. De werkgever is verplicht de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uit-

oefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.

2. De werkgever is jegens de werknemer aansprakelijk voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij hij aantoont dat hij de in lid 1 genoemde verplichtingen is nagekomen of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer."

4. Indien een vordering is gegrond op een onrechtmatige daad van het bestuur, is niet alleen de bestuursrechter bevoegd, maar ook de burgerlijke rechter: Naar het oordeel van de Hoge Raad dient de burgerlijke rechter een ambtenaar, die zich in geval van schade tot hem wendt, echter in diens vordering niet-ontvankelijk te verklaren. Zie hieromtrent HR 28 februari 1992, TAR 1992, nr. 86 (Changoearrest). De Centrale Raad heeft zich bij dit standpunt aangesloten; zie CRvB 1 december 1994, TAR 1995, nr. 33: "Ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad dient een eiser door de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk te worden verklaard, wanneer, kort gezegd, de administratieve rechter voldoende rechtsbescherming biedt. Van dat laatste is hier sprake."

5. Overigens stond in de onderhavige zaak tegenover het standpunt van de staatssecretaris, dat - naast de op grond van de rechtspositionele voorschriften reeds verstrekte en nog te verstrekken voorzieningen - niet tot verdere vergoeding van schade zou worden overgegaan, het feit dat de matroos, voordat hij (uiteindelijk) werd ontslagen, gedurende ruim vier jaar geplaatst was bij de Sociaal Medische Dienst teneinde hem in de gelegenheid te stellen op rijkskosten een studie te volgen.

G.L.C.

WETGEVING

door

MR. J.B. MIETE

Commissie opperbevelhebberschap

In de Staatscourant van 1 oktober 2001 (nr. 189) is op pagina 7 een tweetal ministeriële besluiten gepubliceerd. Het betreft de instelling van de Commissie opperbevelhebberschap alsmede de bemensing daarvan.

De Commissie opperbevelhebberschap is een tijdelijke adviescommissie van de Minister van Defensie, die tot taak heeft de minister te adviseren over de vraag of het wenselijk dan wel noodzakelijk is een opperbevelhebber aan het hoofd van de bevelstructuur te plaatsen. Ook de mogelijke vormgeving van een dergelijk opperbevelhebberschap behoort tot de taak van de commissie.

Achtergrond van dit vraagstuk vormen de ontwikkelingen in de internationale veiligheidssituatie die zowel nationaal als internationaal hebben geleid tot wijzigingen in de bevelstructuur met betrekking tot de planning en aansturing van militaire operaties.

Onderwerpen waaraan de commissie in haar advies in ieder geval aandacht zal schenken zijn de ontwikkelingen in taken en bevoegdheden van de chef defensiestaf met betrekking tot de verschillende soorten militaire operaties, de situatie met betrekking tot (opper)bevelhebberschap in het buitenland (mede in het licht van verdere militaire integratie binnen Europa), de ervaringen met het opperbevelhebberschap in Nederland, de relatie van opperbevelhebberschap enerzijds en Grondwet en ministeriële verantwoordelijkheid anderzijds, en de consequenties van vormen van opperbevelhebberschap voor rol en positie van de bevelhebbers, de ambtenaren van het kerndepartement en voor processen als planning en verwerving.

Voorzitter van de commissie is de heer J. Franssen. De overige leden zijn prof. dr. R. de Wijk, luitenant-generaal b.d. R. Reitsma en drs. H.J. van den Bergh. Als secretaris van de commissie treedt op drs. H.P.M. Kreemers.

De commissie is inmiddels met haar werkzaamheden begonnen en streeft ernaar haar advies voor 1 maart 2002 uit te brengen.

Nieuw (deel)onderzoek Herculesramp

Niet een onderwerp dat recent tot stand gekomen wetgeving betreft, doch meer een kwestie van toepassing van en verenigbaarheid met bestaande wetgeving. Wat is het geval?

In de Staatscourant van 22 oktober 2001 (nr. 204) staat te lezen dat de Raad voor de Transportveiligheid een nieuw onderzoek naar de Herculesramp gaat doen. Zoals bekend betrof deze ramp het noodlottig ongeval met een militair luchtvaartuig, waarbij een groot aantal militairen het leven verloor. De bedoeling van een nieuw onderzoek is dat een deel van de hulpverlening direct na het ongeval - in het bijzonder de rol van de brandweer - nader onder de loep wordt genomen. In het navolgende gaat het nadrukkelijk niet om de opportuniteit van een nader onderzoek. Wel worden enige kanttekeningen van algemene en juridische aard geplaatst bij de weg van (deel)onderzoek door de Raad voor de Transportveiligheid.

In het betrokken artikel in de Staatscourant wordt melding gemaakt van het feit dat de

Raad voor de Transportveiligheid eigenlijk uitsluitend bevoegd is in het geval van civiele ongevallen. En dat is correct: in artikel 1, tweede lid, van de Wet Raad voor de Transportveiligheid is bepaald dat deze wet niet van toepassing is op een ongeval waarbij geen ander luchtvaartuig betrokken is dan een luchtvaartuig dat in gebruik is ten behoeve van de Minister van Defensie of een buitenlandse krijgsmacht. Deze bepaling heeft een aantal consequenties. In de eerste plaats zal moeten worden geconcludeerd dat de raad voor een onderzoek van een militair ongeluk niet over enige wettelijke onderzoeksbevoegdheid beschikt. Voor een onderzoek dat bedoeld zal zijn om op het omschreven onderzoeksgebied de onderste steen boven te krijgen, kan dat een handicap betekenen. De bepalingen in de Wet Raad voor de Transportveiligheid inzake getuigen, beëdiging, medewerking aan onderzoek en verschoningsrecht kunnen immers geen toepassing vinden. Door de hierbedoelde raad het onderzoek te laten verrichten, ontstaat er kans op misverstand bij degenen die in het kader van een nieuw onderzoek worden gehoord: de raad ontleent immers haar gezag aan haar hoedanigheid van wettelijk verankerde Raad voor de Transportveiligheid. In de tweede plaats rijst de vraag of de raad wel geëquipeerd is voor een onderzoek van hulpverleningsaspecten. Taak van de raad is immers (artikel 3) om onderzoek te doen naar de (vermoedelijke) oorzaak van een ongeval. Behalve buiten haar wet treedt de raad dus tevens op buiten haar taakveld. De raad heeft uiteraard wel de mogelijkheid om desgewenst expertise in te huren. Overigens is het aan de raad om te bepalen of zij onderzoek gaat doen. De raad is een zelfstandig bestuursorgaan dat zelf beslist - afgezien van een aantal onderzoeksverplichtingen met veelal internationale achtergrond - of onderzoek zal worden gedaan. In dat licht beschouwd is de teneur van de berichtgeving dat de raad onderzoek zál doen, over het algemeen te stellig van aard. Tenslotte doet het niet van toepassing zijn van de Wet Raad voor de Transportveiligheid de vraag rijzen wie de kosten van het onderzoek zal dragen. De raad komt volledig ten laste van de begroting van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat. Dit departement zou zich op het standpunt kunnen stellen dat de betrokken financiële middelen niet zijn bedoeld voor onderzoek naar de hulpverlening bij een militair ongeval. Mogelijk presenteert de raad, zo zij tot onderzoek overgaat, haar nota aan degene op wiens verzoek zij het onderzoek doet. En het artikel in de Staatscourant lezend zou dat het kabinet zijn of de Tweede Kamer.

Interessant is uiteraard de vraag of er een alternatief zou zijn voor een onderzoek door de Raad voor de Transportveiligheid gezien de haken en ogen die aan een onderzoek door die raad verbonden zijn.

In de eerste plaats zou gedacht kunnen worden aan het instellen van een onderzoekscommissie speciaal voor dit concrete onderzoek, dus een constructie vergelijkbaar met de commissie die de ramp te Enschede onderzocht. Een dergelijke commissie beschikt uiteraard evenmin over wettelijke onderzoeksbevoegdheden, maar draagt niet het risico van verwarring terzake met zich mee, terwijl frictie met een wettelijke taakopdracht ook overigens is uitgesloten.

Andere mogelijkheid zou zijn om te wachten op het operationeel worden van de nieuwe algemene ongevallenraad die momenteel in voorbereiding is. Die raad zal zich moeten buigen over alle ongevallen - ook militaire - en zal ook de nasleep en hulpverlening in beschouwing kunnen nemen. Duidelijk is dat alsdan ook over wettelijke onderzoeksbevoegdheden kan worden beschikt. Een notitie met de hoofdlijnen voor een dergelijke algemene onderzoeksraad is op 14 september jl. aan de Tweede Kamer aangeboden (kamerstukken II, 2000-2001, 27 927, nr.1).

Wet op de inlichtingen en veiligheidsdiensten

Over het voorstel van Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (zie voor een algemene schets MRT no. 8 van september 2001, blz. 333 e.v.) is op 9 november 2001 in het kader van de schriftelijke voorbereiding van de behandeling door de Eerste Kamer de memorie van antwoord uitgebracht (kamerstukken I, 2001-2002, 25 877, nr. 58a).

Het zal geen verbazing wekken dat in deze reactie van de regering op het voorlopig verslag van de Eerste Kamer een relatie wordt gelegd met de gebeurtenissen op 11 september. Geschetst wordt dat in het kader van maatregelen ter bestrijding van terrorisme wordt voorzien in uitbreiding van de capaciteit van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Herziening van de voorliggende Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten acht de regering niet noodzakelijk: het wetsvoorstel geeft de betrokken diensten voldoende armslag, ook in het licht van de gebeurtenissen van 11 september. De regering wijst evenwel nadrukkelijk op de mogelijkheid de wet aan te passen indien het instrumentarium onvoldoende zal blijken in de strijd tegen het terrorisme.

De vraag van de kamer of het dienstig is een algemene en een militaire inlichtingendienst te blijven onderscheiden, beantwoordt de regering onder verwijzing naar de verschillen in taakomschrijving bevestigend. De terrorismedreiging richt zich vooral op de civiele maatschappij en valt daarmee onder de taak van de algemene inlichtingen- en veiligheidsdienst. Samenvoeging wordt niet overwogen, mede niet vanuit oogpunt van beheersmatige aansturing en politieke verantwoordelijkheid.

Uitgebreid wordt stilgestaan bij het (bij eerste nota van wijziging) aan de taakomschrijving van de diensten toegevoegde criterium "in het belang van de nationale veiligheid". Een definitie van dit aan artikel 8 EVRM ontleende begrip ontbreekt. Een aantal voorbeelden uit de EHRM-jurisprudentie maakt evenwel duidelijk waar het om zal gaan: schending van staats- en militaire geheimen, verspreiding van opruiende geschriften onder militairen, oproepen tot en goedkeuren van geweld, verrichten van neonazistische activiteiten of terroristische activiteiten. Opvallend is de rol die het jaarverslag van de diensten krijgt toebedeeld ter invulling van het begrip nationale veiligheid, enerzijds bij wijze van terugblik over het afgelopen jaar, anderzijds als vooruitblik over het lopende jaar. Deze constructie leidt bij een aantal kamerleden tot de nodige vragen. Onder verwijzing naar jurisprudentie van het Europese Hof verdedigt de regering deze keus met de stelling dat door het jaarverslag als verantwoording voor de aandachtsgebieden van de diensten aan te merken, de benodigde flexibiliteit voor het optreden van die diensten kan worden ingebouwd. Vastleggen van de aandachtsgebieden in de wet zelf (of lager niveau van regelgeving) zou nopen tot frequent wijzigen van de regelgeving.

Vervolgens wordt ingegaan op de waarborgen voor de burger in het wetsvoorstel. De diensten beschikken over bevoegdheden die inbreuk maken op grondrechten van de burger. Rechtvaardiging daarvoor is gelegen in het zwaarwegende belang van de nationale veiligheid. Om te bereiken dat niet meer dan noodzakelijk inbreuk wordt gemaakt op fundamentele rechten van individuele burgers, bevat het wetsvoorstel een aantal waarborgen. In de eerste plaats worden de bevoegdheden van de diensten uitputtend geregeld. Door middel van procedurele vereisten voor toepassing van bijzondere bevoegdheden wordt voorts een zorgvuldige belangenafweging zeker gesteld. De toepassing van dergelijke bevoegdheden zal bovendien de toets aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit moeten kunnen doorstaan. De bevoegdheidsuitoefening zal schriftelijk moeten worden vastgelegd. Op toezicht en controle wordt hieronder nader ingegaan.

Desgevraagd laat de regering weten dat het kader waarbinnen de bijzondere bevoegdheden zullen worden uitgeoefend, geen belemmering behoeft te vormen voor slagvaardig

optreden door de diensten. Het afwegingskader, dat een codificatie is van de bestaande praktijk, staat borg voor een effectieve inzet.

Als waarborg voor juiste toepassing van bevoegdheden moet tevens worden beschouwd de constructie dat de toestemming tot het gebruik van bijzondere bevoegdheden primair in handen van de verantwoordelijke minister is gelegd. Naarmate sprake is van minder ingrijpende bevoegdheden, is mandaat en ondermandaat van deze bevoegdheid mogelijk.

De vraag of de taak van de militaire inlichtingen- en veiligheidsdienst inzake onderzoek omtrent potentieel en de strijdkrachten van andere mogendheden nog relevant is in de hedendaagse situatie, beantwoordt de regering bevestigend. Niet alleen bestaat deze relevantie er voor wat betreft de juiste opbouw en doeltreffend gebruik van de eigen krijgsmacht, ook voor wat betreft de militaire bestrijding van het internationaal terrorisme kunnen bepaalde mogendheden in beeld komen ten aanzien waarvan informatie omtrent de krijgsmacht van belang kan zijn.

Tenslotte wordt stilgestaan bij het toezicht op de activiteiten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. De vanuit de kamer gestelde vraag op welke wijze actief wordt bevorderd dat burgers worden geïnformeerd over het feit dat een dossier over hen wordt aangelegd, wordt - niet onbegrijpelijk - beantwoord in die zin dat de aard van de werkzaamheden van de diensten meebrengt dat de burger daaromtrent in het ongewisse wordt gelaten. De inzet van bijzondere bevoegdheden is evenwel met een groot aantal waarborgen omkleed. Voorts wordt een onafhankelijke commissie van toezicht in het leven geroepen, die achteraf de rechtmatigheid van het optreden van de diensten controleert. Tenslotte is er een inzageregeling alsmede een verplichting om in geval van inbreuk op de in de artikelen 12 en 13 van de Grondwet beschermde grondrechten (binnentreden woning; brieven en telefoongeheim) de betrokken burger - met inachtneming van bepaalde randvoorwaarden - in te lichten.

In het artikelsgewijze gedeelte van de memorie van antwoord komt de samenwerking met buitenlandse inlichtingendiensten aan de orde. De regering staat daar positief tegenover en acht dit in het belang van een adequate taakuitvoering. Er gelden twee voorwaarden voor een dergelijke samenwerking: de buitenlandse belangen moeten niet onverenigbaar zijn met die van de Nederlandse diensten, en een goede taakuitvoering van de Nederlandse diensten moet zicht niet verzetten tegen verstrekking van gegevens of het verlenen van ondersteuning. Uiteraard moet de ondersteuning voorts vallen binnen de bevoegdheden van de diensten.

Het wetsvoorstel regelt exclusief welke inlichtingen- en veiligheidsdiensten in Nederland actief mogen zijn. Buitenlandse diensten kunnen in Nederland alleen gelegitimeerd optreden met toestemming van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en onder supervisie van de AIVD (respectievelijk de Minister van Defensie en de MIVD).

Op 27 november 2001 is door de Eerste Kamer een blanco eindverslag (nr 58b) uitgebracht, waarmee de schriftelijke behandeling is afgerond en de plenaire behandeling door de Eerste Kamer als laatste stap in zicht komt.

Aanpassing Defensiewetgeving in verband met invoering van de euro

De door de departementen gezamenlijk opgestelde verzamelwetten, waarin de diverse aanpassingen op het niveau van wet en rijkswet per ministerie in een apart hoofdstuk zijn ondergebracht, zijn op 27 september 2001 door de Koningin ondertekend en enkele dagen later in het Staatsblad (nrs. 481 en 482) bekendgemaakt. Voor Defensie gaat het daarbij onder meer om de aanpassing van de Uitkeringswet financiële compensatie langdurige

militaire dienst, de Wet gewetensbezwaren militaire dienst en de Wet militair tuchtrecht.

Ook voor de algemene maatregelen van bestuur is de aanpak van een verzamelwijziging voor alle ministeries gekozen. Dit "aanpassingsbesluit euro" is gepubliceerd in Staatsblad nr. 415. Aangepast aan de euro zijn onder andere het Algemeen militair ambtenarenreglement en het Burgerlijk ambtenarenreglement Defensie.

De bedragen in ministeriële regelingen zijn door de diverse ministeries zelf aangepast, waarbij wel is afgesproken om het overgrote deel van te wijzigen regelingen tegelijkertijd te publiceren. Deze publicatie heeft plaatsgevonden in een (omvangrijke) bijlage bij de Staatscourant van 5 november 2001 (nr. 214). Voor Defensie gaat het daarbij om een groot aantal regelingen van rechtspositionele aard. Een beperkt aantal ministeriële regelingen heeft een eigen traject gevolgd en is separaat in de maand december in de Staatscourant verschenen. Het betrof onder andere de aanpassing van de Inkwartieringsbeschikking 1953 (waarin dermate verouderde en overigens niet meer toegepaste bedragen voorkwamen dat besloten is deze bedragen geheel te laten vervallen) en de Regeling defensiesubsidies, die de Interimregeling subsidies Defensie uit 1993 vervangt en tevens de regelgeving met betrekking tot subsidies in overeenstemming brengt met de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht.

De aanpassing van de regelgeving aan de euro werd nauwlettend gevolgd door de Algemene Rekenkamer, onder andere door middel van steekproefsgewijze controles op de enorme hoeveelheid omgerekende bedragen. Voor wat betreft de Defensieregelgeving zijn daarbij geen missers aan het licht gekomen.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Resoluties Veiligheidsraad VN

(Deze rubriek wordt verzorgd door Luitenant-kolonel mr. H. Herber¹⁾)

Periode 01 oktober 2000 - 31 december 2000

Afghanistan

S/RES/1333, 19 december 2000

De Raad erkent de kritieke humanitaire situatie in Afghanistan. De Raad ondersteunt de inspanningen van de persoonlijke vertegenwoordiger van de Secretaris-Generaal om door middel van onderhandelingen tot een politieke oplossing te komen. De Raad roept de strijdende partijen op de onderhandelingen te steunen en te komen tot een wapenstilstand en een dialoog te starten die zal leiden tot een politieke oplossing. De Raad veroordeelt het schuilen en trainen van terroristen in het de door de Taliban gecontroleerd gebied en benadrukt zijn overtuiging dat onderdrukking van terrorisme essentieel is voor de internationale vrede en veiligheid. De Raad merkt op dat de Taliban direct profiteert van de cultivering van illegale opium. De Raad uit zijn bezorgdheid omtrent de aanhoudende schending van humanitaire- en mensenrechten en de significante stijging van de opium productie. De Raad besluit dat het weigeren van de Taliban om te voldoen aan de eisen uit vorige resoluties een bedreiging blijft vormen voor de internationale vrede en veiligheid. De Raad, handelend onder hoofdstuk VII van het VN-Handvest, eist dat de Taliban zich houdt aan de eisen uit de vorige resoluties en met name stopt met het onderdak en training geven aan internationale terroristen en hun organisaties. Verder eist de Raad dat de Taliban de leider Osama bin Laden uitlevert aan de bevoegde autoriteiten. De Raad besluit dat alle staten moeten voorkomen dat wapens, munitie en militaire goederen worden vervoerd, verhandeld of verkocht binnen het door de Taliban gecontroleerde gebied. Hetzelfde geldt voor training, assistentie en militair advies. De Raad besluit verder dat alle staten die maatregelen moeten nemen om direct alle Taliban kantoren en alle Ariana Afghan Airline kantoren op hun grondgebied te sluiten. Verder eist de Raad dat de Taliban, en alle anderen, de illegale drugsactiviteiten stoppen. De Raad besluit dat alle staten de verkoop, bevoorrading en transfer van bepaalde chemicaliën aan personen die zich in Taliban gecontroleerd gebied bevinden moeten stopzetten. De Raad besluit verder dat alle staten hun vluchten van en naar door de Taliban gecontroleerd gebied moeten verbieden. De speciale commissie zal een lijst bekend stellen met goedgekeurde hulpverleningsorganisaties, waaronder het Rode Kruis en de VN zelf, die van bovengenoemde beperkingen zijn uitgezonderd. De Raad roept de Taliban op de hulpverleningsorganisaties vrije en veilige toegang te verlenen. De Raad verzoekt de Secretaris-Generaal een commissie van experts te benoemen die, binnen 60 dagen, op de naleving van de maatregelen van deze resolutie kunnen rapporteren. Verder wordt de commissie verzocht additionele taken uit te voeren (deze zien met name op het in kaart brengen van de benodigde informatie als lijsten met goedgekeurde hulpverleningsorganisaties, organisaties en personen die met Osama bin Laden worden geassocieerd etc, om de maatregelen uit deze resolutie te kunnen implementeren). De Raad besluit tenslotte dat de maatregelen, in beginsel, gelden voor een periode van 12

¹⁾ De auteur van de rubriek 'Resoluties Veiligheidsraad VN' is voor een periode van 6 maanden als Legal Advisor tewerkgesteld geweest bij het CONTCO-SFOR in Banja Luka (Bosnië). Hij zal proberen de rubriek zo snel mogelijk weer te actualiseren.

maanden en geeft aan bereid te zijn verdere maatregelen op te leggen.

Congo

S/RES/1323 (2000), 13 oktober 2000

De Raad herbevestigt zijn bereidheid om te assisteren in het vredesproces. De Raad besluit het mandaat van de United Nations Mission in the Congo (UNMOC) te verlengen tot 15 december 2000.

S/RES/1332 (2000), 14 december 2000

De Raad herbevestigt zijn ondersteuning van het Lusaka Protocol. De Raad verwelkomt de resultaten die in Maputo zijn behaald aangaande het ontkoppelen van de strijdende partijen. De Raad uit zijn ernstige bezorgdheid aangaande de humanitaire situatie in de Congo en geeft aan dat dit voor de buurlanden consequenties kan hebben. De Raad is diep bezorgd omtrent de toename van het aantal AIDS/HIV gevallen, met name onder vrouwen en kinderen. De Raad verwelkomt de initiatieven van de Afrikaanse leiders en geeft de noodzaak aan tot het creëren van een nieuw momentum voor verdere progressie. De Raad besluit het mandaat van MONUC (The United Nations Mission in the Democratic Republic of the Congo) te verlengen tot 15 juni 2001. De Raad roept op tot terugtrekking van de Oegandese en Rwandese strijdkrachten van het grondgebied van de Congo. Verder roept de Raad de partijen in het conflict op mee te werken aan het demobiliseren, ontwapenen en reïntegreren zoals afgesproken in het Lusaka Ceasefire Agreement. Verder roept de Raad op tot het stopzetten van het rekruteren, ontvoeren, deporteren en misbruik van kinderen en eist dat deze kinderen worden gerehabiliteerd en teruggestuurd door tussenkomst van de relevante VN-organisaties.

Cyprus

S/RES/1331 (2000), 13 december 2000

De Raad geeft aan dat het nog steeds noodzakelijk is de United Nations Peacekeeping Force in Cyprus (UNFICYP) na 15 december aan te houden. De Raad besluit het mandaat van UNFICYP tot 15 juni 2001 te verlengen.

Federale Republiek Joegoslavië

S/RES/1326 (2000) 31 oktober 2000

De Raad heeft de aanvraag van de FRY bestudeerd en beveelt de Algemene Vergadering aan de FRY toe te laten als lid van de Verenigde Naties.

Irak

S/RES/1330 (2000), 05 december 2000

De Raad, handelend onder hoofdstuk VII van Het Handvest, besluit dat enkele voorzieningen uit S/RES 986 (1995) voor een periode van 180 dagen worden verlengd (olie voor voedsel programma, oprichten fonds). De Raad verzoekt de Secretaris-Generaal de noodzakelijke maatregelen te nemen om het UN-monitorproces te versterken door het rekruteren en plaatsen van UN-observers in Irak. De Raad besluit alle aspecten van deze resolutie te bezien na 90 dagen (en voordat de 180 dagen om zijn). De Raad geeft verder aan eventuele nieuwe maatregelen ai te kondigen als de rapporten daartoe aanleiding geven. Verder geeft de Raad aan dat een bedrag van 600 miljoen dollar mag worden gebruikt voor de maatregelen uit de eerdere resoluties. De Raad verzoekt de commissie (S/RES/661 1990) de lijsten met groepen die in aanmerking komen voor elektriciteit en huishoudelijke artikelen, goed te keuren. De Secretaris-Generaal wordt te verzocht de lijst

met benodigde humanitaire goederen te actualiseren en uit te breiden. De Raad roept alle staten, en met name Irak, op mee te werken aan de implementatie van deze resolutie.

Israël

S/RES/1322 (2000) 07 oktober 2000

De Raad is diep bezorgd door hetgeen is gebeurd sinds 28 september 2000 en heeft geleid tot vele slachtoffers en doden, met name Palestijnen. De Raad benadrukt nogmaals dat een duurzame vrede moet berusten op hetgeen is verwoord in resolutie 242 (1967) en 338 (1973). De Raad veroordeelt het excessieve geweld tegen de Palestijnse bevolking en roept Israël, als bezettende macht, op tot het nauwkeurig houden aan zijn wettelijke verplichtingen en verantwoordelijkheden onder de Vierde Conventie van Genève. Verder roept de Raad op tot het stopzetten van de vijandelijkheden, tot het nemen van alle noodzakelijke maatregelen om verdere vijandelijkheden te voorkomen en tot hervatting van de vredesonderhandelingen.

Kinderen, vrouwen en gewapende conflicten

S/RES/1325 (2000), 31 oktober 2000

De Raad verwijst naar het UN document "Women 2000". De Raad geeft nogmaals aan dat kinderen en vrouwen de meerderheid vormen van het aantal slachtoffers van gewapende conflicten. De Raad benadrukt de rol van vrouwen bij de preventie en het oplossen van gewapende conflicten en geeft aan dat die rol moet worden versterkt. De Raad geeft enkele maatregelen aan om dit te bewerkstelligen: lidstaten moeten zorgdragen voor meer vrouwen op beslissingsmakend niveau, de Secretaris-Generaal wordt verzocht een strategisch plan te ontwikkelen, de Secretaris-Generaal wordt verzocht meer vrouwen aan te wijzen als speciale gezant, in een peacekeeping operatie moet een "geslachtsperspectief" worden geïncorporeerd. De Secretaris-Generaal wordt verzocht trainingsrichtlijnen en -materiaal aan de lidstaten te verschaffen voor de bescherming en de behoeftes van vrouwen. De Raad verzoekt aan alle actoren tijdens de onderhandelingen over een operatie met de speciale behoeftes van vrouwen en meisjes rekening te houden. De Raad roept verder alle lidstaten op speciale maatregelen te nemen om vrouwen en meisjes te beschermen, met name tegen verkrachting en seksuele intimidatie. De Raad roept alle partijen op in de vluchtelingenkampen met de speciale behoeftes van vrouwen rekening te houden. De Secretaris-Generaal wordt verzocht een studie te laten verrichten naar de invloed van het gewapend conflict op vrouwen en meisjes, de rol van vrouwen tijdens de wederopbouw en de geslachtsafhankelijke dimensies van het vredesproces en de uitkomst van deze studie bekend te stelen aan alle lidstaten.

De Raad verwelkomt de aanneming door de Algemene Vergadering van een Optioneel Protocol bij de Convention on the Rights of the Child. De Raad merkt de regionale initiatieven op ten aanzien van bij de oorlog betrokken kinderen. De Raad veroordeelt ten eerste het gericht beschieten van kinderen tijdens situaties van een gewapend conflict. De Raad wijst op de verantwoordelijkheid van de staten en roept alle partijen op zich te houden aan het internationale recht, met name de conventies van Genève en de daarbij behorende protocollen. De staten worden tevens verzocht het Optionele Protocol bij de Convention on the Rights of the Child te ondertekenen. De Raad dringt er bij de staten op aan bescherming te bieden aan de vluchtelingen en displaced persons waarvan de meerderheid bestaat uit vrouwen en kinderen. Tevens worden alle partijen opgeroepen ongehindere toegang te verlenen aan hulpverlenende organisaties. De Raad merkt op dat het bewust beschieten van civiele populaties een bedreiging voor de vrede en veiligheid kan

opleveren en toont zijn bereidheid in deze zin verdere acties te ondernemen. De Raad herhaalt zijn bereidheid om kinderbeschermingsadviseurs te betrekken in peacekeeping operaties. De Raad verwelkomt de regionale initiatieven en dringt aan op een pakket van maatregelen die zien op een betere bescherming van kinderen in gewapende conflicten. Tenslotte verzoekt de Raad de staten, relevante VN-organen en regionale organisaties inspanningen te leveren om tijdens een gewapend conflict ontvoerde kinderen te bevrijden en familiehereniging te bevorderen.

Midden Oosten

S//RES/1328 (2000), 27 november 2000

De Raad roept de partijen die het aangaan resolutie 338 (22 oktober 1973) onmiddellijk te implementeren. De Raad besluit het mandaat van het United Nations Disengagement Observers Force (UNDOF) voor 6 maanden te verlengen tot 31 mei 2001.

Peace keeping operations

S/RES/1327 (2000) 13 november 2000

De Raad herhaalt zijn vastbeslotenheid om de UN Peace Keeping Operaties te versterken. De Raad verwelkomt het rapport van het Panel van UN Peace operations. De Raad adopteert de beslissingen en aanbevelingen uit het rapport in de zeven bijlagen van deze resolutie. Bijlage 1 ziet op de noodzaak tot het formuleren van duidelijke en haalbare mandaten. Het is noodzakelijk dat de toekomstige partijen en (regionale) organisaties in een vroeg stadium met de VN coördineren. Een operatie moet aan een aantal minimum eisen voldoen. De Secretaris-Generaal moet dit bewaken. De Raad verzoekt verder om periodieke briefings aangaande de militaire, politieke, humanitaire en civiele componenten van een operatie. Tevens wordt de Secretaris-Generaal verzocht in een vroeg stadium met de Troop Contributing Nations (TCN's) te overleggen. De Raad gaat akkoord om het huidige systeem van consultatie met de TCN's aanzienlijk te verstevigen. Bijlage 2 ziet op het afstemmen van het mandaat met de situatie in het gebied. Tevens dienen de Rules of Engagement te zijn afgestemd op de specifieke situatie en moet duidelijk omschreven zijn in welke gevallen gebruik van geweld is toegestaan. Bijlage 3 gaat over de noodzaak tot verbeteren van het informatie verzamelen en analyseren om de kwaliteit van het advies aan de Raad te verbeteren. Bijlage 4 geeft aan dat het noodzakelijk is na het uitkomen van een resolutie snel een troepenmacht in het betreffende gebied te kunnen stationeren. De Raad roept alle partijen op te streven naar de mogelijkheid dit binnen 30 dagen bij een traditionele operatie tot 90 dagen bij een complexe operatie te kunnen doen. In bijlage 5 wordt aangegeven dat het aanpakken van het probleem bij de wortels de beste manier is om geweld af te schrikken. Het is noodzakelijk de armoede te bestrijden en economische groei te stimuleren. De Raad verwelkomt de intentie van de Secretaris-Generaal om meer frequent Fact Finding Missions te sturen naar gebieden waar spanning heerst. In bijlage 6 wordt aangegeven dat het noodzakelijk is de capaciteit van de VN uit te breiden om peacebuilding strategieën te kunnen ontwikkelen. In bijlage 7 verwelkomt de Raad de intentie van de Secretaris-Generaal om een schatting te maken van de gebieden waar het nuttig kan zijn een gemeenschappelijke set van interim regels op het gebied van strafrechtelijke procedures te maken.

Sierra Leone

S/RES/1334 (2000), 22 december 2000

De Raad uit zijn bezorgdheid omtrent de fragiele situatie in Sierra Leone en de buur-

staten. De Raad herhaalt dat de hoofddoelstelling nog steeds bestaat uit het assisteren van de regering om het recht en de orde te herstellen en de situatie in de regio te stabiliseren, mede door het promoten van het politieke proces dat moet leiden tot een hernieuwd ontwapenings-, demobilisatie- en reïntegratieprogramma. Om dat doel te bereiken zal de structuur, de capaciteit en het mandaat van United Nations Mission in Sierra Leone (UNAMSIL) moeten worden versterkt. De Raad besluit het huidige mandaat van UNAMSIL tot en met 31 maart 2001 te verlengen.

Tribunaal (Joegoslavië en Rwanda)

S/RES/1329 (2000), 30 november 2000

De Raad geeft aan dat de vervolging van personen verdacht van genocide en andere ernstige schendingen van internationaal humanitair recht in zowel voormalig Joegoslavië als Rwanda noodzakelijk is om de internationale vrede en veiligheid in die regio's te herstellen. De Raad is overtuigd van de noodzaak tot het oprichten van een pool van rechters voor het ICTY en uitbreiding van het aantal rechters voor de Appeals Chambers van beide Tribunalen. De Raad, handelend onder Hoofdstuk VII van het Handvest, besluit dat de benodigde artikelen uit de statuten van de beide Tribunalen worden geamendeerd. In een bijlage van deze resolutie wordt een opsomming gegeven van die relevante artikelen. Het gaat met name om de samenstelling, kwalificaties en verkiezingen van de rechters.

Westelijke Sahara

S/RES/ 1324 (2000), 30 oktober 2000

De Raad besluit het mandaat van de United Mission for the Referendum in Western Sahara (MINURSO) te verlengen tot 28 februari 2001.

Boeken en tijdschriften

Boekaankondiging

Mr. J.R.G. Jofriet, *De evaluatiewetgeving van het militair straf- en tuchtrecht*, Gouda Quint, Deventer 2001, ISBN 90-387-0860-2, 240pp, prijs f 78,-

Het onlangs verschenen boek "De evaluatiewetgeving van het militair straf en tuchtrecht" is een passende, waardevolle en praktische aanwinst in de reeks standaardwerken (van der Hoeven en Kempen, Steffenen Lindner) die zijn verschenen over de parlementaire behandeling van het militair straf- en tuchtrecht.

Op inzichtelijke wijze wordt in hoofdstuk I (de evaluatie) het proces van de evaluatie van de herziene Rijkswetgeving van 1991 in beeld gebracht. De evaluatie was noodzakelijk en belangrijk omdat het op nieuwe leest gestoelde militaire recht zich in de praktijk verder zou moeten ontwikkelen. Op basis van gesignaleerde knelpunten bij de gebruikers (de krijgsmacht delen, de Koninklijke Marechaussee, het openbaar ministerie en de militaire kamers) werden op een zevental gebieden aanbevelingen gedaan die ertoe strekten wijzigingen in de herziene wetten aan te brengen.

Mr. Jofriet geeft aan dat de evaluatiewijziging niet alleen nodig was voor het aanbrengen van wijzigingen op basis van de aanbevelingen, maar ook omdat vele verwijzingen

naar het commune straf- en strafprocesrecht door de wijzigingen daar aangebracht niet meer klopten.

In hoofdstuk II (de algemene gedeelten uit de parlementaire geschiedenis) zijn parlementaire stukken bijeengebracht over een aantal ontwikkelingen die zich tijdens de parlementaire behandeling voordeden: de gedragscode, de uitzendingen (de kwestie-Angola, de kwestie-Screbrenica en het rapport van Kemenade, de evaluatie van de opsporingsfunctie van de Koninklijke Marechaussee), de samenstelling van de krijgsmacht en de economische delicten. De genoemde onderwerpen riepen de vraag op of het militaire recht doeltreffend en toereikend was en of er gezien de gewijzigde omstandigheden waaronder de krijgsmacht haar taak diende te vervullen aanleiding was tot verdergaande aanpassingen dan waartoe de Evaluatiecommissie had geadviseerd.

De kern van het boek wordt gevormd door de hoofdstukken III, IV en V waarin respectievelijk de wijzigingen in de Wet militair tuchtrecht, het Wetboek van Militair Strafrecht en de Wet militaire strafrechtspraak zijn ondergebracht. Dit is op een voor de lezer zeer prettige, duidelijke en overzichtelijke wijze gedaan door per artikel de teksten van de kamerstukken weer te geven en gebruik te maken van verschillende lettertypen, waardoor snel herkenbaar is wat de wetstekst is van voor de wijziging (cursief aangegeven) en wat de nieuwe uiteindelijk wetstekst is (vetgedrukt aangegeven). De schrijver, luitenant-kolonel b.d van de Militair Juridische Dienst, heeft met een goed oog voor de praktijk niet alleen de gewijzigde artikelen, maar ook de ongewijzigde opgenomen, zodat wordt beschikt over de volledige teksten zoals die per 1 januari 2001 luiden.

Mr. A.M. van Gorp

Reactie

Reactie op het naschrift bij het vonnis van de arrondissementsrechtbank te Arnhem, militaire kamer, van 22 december 2000 (MRT 2001,318 en verder)

1. Het probleem waar de annotator mee kampt, is dat het vonnis buitengewoon summier is gemotiveerd. Hierdoor is het oordeel, dat het ten laste gelegde niet wettig en overtuigend bewezen is, zodat verdachte hiervan dient te worden vrijgesproken, niet direct begrijpelijk. De rechtbank heeft het niet nodig geacht om aan te geven welke bewijsmiddelen voor haar doorslaggevend is geweest, om tot vrijspraak te oordelen. Dat is jammer, omdat in casu veel informatie was verzameld over de handelingen van de verdachte, de implicaties die dat had voor de veiligheidscriteria zoals deze uit het LVV (de annotator heeft het abusievelijk over LUV) volgen en de voor deze kwestie benodigde vliegtechnische informatie.

2. Voor een goed begrip voor deze kwestie is van belang dat er bij de militaire kamer een bestendige beleidslijn lijkt te bestaan in zaken waarbij artikel 136 Wetboek van Militair Strafrecht en met name het "te duchten" criterium een rol speelt in dier voege dat het te duchten gevaar min of meer reëel en direct moet zijn. Ik verwijs hiervoor naar het vonnis in MRT 1992, bladzijde 152 waarbij de militaire kamer levensgevaar te duchten achtte bij het richten door een soldaat op een ander met een geladen Uzi, alsmede het vonnis gepubliceerd in MRT 1995, bladzijde 74, waarbij het ging om een doorgeladen pistool, waarmee op een ander werd gericht.

3. In casu bleek een belangrijke getuige-deskundige a décharge een officier-vlieger die werkzaam was bij hetzelfde squadron als waarbij de twee in de dagvaarding voorkomende F16's waren ingedeeld. Uit diens verklaring en ook uit andere getuigenverklaringen kon de conclusie worden getrokken dat het LVV niet op alle punten meer up to date is, zelfs zwaar verouderd is. De officier-vlieger verklaarde namelijk, dat het in casu om twee zogenaamde MLU-F16 s ging, die zijn uitgerust met een datalink die op een zeer duidelijk scherm in de cockpit de posities van de verschillende vliegtuigen en de grenzen van het luchtruim (de zogenaamde Temporary Reserved Airspace (TRA)) visualiseren. Voorts beschikt elke (MLU-) F16 over radarsystemen om reeds van veraf andere vliegtuigen (inclusief burgertoestellen) in de gaten te houden. Daarnaast heeft elke F16 twee radiosystemen, te weten een UHF voor de communicatie met de gevechtsleiding in Nieuw Milligen en een VHF. De meeste conversatie tussen de vliegers gebeurt middels de VHF, die niet uitluisterbaar is door de fighter controller. Dus indien de beide vliegers bepaalde afspraken maken over posities en separatiecriteria, hetgeen een Standard Operating Procedure (SOP) schijnt te zijn, dan blijft dit voor Nieuw Milligen verborgen tenzij de vliegers zelf de gevechtsleiding informeren. In casu bleek uit de opgenomen gesprekken van de beide F16-vliegers dat zij niet alleen hun datalink aanhadden maar ook hun radar. Ook is achteraf verklaard dat de vliegers tevoren zelf separatiecriteria hadden afgesproken, hetgeen inderdaad op de schermuitdraaien te volgen was. Voorzover het LVV de fighter controller verplicht tot het afspreken en handhaven van dergelijke separatiecriteria, dan lijkt dit derhalve in het geval van MLU-F16's een loze regel geworden.

4. Daarnaast gaf de getuige-deskundige aan dat gevechtsvliegers altijd en allereerst uitgaan van het "see and avoid"-principe. Gevechtsvliegers hebben het vermijden van bot-

singen van andere vliegtuigen tot een tweede natuur gemaakt. Daarnaast, en dat is ook niet geheel van belang gespeend voor deze kwestie, bleek uit de verklaring van de getuige-deskundige dat het zeer regelmatig voorkomt dat het radiocontact met de gevechtsleiding uitvalt, om wat voor reden dan ook. Een van de andere getuigen ter zitting heeft verklaard dat een aantal maanden eerder gedurende een hele dag de communicatie bij de gevechtsleiding, dus inclusief de noodfrequenties, is uitgevallen terwijl er op dat moment kennelijk een aantal gevechtsvliegtuigen in de lucht hing. Kennelijk heeft dit ook niet tot ongelukken geleid, hetgeen in de visie van de officier van justitie wel had moeten gebeuren.

5. Ten slotte merkte de getuige-deskundige op dat het laatste wat de vliegers wensen, is de volledige verantwoordelijkheid voor de vliegveiligheid bij de fighter controller leggen.

6. Met betrekking tot beschermende constructies bij de gevechtsleiding in Nieuw Milligen zelf is opgemerkt dat het natuurlijk niet zo kan zijn dat het enkel verbreken van het contact tussen een fighter controller en oefenende gevechtsvliegtuigen tot een ramp zou kunnen leiden.

7. Allereerst is daar de fighter allocator, de opdrachtgever en coördinator van de fighter controllers. Een fighter allocator is globaal op de hoogte van een missie die een fighter controller moet begeleiden, en wijst deze toe. Een fighter allocator is daarnaast in staat om elke missie te volgen via zijn communicatiemiddelen, dan wel actief in te grijpen. In casu was het ook de fighter allocator die het bevel aan de verdachte gaf om te stoppen met zijn missie, waarbij de fighter allocator in de (onjuiste) veronderstelling was dat de verdachte onbevoegd was om de missie, die boven zee werd gevlogen, te controleren.

De verdachte heeft nog wel zakelijk bij de fighter allocator geïnformeerd naar diens bevel, doch gehoorzaamde om de missie af te breken en deze over te dragen aan een collega. Deze collega, die vermoedelijk niet dan wel onvoldoende bij de fighter allocator had nagevraagd om welke missie het nu precies ging, zag de verdachte uitpluggen en liep om onbegrijpelijke redenen met de verdachte mee. Dat was ook de reden waarom de verdediging heeft aangevoerd dat hier sprake was van willekeur, omdat indien er uit de regelgeving de verplichting volgde voor een afgeloste fighter controller om zich van alle relevante gegevens van een bepaalde missie op de hoogte te stellen, het niet zo kan zijn dat deze zonder dat te doen gaat meelopen met de aflossende fighter controller, zeker indien de missie die de verdachte begeleidde slechts twaalf minuten oud was, hetgeen de aflossende fighter controller eenvoudig had kunnen controleren.

8. Ten slotte is er nog een laatste beschermende laag ingepast in het systeem van de gevechtsleiding in Nieuw Milligen door een sectie bij 710 squadron die de vliegbewegingen van burgertoestellen in en boven de TRA's in de gaten houdt. Indien een burgertoestel plotseling onaangekondigd opduikt in een TRA terwijl daar een militaire oefening bezig is, dan wordt als eerste de fighter allocator gewaarschuwd, die daarop de betreffende fighter controller inlicht. Daarbij is het SOP dat deze controllers *moeten* terugmelden dat ze de melding van de fighter allocator gehoord hebben. Indien er geen terugmelding komt dan neemt de fighter allocator direct zelf actie. Dus in dit geval lag er geen primaire verantwoordelijkheid bij de fighter allocator om de vliegveiligheid te bewaken.

9. Het voorgaande deed de officier van justitie opmerken dat er wat hem betreft nog steeds sprake was van een te duchten gevaar, omdat er in theorie nog steeds gevaar had kunnen

komen van bijvoorbeeld een Space Shuttle die zich vanuit de ruimte in een TRA boven de Waddenzee zou hebben geboord... Een wel erg smalle basis voor een veroordeling op grond van artikel 136 WMSr.

10. Hoewel uit het vonnis niet blijkt welke bewijsmiddelen nu de doorslag hebben gegeven voor het oordeel dat een vrijspraak diende te volgen, ga ik er zelf van uit dat met name de verklaring van de officier-vlieger doorslaggevend is geweest en dat mede gelet op de geavanceerdheid van de huidige F16's, de SOP's bij de F16-vliegers en de beschermende schillen binnen Nieuw Milligen, mede gelet op de korte duur waarbij de console onbemand is gebleven, er geen sprake is geweest van het duchten van levensgevaar voor de in de tenlastelegging genoemde F16-vliegers en/of de oefenende F16-gevechtsvliegtuigen.

Mr. B. Damen

Personalia

Dr. Terry D. Gill is per 11 oktober 2001 benoemd tot hoogleraar Militair Recht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam met ingang van 1 september 2001. Dr. Gill zal deze functie in deeltijd uitoefenen, voorlopig voor een dag en vanaf 1 januari 2002 voor twee dagen in de week. Dr. Gill is sinds 1985 werkzaam op het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht, waar hij werkzaam zal blijven als universitair hoofddocent gedurende de rest van de week.

Dr. Gill studeerde na zijn middelbare school in Beiroet (American Community School) eerst politieke wetenschappen aan de Universiteit van Amsterdam en vervolgens internationaal recht en internationale betrekkingen aan de Universiteit Utrecht. Hij promoveerde cum laude op het proefschrift "Litigation Strategy at the International Court: A Case Study of the Nicaragua versus United States Dispute". Hij is lid van de redactie van de *Netherlands International Law Review* en het *Militair Rechtelijk Tijdschrift*. In zijn werkzaamheden aan de Universiteit van Amsterdam zal Dr. Gill zich primair bezighouden met het internationaal recht betreffende vredes- en andere militaire operaties. In dit kader zal hij het vak *The International Law of Military Operations* (Internationaal Recht van Vredesoperaties) verzorgen. Dr. Gill is bereikbaar in Amsterdam via het Secretariaat van de Leerstoelgroep Strafrecht: tel. (020) 525-3368, of via e-mail gill@jur.uva.nl. Verdere inlichtingen kunnen tevens worden ingewonnen van Prof. mr. S. Stolwijk: tel. (020) 525-3951.

Auteursaanwijzingen

Bijdragen voor het Militair Rechtelijk Tijdschrift worden aangeleverd op schrift alsmede zo mogelijk op diskette met gebruikmaking van het WP-programma of Microsoft Word. Auteurs worden verzocht om de volgende richtlijnen in acht te nemen:

Géén afbreekstreepjes gebruiken.

Geen tabs, inspringingen of verschillende lettertypes gebruiken.

Zo weinig mogelijk 'opmaken' van de tekst, doch zoveel mogelijk achter elkaar door typen.

Slechts bij het begin van een nieuwe alinea 'Enter' gebruiken.

REDACTIECOMMISSIE:

Voorzitter	Mr A.J.T. Dörenberg, Generaal-majoor Klu b.d.
Secretaris/penningmeester	Mr J.F. Stinissen, Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst;
Leden:	
voor de Koninklijke landmacht:	Mr A. C. Zuidema, Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke luchtmacht:	Mr S. van Groningen, Commodore der Koninklijke luchtmacht;
voor de Koninklijke marine:	Mr P.J. Schreuder, Kapitein ter zee van administratie;
voor de Centrale Organisatie:	Mr J.J. Buirma, Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Mr G.L. Coolen,	Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Prof. Dr. TD. Gill	Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht en bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Mr N. Jörg,	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden;
Prof. Mr Th. A. de Roos.	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden;
Mr W.J. Schmitz,	Adjunct Hoofd USZO Defensie van de Uitvoeringsinstelling Sociale Zekerheid Overheids- en onderwijspersoneel;
Mr G.F. Walgemoed,	Kolonel van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	NAPO 801-MS12, 3509 VP Utrecht

VASTE MEDEWERKERS:

- Mr Th. J. Clarenbeek, Oud-Coördinerend-vice-president van de Arrondissementsrechtbank te Utrecht, res. Kolonel van de Militair Juridische Dienst b.d.;
- Prof. Mr N. Keijzer, Raadsheer in buitengewone dienst van de Hoge Raad der Nederlanden en em. hoogleraar Internationaal Strafrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant.
- Prof. Dr R.A. Lawson, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.

WIJZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt in 10 afleveringen per jaar.

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1 2002 € 35. Men abonneert zich voor tenminste één jaargang bij de Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, 's-Gravenhage, of bij zijn boekhandelaar. Losse afleveringen zijn verkrijgbaar tegen de prijs van g 3,93. Tevens zijn verzamelbanden te verkrijgen tegen de prijs van € 20,45. Nadere informatie omtrent bestellingen: Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, afdeling abonneementen, telefoon 070-3789887.

De schrijvers van bijdragen van meer dan 1 pagina ontvangen een honorarium van E 35 per pagina tot een maximum van € 230 per aflevering, benevens 5 present-exemplaren van de desbetreffende aflevering van het Tijdschrift. Het auteursrecht wordt met de publikatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Kennisgeving van adreswijziging (uitsluitend betalende abonnees) te richten tot Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, Postbus 20014, 2500 EA 's-Gravenhage. Telefoon (070) 3789887, fax (070) 3789783. Zij die het tijdschrift van rijkswege verstrekten krijgen dienen zich voor kennisgeving van adreswijziging te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren.

Dit tijdschrift, sedert mei 1903 verschenen onder de titel „Militaire Jurisprudentie”, wordt sedert juli 1905, met onderbreking van juli 1943 tot januari 1946, uitgegeven onder de titel „Militair Rechtelijk Tijdschrift”

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCV

Februari 2002

Aflevering

2

Sdu Uitgevers

INHOUD

Strafrechtspraak

HR 10.07.01	Dienstweigeraar Cumulatie van hoofdstraffen: verandering van wetgeving?.....	45
HR 18.09.01	Bouterse en de 'decembermoorden' II De Hoge Raad is van oordeel "dat de vervolging en berechting in Nederland van de vermoedelijke dader van een feit in de zin van de art. 1 en 2 Uitvoeringswet folteingsverdrag dat in het buitenland is begaan, alleen mogelijk zijn indien daartoe een in dat Verdrag genoemd aanknopingspunt voor de vestiging van rechtsmacht aanwezig is, bijvoorbeeld omdat de vermoedelijke dader zich ten tijde van zijn aanhouding in Nederland bevindt."	46

Bestuursrechtspraak

CRvB 13.09.01	Vrijwillige Sportbeoefening is geen dienstverrichting Een gewezen korporaal der mariniers is met ingang van 23 maart 1978 in dienst getreden van het Korps Mariniers. Op 19 februari 1986 is hem op zijn verzoek eervol ontslag verleend. Tijdens plaatsing op Curaçao heeft hij op 8 februari 1983 bij het hardlopen in de avonduren letsel opgelopen aan de linker enkel. Na zijn ontslag heeft hij op 26 mei 1993 een verzoek om toekenning van een militair invaliditeitspensioen ingediend. Bij besluit van 19 december 1994 heeft de Staatssecretaris van Defensie dit verzoek afgewezen omdat het ongeval niet is aangemerkt als dienstongeval. Het bezwaar en beroep van de korporaal hiertegen is door de rechtbank ongegrond verklaard, waarna de Centrale Raad van Beroep de aangevallen uitspraak heeft bevestigd. (Naschrift W.J.S.).....	56
------------------	--	----

Bijdragen

Deportatie is verboden, evacuatie niet. Maar, wat is het verschil?; door Dr. Th.A. van Baarda (eerste deel).....	61
--	----

De met een * gemerkte uitspraken zijn voor commandanten van belang voor de dagelijkse praktijk.

Annotatoren:	C.	- Mr Th. J. Clarenbeek
	G.L.C.	- Prof. mr G.L. Coolen
	M.M.D	- Mr M.M. Dolman
	J.R.G.J.	- Mr J.R.G. Jofriet
	N.J.	- Mr N. Jörg
	de R.	- Prof. mr Th. A. de Roos
	W.J.S.	- Mr W.J. Schmitz
	W.H.V.	- Mr W.H. Vermeer
	G.F.W.	- Mr G.F. Walgemoed

STRAFRECHTSPRAAK

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest van 10 juli 2001

Voorzitter: Mr. C.J.G. Bleichrodt. *Raadsheren:* Mrs. J.P. Balkema en E.J. Nurnann

Dienstweigeraar

Cumulatie van hoofdstraffen: verandering van wetgeving?

(Sr artt. 1 lid 2, 9 lid 2 [oud], 9 lid 2, 14a lid 4 [oud])

ARREST

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Arnhem, militaire kamer, van 21 oktober 1999, parketnummer 21/(...), in de strafzaak tegen: G.U., geboren te (...) op (...), wonende te (...).

1. De bestreden uitspraak

1.1. Het Hof heeft in hoger beroep - met vernietiging van een vonnis van de Militaire Kamer van de Arrondissementsrechtbank te Arnhem van 2 december 1994 - de verdachte ter zake van "als militair weigeren iedere dienst, van welke soort ook, te verrichten" veroordeeld tot een geldboete van tienduizend gulden, subsidiair éénhonderd dagen hechtenis, alsmede tot het verrichten van onbetaalde arbeid ten algemenen nutte voor de duur van éénhonderdtachtig uren, in plaats van vier maanden gevangenisstraf.

1.2. (...)

2. Geding in cassatie

2.1. Het beroep is ingesteld door de verdachte. Door of namens deze zijn geen middelen van cassatie voorgesteld. De Advocaat-Generaal Fokkens heeft geconcludeerd dat de Hoge Raad het beroep zal verwerpen.

2.2. (...)

3. Ambtshalve beoordeling van de bestreden uitspraak

3.1. Het Hof heeft de verdachte ter zake van het bewezenverklaarde feit veroordeeld tot de hiervoor onder 1.1 vermelde straffen na ten aanzien van de strafoplegging te hebben overwogen hetgeen is vermeld onder het hoofd "Oplegging van straf en/of maatregel" op blz. 3 van het verkorte arrest.

3.2. Bij Wet van 21 december 1994 (Stb. 1995, 32), in werking getreden op 27 januari 1995, is art. 9, tweede lid, Sr, dat inhield dat alleen in gevallen waarin de wet dit bepaalde - tot welke gevallen art. 139 van het Wetboek voor Militair Strafrecht niet behoort - een hoofdstraf tezamen met een andere hoofdstraf kon worden opgelegd, gewijzigd.

Dat artikellid luidt sedert die wijziging:

"In geval van veroordeling tot gevangenisstraf of tot hechtenis, vervangende hechtenis daaronder niet begrepen, kan de rechter tevens een geldboete opleggen".

3.3. De hiervoor bedoelde wijziging van art. 9, tweede lid, Sr is blijkens de Memorie van Toelichting bij het desbetreffende wetsvoorstel ingegeven door de wens de straftoemetingmogelijkheden te verruimen en de rechter aldus in staat te stellen om een op de persoon van de dader toegesneden straf op te leggen (Kamerstukken II 1993 - 1994, 23

681, nr. 3, blz. 1 en 3). Een veranderd inzicht in de strafwaardigheid van de feiten, ter zake waarvan onder vigeur van art. 9, tweede lid (oud), Sr oplegging van een hoofdstraf tezamen met een andere hoofdstraf was uitgesloten - zoals de onderwerpelijke gedraging - ligt aan die wijziging dus niet ten grondslag. Van verandering in de wetgeving als bedoeld in art. 1, tweede lid, Sr is derhalve in dit geval geen sprake, zodat het Hof, nu het bewezen-verklaarde feit is gepleegd vóór de inwerkingtreding van genoemde wetswijziging, ingevolge de in art. 1, eerste lid, Sr vooropgestelde hoofdregel niet art. 9, tweede lid (nieuw), Sr maar art. 9, tweede lid (oud), Sr had moeten toepassen. (vgl. HR 1 april 1997, NJ 1997, 442).

3.4. Opmerking verdient overigens dat op grond van art. 14a, vierde lid (oud), Sr, welke bepaling bij genoemde wetswijziging is vervallen, de mogelijkheid bestond om in het kader van de regeling van de voorwaardelijke veroordeling een geldboete tezamen met een vrijheidsstraf op te leggen.

[Volgt: Vernietiging wat betreft de opgelegde straffen en terugwijzing - *Red.*]

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest van 18 september 2001

Voorzitter: Mr. Davids; *Raadsheren:* Mrs. Koster, Van Buchem-Spapens, Van Dorst en De Savornin Lohman

Bouterse en de 'decembermoorden' II

Bij beschikking van 20 november 2000, gegeven op een beklag als bedoeld in art. 12 Sv, heeft het Gerechtshof te Amsterdam aan de Officier van Justitie in dat arrondissement bevolen Dési Bouterse (van wie het Hof als vrijwel zeker heeft aangenomen dat hij ten tijde voor de zaak van belang de Nederlandse nationaliteit niet heeft gehad) te vervolgen wegens zijn vermoedelijke betrokkenheid bij de moorden op 8 of 9 december 1982 in Paramaribo (Suriname). Tegen die beschikking heeft de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad beroep in cassatie in het belang der wet ingesteld. De Hoge Raad komt tot de slotsom "dat de vervolging en berechting in Nederland van de vermoedelijke dader van een feit in de zin van de art. 1 en 2 Uitvoeringswet folteringsverdrag dat in het buitenland is begaan, alleen mogelijk zijn indien daartoe een in dat Verdrag genoemd aanknopingspunt voor de vestiging van rechtsmacht aanwezig is, bijvoorbeeld omdat de vermoedelijke dader zich ten tijde van zijn aanhouding in Nederland bevindt." en vernietigt de bestreden beschikking in het belang der wet.

Opmerking van de redactie

De vorengenoemde beschikking van het Gerechtshof te Amsterdam is gepubliceerd in het MRT (jg 2001, pp 49 e.v.) en aldaar voorzien van een naschrift van Dr. L. Zegveld. Het arrest van de Hoge Raad van 18 september 2001 en de daarbij behorende voordracht van waarnemend Advocaat-Generaal Keijzer zijn buitengewoon belangwekkend en verdienen het in extenso te worden gelezen. De beschikbare ruime laat echter niet toe de in totaal meer dan 80 pagina's in het MRT op te nemen. Derhalve is ervoor gekozen om hierna een uitvoerig naschrift van de hand van Dr. H. van der Wilt op te nemen, waarin met die

omstandigheid rekening is gehouden. Daaraan voorafgaand wordt uit de voordracht van waarnemend Advocaat-Generaal Keijzer de inleiding overgenomen bij wijze van introductie tot het lezen van het naschrift. Het volledige arrest kunt u vinden op internet: www.rechtspraak.nl/hoge_raad, onder het kopje "uitspraken".

"Inleiding

4. In de tweede helft van de twintigste eeuw is een aantal internationale verdragen tot stand gekomen waarbij partijen met betrekking tot bepaalde delicten de verplichting hebben aanvaard tot strafbaarstelling en tot het vestigen van universele rechtsmacht, dat wil zeggen strafrechtsmacht met betrekking tot feiten die door vreemdelingen in den vreemde zijn begaan. Enerzijds worden die delicten daarbij beschouwd als te zijn gericht niet slechts tegen de rechtsorde van de staat waar ze werden gepleegd maar tegen de rechtsorde die alle, althans alle aangesloten staten met elkaar delen, en wordt ernaar gestreefd dat verdachten zich niet aan de mogelijkheid van strafrechtelijke vervolging ter zake van die feiten kunnen onttrekken, anderzijds brengt dit mee dat aangesloten staten hebben te aanvaarden, en niet als een ongepaste inmenging in hun binnenlandse aangelegenheden kunnen beschouwen, dat vreemde staten zodanige strafvervolging instellen zonder door de plaats waar het delict is begaan of door de nationaliteit van de verdachte of van de slachtoffers in het bijzonder bij dat delict te zijn betrokken.

5. Toepassing van de aldus gevestigde universele rechtsmacht is tot dusverre zeldzaam gebleven. Een geruchtmakend geval was de strafvervolging door Spanje van de Chileense oud-dictator Pinochet, in het kader waarvan diens uitlevering werd gevraagd aan het Verenigd Koninkrijk. Een ander voorbeeld vormt de strafvervolging door België van de toenmalige minister van buitenlandse zaken van de Democratische Republiek Congo, waarover door Congo een klacht is ingediend bij het Internationaal Gerechtshof van de Verenigde Naties. Voor Nederland is de bij de beschikking van het Gerechtshof te Amsterdam bevolen strafvervolging vrijwel het eerste geval. Het daarmee door het Hof betreden terrein is nog nauwelijks in kaart gebracht. Een aantal vraagpunten op dat terrein behoeft spoedige opheldering. Daartoe strekken de navolgende middelen van cassatie. Naar ik meen is beslissing op elk daarvan gewenst, ook indien deze uit cassatie-technisch oogpunt achterwege zou kunnen blijven.

6. Wellicht het belangrijkste van die vraagpunten is of een strafvervolging voor de Nederlandse rechter ter zake van foltering, een delict als evenbedoeld, uitsluitend wordt beheerst door volkenrechtelijke normen dan wel mede door normen van Nederlands nationaal recht. Anders gezegd: Treedt de Nederlandse rechter daarbij op als internationale of als nationale rechter? Bij het opstellen van de middelen is van dat laatste standpunt uitgegaan.

7. Er is nog een ander perspectief waarin de Beschikking kan worden gezien. Door enkele auteurs is gesteld dat zich met betrekking tot het strafrecht tegenwoordig een ontwikkeling voordoet waarbij de eisen van rechtszekerheid soms enigermate worden gerealiseerd. De Beschikking zou wellicht als exponent van die ontwikkeling kunnen worden opgevat. Niet uit het oog mag worden verloren dat, in het strafrecht, rechtszekerheid een eis van rechtvaardigheid is. Indien er inderdaad van relativisering sprake is, brengt die dan

mee dat bij zeer ernstige delicten als waarvan in de onderhavige zaak sprake is aan de eisen van rechtszekerheid minder zwaar behoeft te worden getild? Bij het opstellen van de middelen is daarvan niet uitgegaan."

Naschrift door Dr. H. van der Wilt

1. Zaken als de onderhavige nopen de rechter tot het maken van lastige afwegingen, zo zij hem al niet in gewetensnood brengen. Het dilemma kan dunkt mij als volgt worden geschetst. Aan de ene kant is het een eis van gerechtigheid dat plegers van zeer ernstige misdrijven, zoals foltering en misdaden tegen de menselijkheid, zich in strafrechtelijke zin dienen te verantwoorden. Het kenmerkende van dergelijke volkenrechtelijke of internationale misdrijven is dat zij niet jegens een specifieke (nationale) rechtsorde gericht zijn, maar de gehele wereldgemeenschap aangaan.¹⁾ Dat verklaart ook dat alle staten tenminste bevoegd en in sommige gevallen zelfs verplicht zijn de verdachten van deze misdrijven op basis van het universaliteitsbeginsel te vervolgen en te berechten. Een overweging van meer rechtspolitieke aard die daarbij meespeelt, is dat staten die als eersten in aanmerking zouden komen voor strafrechtelijk optreden daartoe meestal niet in staat of bereid zijn.

Aan de andere kant moeten ook bij de vervolging en berechting van deze misdrijven fundamentele strafrechtelijke principes, zoals het legaliteitsbeginsel, in acht worden genomen. Een complicerende factor is dat het conglomeraat aan normen en de daarvan deel uit makende statelijke verplichtingen op dit gebied pas geleidelijk tot stand is gekomen. Allereerst is vooral na en naar aanleiding van de Tweede Wereldoorlog de rechtsovertuiging ontstaan dat bepaalde gedragingen universeel strafwaardig zijn. Vervolgens hebben staten zich jegens elkander bij verdragen verplicht die gedragingen ook daadwerkelijk met strafrechtelijke middelen te bestrijden. En tenslotte hebben staten binnen de eigen rechtsorde die verplichtingen vorm gegeven door het uitvaardigen van wetgeving. In de meeste rechtssystemen is pas in het laatste stadium aan de eisen van het legaliteitsbeginsel in haar diverse facetten voldaan. Daarbij staan niet zozeer de beschermenswaardige belangen van de individuele verdachte voorop - in geval van foltering voelt een ieder het strafwaardige karakter ervan op zijn klompen aan, zoals AG Keijzer het bijna huiselijk uitdrukt.²⁾ Veeleer gaat het er om dat de rechter niet vooruit mag lopen op door regering en parlement te nemen beslissingen. Met andere woorden: de trias politica is hier in zekere zin in het geding. Ik kom daar later nog wat uitvoeriger op terug.

2. De allesoverheersende vraag in deze zaak is of de Nederlandse rechter zich mag - of zelfs moet - opwerpen als dienaar van de internationale rechtsorde, door, zelfs met veronachtzaming van fundamentele rechtsregels van nationale signatuur, gevolg te geven aan de steeds luider klinkende roep om universele berechting van verdachten van internationale misdrijven. Die vraag speelt op verscheidene niveaus: bij de strafbaarheid, bij de vervolgbaarheid en bij de verjaring van de Decembermoorden die in 1982 in Suriname hebben plaatsgevonden en waarvan Bouterse wordt verdacht. Bij de beantwoording van deze

¹⁾ De terminologie is hier niet helemaal vast. De misdrijven die thans onder de rechtsmacht van de internationale tribunalen vallen - oorlogsmisdrijven, misdaden tegen de menselijkheid, genocide - worden wel aangemerkt als "volkenrechtelijke misdrijven" of "international crimes strictu sensu", ter onderscheiding van andere internationale misdrijven, zoals terrorisme of (ernstige) drugsdelicten. Zie bijv. Edward M. Wise en Sharon A. Williams in: M. Cherif Bassiouni (ed.) *International Criminal Law, Volume I: Crimes*, New York 1986, p. 106 resp. 109. Ik zal de termen door elkaar gebruiken, nu misverstanden zijn uitgesloten.

²⁾ Conclusie van waarnemend Advocaat-Generaal N. Keijzer, par. 16

vraag komen Hoge Raad en AG tot een zelfde - negatieve - slotsom, maar zij bewandelen verschillende wegen.

3. De (nood)greep naar het internationale (gewoonte) recht vooronderstelt al dat vervolging en berechting van Bouterse voor genoemde misdaden in Nederland op grond van het nationale recht niet geoorloofd is. Die conclusie had het Amsterdamse Hof nog niet getrokken. In navolging van de volkenrechtsdeskundige Dugard, wiens advies het Hof had ingewonnen, had het Hof namelijk onderscheid gemaakt tussen retroactieve en retrospectieve wetgeving: retroactieve wetgeving maakt - met terugwerkende kracht - een feit strafbaar dat nog niet strafbaar was toen het werd begaan, terwijl retrospectieve wetgeving aan reeds onwettig gedrag - met terugwerkende kracht - een andere kwalificatie verleent.³⁾ Alleen eerstgenoemde wetgeving levert strijd op met het legaliteitsbeginsel, terwijl de retrospectieve toepassing van - in dit geval - de Uitvoeringswet Folteringverdrag geen inbreuk vormt op art. 15 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, noch op art. 16 van de Grondwet, aldus het Hof.⁴⁾ Het Hof stelde haar opvatting in belangrijke mate op de overweging dat het VN-Folteringverdrag een declaratoir karakter heeft, met andere woorden: slechts bevestigt wat volgens het internationaal gewoonterecht al strafbaar was.

Op zich is het merkwaardig dat het Hof de nationale en de internationale legaliteitsbepalingen in één adem noemt. Zowel art. 7 van het Europees Verdrag als art. 15 van het Internationale Verdrag staan namelijk meer uitzonderingen toe op het beginsel dan de nationale bepaling. Men zou ook kunnen zeggen dat art. 1 Wetboek van Strafrecht en art. 16 Grondwet de verdachte meer bescherming bieden. Het aanleggen van deze verschillende maatstaven zou dan ook tot andere uitkomsten kunnen leiden.

In zijn doorwrochte conclusie maakt Keijzer wel een onderscheid tussen de nationale en internationale variant van het legaliteitsbeginsel. Hij komt daarbij tot de slotsom dat toepassing met terugwerkende kracht van art. 1 en 2 Uitvoeringswet folteringverdrag de toets van art. 7 EVRM (en van art. 15 IVBPR) wel kan doorstaan, maar in strijd is met art. 1 Sr. en art. 16 Grondwet. Verrassend genoeg, baseert hij die opvatting op de overweging dat de gedragingen die aan de Decembermoorden vooraf gingen een *criminal offence under national law* opleverden, nu zij immers al in art. 300 e.v. Sr. waren strafbaar gesteld.⁵⁾ Verhelderend is in dit verband Keijzer's observatie dat art. 16 Grondwet en art. 1 Sr., anders dan art. 7 EVRM en art. 15 IVBPR, spreken van een feit dat strafbaar is *uit kracht van* een voorafgegane wettelijke bepaling, hetgeen de plaatsvervangende van de ene, voorafgegane, door een andere, niet voorafgegane, strafbepaling verbiedt. In dit opzicht is de nationale legaliteitsbepaling dus inderdaad restrictiever dan de internationale.⁶⁾

Anders dan het Hof kent Keijzer in dit verband nauwelijks betekenis toe aan de *internationale* strafbaarstelling van foltering. Strikt genomen hoeft hij die ook niet te onderzoeken, nu de AG al heeft vastgesteld dat de gedragingen een *offence under national law* opleverden. Wel gaat hij na of het opzettelijk teweegbrengen van een toestand van hevige angst of een andere vorm van ernstige geestelijke ontreding - een delictsomschrijving die terug te vinden is in het VN-Folteringverdrag - reeds in 1982 te kenschetsen was als een *criminal offence under international law* en hij beantwoordt die vraag ontkennend.

³⁾ Zie over dit onderscheid ook Liesbeth Zegveld in haar naschrift bij de beschikking, Militair Rechtelijk Tijdschrift, januari 2001, p. 59

⁴⁾ Beschikking Hof Amsterdam, 20 november 2000, NJ 2001, 51, r.o. 6.3

⁵⁾ Conclusie A.G. par. 20/21

⁶⁾ Conclusie A.G. par. 40

Aan het tweede lid van art. 7 EVRM en art. 15 IVBPR dat een uitzondering op het legaliteitsbeginsel toelaat, voor zover het gaat om gedrag dat strafbaar was volgens de algemene rechtsbeginselen, kent Keijzer, met een beroep op gezaghebbende bronnen, slechts een beperkte reikwijdte toe: de bepaling strekt uitsluitend tot het afdekken van de jurisprudentie van de Militaire Tribunaal van Neurenberg en Tokio.) Hoe dit ook zij, de kwestie van mogelijke internationale strafbaarstelling is voor de beoordeling van verenigbaarheid met art. 1 Sr. en art. 16 Grondwet van geen belang, nu deze bepalingen slechts doelen op nationale wettelijke bepalingen.⁸⁾

Aanvaardt men, met de AG, dat toepassing met terugwerkende kracht van de Uitvoeringswet Folteringverdrag wel door de beugel van de internationale interpretaties van het legaliteitsbeginsel kan, maar niet strookt met de nationale lezing, dan rijst de vraag hoe (bijvoorbeeld) art. 7 EVRM en art. 16 Grondwet zich tot elkander verhouden. Zou men niet kunnen volhouden dat de nationale wet, ingevolge art. 94 Grondwet, moet wijken voor de internationale verdragsbepaling, nu art. 7 EVRM zich leent voor directe toepassing? Keijzer beantwoordt die vraag impliciet ontkennend met een beroep op art. 53 EVRM dat staten partijen verbiedt de verdragsbepalingen te misbruiken om het door nationale wetgeving gegarandeerde beschermingsniveau te verlagen.) Meer in het algemeen zou men volgens mij kunnen stellen dat de internationale legaliteitsbepalingen staten slechts *toestaan* om uitzondering te maken op het beginsel; van een conflict tussen nationale wetgeving en internationale verdragsverplichtingen is derhalve geen sprake.¹⁰⁾

Intussen lijkt ook de Hoge Raad de mening te zijn toegedaan dat art. 7 EVRM en art. 15 IVBPR niet derogeren aan de Grondwet en het Wetboek van Strafrecht. In zijn zoektocht naar verdragsbepalingen die staten zouden verplichten om gedragingen met terugwerkende kracht strafbaar te verklaren, komt de Raad immers tot de slotsom dat noch het VN Verdrag tegen foltering, noch enig ander verdrag zulke bepalingen bevatten.")

Resteert nog de vraag of een regel van internationaal gewoonterecht staten dwingend voorschrijft strafbepalingen die betrekking hebben op internationale misdrijven zoals foltering met terugwerkende kracht toe te passen en zo ja, of de rechter aan zo'n regel voorrang moet verlenen boven nationale wetgeving. Hoge Raad en A.G. zijn het erover eens dat eigenlijk in het midden kan blijven of zo'n regel bestaat. Refererend aan de grondwetsgeschiedenis en het Nyugat-arrest, tonen zij aan dat binnen de Nederlandse rechtsorde internationaal gewoonterecht niet prevaleert boven wetten in formele zin.¹²⁾ In het Nyugat-arrest heeft de Hoge Raad inderdaad op grond van een a contrario-redenering overwogen dat de volkenrechtelijke voorrang ten opzichte van formele wetten slechtsgeldt voor eenieder verbindende verdragsbepalingen en besluiten van internationale organisatie~.'~)

⁷⁾ Conclusie A.G. par. 28

⁸⁾ Hoge Raad en AG verwijzen naar de relevante passage in de MvT bij de Grondwet, Kamerstukken II, 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 51

⁹⁾ Conclusie A.G. par. 39

¹⁰⁾ In zijn overigens interessante bijdrage ziet Ferdinandusse dit aspect over het hoofd, waar hij stelt: "het is in principe mogelijk dat de Nederlandse rechter op basis van rechtstreeks werkend verdragsrecht, in afwijking van het grondwettelijk legaliteitsbeginsel, met terugwerkende kracht een gedraging straft waarvoor op het moment dat deze begaan werd geen schriftelijke strafbepaling bestond". W.N. Ferdinandusse, Verdragsrechtelijke strafbaarstellingen in de Nederlandse rechtsorde, in: RM Themis 2001/9, p. 281

¹¹⁾ HR 18 september 2001, r.o. 4.5

¹²⁾ Conclusie AG, par. 46, arrest, r.o. 4.4 en 4.6

¹³⁾ HR 6 maart 1959, NJ 1962, 2

4. Geldt het verbod van terugwerkende kracht nu ook voor de uitoefening van rechtsmacht? De Hoge Raad lijkt daar impliciet wel vanuit te gaan en is vervolgens vrij snel klaar met dit aspect van de zaak. Op grond van de algemene rechtsmachtbepalingen in het Wetboek van Strafrecht (art. 2-8) is Bouterse in Nederland niet vervolgbaar voor de Decembermoorden. De rechtsmachtbepalingen van noch het VN Folteringsverdrag, noch van de uitvoeringswetgeving voorzien in toepassing met terugwerkende kracht en een beroep op het internationale gewoonterecht als rechtsgrondslag voor uitoefening van jurisdictie met terugwerkende kracht stuit af op hetgeen hierover in eerdere instantie gezegd is.¹⁴⁾

Keijzer benadert het vraagstuk wat genuanceerder. Ook hij ontdekt geen aanwijzingen in verdrag of uitvoeringswetgeving die zouden kunnen duiden op de bedoeling rechtsmachtbepalingen met terugwerkende kracht toe te passen, maar hij wenst toch te onderzoeken of de rechter de bevoegdheid heeft zonder expliciete wettelijke of verdragsrechtelijke basis rechtsmacht uit te oefenen dan wel een rechtsmachtbepaling met terugwerkende kracht toe te passen. Met opzet noem ik beide aspecten van het legaliteitsbeginsel, omdat in dit stadium van Keijzer's vertoog de toepassing van een jurisdictiebepaling met terugwerkende kracht en de uitoefening van rechtsmacht zonder wettelijke basis lijken te vervloeien. Een bevestigend antwoord houdt in dat de vervolgbaarheid niet onder de dwingende heerschappij van het legaliteitsbeginsel staat. In zijn grondig rechtsvergelijkend onderzoek is Keijzer een uitspraak van de Spaanse Audiencia Nacional tegengekomen, waarin inderdaad de uitoefening van universele rechtsmacht met terugwerkende kracht is geaccepteerd op grond van het argument dat rechtsmachtbepalingen veeleer van procesrechtelijke aard zijn en geen constituerend element van het delict vormen.") Keijzer laat zich niet bekoren door dit sofisme: een strafbaarstelling zonder strafrechtsmacht is, zo meent hij in navolging van andere gezaghebbende auteurs, een reus op lemen voeten en de uitoefening van jurisdictie met terugwerkende kracht wordt in gelijke mate beheerst door het in het legaliteitsbeginsel verankerde verbod van retroactieve toepassing als de strafbaarstelling zelf.¹⁶⁾

Vervolgens neemt de conclusie van de AG een interessante wending, waar hij de vraag opwerpt of het Hof bij het uitoefenen van (universele) rechtsmacht zich wellicht rechtstreeks op het ongeschreven volkenrecht kan baseren. Die rechtsvraag is immers een wat andere dan die waarvoor de Hoge Raad zich gesteld zag: of het internationale gewoonterecht de toepassing van rechtsmachtbeginselen dwingend voorschrijft en of de rechter daaraan gehoor moet geven. Die vraag konden Hoge Raad en AG, zoals we gezien hebben, eenvoudig afdoen met de standaardoverweging dat art. 94 Grondwet niet toelaat dat het internationale gewoonterecht wetten in formele zin opzij zet. Vooropgesteld dat de uitoefening van rechtsmacht met terugwerkende kracht het legaliteitsbeginsel schendt, hetgeen de AG heeft aangenomen, lijkt een beroep op het ongeschreven recht ter fundering van rechtsmachtaanspraken uit hoofde van datzelfde beginsel al helemaal uit den boze. De verwijzing naar de Ahlbrecht-sententie, waarin de Bijzondere Raad van Cassatie oordeelde dat de rechter strafrechtsmacht alleen kan doen steunen op rechtstreeks werkende internationale overeenkomsten of op "een Nederlandsche wet, waarin de wetgever zijn internationaal erkende rechtsmacht over vijandelijke oorlogsmisdadigers in de nationale sfeer in concreten vorm heeft verwezenlijkt" (en dus niet op internationaal gewoonterecht), lijkt

¹⁴⁾ HR 18 september 2001, r.o. 6.2, 6.3, 6.4

¹⁵⁾ Conclusie AG, par. 66

¹⁶⁾ Conclusie AG, par. 69

dan ook een overweging ten overvloede.") Het toont wel aan, zoals hierboven al werd aangegeven, dat Keijzer de toepassing met terugwerkende kracht en de rechtsmachtuitoefening zonder wettelijke basis op één lijn stelt.

5. Het derde belangrijke aspect van de zaak-Bouterse heeft betrekking op de verjaring. Heeft het Hof wellicht het recht geschonden door te miskennen dat het recht om Bouterse te vervolgen ter zake van de Decembermoorden in 2000 is verjaard?

Wederom nemen Hoge Raad en Advocaat Generaal de nationale regeling tot uitgangspunt. Na enige berekeningen komt de Hoge Raad tot de slotsom dat op grond van art. 70 Sr. de Bouterse ten laste gelegde feiten uiterlijk op 9 december 1994 verjaard zijn, terwijl Keijzer het recht op strafvordering uiterlijk in december 1997 acht te zijn tenietgegaan.¹⁸⁾

Dit verschil in uitkomst valt te herleiden tot een verschillende interpretatie van een wetwijziging die in 1989 zijn beslag heeft gekregen. Keijzer acht wettelijke verlenging van nog lopende verjaringstermijnen toelaatbaar, mits niet getornd wordt aan het strafmaximum. De Hoge Raad maakt ons attent op het additionele artikel VI bij bedoelde wet, waarin wordt aangegeven dat de termijnverlenging geen effect heeft op de strafbare feiten die voor de inwerkingtreding van de wet hebben plaatsgevonden.¹⁹⁾ Gezien de klaarblijkelijke intentie van de wetgever, heeft de Hoge Raad hier het gelijk aan zijn zijde.

Maar wat moeten we nu denken van de Uitvoeringswet folteringverdrag, ter gelegenheid waarvan het strafmaximum voor mishandeling ("foltering") die de dood ten gevolge heeft, verhoogd is tot levenslange gevangenisstraf en dientengevolge, via de band van art. 70 Sr., de verjaringstermijn verlengd is tot achttien jaar? De Hoge Raad volstaat met de constatering dat de wetgever blijkbaar niet de bedoeling heeft gehad om de verjaringstermijn ook te verlengen voor feiten die hebben plaatsgevonden voordat de wet in werking trad. Wederom is de Advocaat Generaal wat uitvoeriger en exacter in zijn motivering. Nu de verlenging van de verjaringstermijn gekoppeld is aan de verhoging van het strafmaximum, is art. 1, lid 2 Sr. van toepassing. De verhoging van het strafmaximum geeft immers blijk van een gewijzigde opvatting van de wetgever met betrekking tot de strafwaardigheid van het delict en dat is exact het criterium, op grond waarvan de meest gunstige bepaling ten faveure van verdachte moet worden toegepast."²⁰⁾

Nu vast staat dat de verjaring naar nationaal recht is ingetreden en verdragen, waarbij Nederland partij is, niet, in afwijking van het Nederlandse recht, voorschrijven dat internationale misdrijven niet kunnen verjaren, moet nog onderzocht worden of de onverjaarbaarheid van internationale misdrijven wellicht gesteld is in een regel van internationaal gewoonterecht. De Hoge Raad kan de vraag afdoen met het inmiddels vertrouwde argument dat internationaal gewoonterecht niet prevaleert boven wetten in formele zin, maar de Advocaat Generaal brengt het zwaarste geschut in stelling: heeft de onverjaarbaarheid van internationale misdrijven zich misschien ontwikkeld tot een regel van *ius cogens*? Op grond van een uitvoerig onderzoek van rechtspraak, statenpraktijk en literatuur komt Keijzer tot de slotsom dat een regel van dwingend volkenrecht wellicht langzaam aan het ontluiken is, maar dat er onvoldoende bewijs is om aan te nemen dat de onverjaarbaarheid van foltering onomstotelijk deze status heeft verworven; zelfs niet als foltering onder

¹⁷⁾ Conclusie AG, par. 74, Ahlbrecht-sententie: BRvC, 17 februari 1947, NJ 1947, 87

¹⁸⁾ Arrest, r.o. 7.3, resp. Conclusie, par. 87

¹⁹⁾ Arrest, r.o. 7.2.3

²⁰⁾ Conclusie A.G., par. 86

die omstandigheden is gepleegd dat het aangemerkt kan worden als een crime against humanity.²¹⁾

6. Afgezien van het hierboven gepresenteerde en besproken drieluik van onderling nauw verweven rechtsvragen, heeft het OM nog twee andere kwesties ter beoordeling aan de Hoge Raad voorgelegd. De eerste rechtsvraag heeft betrekking op de reikwijdte van het begrip "foltering". Het Hof had namelijk overwogen dat ook het "zelfstandig doden", dat wil zeggen los van een daaraan voorafgegane foltering, onder de werking van de Uitvoeringswet folteringverdrag zou vallen. Het zou immers ongerijmd zijn, aldus het Hof, als het opzettelijk teweegbrengen van een toestand van hevige angst of een andere vorm van geestelijke ontreddeering wèl als foltering gekwalificeerd zou kunnen worden, maar de executie die van die psychische terreur het sluitstuk vormt, niet.²²⁾

Hoge Raad noch Advocaat Generaal kunnen zich verenigen met het standpunt van het Hof: de Uitvoeringswet Folteringverdrag laat geen ruimte voor een dergelijke verstrekkende interpretatie.²³⁾

7. De laatste kwestie, aangeroerd in het vijfde middel, betreft de vraag of het Hof er terecht vanuit is gegaan dat Bouterse op basis van het universaliteitsbeginsel in Nederland vervolgd kan worden, ook al bevindt hij zich niet op Nederlands grondgebied en zal de berechting hij verstek moeten plaatsvinden. Hoge Raad en Advocaat Generaal erkennen dat de wettekst dit niet uitsluit. Maar art. 5 van het VN-Folterverdrag verplicht staten-partijen slechts tot het vestigen en uitoefenen van universele jurisdictie ten aanzien van cases where the *alleged offender* is present in any territory under its jurisdiction. De bepaling belichaamt het bekende aut *dedere*, aut *judicare*-principe dat verankerd is in talloze verdragen. Dat beginsel veronderstelt dat de verdachte zich op het territoire van de desbetreffende staat bevindt, want anders kan aan de, als alternatief voor vervolging geformuleerde uitleveringsverplichting niet worden voldaan.

Nu de verdragsbepaling naar zijn aard geen rechtstreekse werking heeft, rijst de vraag hoe de nationale regeling zich tot de verdragsbepaling verhoudt. Keijzer lost het hiërarchie probleem op door te refereren aan de regel dat de statelijke bevoegdheid tot vestiging en uitoefening van rechtsmacht begrensd wordt door het volkenrecht.²⁴⁾ Uitoefening van rechtsmacht vergt met andere woorden een volkenrechtelijke machtiging en nu de reikwijdte van de verdragsbepaling beperkter is dan de nationale regeling, moet deze laatste verdragsconform en restrictief worden opgevat. Bovendien blijkt uit de statenpraktijk van de ons omringende landen dat ook aldaar de verplichting om universele rechtsmacht uit te oefenen beperkt wordt tot personen die zich op het grondgebied van de staat in kwestie bevinden.²⁵⁾

De Hoge Raad komt tot eenzelfde conclusie, maar beroept zich simpelweg op de wetgeschiedenis, waar de intentie om de reikwijdte van het universaliteitsbeginsel te beperken tot de aut *dedere*, aut *judicare*-variant met zoveel woorden bevestigd wordt.²⁶⁾

*) Conclusie A.G., par. 90-111

²²⁾ NJ 2001, 51, r.o. 7.3

²³⁾ Conclusie A.G. par. 51-53, HR 18 september 2001, r.o. 5.2

²⁴⁾ Conclusie AG, par. 116 Die rechtsregel is afkomstig uit het befaamde Lotus-arrest van het Permanente Internationale Gerechtshof (PCIJ 7 September 1927, Series A, no. 10, pp. 18-19) en ligt eigenlijk ook ten grondslag aan art. 8 Sr.

²⁵⁾ Conclusie AG, par. 126-133

²⁶⁾ HR 27 september 2001, r.o. 8.3.5

8. De Hoge Raad heeft op alle vijf de punten het Openbaar Ministerie in het gelijk gesteld. Strikt genomen had de Raad zich kunnen beperken tot aanvaarding van het eerste middel (hierboven besproken onder (3)), maar met het oog op de rechtsontwikkeling heeft hij de gelegenheid te baat genomen om ook over de andere aspecten zijn licht te laten schijnen.

Het arrest heeft het karakter van een syllogisme en ademt de charme van de eenvoud. De drie hoofdvragen worden volgens een zelfde stramien afgehandeld. Is de beschikking van het Hof in overeenstemming met het nationale recht? Zo, nee: wordt de beschikking dan misschien gedekt door een rechtstreeks werkende verdragsnorm die uit hoofde van art. 94 Grondwet prevaleert boven de nationale wet? Zo, nee: dan is het pleit beslecht ten nadele van het Hof, nu de Nederlandse rechtsorde niet het primaat van internationaal gewoonterecht boven wetten in formele zin erkent.

Advocaat Generaal Keijzer werkt in feite volgens dezelfde methode, maar dat wordt soms gemaskeerd doordat hij tal van zijpaden bewandelt, uitvoerig ingaat op rechtspraak, statenpraktijk en opvattingen van gezaghebbende auteurs en tal van oplossingen proeft en weegt om ze uiteindelijk toch te verwerpen. Gaandeweg ontstaat een indrukwekkend verloop dat niet alleen zeer lezenswaardig en leerzaam is, maar ook wemelt van de juridische spitsvondigheden.

9. Wat valt er nu te zeggen over het eindresultaat? Ik kan veel waardering opbrengen voor de consistente aanpak, waarvan zowel de beschikking van het Hof, als de conclusie van de Advocaat Generaal en het arrest van de Hoge Raad blijk geven. De benaderingen, hoe verschillend ook in uitkomst, benadrukken dat de onderscheiden aspecten van het concept "volkenrechtelijke misdrijven" de legerenda onverbrekkelijk samen zouden moeten hangen. De kwalificatie - door de internationale gemeenschap - van een bepaalde gedraging als een "volkenrechtelijk misdrijf" zou moeten impliceren dat alle staten gehouden zijn om in voorkomende gevallen universele rechtsmacht uit te oefenen op basis van het aut *dedere*, aut *judicare*-beginsel en dat alle staten moeten uitgaan van de onverjaarbaarheid van dergelijke misdrijven.

Dat die onverbreeklijke samenhang naar huidig internationaal recht nog niet bestaat, moge blijken uit het feit dat met name de Advocaat Generaal zich genoodzaakt ziet telkens nieuwe toetsstenen te beproeven (verdragsbepalingen, "gewoon" internationaal gewoonterecht, *ius cogens*). Het roept het beeld op van een verbrokkelde normstelling die vanzelfsprekend de diversiteit aan opvattingen ter zake weerspiegelt.

De interrelatie tussen de genoemde aspecten lijkt wel aan de oppervlakte te komen in het Statuut van het Internationaal Strafhof. De universele strafwaardigheid van deze misdrijven wordt in de Preambule en in art. 5 van het Statuut benadrukt, terwijl de onverjaarbaarheid verankerd is in art. 29. Of het Statuut staten-partijen, via het complementariteitsbeginsel, verplicht tot het vestigen van universele rechtsmacht is vooralsnog omstrede.")

De accentuering van de onderlinge samenhang van deze aspecten leidt haast vanzelf tot een alles-of-niets keuze: of men is bereid, zoals het Hof, met terugwerkende kracht gedragingen anders te kwalificeren, rechtsmacht toe te passen en verjaringstermijnen te verlengen, of men verwerpt een dergelijke inbreuk op (aspecten van) het legaliteitsbeginsel categorisch en principieel, zoals de Advocaat Generaal en de Hoge Raad.

27) Zie daarover onder meer G.A.M. Strijards, De weergalm van een Romeins applaus, in: NJB 30 april 1999, p. 767 en H. van der Wilt, Het internationaal Strafhof en de Nederlandse rechtsorde, in: RM-Themis (oktober 2000), p. 285

10. Uit technisch-juridisch oogpunt zijn het arrest en de conclusie van de Advocaat Generaal superieur aan de beschikking van het Hof. Ik ben ervan overtuigd dat de zaak binnen de Nederlandse rechtsorde geen andere uitkomst kon hebben. Toch kan ik een zekere sympathie voor het standpunt van het Hof niet onderdrukken en dat heeft er mede mee te maken dat de onderbouwing van het primaat van het legaliteitsbeginsel, ook in geval van berechting van volkenrechtelijke misdrijven, mij niet geheel kan overtuigen.

Zoals in de inleiding al gesteld, lijkt de Advocaat Generaal in geval van internationale misdrijven wat meer gewicht toe te kennen aan de constitutionele dimensie van het legaliteitsbeginsel dan aan diens rechtsbeschermende functie. Later lijkt hij dat standpunt nog te willen bevestigen:

"De rechter zou zich aldus (d.w.z. door op grond van ongeschreven volkenrecht universele rechtsmacht uit te oefenen) begeven op het terrein van de buitenlandse betrekkingen, en voor de voeten lopen van regering en Staten-Generaal, die op dat terrein bevoegd en verantwoordelijk zijn. Bovendien dienen keuzen te worden gemaakt van rechtspolitieke aard, waarvoor de wetgever meer geschikt is dan de rechter(...)"²⁸⁾

Nu zou ik het belang van staatkundige overwegingen in dit verband zeker niet willen onderschatten, maar het argument verliest toch aan kracht in geval van toepassing van rechtsregels met terugwerkende kracht. Op dat moment heeft de regering immers al wel knopen doorgemaakt en beslissingen genomen, die de rechter in zijn uitspraak kan betrekken. Dat ligt inderdaad anders wanneer de rechter zich baseert op het internationale gewoonterecht bij de uitoefening van rechtsmacht, want in dat geval anticipeert de rechter op een nadere concretisering van de omvang van die rechtsmacht door de wetgever die mogelijk nog in het verschiet ligt. Gelet op het belang dat Keizer hecht aan de staatkundige grondslag van het legaliteitsbeginsel, wekt het toch bevreemding dat hij aan beide schendingen van het beginsel gelijk gewicht toekent, nu zij juist tegen de achtergrond van die grondslag dat gelijke gewicht niet bezitten.

En hoe moet de rechtsbeschermende functie van het legaliteitsbeginsel dan beoordeeld worden? Naar het mij voorkomt, gaat de AG toch iets te snel door de bocht, waar hij stelt dat de pleger (en eenieder) het strafwaardige karakter van internationale misdrijven op zijn klompen aanvoelt. Er nog van afgezien dat pleger's subjectieve beleving van de verwerpelijkheid van zijn daden voor strafbaarstelling niet van doorslaggevende betekenis is, geldt dat wel voor meer misdrijven. De hamvraag is mijns inziens deze: moet de pleger van een internationaal misdrijf - gegeven dat zijn gedraging volgens het internationaal gewoonterecht geldt als internationaal misdrijf, maar nog niet als zodanig gekwalificeerd is binnen de rechtsorde van staat X - rekening houden met de mogelijkheid dat hij ooit op enig moment in staat X vervolgd zal worden, waarbij op verjaring van strafvervolgning geen acht wordt geslagen? Ik aarzel. Het probleem is en blijft dat hij niet kan voorspellen op welke wijze rechtsorde X het internationale misdrijf zal omlijnen en begrenzen. De beschikking van het Hof biedt een gaaf voorbeeld. Het Hof kwalificeerde het enkele doden al als "foltering" in de zin van de Uitvoeringswet. Het standpunt van het Hof werd in dit geval nog tijdig door de Hoge Raad gecorrigeerd, maar niet valt uit te sluiten dat de wetgever van staat X het Hof in zijn dwaling zal volgen. De onvoorspelbaarheid van de wijze waarop aan nog niet uitgekristalliseerde concepten vorm zal worden gegeven, blijft het voornaamste struikelblok voor strafbaarstelling en vervolging met terugwerkende kracht,

²⁸⁾ Conclusie, par. 75

niet zozeer met het oog op respect voor de machtenscheiding, maar veeleer uit het oogpunt van de rechtsbeschermende functie van het legaliteitsbeginsel. Daarom acht ik het slotoordeel van Hoge Raad en AG niet alleen technisch-juridisch, maar ook inhoudelijk correct.

Vanwaar dan toch die sympathie voor het standpunt van het Hof? Naar hun aard zijn oordelen inzake strafbaarheid en vervolgbaarheid onderhevig aan de relativiteit van tijd en ruimte. Wat op het ene moment (en op de ene plaats) als strafbaar en vervolgbaar geldt, is dat op het andere moment (en op de andere plaats) niet meer of nog niet. Er zijn zwaarwegende argumenten om het legaliteitsbeginsel niet aan dergelijke relativiserende bespiegelingen op te offeren. Maar naarmate misdrijven en hun gevolgen ernstiger zijn, groeit de spanning tussen de vluchtigheid van het strafrechtelijk oordeel en de tijdloosheid van de smart van nabestaanden. De inspanningen die de internationale gemeenschap zich getroost om internationale misdrijven universeel strafbaar, vervolgbaar en onverjaarbaar te maken, zijn juist gericht op het dichten van die kloof. Het Hof heeft in anticipatie op de resultaten van deze onderneming, pogingen in het werk gesteld om de spanning op te heffen. Wie de indringende documentaires over de Decembermoorden heeft gevolgd, of anderszins het leed van slachtoffers en nabestaanden van internationale misdrijven tot zich laat doordringen, zal dergelijke pogingen naar waarde kunnen schatten.

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 13 september 2001

Nr. 9818308 MPW

Voorzitter: Mr. C.G. Kasdorp; *Leden:* Mr. G.L.M.J. Stevens en Mr. G.J.H. Doornewaard.

Vrijwillige sportbeoefening is geen dienstverrichting

Een gewezen beroepsmilitair; korporaal der mariniers, heeft op 26 mei 1993 verzocht om toekenning van pensioen ten gevolge van zijn enkelklachten die zijn ontstaan als gevolg van een hem in februari 1983 in militaire dienst (sporten tijdens de avonduren) overkomen ongeval. In een terzake uitgebracht geneeskundig rapport is geen verband tussen die aandoening en de militaire dienst aangenomen omdat het hem overkomen ongeval blijkens het opgemaakte proces-verbaal niet als dienstongeval is aangemerkt. Bij besluit van 19 december 1994 is hem dan ook namens de staatssecretaris bericht dat hij geen recht kan doen gelden op een pensioen op grond van de Algemene militaire pensioenwet.

Het door hem gemaakt bezwaar alsmede het ter zake bij de rechtbank ingestelde beroep is ongegrond verklaard.

De Centrale Raad is evenals de rechtbank van oordeel dat het ongeval plaatsvond tijdens onverplicht hardlopen na diensttijd. Ook getoetst aan de destijds geldende circulaire zeemacht 2258i kan deze vorm van sportbeoefening niet als dienstverrichting worden beschouwd. De aangevallen uitspraak wordt dan ook bevestigd.

(Algemene militaire pensioenwet, artikel E11)

UITSpraak

in het geding tussen A. wonende te B, appelland en de Staatssecretaris van Defensie, gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Bij besluit van 9 januari 1998, kenmerk SJZ1995/0082 58.06.24.128, heeft gedaagde, na bezwaar, zijn besluit van 19 december 1994 gehandhaafd, waarbij is geweigerd aan appelland ingevolge de Algemene militaire pensioenwet een invaliditeitspensioen toe te kennen.

De Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage heeft bij uitspraak van 21 oktober 1998, nummer AWB 98/1413 MPWKMA, het door appelland tegen vornoemd besluit ingestelde beroep ongegrond verklaard.

Tegen die uitspraak heeft mr. W. Luiken-van der Zee, advocaat en procureur te Heerlen, namens appelland bij de Raad hoger beroep ingesteld.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van de Raad op 2 augustus 2001. Aldaar is appelland in persoon verschenen, bijgestaan door zijn raadvrouw mr. T.M.L. de la Haye, juridisch medewerker bij Luckers en Van Strijp advocaten te Heerlen. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. M.H.J. Geldof van Doom, werkzaam bij USZO-Defensie.

II. Motivering

Onder verwijzing naar de aangevallen uitspraak voor een uitgebreide weergave van de feiten die in dit geding van belang zijn, volstaat de Raad met het volgende.

Appelland, geboren in 1958, is met ingang van 23 maart 1978 als beroepsmilitair in dienst getreden van het Korps Mariniers. Op 19 februari 1986 is aan appelland op zijn verzoek eervol ontslag verleend uit de militaire dienst. Gestationeerd op [X.], is appelland op 8 februari 1983 bij hardlopen in de avonduren buiten de marinebosjes (een zogenoemd groot [Y.]) in een gat gestapt. Daarbij heeft hij letsel opgelopen aan de linker enkel.

Bij besluit van 19 december 1994 heeft gedaagde geweigerd aan appelland een, in mei 1993 gevraagd militair invaliditeitspensioen toe te kennen in verband met het letsel dat hij op 8 februari 1983 opgelopen heeft. Bij het bestreden besluit van 9 januari 1998 is dit besluit - na gemaakt bezwaar - door gedaagde gehandhaafd. Daartoe is overwogen dat het ongeval dat appelland is overkomen niet kan worden aangemerkt als een dienstongeval, omdat dit ongeval plaatsvond tijdens onverplicht hardlopen na diensttijd, en dat hardlopen niet op grond van artikel 2 van paragraaf 410 van de circulaire Z. 2258i (een voorschrift, vastgesteld bij Koninklijk besluit van 6 december 1956, nr. 6, zoals dat is gewijzigd bij Koninklijk besluit van 13 maart 1963, nr. 68) als een dienstverrichting kan worden beschouwd. Het beroep van appelland hiertegen is door de rechtbank ongegrond verklaard.

De Raad is evenals de rechtbank van oordeel dat gedaagde er terecht van is uitgegaan dat het ongeval dat appelland is overkomen plaatsvond tijdens onverplicht hardlopen na diensttijd, aangezien niet aannemelijk is geworden dat appelland in het kader van de uitoefening van de militaire dienst aan het hardlopen was. In dit verband overweegt de Raad dat in het beschikbare feitenmateriaal geen bevestiging gevonden is van de door appelland geponeerde stelling dat hem destijds door zijn meerdere(n) impliciet of expliciet te verstaan is gegeven dat hij, al dan niet om aan de zogenoemde FT-eisen te kunnen voldoen, zijn conditie in zijn vrije tijd op peil moest brengen en houden, omdat hem dat in zijn normale diensttijd niet lukte. Verder verwijst de Raad in dit verband korthedshalve naar hetgeen hieromtrent door de rechtbank is overwogen en verenigt hij zich daarmee.

Het geding spitst zich ook in hoger beroep toe op de vraag of de sportbeoefening door

appellant op grond van artikel 2 van paragraaf 410 van de circulaire Z. 2258i door gedaagde beschouwd had moeten worden als dienstverrichting. Dit artikel luidt als volgt.

"Deelnemen aan vrijwillige oefeningen en wedstrijden, gehouden vanwege of met medewerking van de Koninklijke marine

Het deelnemen aan vrijwillige oefeningen en wedstrijden (...), welke worden gehouden op initiatief of met medewerking hetzij van Onze minister van defensie, hetzij van de commandant of een andere autoriteit der zeemacht, wordt voor een militair der zeemacht beschouwd als een dienstverrichting, mits is voldaan aan de volgende voorwaarden.

a. Van het deelnemen aan de oefeningen of wedstrijden moet de commandant van te voren in kennis worden gesteld.

b. De oefeningen of wedstrijden moeten onder deskundig toezicht staan. Deze voorwaarde geldt niet voor de militair, die herhaaldelijk heeft bewezen in de betrokken tak van sport zodanig bedreven te zijn, dat hij zelf ter zake als deskundig kan worden beschouwd.

c. Aan de militair mag ten aanzien van het deelnemen aan de oefeningen of wedstrijden geen verbod zijn opgelegd, bijvoorbeeld om medische redenen of om redenen van dienstbelang."

Naar het oordeel van de Raad valt het op basis van vrijwilligheid hardlopen door appellant op 8 februari 1983 niet onder het toepassingsbereik van de hiervoor aangehaalde regeling. Weliswaar vond, gelet op met name de getuigenverklaringen van C. en D., dat hardlopen plaats met medeweten en met instemming van de commandant van appellant, maar niet is aannemelijk geworden dat zij ook plaatsvond op initiatief of met medewerking van de in de aanhef van voormelde regeling bedoelde autoriteiten. In dit verband overweegt de Raad dat de sportinstructeur die op 8 februari 1983 met appellant meeliep, E., dit niet uit hoofde van zijn functie deed, terwijl evenmin is gebleken dat appellant zijn conditie trachtte te verbeteren of op peil te houden volgens een goedgekeurd lesprogramma. Van de zijde van appellant is nog aangevoerd dat hij voor een hardlopoefening na diensttijd niet aangewezen was op het initiatief of de medewerking van de in de aanhef van voormeld artikel 2 genoemde autoriteiten. Dienaangaande overweegt de Raad dat dit gegeven op zichzelf geen grond vormt om toepassingsbereik van de regeling te verruimen.

Op grond van de feiten zoals die zijn gebleken behoefde in het onderhavige geval naar het oordeel van de Raad geen uitzondering te worden gemaakt op de regel dat sporten buiten diensttijd niet wordt beschouwd als dienstverrichting maar als vrijetijdsbesteding. Hieruit volgt dat de van de zijde van appellant naar voren gebrachte grieven niet kunnen leiden tot vernietiging van het bestreden besluit.

De Raad merkt bij het voorgaande op dat de rechtbank in de aangevallen uitspraak ten onrechte heeft geoordeeld dat appellant niet heeft voldaan aan de voorwaarde die is neergelegd in artikel 2, onder b, van paragraaf 410 van de circulaire Z. 2258i. Indien, zoals in het onderhavige geval, vast staat dat betrokkene sport heeft beoefend in het directe gezelschap van een bevoegde sportinstructeur, moet - onverschillig in welke hoedanigheid deze instructeur aanwezig was - namelijk in beginsel uitgegaan worden van de veronderstelling dat deze sportbeoefening onder deskundige leiding of deskundig toezicht stond. Aan de hierboven door de Raad getrokken conclusie over de houdbaarheid van het bestreden besluit doet dit evenwel niet af.

Het vorenstaande betekent dat de aangevallen uitspraak, zij het op enigszins andere gronden, moet worden bevestigd.

De Raad acht geen termen aanwezig om met toepassing van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht een proceskostenveroordeling uit te spreken.

Beslist wordt als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. Belanghebbende is een gewezen korporaal der mariniers, die in 1986 op eigen verzoek eervol uit de militaire dienst is ontslagen. Aansluitend aan het ontslag uit de militaire dienst heeft hij bij Defensie een functie als beveiligingsbeambte aanvaard.

In 1983 heeft hij als beroepsmilitair tijdens het sporten in de avonduren zijn enkel verstuikt. Omdat hij hiervan na ontslag uit de militaire dienst nog klachten ondervond, heeft hij op 26 mei 1993 een verzoek ingediend om toekenning van een militair invaliditeitspensioen ter zake van ziekten en gebreken. Uit het rapport van de Commissie Geneeskundig Onderzoek Militairen blijkt dat er geen verband wordt aangenomen tussen deze enkelklachten en de uitoefening van de militaire dienst. Blijkens het proces-verbaal is het hem in 1983 overkomen ongeval namelijk niet als dienstongeval aangemerkt. Om die reden is zijn verzoek om pensioen afgewezen. Slechts in het geval er sprake is van een dienstongeval bestaat er onder voorwaarden recht op een invaliditeitspensioen.

Punt van geschil in deze zaak is de vraag of het ongeval als een dienstongeval kan worden aangemerkt. Dit hangt in eerste instantie af van de vraag of het ongeval tijdens diensttijd plaatsvond.

Zo dat niet het geval is moet aan de hand van de vroegere op deze kwestie nog van toepassing zijnde regelgeving, met name de circulaire zeemacht 2258i, worden nagegaan of bedoelde (vrijwillige)sportbeoefening toch als dienstverrichting kan worden beschouwd.

De Centrale Raad is met gedaagde, de Staatssecretaris van Defensie, van oordeel dat het ongeval niet tijdens diensttijd plaatsvond maar dat het hardlopen in eigen tijd gebeurde. Gekeken naar circulaire zeemacht 2258i moet aldus de Centrale Raad tevens gezegd worden, dat het op basis van vrijwilligheid hardlopen ook niet valt onder de toepassing van de circulaire zeemacht en om die reden ook niet als dienstverrichting kan worden aangemerkt.

2. Hoe zou het oordeel (wel of geen dienstongeval) van de staatssecretaris luiden wanneer een dergelijk ongeval zich onder diezelfde omstandigheden in de huidige tijd zou hebben voorgedaan?

Zoals ik in mijn naschrift bij de uitspraak CRvB van 7 december 2000, MRT 2001, pag. 256-259 heb aangegeven geldt per 1 januari 1998 de Regeling proces-verbaal van ongeval en rapportage medische aangelegenheden (MP-bundel: nr. 31-109/1150). Deze nieuwe regeling houdt verband met een wijziging van de Algemene militaire pensioenwet per diezelfde datum. In een vernieuwd artikel EII van die wet zijn de aangescherpte criteria neergelegd waaraan moet worden voldaan om in aanmerking te komen voor een militair invaliditeitspensioen: er moet sprake zijn van invaliditeit met dienstverband welke is ontstaan tijdens buitengewone of daarmee vergelijkbare omstandigheden (staat van oorlog, deelname aan vredesoperaties, militaire oefening etc.). Daarnaast is in een nieuw artikel EIIa van de wet de aanspraak op een verhoogd arbeidsongeschiktheidspensioen neergelegd. Dit verhoogd pensioen komt tot uitbetaling als er sprake is van arbeidsongeschiktheid met dienstverband, dat wil zeggen indien de arbeidsongeschiktheid in dienst is ontstaan ten gevolge van een ongeval tijdens vredessituaties. In bijlage III bij genoemde Regeling proces-verbaal van ongeval en rapportage medische aangelegenheden is indicatief aangegeven wanneer sprake kan zijn van een ongeval tijdens buitengewone of daar-

mee vergelijkbare omstandigheden dan wel tijdens vredesomstandigheden. Hierbij is expliciet aangegeven dat de vrijwillige sportbeoefening tijdens reguliere omstandigheden, zoals in dit geval, geen omstandigheid is waarin sprake is van invaliditeit met dienstverband noch van arbeidsongeschiktheid met dienstverband. In dit geval zou de sinds 1998 ook voor militairen geldende WAO van toepassing zijn.

3. Zoals bekend is per 1 juni 2001 de Algemene militaire pensioenwet vervallen en vervangen door een complex aan regelgeving, opgehangen aan de nieuwe Kaderwet militaire pensioenen. Zie hiervoor het artikel van mr. J.G.F.M. van Kessel, "Militairen onder ABP-pensioenreglement", MRT september 2001, pag. 307 e.v.

Zoals uit de toelichting bij de thans van toepassing zijnde besluiten blijkt zijn de teksten voor wat betreft arbeidsongeschiktheid en invaliditeit met dienstverband overgenomen uit de voormalige Algemene militaire pensioenwet. Ook de Regeling proces-verbaal van ongeval en rapportage medische aangelegenheden is onverkort van toepassing gebleven.

W.J.S.

BIJDRAGEN

Opmerking voorafgaande aan de bijdrage van Dr. Th.A. van Baarda: Deportatie is verboden, evacuatie niet. Maar; wat is het verschil?

Een groot deel van deze aflevering van het tijdschrift wordt gevuld met het eerste deel van de bijdrage van Dr. Van Baarda over de begrippen 'deportatie' en 'evacuatie'. Het tweede deel verschijnt in het maartnummer. Het is een omvangrijk maar belangwekkend artikel. Het bevat een diepgaande theoretische analyse en vergelijking van de genoemde begrippen alsook een bespreking van een drietal casusposities, onder meer de gebeurtenissen in de enclave rond Srebrenica in juli 1995. Bij de bespreking van de casusposities wordt zowel het optreden van de deporterende dan wel evacuerende partij als van de aanwezige hulporganisatie of vredesmacht geanalyseerd tegen de achtergrond van het geschetste theoretische kader.

Lezers worden uitgenodigd te reageren op het artikel. Reacties worden mogelijk geplaatst in een van de volgende afleveringen. In het aprilnummer zal in ieder geval een bespreking van het artikel door Mr. R.M. Eiting worden gepubliceerd.

Redactie

Deportatie is verboden, evacuatie niet. Maar, wat is het verschil?

door

DR. TH.A. VAN BAARDA¹⁾

Inhoud

1	Introductie
2	Conceptuele verschillen
3	Terminologische inconsistentie
4	Positiefrechtelijke onduidelijkheid
5	De twee rechtvaardigingsgronden in art. 49 Vierde Geneefse Conventie en art. 17 Tweede Protocol
5.1	De eerste rechtvaardigingsgrond: evacuatie
5.2	De tweede rechtvaardigingsgrond: militaire noodzaak
5.3	Eéndaadse samenloop. De relatie tussen de tweede rechtvaardigingsgrond en het verbod op misdrijven tegen de mensheid
5.4	Rechtvaardigingsgronden en opschortingsbepalingen
5.5	Militaire noodzaak: naoorlogse jurisprudentie
5.6	Militaire noodzaak: een beoordeling
5.7	Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens
6	Voorlopige conclusie
7	Het dilemma: evacuatie of deportatie?
7.1	Medewerking met deportatie? Enkele ethische en juridische overwegingen
7.2	Overmacht of collaboratie?
8	Drie casusposities vergeleken
8.1	Casus 1 Banja Luka (1994)
8.2	Casus 2 Srebrenica (1995)
8.3	Casus 3 Ngara (1996)
9	Conclusie
9.1	Analyse
9.2	Slotbeschouwing

1. Introductie

Het onderscheid tussen evacuatie en deportatie ten tijde van gewapend conflict wordt in geen enkele relevante codificatie helder omschreven. Bovendien worden de termen door elkaar gebruikt, zoals onder meer het geval is bij het Internationale Militaire Tribunaal van

¹⁾ De auteur is verbonden aan Humanitarian Law Consultancy te Den Haag en tijdelijk verbonden aan het Bureau Ethiek en Krijgsmacht. Dit artikel is een bewerking van een inleiding die hij in 1998 heeft gehouden op de jaarvergadering van de Militair Juridische Dienst van de Koninklijke Landmacht en in 1999 bij het Humanitarianism and War Project, Watson Institute, Brown University, USA. Hij is Larry Minear, Bedrudin Gusic, Diane Paul, Marc Sommers, lt.kol. Jan de Bruijn en anderen erkentelijk voor hun adviezen en hulp bij het opsporen van het noodzakelijke feitenmateriaal.

Neurenbergen het Joegoslavië Tribunaal.') Dat is opvallend, omdat deportatie strafbaar is en evacuatie niet. Daardoor ontstaan er twee lastige problemen. De deporterende autoriteit kan, ten eerste, voor de verleiding worden geplaatst het misdadige karakter van zijn deportatie te verhullen door het te presenteren als een evacuatie.') Het tegendeel kan dan moeilijk te bewijzen zijn, gegeven de afwezigheid van gecodificeerde criteria die het onderscheid tussen evacuatie en deportatie markeren. Ten tweede worden humanitaire hulporganisaties en blauwhelmen geconfronteerd met gedwongen volksverhuizingen, onder meer in de context van 'etnische schoonmaak'. Indien hulporganisaties of blauwhelmen de getroffen bevolking begeleiden naar een veilig heenkomen, dan kunnen zij worden beschuldigd van collaboratie met deportatie. Dit artikel beoogt het onduidelijke onderscheid tussen evacuatie en deportatie in kaart te brengen en, voor zover mogelijk, enige criteria te formuleren. Daartoe zullen verdragsrechtelijke bepalingen worden onderzocht, alsmede de jurisprudentie van onder andere de Bijzondere Raad van Cassatie (BRvC). Tenslotte zullen drie casusposities met elkaar worden vergeleken, namelijk Banja Luka, Srebrenica en Ngara.

2. Conceptuele verschillen

Het onderscheid tussen evacuatie en deportatie ten tijde van gewapend conflict is, positiefrechtelijk gezien, onduidelijk. Niettemin is uit de praktijk, het taalgebruik en verschillende verdragsbepalingen een aantal conceptuele verschillen af te leiden. Het belangrijkste verschil tussen deportatie en evacuatie ligt in het antwoord op de vraag wiens belang gediend wordt: bij deportatie staat het belang van de lokale autoriteiten centraal, die de maatregel nemen in het belang van (vermeende) staatsveiligheid of de handhaving van de openbare orde.⁴⁾ Bij evacuatie daarentegen ligt het uitgangspunt bij het humanitaire belang

³⁾ Internationaal Militair Tribunaal van Neurenberg, The trial of German major war criminals, in re: Hermann Wilhelm Goering et. al." (Proceedings, Deel 2, p. 296 en idem, Deel 22, Judgement, pp. 457 en 517; United States Military Tribunal at Nuremberg, 10 maart 1948, In re: *Greifelt et al.* (The *RuSHA* case), United Nations War Crimes Commission, "Law reports of Trials of War Criminals," (1949) hierna verkort aangehaald als: "War Crimes Reports," vol. XIII, tevens herdrukt in: *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law no. 10*, vol. V, (1950) pp. 15, 153; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) "Indictment against Radislav Krstic," 30 oktober 1998, en "Indictment against Karadic and Mladic," 16 november 1995, § 5. Ook: Bijzonder Gerechtshof Amhem, 2 juni 1946, Na-oorlogsrecht 1948, 1309i (Fullriede arrest).

⁴⁾ Dit werd reeds gesignaleerd in de MvT op de Goedkeuringswet ter goedkeuring van de Additionele Protocolen (1977), TK 1983-1984, 18 277 (R 1247), nr. 3 op. blz. 39. Voorts: G. Schwarzenberger, "International law as applied by international courts and tribunals, vol II, The law of armed conflict," (1968) pp. 232 ev.

⁵⁾ Dit was onder meer het geval met de zogeheten 'Japanese Americans' die door de regering van de Verenigde Staten werden 'geëvacueerd' - zoals dat eufemistisch werd genoemd - en geïnterneerd als preventieve maatregel van staatsveiligheid na de aanval op Pearl Harbour. Overigens was die maatregel selectief van aard, omdat er geen soortgelijke maatregel werd getroffen ten aanzien van 'German Americans' en 'Italian Americans', ondanks het feit dat de VS ook met Duitsland en Italië in oorlog waren. Daarnaast zijn mensen gedeporteerd om te gaan werken in de vijandelijke oorlogsindustrie (*Arbeitseinsatz*). Van recenter datum zijn de deportaties door Israël jegens Palestijnen van de Westelijke Jordaanoever en de Strook van Gaza. Zie: W.G. Rabus, "De overbrenging en deportatie uit militair bezette gebieden," NJB 28 mei 1988, afl. 21, pp. 753 ev; Th.A. van Baarda, "Is it expedient to let the World Court clarify, in an Advisory Opinion, the applicability of the Fourth Geneva Convention in the Occupied Territories?" in: *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol 10, 1992, no. 1; voor een voorbeeld van een Israëlische massadeportatie zie VN doc. S/25149 dd. 25 januari 1993 en resolutie van de Veiligheidsraad VN nr. S/RES/799 (1993) ten aanzien van de deportatie van 415 Palestijnen, inclusief enkele medewerkers van UNRWA (United Nations Relief and Works Agency); Jean-Marie Henckaerts, "Deportation of civilians in time of war," *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 26, 1993-1994, pp. 500 ev.

van de evacu e. Over het algemeen gaat het bij deportatie om een maatregel, waarmee een permanent, onomkeerbaar resultaat wordt nagestreefd. Bij een massadeportatie wordt zelfs een permanente wijziging in de demografische compositie van de bevolking beoogd. Het richt zich tegen een groep die beschikt over collectieve kenmerken, zoals ras, taal, godsdienst, klasse, enz.⁵⁾ Dit discriminatoire element wordt van grotere betekenis geacht dan de omvang - in absolute cijfers - van de gedeporteerde groep.⁶⁾

Evacuatie wordt genoemd als  en van de opties van de artikelen 49(2) Vierde Geneefse Conventie en 61 sub a(ii) Eerste Protocol. In het laatst genoemde artikel verwijst sub b naar de bevoegdheden van de bescherming bevolking (civil defence). De ontstaansgeschiedenis laat zien dat het bij evacuatie gaat om een zuiver humanitaire maatregel, evenals het organiseren van opvang, het bestrijden van brand of de verspreiding van besmettelijke ziekten.⁷⁾ De lokale autoriteiten zijn niet alleen bevoegd een gedwongen evacuatie te organiseren; krachtens verschillende bepalingen bestaat er zelfs een inspanningsverplichting om de bevolking naar veilige(r) oorden te evacueren.⁸⁾ Daarnaast bestaat er uiteraard de mogelijkheid van vrijwillige evacuatie, als neergelegd in onder andere artikel 78 van het Eerste Protocol. Uiteraard kan een selectie worden gemaakt van de degenen die (als eersten) worden geëvacueerd. Een dergelijke selectie zal niet op discriminatoire gronden maar op humanitaire (medische) gronden moeten worden gebaseerd, zoals leeftijd, gezondheid, behoeftigheid en respect voor de eenheid van het gezin.⁹⁾ Ook de (gemoderiseerde) Eed van Hippocrates noopt hiertoe. Een evacuatie kan zowel verplicht als vrijwillig plaatsvinden, zowel particulier georganiseerd als door de overheid georganiseerd. Omdat humanitaire overwegingen de doorslag geven is evacuatie een tijdelijke maatregel: zodra het gevaar is geweken kan de bevolking weer terugkeren.¹⁰⁾ Een opzettelijke vertraging in de terugkeer van evacu es kan onder omstandigheden zelfs een oorlogsmisdrijf opleveren.¹¹⁾

⁵⁾ Confirmatie van het internationale arrestatiebevel tegen Radovan Karadic en Ratko Mladic, ICTY, *Decision of Trial Chamber I, Review of the Indictment pursuant to Rule 61*, 11 juli 1996, cases no. IT-95-5-R61 & no. IT-95-18-R61; ICTY, *The Prosecutor vs. Radislav Krstic, Decision*, 28 January 2000: "... the crime of persecution requires discriminatory intent which the crime of deportation does not."

⁶⁾ Sven Tagil, "From Nebuchadnezzar to Hitler," in: G ran Rystad (red.), "The uprooted. Forced migration as an international problem in the post war era," (1990) pp. 61-62.

⁷⁾ ICRC, Yves Sandoz, Christophe Swinarski en Bruno Zimmermann, "Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949," (1987)    2342-2343.

⁸⁾ Zie de art. 49(2) Vierde Geneefse Conventie, art. 58 Eerste Protocol en artt. 13 en 17 Tweede Protocol.

⁹⁾ Zie bijvoorbeeld art. 78 Eerste Protocol, artikel 13 Vierde Geneefse Conventie, artikel 3 gemeenschappelijk aan de vier Geneefse Conventies en artikel 18(2) Tweede Protocol. Voorts: UNHCR, "Refugee children. Guidelines on protection and care," (1994) pp. 66, 88ev; UNHCR, UNICEF, E. Ressler, "Evacuation of children from conflict areas: considerations and guidelines," (1992).

¹⁰⁾ Schwarzenberger, *supra*, noot 3; H.P. Gasser, "The protection of the civilian population," in: D. Fleck (red.), "The handbook of humanitarian law in armed conflicts," (1995),   544; Office of the Coordinator for Humanitarian Affairs (OCHA), "Guiding Principles on Internal Displacement," VN Doc van de mensenrechtencommissie (Ecosoc): E/CN.4/1998/53/Add.2 van mei 1998. Zie ook de evacuaties van kinderen die tijdens de Tweede Wereldoorlog woonden in Londen en de Engelse Oostkust, naar Wales en andere meer westelijk gelegen gebieden en zelfs naar Canada en Zuid Afrika. Zo werden de kinderen naar aanleiding van de Battle of Britain geëvacueerd, om weer naar huis terug te keren zodra de Duitse dreiging vanuit de lucht geweken was. Toen gedurende de tweede helft van 1944 de V1's en V2's de Londense agglomeratie begonnen te teisteren, werden zij opnieuw geëvacueerd. Ruth Inglis, "The children's war. Evacuation 1939-1945," (1989).

¹¹⁾ Artikel 85(4b) Eerste Protocol, artt. 49(2) en 147 Vierde Geneefse Conventie en artikel 12(4) Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR); Maria Stavropoulou, "Bosnia and Herzegovina and the right to return in international law," in: M. O'Flaherty and G. Gisvold (red.), "Post-war protection of human rights in Bosnia and Herzegovina" (1996) p. 126.

Indirect wordt het verbod op deportatie in de Vierde Geneefse Conventie bevestigd door de verplichting van de bezettende mogendheid om de bevolking in bezet gebied voedsel en medicamenten te bezorgen (art. 55), besmettelijke ziektes te voorkomen (art. 56) en humanitaire hulp toe te laten (art. 59). "The purpose of these rules," aldus Schwarzenberger, "is to make it more difficult for the Occupying Power to disguise deportations as 'voluntary' or 'protective' transfers of the population."¹²⁾ Onzes inziens kan zulks eveneens worden betoogd ten aanzien van het verbod om civiele woningen te vernielen zonder militaire noodzaak (art. 53), terwijl de gedachtegang van Schwarzenberger mutatis mutandis ook geldt voor de artt. 13 en 18 Tweede Protocol.

In de context van het vluchtelingenrecht wordt de nadruk gelegd op de vrijwillige terugkeer van de vluchteling. Dit ligt voor de hand, omdat een onvrijwillige terugkeer in de context van de gewijzigde naoorlogse omstandigheden kan betekenen dat de betrokkene terugkeert naar een hem onwelgevallig régime of andersoortig gevaar.¹³⁾ Kort na de Tweede Wereldoorlog was dit probleem acuut voor SHAEF (Supreme Headquarters Allied Expeditionary Forces), gezien de duizenden Oost-Europese vluchtelingen die niet wilden terugkeren naar een woonplaats die inmiddels onder contrôle van het Rode Leger was komen te staan.¹⁴⁾ Zowel het moderne vluchtelingenrecht als de rechten van de mens verbieden de uitwijzing (deportatie) van de betrokkene naar een gebied waar hij voor zijn leven te vrezen heeft (non-refoulement),¹⁵⁾ zoals werd bevestigd in het *Furundzija* arrest van het Joegoslavië Tribunaal.¹⁶⁾

Naast de vraag naar de toelaatbaarheid van de beoogde evacuatie, spelen ook de modaliteiten waaronder de evacuatie plaatsvindt, een rol. Art. 49(3) Vierde Geneefse Conventie eist deugdelijke condities inzake hygiëne, gezondheid, veiligheid en voeding, alsmede respect voor de eenheid van het gezin. Ook elders zijn normen vastgesteld.¹⁷⁾ De "Medical Support Manual" maakt een onderscheid tussen een medische evacuatie en een gewondenevacuatie. Onder een medische evacuatie (MEDEVAC) wordt verstaan "... the medically controlled process of moving any person who is wounded, injured, or ill to and/or between medical treatment facilities." Een gewondenevacuatie (casualty evacuation, CASEVAC) is een evacuatie "... from the point of wounding or accident to the first point of medical treatment."¹⁸⁾ Voor beide geldt dat het medisch belang van de patiënt het hoogste goed is. Evacuatie dient niet plaats te vinden tenzij de patiënt: a) is gestabiliseerd; en b) er is vastgesteld dat het medisch verantwoord is het vervoer te laten plaatsvinden.¹⁹⁾ Tijdens de evacuatie wordt de patiënt begeleid door medisch personeel.²⁰⁾ Bij het stellen van eisen ten aanzien van de modaliteiten van de verplaatsing gaat het om méér dan een medisch belang alleen. Indien iemand na afloop van het vervoer om onverklaarbare redenen onvindbaar is, dan is er reden om te vermoeden dat er sprake is van een ongewenste verdwijning.

¹²⁾ Schwarzenberger, *supra*, noot 3, p. 233.

¹³⁾ Een juridische definitie ontbreekt echter: "One looks in vain for straight answers as regards the legal meaning of voluntary repatriation in the contemporary global refugee instruments" M. Zieck, "UNHCR and voluntary repatriation of refugees. A legal analysis." (1997), p. 8.

¹⁴⁾ G.S. Goodwin-Gill, "The refugee in international law," (1996) p. 179; Zieck, *idem*, pp. 43 ev.

¹⁵⁾ Art. 33(1) VN Vluchtelingenconventie (1951). Zie tevens het arrest *Cruz Varas vs. Zweden* van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, 20 maart 1991, §§ 69-70.

¹⁶⁾ ICTY, *Prosecutor vs. Furundzija*, Trial Chamber, 10 december 1998, § 144.

¹⁷⁾ Artt. 19 en 20 Derde Geneefse Conventie, art. 22 Vierde Geneefse Conventie en art. 17(1) Tweede Protocol en met betrekking tot kinderen: art. 78 Eerste Protocol.

¹⁸⁾ United Nations, "Medical Support Manual for Field Operations," (1995) pp. 306, 308.

¹⁹⁾ *Idem*, p. 75.

²⁰⁾ *Idem*, pp. 9, 24, 73.

Het conceptuele onderscheid tussen evacuatie en deportatie²¹⁾ kan als volgt worden samengevat:

Evacuatie

- **Uitgangspunt:** het humanitaire belang van de evacués (non-combattanten);
- **Doelstelling:** overleving van de evacués, incl. veiligheid, gezondheid, enz.;
- **Doelgroepen:** alle (potentiële) oorlogsslachtoffers, zowel civiel als militair;
- **Modaliteiten:**
 - * selectie van evacués op humanitaire (medische) gronden;
 - * zowel vrijwillig als verplicht;
 - * conform internationaal geaccepteerde kwaliteitsnormen (bijvoorbeeld MEDEVAC);
 - * zowel particulier als van staatswege georganiseerd;
 - * zowel individueel als collectief;
- **Oorzaak:** ernstige vermindering van de overlevingskansen van de evacués;
- **Bestemming:** veiliger oorden, dat wil zeggen hospitalen, opvangcentra, neutrale staten, enz.
- **Beoogde duur:** tijdelijk, dat wil zeggen slechts zolang het gevaar aanhoudt;
- **Eindsituatie:** veilige terugkeer, vrijwillige repatriëring naar de plaats van oorsprong.

Deportatie

- **Uitgangspunt:** het staatsbelang;
- **Doelstellingen:** openbare orde, staatsveiligheid, *Arbeitseinsatz*, demografische manipulatie;
- **Doelgroepen:** personen en groepen die bloot staan aan discriminatoire vervolging;
- **Modaliteiten:**
 - * selectie op basis van discriminatoire argumenten (ras, afkomst, enz.);
 - * uitsluitend dwangmatig, soms verhulde dwang;
 - * schending van mensenrechtelijke en humanitaire normen;
 - * van staatswege georganiseerd of geïnstigeerd;
 - * zowel individueel als collectief;
 - * verwijdering uit het staatsterritorium of conflictgebied;
- **Oorzaak:** een bedreiging van de belangen van de deporterende autoriteit;
- **Bestemming:** meestal onherbergzame of vijandelijke oorden;
- **Beoogde duur:** (semi-)permanent;
- **Eindsituatie:** ballingschap voor onbepaalde tijd of tewerkstelling (*Arbeitseinsatz*).

3. Terminologische inconsistentie

Een schets van de terminologie is moeilijker. Bevoegde instanties zoals de oorlogsfrechter gebruiken de begrippen helaas door elkaar. Opvallend is dat zulks óók is

²¹⁾ Van een buitenissige situatie is sprake in het arrest *Anonymus vs. Minister of Defence, A.A.D.* 10194 van november 1997, van het Israëliëse Hoogerechtshof: het werd toelaatbaar geacht dat tien Libanese gedetineerden, nadat zij hun reguliere straf hadden uitgezeten, in een verlengde administratieve detentie werden gehouden ten einde te dienen als 'bargaining chip' voor de vrijlating van Israëliërs die in Libanon door (vermoedelijk) Hezbollah werden gegijzeld. Naar Israëliësch recht zijn de autoriteiten kennelijk bevoegd om een persoon, tegen wie reeds een deportatiebevel is uitgevaardigd, in administratieve detentie te houden. Zie: E. Barak, "Under cover of darkness: the Israeli Supreme court and the use of human lives as bargaining chips," in: *The International Journal of Human Rights*, vol. 3, nr. 3, herfst 1999.

gebeurd in het *RuSHA* arrest, waar het op transport stellen van 'niet-Ariërs' centraal stond (RuSHA = Rasse- und Siedlungshauptamt): "Of all the measures taken in the vast Germanisation scheme, those connected with the forced deportation and evacuation of populations and the resettlement of other populations were perhaps the most far reaching

In het moderne taalgebruik wordt de term deportatie in verschillende betekenissen gebruikt, die niet altijd iets te maken hebben met een gewapend conflict: een staat kan een illegale buitenlander deporteren (uitwijzen) naar een ander land; het kan ook een verdachte deporteren (uitleveren) aan een staat die om uitlevering verzoekt. Onder artikel 1F van de Vluchtelingenconventie van 1951 kan een staat een asielzoeker deporteren die wordt verdacht van het plegen van een oorlogsmisdrijf of misdrijf tegen de mensheid. Niet elke verplichte vorm van de verplaatsing van personen die geen evacuatie inhoudt, constitueert deportatie. Men denke bijvoorbeeld aan het vervoer van krijgsgevangenen naar een detentiecentrum overeenkomstig het bepaalde in de Derde Geneefse Conventie. Dergelijke aspecten laten wij buiten beschouwing.

Bassiouni²³⁾ maakt onderscheid tussen deportatie en gedwongen verwijdering van de bevolking: "Deportation is the forced removal of people from one country to another, while population transfer applies to the compulsory movement of people from one area to another within the same state." Het onderscheid met evacuatie wordt door Bassiouni niet gemaakt: immers, ook evacuatie in oorlogstijd kan gedwongen (verplicht) zijn.

De Wet verplaatsing bevolking maakt geen terminologisch onderscheid.²⁴⁾ In art. 2(1) wordt bepaald dat de Ministers van Binnenlandse Zaken en van Defensie gezamenlijk de "verplaatsing van de bevolking" kunnen gelasten in het belang van haar veiligheid, de instandhouding van het maatschappelijk leven of de uitoefening van de taak van de krijgsmacht. De vernieuwde Oorlogswet voor Nederland geeft in art. 21 aan het militair gezag de bevoegdheid "gebieden geheel of gedeeltelijk te ontruimen."²⁵⁾ Aan deze bevoegdheid verbindt de Oorlogswet voor Nederland, anders dan in de Wet verplaatsing bevolking het geval is, geen doelcriteria.

De Zayas onderscheidt zes varianten van deportatie:²⁶⁾

1. de deportatie van de vijandelijke bevolking uit gebieden die naar aanleiding van een oorlog onder buitenlandse militaire bezetting zijn geraakt;
2. de deportatie van een minderheid naar aanleiding van een vredesverdrag;
3. de verwijdering van een overwonnen volk na de strijd en onderwerping, zónder vredesverdrag;
4. de verwijdering van een nationale minderheid in vreedstijd;
5. volksverhuizingen naar aanleiding van keuzeverdragen waarbij er sprake is van een uitwisseling van de bevolking;
6. het op transport stellen van een nationale minderheid binnen de grenzen van een soevereine staat - dus zonder dat daarbij internationale grenzen worden overschreden.

²²⁾ *Supra*, noot 2, The Nuremberg Military Tribunals, Vol. V, p. 126. De hoofdverdachte werd schuldig bevonden aan "forced evacuations and resettlement of populations." The Nuremberg Military Tribunals, Vol. V, p. 155 en War Crimes Reports, p. 19 (Onze cursivering - TvB).

²³⁾ M. Cherif Bassiouni, "Crimes against Humanity in International Criminal," (Dordrecht, 1992), p. 301.

²⁴⁾ Stb. 1952, 406.

²⁵⁾ Stb. 1996, 368.

²⁶⁾ Alfred M. de Zayas, "International law and mass population transfers," Harvard International Law Journal, vol. 16, 1975, p. 209.

In dit artikel zullen wij ons toespitsen op categorieën 1, 3 en 6. De terminologische verandering zullen wij toelichten aan de hand van de hieronder te noemen verdragsbepalingen.

4. Positiefrechtelijke onduidelijkheid

Er zijn verschillende internationale rechtsbronnen die ten tijde van gewapend conflict de verplichte herlocatie van de bevolking regeren. Een uitvoerig overzicht wordt gegeven door de Vertegenwoordiger van de Secretaris Generaal van de VN.²⁷⁾ De belangrijkste zijn het verdragenrecht, de statuten van de Internationale Straftribunalen voor het voormalige Joegoslavië en Rwanda en het gewoonterecht. Met betrekking tot het verdragenrecht kan primair gedacht worden aan artikel 49 van de Vierde Geneefse Conventie inzake de Bescherming van de Burgerbevolking ten Tijde van Gewapend Conflict (1949) en artikel 17 van het Tweede Additionele Protocol (1977). Wat het gewoonterecht betreft, kan onder andere gedacht worden aan artikel 46 van het Haagse Landoorlogreglement (1899 en 1907), gemeenschappelijk artikel 3 van de vier Geneefse Conventies²⁸⁾ en artikel 6(b) (oorlogsmisdrijven) en 6(c) (misdrijven tegen de mensheid) van het Handvest van het Internationale Militaire Tribunaal van Neurenberg (1945) (IMT). In verschillende arresten is opgemerkt dat de meeste materiële bepalingen van het Tweede Protocol inmiddels tot het gewoonterecht behoren²⁹⁾. Dit zou óók het geval kunnen zijn voor art. 17 van dat Protocol.³⁰⁾

• Het Statuut van het Joegoslavië Tribunaal vermeldt de term deportatie expliciet in de artikelen 2(g) (ernstige schendingen van de Geneefse Conventies) en 5(d) (misdrijven tegen de mensheid). Impliciet wordt naar het verbod op deportatie verwezen in artikel 3 (schending van de wetten en gebruiken van oorlog) en artikel 4 (genocide). Het Statuut van het Rwanda Tribunaal noemt deportatie expliciet in artikel 3 (misdrijven tegen de mensheid) en in artikel 2(e) (genocide?) en artikel 4 (schending van het recht dat van toepassing is op niet-internationale gewapende conflicten). Het Statuut voor het Permanente Internationale Strafhof i.o. noemt deportatie in art. 7 lid 2 sub d (inzake misdrijven tegen de mensheid) en art. 8 (inzake oorlogsmisdrijven). Het concept statuut voor het Speciale Hof voor Sierra Leone noemt deportatie in art. 2(d).³²⁾

²⁷⁾ F.M. Deng, "Human rights, mass exoduses and displaced persons," VN doc. E/CN.4/1996/52/Add. 2 van 5 december 1995; zie tevens Maria Stavropoulou, "The question of a right not to be displaced," in: ASIL, The American Society of International Law, Proceedings of the 90th Annual Meeting, 1996, pp. 549 cv; Verklaring van Wenen, aangenomen op de Wereld Mensenrechtenconferentie, VN doc. A/CONF.157/23 dd. 25 juni 1993, herdrukt in Netherlands Quarterly for Human Rights, vol. 11, nr. 3, 1993, pp. 346 ev., § 28.

²⁸⁾ Internationaal Gerechtshof, Military and para-military activities in and against Nicaragua, ICJ Reports 1986, (merits), § 218 en het *Corfu kanaal* arrest (ICJ Reports, 1949, p. 22) waar het Hof zich op beroept.

²⁹⁾ ICTY *Prosecutor vs. Tadic, Decision on the Defence Motion on Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 okt. 1995, § 117; idem, *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez, Decision on the Defence Motion to Dismiss the Amended Indictment*, 2 maart 1999, § 30; International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), *Prosecutor vs. Akayesu*, Trial Chamber, 2 sept. 1998, §§ 609-610.

³⁰⁾ Liesbeth Zegveld, "Armed opposition groups in international law: the quest for accountability," (diss., 2000), p. 114, waar zij verwijst naar de Inter-American Commission on Human Rights, inzake het onderzoek naar het gewapende conflict in Colombia, OEASer.LNAI.102, Doc. 9 rev.1 op blz. 77, § 20 (26 feb. 1999).

³¹⁾ Voor een extensieve interpretatie van deze bepaling: ICTR, *Akayesu arrest, supra*, noot 29, § 509.

³²⁾ Report of the Secretary General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone, (S/2000/915) dd. 27 sept. 2000.

- Onder artikel 6(c) van het Handvest van het IMT is deportatie volledig verboden. De bepaling bevat geen enkele clausulering, al lijkt het billijk het verbod zodanig te interpreteren dat het zich niet uitstrekt tot evacuatie. De cruciale zinsnede luidt: "deportatie en *andere* onmenselijke handelingen,"³³⁾ waarmee wordt geïndiceerd dat deportatie wordt gezien als een voorbeeld van een onmenselijke handeling. Evacuatie is geen onmenselijke handeling, zodat het buiten de delictsomschrijving valt. Het verbod op misdrijven tegen de mensheid krachtens art. 6(c) is zowel van toepassing op internationale- als niet-internationale gewapende conflicten. Dat betekent dat het de burgerbevolking zowel bescherming biedt tegen de 'eigen' overheid als tegen derden, zoals *warlords* of een vijandelijke, buitenlandse bezettingsmacht.
- Onder artikel 6(b) van het Handvest van het IMT is deportatie eveneens verboden. De bepaling beschermt de inwoners die leven in gebieden die onder vijandelijke militaire bezetting staan. Het artikel beschermt dus niet jegens de 'eigen' overheid. De zinsnede waarin het woord "deportation" voorkomt verschilt met die van art. 6(c). Er is sprake van "... deportation to slave labour or for any other purpose of the civilian population of or in occupied territory." Bovendien is er de clausulering "... not justified by military necessity."³⁴⁾
- Het Haagse Landoorlogreglement (1899 en 1907)³⁵⁾ stelt in art. 46(1) dat de eenheid van het gezinsleven, de levens van mensen, particuliere eigendommen, evenals de religieuze overtuiging en belijdenis, behoren te worden gerespecteerd. Art. 52 stelt beperkingen aan de bevoegdheid van de militaire bezettingsautoriteiten tot het vorderen van goederen en diensten van de bevolking die in bezet gebied leeft.³⁶⁾ Het risico van massadeportatie werd in 1899 als verouderd beschouwd en daarom niet in het Landoorlogreglement opgenomen. Het is wél verboden onder de Lieber code (1863); een tekst die tijdens de Amerikaanse burgeroorlog ontstond en de eerste codificatie was van algemeen aanvaarde regels en usances omtrent het voeren van oorlog.³⁷⁾ Er is reden aan te nemen dat het verbod beschouwd kan worden als onderdeel van het gewoonterecht.³⁸⁾

³³⁾ Onze cursivering - TvB. Deze lezing lijkt te worden bevestigd door een vergelijking met Control Council Law No. 10 van 20 december 1945, die de Geallieerde Mogendheden opgelegd heeft aan het verslagen Duitsland: ten aanzien van misdrijven tegen de mensheid en oorlogsmisdrijven gaat het om "[a]ttrocities or offences," waarna een (iets uitgebreidere) enumeratieve lijst van misdrijven volgt. Oberlandesgericht Hamburg, 18 juni 1947: "Nach der Ansicht des Revisionsgerichtes ist eine Handlung unmenschlich dann, wenn sie nach dem gemeinsamen Empfinden der Kulturmenschen einen starken ethische Widerwillen in der Richtung erweckt, daß durch die Menschenwürde verletzt ist." Herdrukt in: Justiz und NS Verbrechen, Band I (1968) pp. 110-111. Zie ook: BRvC 10 jan. 1949, NOR 1536 en NJ 1949, 541 (*Fullriede*).

³⁴⁾ Tijdens het proces van Neurenberg heeft de advocaat van verdachte Sauckel getracht uit deze onduidelijkheid munt te slaan. *Supra*, noot 2, Deel 19, pp. 94 ev.

³⁵⁾ Formeel: artikel 46 van de Annex bij de Haagse Conventie nr. IV betreffende de Wetten en Gebruiken van Oorlogvoering te Land (1899 en 1907).

³⁶⁾ Het Bijzonder Gerechtshof Arnhem heeft beslist, dat deze twee artikelen gelezen kunnen worden als een verbod "... om de inwoners uit het bezette gebied naar het land van de bezetter te voeren." Bijzonder Gerechtshof Arnhem, 2 juni 1948, NOR 1948, 1309i, (*Fullriede*). Tegenwoordig is een dergelijk verbod te vinden in art. 49(2), tweede volzin, van de Vierde Geneefse Conventie.

³⁷⁾ Veel geciteerd zijn de woorden van art. 23: "Private citizens are no longer murdered, enslaved, or carried off to distant parts, and the inoffensive individual is as little disturbed in his private relations as the commander of the hostile troops can afford to grant in the overruling demands of a vigorous war" (onze cursivering - TvB). Zie tevens artikel 19, eerste volzin: "Commanders, whenever admissible, inform the enemy of their intention to bombard a place, so that the noncombatants, and especially the women and children, may be removed before the bombardment commences." Hoewel de term evacuatie in deze bepaling niet wordt gebruikt, lijkt artikel 19 hier toch op te doelen.

³⁸⁾ ICTY, Trial Chamber, *Prosecutor vs. Tadic, Decision on the Defence Motion, jurisdiction of the Tribunal*, 10 aug. 1995, § 63.

- Artikel 49 Vierde Geneefse Conventie staat vermeld in Titel III, Sectie IV (artikelen 47 - 78) ter zake van gebieden die onder vijandelijke militaire bezetting staan. Het staat niet in Titel II (artikelen 13 - 26) inzake de algemene bescherming van de bevolking tegen de gevolgen van de strijd. De bescherming van art. 49 beperkt zich dus tot "beschermden personen" in de zin van artikel 4: dat wil zeggen personen die zich in handen bevinden van een der strijdende partijen van wie zij niet de onderdaan zijn. Formeel is er dus een onderscheid tussen evacuatie en deportatie binnen en buiten bezet gebied, respectievelijk tussen eigen onderdanen en vreemdelingen. In lid 2 van art. 49 is een onderscheid gemaakt ten opzichte van evacuatie.³⁹⁾
- Artikel 17 van het Tweede Protocol is van toepassing op niet-internationale gewapende conflicten. Het richt zich primair tot verdragsstaten; in de literatuur wordt het immers als problematisch gezien dat een partijstaat bij het Tweede Protocol zonder meer verdragsrechtelijke verplichtingen kan opleggen aan die opstandelingen met wie het in een strijd is verwickeld.⁴⁰⁾ Het lijkt er echter op dat guerrilla's, opstandelingen, enz., desondanks en in toenemende mate verantwoordelijk worden gesteld voor hun krijgshandelingen. In het Nicaragua arrest werd geoordeeld dat de *contra*s geregeerd worden door het gewoonterecht dat gecodificeerd is in het gemeenschappelijke artikel 3: "... the acts of the *contra*'s towards the Nicaraguan government are therefor governed by the law applicable to conflict of that character; whereas the actions of the United States in and against Nicaragua fall under the legal regime relating to international armed conflicts."⁴¹⁾ Het onderscheid tussen evacuatie en deportatie van artikel 49 Vierde Geneefse Conventie, wordt in art. 17 niet herhaald. Artikel 17(1) verbiedt de gedwongen verplaatsing van burgers, tenzij de veiligheid van de bevolking of dringende militaire redenen zulks vereisen omwille van redenen verband houdende met het conflict.⁴²⁾

Een schending van het verbod op een misdrijf tegen de mensheid is uiteraard strafbaar. Hetzelfde geldt voor het verbod op een oorlogsmisdrijf, zij het dat de clausulering van militaire noodzaak onduidelijkheid oproept. Een schending van het Haagse Landoorlog-

³⁹⁾ Henckaerts, *supra*, noot 4, p. 473 en idem, "Mass expulsion in modern international law and practice," (1995) pp. 144-145. Hij beroept zich op het officiële Commentaar van het Rode Kruis, J. Pictet, "Commentary to IV Geneva Convention," (1958) p. 279. Ongetwijfeld werd bij de formulering van lid 1 gedacht aan het lot van de slachtoffers van de Holocaust, zij het dat de formulering van art. 49 is afgeleid van de zgn. 'Tokyo draft' uit 1934, die nooit van kracht is geworden. Artikel 19 van de Tokyo draft is geplaatst in hoofdstuk III, dat betrekking heeft op de vijandelijke civiele bevolking in bezet gebied. Sub b) van dit artikel bepaalt: "Deportations outside the territory or the occupied State are forbidden, unless they are evacuations intended, on the account of military operations, to ensure the security of the inhabitants." In hoofdstuk II van de Tokyo draft, dat betrekking heeft op vijandelijke burgers in het territorium van een oorlogvoerende natie, is artikel 3 te vinden. Het artikel heeft het kopje "administrative evacuation" en bepaalt dat: "In the event of the departure of civilians being administratively organised, they shall be conducted to the frontier of their country or of the nearest neutral country." Voorts bepaalt lid 2: "These repatriations shall be effected with due regard to all humanitarian considerations."

⁴⁰⁾ R. Abi-Saab, "Droits humanitaires et conflits internes," (1986) pp. 156-159.

⁴¹⁾ *Supra*, noot 28, § 119. In het *Akayesu arrest* heeft het *ICTR* vastgesteld dat niet alleen gemeenschappelijk artikel 3, maar ook de gewoonterechtelijke delen van het Tweede Protocol juridisch bindende verplichtingen opleggen aan de rebellen. *Supra*, noot 29, §§ 610-617 en 630-631. Voorts: Th. Meron, "Human rights in internal strife: their international protection," (1987), pp. 47-48; Zegveld, *supra*, noot 30, pp. 104-105 en 152 ev.

⁴²⁾ Door M. Bothe, K.J. Partsh en W.A. Solf, "New rules of victims of armed conflicts," (1982) p. 689, wordt opgemerkt dat deze formulering is gebruikt teneinde een inbreuk op reguliere uitleveringsprocedures te voorkomen.

reglement roept krachtens art. 3 slechts een volkenrechtelijke aansprakelijkheid in het leven, maar dit sluit individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid niet uit.”) Een schending van artikel 49 Vierde Geneefse Conventie is strafbaar krachtens artikel 147 van dezelfde Conventie alsmede artikel 85 lid 4 Eerste Protocol. Voor een schending van artikel 17 van het Tweede Protocol geldt dat het niet strafbaar is gesteld onder de bepalingen van dat Protocol. Het IMT te Neurenberg bepaalde echter dat de afwezigheid van een strafbepaling in een verdrag strafbaarheid van de dader niet uitsluit. Zowel het Joegoslavië Tribunaal als het Rwanda Tribunaal hebben dit oordeel overgenomen als relevant voor zowel internationale- als niet-internationale gewapende conflicten.⁴⁴⁾

Bovenstaande bepalingen lijken twee hoofdvragen op te roepen. Ten eerste: Welke betekenis dient te worden toegekend aan de begrippen 'militaire noodzaak' en 'dringende militaire redenen'? Ten tweede: hoe is in de praktijk het onderscheid te markeren tussen evacuatie en deportatie, zodat het door Schwarzenberger (blz. 4) gesignaleerde risico van misbruik valt te minimaliseren?

Hieronder, in par. 5, zullen wij de eerste vraag beantwoorden. Het is een weerbarstige materie gebleken, die in zeven subparagrafen is ondergebracht. In par. 6 maken wij een tussenbalans op. In par. 7 gaan wij in op het onderscheid tussen evacuatie en deportatie, waarbij er in par. 7.1 wordt ingegaan op enkele ethische en juridische overwegingen die een rol spelen bij de dilemma's van hulporganisaties en vredsmachten die met het probleem geconfronteerd worden. Voorts is de strafuitsluitingsgrond van overmacht (par. 7.2) van belang. In par. 8 en de bijbehorende subparagrafen worden drie casus met elkaar vergeleken, te weten Banja Luka, Srebrenica en Ngara. Tenslotte volgt in par. 9 de conclusie, die is onderverdeeld in een positiefrechtelijke analyse (par. 9.1) en een rechtsethische slotbeschouwing (par. 9.2).

5. De rechtvaardigingsgronden in art. 49 Vierde Geneefse Conventie en art. 17 Tweede Protocol

Zowel art. 17 Tweede Protocol als art. 49 Vierde Geneefse Conventie noemen twee rechtvaardigingsgronden waaronder een gedwongen verplaatsing van de bevolking toegelaten zou zijn. Het betreft: 1° de veiligheid van de lokale bevolking, en 2° militaire noodzaak, resp. dringende redenen van militaire aard. Wij gaan hier thans nader op in.

5.1 De eerste rechtvaardigingsgrond: evacuatie

Een belangrijk instrument van humanitaire protectie is evacuatie, als genoemd in de artikelen 17, 22, 24(2), 31, 35, 36, 38(4) en 49(2) Vierde Geneefse Conventie, de artikelen 45, 58(a), 61(a sub ii) en 78 Eerste Protocol en de artikelen 4(3e), 5(2c) en 17(1) Tweede Protocol.⁴⁵⁾ Evacuatie wordt van bijzonder belang in het geval van belegerde of omcirkelde gebieden, waarbij de oorlogsslachtoffers geëvacueerd kunnen worden naar

⁴³⁾ Hooggerechtshof Israël, Eichmann arrest, 29 mei 1962, International Law Reports (ILR) vol. 36, p. 294; vergl. het *Hostages* arrest, *infra*, noot 92, pp. 634 ev.

⁴⁴⁾ ICTY, Appeals Chamber, zaak-Tadic, *supra*, noot 29, §§ 128-129; in dezelfde zaak *supra*, noot 38, §§ 65 ev.; vergl. Th. Graditzky, "Individual criminal responsibility for violations of international humanitarian law committed in non-international armed conflicts," International Review of the Red Cross, vol 38, maart 1998, nr. 322. ICTR, Akayesu arrest, *supra*, noot 29, §§ 611-617.

⁴⁵⁾ Zie voorts de artikelen 15, 36 en 37 Eerste Geneefse Conventie, artt. 18, 39 en 40 Tweede Geneefse Conventie, artt. 19, 20, 24 en 46(2) Derde Geneefse Conventie. Tevens zijn er diverse bronnen van ouder datum, zoals de Haagse Conventie nr. V (1907) inzake de Rechten en Plichten van Neutrale Mogendheden en Personen in geval van Oorlog te Land.

de hospitaal- en veiligheidszônes die onder andere genoemd worden in de artikelen 14 en 15 Vierde Geneefse Conventie. Vrij algemeen bepaalt artikel 13 dat burgers "... shall enjoy general protection against the dangers arising from military operations."

Er is opgemerkt⁴⁶⁾ dat de eerste volzin van artikel 17(1) Tweede Protocol gedeeltelijk is ontleend aan artikel 49(2) Vierde Geneefse Conventie (betreffende evacuatie), terwijl de tweede volzin van artikel 17(1) Tweede Protocol is ontleend aan artikel 49(3) (betreffende de behandeling van evacués). Het woord "shelter" (beschutting) in artikel 17(1) Tweede Protocol bevestigt dat de verplaatsing van burgers is bedoeld als een maatregel van humanitaire, niet militaire aard.

De eerste rechtvaardigingsgrond van beide artikelen levert weinig problemen op. Weliswaar bestaat er geen gecodificeerde definitie van evacuatie, maar de rechtvaardigingsgrond van de veiligheid van de lokale bevolking, als materiële norm, laat zich goed verenigen met de systematiek van het internationaal humanitair recht. Het oogmerk is immers het beschermen van de bevolking tegen de gevolgen van militaire operatiën; een doelstelling die moeiteloos past in de context van humanitaire protectie.

5.2 De tweede rechtvaardigingsgrond: militaire noodzaak

De tweede rechtvaardigingsgrond is minder eenduidig.⁴⁷⁾ Een oorzaak hiervoor is gelegen in het gebrek aan consistente terminologie. Terwijl het Handvest van het Internationale Militaire Tribunaal van Neurenberg, de Statuten van het Joegoslavië Tribunaal en het Rwanda Tribunaal zich beperken tot het begrip 'militaire noodzaak', is dat bij de vier Geneefse Conventies en de twee Aanvullende Protocolen niet het geval. Er worden verschillende termen gebruikt, die geen van alle gedefinieerd worden. Het volgende kan worden onderscheiden:

Imperative military reasons

GC IV: artt. 49(2 en 5) en 112(3);

Prot. 11: art. 17(1).

Military necessity

GC I: art. 50;

GC II: art. 51;

GC IV: artt. 108(2) en 147;

Military considerations

GC I: art. 32 en 42.

GC III: art. 23.

GC IV: art. 16(1), 18(4) en art. 30(2).

Military requirements

GC I: art. 30.

GC IV: art. 55.

Imperative military requirements

GC IV: art. 55(3).

Urgent necessity of the military wounded and sick

GC IV: art. 57(1)

Imperative military necessity

GC I: art. 8(3);

GC II: art. 8(3);

GC III: art. 126(2);

Prot. I: art. 62(1).

Urgent military necessity

GC I: art. 33(2).

GC II: art. 28.

Urgent necessity

GC I: art. 34.

Military or political reasons

GC III: art. 76(3);

GC IV: art. 112(3).

Imperative necessities of security

GC III: art. 8(3);

GC IV: art. 9.

Het is hier niet de plaats om alle verschillen in terminologie te bespreken. Thans kan

⁴⁶⁾ Bothe, Solf, Partsch, *supra*, noot 42, p. 692.

⁴⁷⁾ Henckaerts, *supra*, noot 39.

worden volstaan met de verwijzing naar artikel 147 Vierde Geneefse Conventie, waarin deportatie als een 'grave breach' strafbaar wordt gesteld, behoudens militaire noodzaak. Pictet herinnert aan het feit dat de "[u]nhappy experiences of the Second World War have made it necessary to prohibit deportation *completely* in this Convention. In the same way, transfers are forbidden except in cases where the safety of the protected persons may make them absolutely necessary."⁴⁸) In zijn verdere bespreking van art. 147 rept hij niet van het tekstuele verschil tussen "military necessity" van dit artikel en de "imperative military reasons" van art. 49(2). Wèl verwijst hij in zijn bespreking van art. 49 expliciet naar de strafbaarstelling van art. 147, er telkens op wijzend dat het verbod op deportatie absoluut is.⁴⁹) Erg duidelijk is Pictet niet: Ófwel deportatie is verboden behoudens militaire noodzaak, Ófwel het verbod op deportatie is absoluut. Hij laat het in het midden.

Expliciet zijn Sandoz en anderen waar zij ten aanzien van art. 49 Vierde Geneefse Conventie en art. 17 Tweede Protocol stellen dat begrippen als "military necessity" en "imperative military reasons" hetzelfde betekenen.⁵⁰)

De vraag is thans, wat onder "military necessity" moet worden verstaan. Walzer merkt op dat in de Griekse taal en in Engelse taal het woord "necessity" zowel de betekenis heeft van onmisbaar als van onvermijdelijk. ("Aan de hand van een van de oudste casusposities omtrent militaire noodzaak, de "Dialoog der Meliërs" van Theucydides, bepleit Walzer dat voor een beroep op militaire noodzaak aan beide betekenissen moet zijn voldaan. Een militair optreden moet dus zowel onmisbaar zijn (in casu onmisbaar voor het behoud van Athene) als ook onvermijdelijk (het behoud van Athene was niet mogelijk langs een andere weg). Hij constateert dat beide betekenissen in de "Dialoog der Meliërs" een sterk speculatief element bezaten. De eis van onvermijdelijkheid overdrijft de wijsheid van de Atheense generaals, omdat zij niet met zekerheid kunnen stellen dat Athene zal vallen tenzij zij Melos veroveren. In de "Dialoog der Meliërs" gaat het dan ook niet over onvermijdelijke zekerheden, maar over kansen en risico's. Zal Athene inderdaad vallen als Melos niet wordt veroverd? In de dialoog die volgt, worden standpunten geformuleerd in termen van "noodzaak" terwijl het in werkelijkheid gaat om opinies en subjectieve percepties: "... the moral point of view derives its legitimacy from the perspective of the actor." De onzekerheid over de interpretatie van militaire noodzaak blijft.

Een van de meest nauwkeurige definities van militaire noodzaak is van Downey. Hij wordt goedkeurend geciteerd door Sandoz: "Military necessity is the urgent need, admitting no delay, for the taking by a military commander, of measures which are indispensable for forcing as quickly as possible the complete surrender of the enemy by means of regulated violence, and which are not prohibited by the laws of war."⁵¹) Deze definitie bestaat uit vier bestanddelen:

- de urgente noodzaak voor een commandant onmiddellijk maatregelen te nemen;
- die onmisbaar zijn om de volledige overgave van de vijand zo spoedig mogelijk af te dwingen;

⁴⁸) Pictet, *supra*, noot 39, p. 599 (onze cursivering - TvB).

⁴⁹) Idem, blz. 279-280.

⁵⁰) Sandoz e.a., *supra*, noot 7, § 4853.

⁵¹) Michael Walzer, "Just and unjust wars. A moral argument with historical illustrations," (1977) p. 8. ICRC, Sandoz, *supra*, noot 7, pp. 392-396. Downey geeft een uitvoerige analyse in: "The law of war and military necessity," 47 AJIL 1953, pp. 251 ev. Voorts: E. Rauch, "Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre," in: *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, vol. 19, 1980, pp. 205 ev. Zie ook, maar minder nauwkeurig: US Department of the Army, *Field Manual FM 27-10* (1961) § 3; United States Military Tribunal at Nuremberg, 19 februari 1946, *In re: List and others (Hostages trial)*, War Crimes Reports, vol. VIII, pp. 66 ev en ILR vol. 15, p. 646.

- door middel van georganiseerd geweld;
- voor zover die geweldsmaatregelen niet verboden zijn door het oorlogsrecht.

Ondanks de definitie van Downey blijft de materie vaag. Het scharnierpunt in de diverse definities ligt bij de noodzaak de overwinning prompt te behalen. Maar wat is een overwinning in onze tijd van imploderende staten en vredes machten die de strijdende partijen het zicht op de overwinning ontnemen? Bovendien: gaat het om de overwinning in die ene, alles beslissende aanval op strategisch niveau? Of omvat militaire noodzaak ook de overwinning op compagnies- of zelfs groepsniveau? Tegen dat laatste kunnen bezwaren worden aangevoerd: het zal maar zelden voorkomen dat een geweer groep de genadeslag toebrengt. Een 'overwinning' van een geweer groep zal op de winst/verlies rekening van de brigade nauwelijks voelbaar zijn. Het lijkt overdreven om een geweer groep een beroep op militaire noodzaak toe te kennen. De rechter denkt er echter anders over: ook aan de simpele patrouille, inclusief de 'gewone' soldaat, komt in beginsel een beroep op militaire noodzaak toe.⁵³⁾

In de context van artikel 49(2) Vierde Geneefse Conventie en artikel 17(1) Tweede Protocol, is de tweede rechtvaardigingsgrond innerlijk tegenstrijdig: een gedwongen verplaatsing van de bevolking ten einde een militair voordeel te behalen is verboden, tenzij de noodzaak bestaat de overwinning te behalen. Dit kan als volgt worden toegelicht:

De ontstaansgeschiedenis van artikel 17 Tweede Protocol laat zien dat het artikel was geschreven met het oog op de antiguerrilla tactiek van het ontvolken van het platteland, die erop gericht is de bevolking te localiseren in "... secure centres in order to deprive guerrilla troops of the logistical, political and intelligence support they derive voluntarily or through duress, from the civilian community."⁵⁴⁾ Met "secure centres" worden zgn. versterkte dorpen bedoeld; een antiguerrilla tactiek die onder meer is toegepast in Vietnam en recentelijk in Burundi.⁵⁵⁾ Zodra de militaire situatie het toelaat omvat de antiguerrilla tactiek voorts "... the displacements of ethnic groups in order to facilitate the domination of the area by an other, more favoured group."

Er was dus de noodzaak een verbod te formuleren op de "... unnecessary coerced displacement of the civilian population."⁵⁶⁾ VN resolutie 2675 XXV (1970) getiteld *Basic Principles for the Protection of Civilian Populations in Armed Conflicts* stelt in § 4 dat "[c]ivilian populations as such should not be the object of military operations." Voorts bepaalt § 7 dat de burger bevolking of individuele leden daarvan, "... should not be the object of reprisals, forcible transfers or other assaults on their integrity." Deze resolutie maakt niet het onderscheid tussen internationale, resp. niet-internationale gewapende conflicten; het is bovendien een bevestiging van het internationale gewoonterecht, zoals in

⁵³⁾ Krijgsraad te Velde (KL) te Poerwekerto, 11 juli 1949, MRT 1952, pp. 104ev; Krijgsraad te Velde (KL) te Soerabaja, MRT 1952, pp. 107ev. De hieruit voortvloeiende vraag of een commandant van een geweer groep burgers gedwongen kan verplaatsen op basis van militaire noodzaak ex artikel 49(2) Vierde Geneefse Conventie, blijft vooralsnog onbeantwoord. Voor een sergeant wordt dat een tamelijk ingrijpende beslissing. Met het oog op de rechtsbescherming van de lokale bevolking lijkt het ons gewenst dat een beslissing tot het verplaatsen van de bevolking minimaal wordt genomen door de commandant van een brigade; van hem mag immers worden verwacht dat hij een beroepsjurist in zijn staf heeft die hem kan adviseren over de rechtmatigheid van het eventuele transport.

⁵⁴⁾ Bothe, Partsch en Solf, *supra*, noot 42, p. 691. Zie tevens: Sandoz, *supra*, noot 7, § 4847.

⁵⁵⁾ Ted van Baarda, Humanitarian Law Consultancy, "Burundi's regroupment policy - a pilot study of its legality," (1997), herdrukt in de Electronic Journal on Humanitarian Assistance, <www.jha.ac>; Henckaerts, *supra*, noot 4.

⁵⁶⁾ Bothe, *supra*, noot 42.

hoger beroep werd erkend door het Joegoslavië Tribunaal in het *Tadic* arrest.⁵⁷⁾ Het lijkt dan ook billijk de woorden "... for reasons related to the conflict" van art. 17 Tweede Protocol aldus te interpreteren, dat het verboden is een politiek of militair voordeel te behalen op de vijand door middel van een verplaatsing van de bevolking. Met andere woorden: een verplaatsing van de bevolking is geen legale methode van oorlogvoering.

De formulering van art. 17(1) Tweede Protocol correspondeert slechts ten dele met deze ontstaansgeschiedenis. De ontstaansgeschiedenis geeft aan dat de ontvolking van een bepaald gebied geen voorwerp mag zijn van militaire tactiek, hetgeen tot uitdrukking komt in de eerste helft van de eerste volzin van art. 17(1): "The displacement of the civilian population shall not be ordered for reasons related to the conflict ...". De tweede helft van dezelfde volzin noemt militaire noodzaak als rechtvaardigingsgrond ("unless ... imperative military reasons so demand"). Er is met andere woorden sprake van een gecodificeerde cirkelredenering: het is verboden omwille van redenen die verband houden met het conflict de bevolking te verplaatsen, behoudens dringende militaire redenen. Men kan natuurlijk tegenwerpen dat er een tekstueel verschil is in formulering tussen "reasons related to the conflict" en "imperative military reasons." Deze tegenwerping is niet overtuigend. Immers, overwegingen van militaire noodzaak zijn per definitie te interpreteren als overwegingen die gerelateerd zijn aan het conflict.⁵⁸⁾

Mutatis mutandis geldt voor de zinsnede "... imperative military reasons ..." van artikel 49(2) Vierde Geneefse Conventie hetzelfde. Artikel 49(1) verbiedt deportaties "... regardless of their motive." Art. 49 (2) laat echter een gedwongen evacuatie van de bevolking toe op grond van "imperative military reasons." Ook hier lijkt sprake van een cirkelredenering. De vraag, hoe een verbod op deportaties "regardless of their motive" onderscheiden kan worden van evacuaties omwille van "imperative military reasons" kan voorspand niet bevredigend worden beantwoord.

De verwarring blijft bestaan. In de aanklacht van het Joegoslavië Tribunaal tegen Karadic en Mladic is geformuleerd: "These *deportations* (...) were not conducted as evacuations for safety, military necessity or for any other lawful purpose (...)." In de aanklacht van slechts enkele maanden later tegen dezelfde verdachten staat, met betrekking tot de ontheemden tijdens de val van Srebrenica, dat na de aankomst van de Bosnisch-Servische bussen, "... the *evacuation* process of Bosnian Muslim refugees started."⁶⁰⁾ In de aanklacht tegen Krstic werden met betrekking tot Srebrenica de begrippen evacuatie en deportatie door elkaar gebruikt.⁶¹⁾

Het officiële Commentaar op de Vierde Geneefse Conventie brengt ons niet verder: "The first stipulation is that evacuation may only be ordered in two cases which are defined in great detail, namely when the safety of the population or imperative military reasons so demand. If therefore an area is in danger as a result of military operations or is liable to be subjected to intense bombing, the Occupying Power has the right, and subject to the provisions of Article 5, the duty of evacuating it partially or wholly, by placing the

⁵⁷⁾ ICTY, *The Prosecutor vs. Dusko Tadic*, Appeals Chamber, 2 oktober 1995, §§ 111-112.

Dezelfde ongelukkige formulering is te vinden in art. 8 lid 2e sub viii van het Statuut van het Permanente Internationale Strafhof.

⁵⁸⁾ ICTY, *Indictment against Karadic & Mladic*, 25 juli 1995, § 25 (onze cursivering - TvB).

⁶⁰⁾ ICTY, *Indictment against Karadic & Mladic, (Srebrenica)* 16 nov. 1995, § 11 (onze cursivering - TvB); Confirmatie van het internationale arrestatiebevel tegen Radovan Karadic en Ratko Mladic, ICTY, *Decision of Trial Chamber I, Review of the Indictment pursuant to Rule 61*, 11 juli 1996, cases no. IT-95-5-R61 & no. IT-95-18-R61 §§ 16 en 39.

⁶¹⁾ ICTY, *Indictment against Radislav Krstic*, 30 oktober 1998, §§ 4, 6 en 7. Zie echter de *amended indictment* van oktober 1999.

inhabitants in places of refuge. The same applies when the presence of protected persons in an area hampers military operations. Evacuation is only permitted in such cases, however, when overriding military considerations make it imperative; if it is not imperative, evacuation ceases to be legitimate.”⁶²) Deze toelichting is weinig verhelderend. Van "great detail" is geen sprake; het laat immers de geconstateerde dubbelzinnigheid in stand.

Sterker, het officiële Commentaar geeft aan dat er in de ontwerptext van art. 49 sprake was van een onverkort verbod op deportatie: "The draft submitted by the International Committee of the Red Cross reads: 'Deportations or transfers of protected persons out of occupied territory are prohibited...'; the Diplomatic Conference preferred not to place an absolute prohibition on transfers of all kinds, as some might up to a certain point have the consent of those being transferred. The Conference had particularly in mind the case of protected persons belonging to ethnic or political minorities who might have suffered discrimination or persecution on that account and might therefore wish to leave the country. In order to make due allowances for that legitimate desire the Conference decided to authorise *voluntary* transfers by implication, and only to prohibit 'forcible' transfers. The prohibition is absolute and allows of no exceptions, apart from those stipulated in paragraph 2. (...) Consequently, 'unlawful deportation or transfer' was introduced among the grave breaches, defined in article 147 of the Convention as calling for the most severe penal sanctions.”⁶³)

De ongelukkige formulering "unlawful deportation or transfer" van art. 147 wekt desondanks de onbehaaglijke suggestie dat het mogelijk is een onderscheid te maken tussen legale en illegale deportaties. De suggestie lijkt op gespannen voet te staan met het verbod op deportaties "... regardless of their motive" van art. 49(1).⁶⁴) Dit onbehagen is niet misplaatst. Cotler tracht munt te slaan uit de tekstuele onduidelijkheid: "Article 49 of Geneva Convention IV distinguishes, in effect, between lawful and unlawful deportations (i.e. it defines war crimes as 'unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a protected person,' thus allowing for lawful deportations)." Met het oog op de Israëliëse bezetting van de Palestijnse gebieden, voegt hij er aan toe: "This legal regime not only permits but authorises, if not requires the occupying power to do two things: (1) safeguard the welfare of the inhabitants, and (2) take such measures as are necessary to protect public order and safety." Wat door art. 49 verboden wordt, aldus Cotler, zijn deportaties à la Holocaust.⁶⁵) In weerwil van de Veiligheidsraad⁶⁶) steunt het Israëliëse Hooggerechtshof hem in deze mening, zodat deportaties tijdens de eerste *intifadah* doorgang konden vinden.

Schwarzenberger biedt een onderscheidend criterium dat bruikbaar is in reguliere internationale oorlogen waar een duidelijke frontlijn valt aan te wijzen: uit de regel dat de evacuéés naar huis mogen terugkeren zodra de vijandelijkheden zijn beëindigd, leidt hij af dat het desbetreffende gebied opgehouden is bezet gebied te zijn. Daaruit volgt, naar zijn mening, dat zolang er vijandelijkheden aan de gang zijn, de bezettende mogendheid niet een onbetwiste heerschappij over het gebied heeft: "The region becomes a fighting zone and, so long as this state of affairs continues, the law of belligerent occupation no longer applies there.

⁶²) J. Pictet, ICRC, Commentary on Four Geneva Convention (1958) p. 280; Sandoz, *supra*, noot 54, 54853.

⁶³) Pictet, *idem*, pp. 279 - 280 (onze cursivering).

⁶⁴) Hetzelfde geldt voor art. 17(1) Tweede Protocol voor deportaties die verboden zijn omwille van "reasons related to the conflict."

⁶⁵) I. Cotler, "Deportations and the law," Jerusalem Post, 17 januari 1988. Voor een repliek, zie Van Baarda, *supra*, noot 4, pp. 16-17.

⁶⁶) S/RES/298 (1971), 446 (1979), 468 (1980, waarin art. 49 Vierde Geneefse Conventie letterlijk geciteerd wordt), 484 (1980), 607 (1988), 608 (1988) en 799 (1993) en *supra*, noot 4.

Thus, the question of whether the civilian population may stay in the combat area is one which is free to decide on the basis of the necessities of war, that is, in the exercise of sovereign discretion. In this respect the Geneva Red Cross Convention is merely declaratory of the laws and customs of war."⁶⁷⁾

Door verschillende auteurs waaronder Gasser, is opgemerkt dat het bij de formulering "... for reasons related to the conflict" gaat om de politieke motieven die tot de strijd geleid hebben: verboden is een volksverplaatsing op grond van politieke overwegingen. Bij evacuatie daarentegen zou het slechts gaan om een tijdelijke maatregel waartoe de strijdende partijen onder art. 58 Eerste Protocol zelfs verplicht zijn - bijvoorbeeld wanneer de bevolking zich in de nabijheid van een militair doel bevindt.⁶⁸⁾ Steun voor de mening van Gasser is onder meer te vinden in het RuSHA arrest,⁶⁹⁾ de "Guiding Principles on Internal Displacement,"⁷⁰⁾ en in art. 49(6) Vierde Geneefse Conventie, dat de bezettende mogendheid verbiedt om zijn eigen bevolking náár het bezette gebied te transporteren.⁷¹⁾ Ook in

⁶⁷⁾ Schwarzenberger, *supra*, noot 3, pp. 232-233. Zie ook Lt.gen. H.J. Kruls, "Overzicht der Werkzaamheden van het Militair Gezag gedurende de bijzondere staat van beleg, van 14 september 1944 tot 4 maart 1946," (jaar van uitgave 1947) met betrekking tot de bevrijding van Nederland. Op blz. 214 schrijft hij: "In de tweede helft van 1944 en de eerste van 1945 ging ook de geallieerde legerleiding, eerst in samenwerking met speciale daartoe door de C.S.M.G. [dat is: Chef Staf Militair Gezag - TvB] aangewezen verbindingsofficieren, later met de P.M.C.-sen [Provinciale Militaire Commissarissen - TvB] en de D.M.C.-sen [Districts Militaire Commissarissen - TvB] over tot de gehele of gedeeltelijke evacuatie van die gebieden, welke in de gevechtzones kwamen te liggen. Met het opschuiven der frontlinies verplaatste zich ook het gebied der evacuatie. Na het vrijkomen van eerder ontruimde gebieden kon de bevolking daarin weer terugkeren."

De redenen, waarom door de geallieerde autoriteiten tot evacuatie werd overgegaan, kunnen als volgt worden omschreven:

1e. ter bescherming van de lichamelijke veiligheid van de burgerbevolking (tegen granaatvuur, schuilen in kelders en besmettelijke ziekten);

2e. ter bescherming van de veiligheid van de eigen troepen, met het oog op spionage;

3e. in verband met voorgenomen operaties of aanvallen van de vijand;

4e. om te voorzien in de legering en voeding van geallieerde troepen.

"Was de bevolking eenmaal geëvacueerd, dan werd het ontruimde gebied gesloten en tot evacuatiezone verklaard. (...) Werd een gedeelte van het in bijzondere staat van beleg verkerende gebied door het Militair Gezag tot 'evacuatiezone' verklaard, dan was het aan personen buiten die zone verboden, zich binnen dezelve te begeven, of daarin terug te keren."

⁶⁸⁾ Gasser, *supra*, noot 10. Gegeven het risico van misbruik merken Sandoz c.s. op dat: "[c]learly, imperative military reasons cannot be justified by political motives. For example, it would be prohibited to move a population in order to exercise more effective control over a dissident ethnic group." Zie ook: Sandoz, *supra*, noot 54, § 4854; Art. 51(7) Eerste Protocol; J.M. Henckaerts, "Mass expulsion in international law and practice," (1995) pp. 21 ev. en pp. 28 ev.; Deng, *supra*, noot 27, § 233; Helsinki Watch/Human Rights Watch, "War crimes in Bosnia-Herzegovina," (1992) p. 223. Zie tevens resolutie 4 (XVI) van de Conferentie van Rode Kruis en Rode Halve Maan Verenigingen, herdrukt in: International Review of the Red Cross, vol. 36, jan-feb. 1996, nr. 310.

⁶⁹⁾ "These evacuations [dat wil zeggen de ontvolking van bezette Poolse gebieden en het doen vestigen van Duitsers in die gebieden - TvB] were carried out without regard whatever to military necessity. While there were instances where property was confiscated for military purposes, in the great majority of cases, vast areas comprised of farms and various enterprises were evacuated for the sole purpose of ridding the Incorporated Eastern Territories of those persons the Nazis considered as unsuitable and to make room for those persons the Nazis hoped would speedily make of the incorporated areas a Germanic stronghold." *Supra*, noot 2, The Trials of War Criminals, vol. V, p. 129.

⁷⁰⁾ *Supra*, noot 10, principle 6.

⁷¹⁾ Vergl. art. 8 lid 2b sub VIII van het Statuut van het Permanente Internationale Strafhof i.o. Israël heeft aanvankelijk geweigerd het Statuut te ondertekenen omdat het van mening was dat er voor deze bepaling geen grondslag zou zijn in het internationaalrecht. Echter, gezien het RuSHA arrest, *supra* noot 69 en het *Tadic* arrest, *supra*, noot 57 is dit standpunt onzes inziens onjuist. In *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, ICTY, 2 maart 1999, is vastgesteld dat art. 8 van het Statuut van het Permanente Internationale Strafhof beschouwd kan worden als "... reaffirming without a doubt a customary norm" (§ 25).

de zaak-Nikolic bleek dat het discriminatoire aspect aanleiding was voor het Tribunaal het delict tot haar jurisdictie te rekenen.⁷²⁾ Gelezen in combinatie met art. 49(1), betekent het verbod van art.49(6) dat demografische manipulatie, zoals onder de Iraakse bezetting van Koeweit⁷³⁾ of de Israëlische bezetting van de Palestijnse gebieden en Oost-Jeruzalem,⁷⁴⁾ niet meer tot de volkenrechtelijk toelaatbare mogelijkheden behoort. Voor zover met politieke motieven wordt gedoeld op discriminatoire motieven, lijkt deze opvatting goed verdedigbaar, mede gelet op het discriminatie verbod van de artt. 3(1) en 13 Vierde Geneefse Conventie. Voor het overige achten wij Gasser's visie onvoldoende uitgewerkt om de geconstateerde cirkelredenering het hoofd te bieden. Men denke zich het volgende:

In een bergachtig gebied wordt een gewapend conflict uitgevochten. De strijd is niet, zoals Schwarzenberger stilzwijgend veronderstelt, een reguliere oorlog, maar een guerrilla oorlog. Het regeringsleger heeft de grootste moeite om de guerrilla's het hoofd te bieden; het wordt voortdurende geconfronteerd met de typische guerrilla tactiek van het snel toeslaan, waarna de guerrilla's onherkenbaar opgaan in de lokale bevolking. De tactiek lukt prima, want de guerrilla's behandelen de bevolking goed en van de weeromstuit zijn guerrilla's in de ogen van de bevolking uitgegroeid tot helden. In de bergen ligt een fraai gebouw, dat in betere tijden dienst deed als wintersport hotel. Nu is het vol: het wordt bevolkt door mensen wiens huis als gevolg van de strijd vernield is geraakt. Er wordt door het regeringsleger rekening mee gehouden dat de positie van het hotel wellicht over één à twee maanden bedreigd kan worden. Het regeringsleger besluit daarom tot een ontvolking van de dunbevolkte gebieden, inclusief het hotel, zodat er 'free-fire zones' ontstaan naar Vietnamees voorbeeld: een ieder die zich binnen zo'n zone bevindt wordt voorondersteld de vijand te zijn. De bevolking zal geherhuisvest worden in versterkte dorpen, waar zij efficiënter beschermd kan worden door een garnizoen. In casu vermoeden de militaire autoriteiten dat enkele inwoners in de ondergrondse zitten en militair gevoelige inlichtingen verzamelen over de versterkingen die langs de bergpassen naar het front gaan. Voor de autoriteiten zijn dit redenen om de gehele bevolking te verwijderen.

De rechtvaardigingsgrond van de veiligheid van de bevolking is in zwakke vorm aanwezig. Hetzelfde geldt voor de rechtvaardigingsgrond van militaire noodzaak - de vraag of het hotel daadwerkelijk bedreigd wordt en het vermoeden dat een paar logés van het hotel spioneren zijn kwesties van inschatting en risico, zoals Theucydides in de "Dialogo der Meliërs" reeds aangaf. Sterk aanwezig is de politieke loyaliteit van de inwoners. Valt het ontvolken van het gebied en het instellen van een *free-fire zone* nog te rechtvaardigen aan de hand van de genoemde rechtvaardigingsgronden? Of weegt het aspect van politieke loyaliteit hier zo zwaar, dat deze verwijdering er een is "for reasons related to the conflict" die dus verboden is?⁷⁵⁾ Is het onderscheid tussen (verboden) politieke motieven en (onder

⁷²⁾ ICTY, *Prosecutor vs. Nikolic*, *Review of the Indictment pursuant to Rule 61*, 20 okt. 1995, § 27.

⁷³⁾ S/RES/670, 674 en 677 (1990).

S/RES/298 (1971), 446 (1979), 465 (1980) 469 (1980), 471 (1980) en 476 (1980); B'Tselem, "The quiet deportation continues. Revocation of residency and denial of social rights of East Jerusalem Palestinians," (1998).

⁷⁵⁾ Vergl. de ruime interpretatie die wordt gegeven aan art. 6 (c) van het Handvest van het IMT: het is niet alleen mogelijk een misdrijf tegen de mensheid te plegen tegen leden van een etnische of religieuze gemeenschap, enz, maar ook tegen opponenten van het heersende régime. Dit betekent weliswaar dat misdrijven tegen de mensheid niet gepleegd kunnen worden tegen combattanten in de traditionele zin van het woord, maar wel tegen verzetstrijders. Zie het Barbie arrest, Cass. Criminelle, 20 dec. 1985 en de Vukovar Decision, ICTY, 3 april 1996, beide goedkeurend geciteerd in het Akayesu arrest, supra, noot 29, § 569 ev.

voorwaarden toegelaten) militaire motieven - zoals Gasser suggereert - niet al te kunstmatig?⁷⁶⁾

De cirkelredenering is verrassend. Terwijl er ethisch en conceptueel een principieel verschil bestaat tussen evacuatie en deportatie, wekt de ongelukkige redactie van art. 49 Vierde Geneefse Conventie en art. 17 Tweede Protocol de onjuiste indruk dat er sprake zou zijn van verschillen in nuances. Onzes inziens werkt dit het risico van misbruik in de hand.

5.3 Eéndaadse samenloop. De relatie tussen de tweede rechtvaardigingsgrond en het verbod op misdrijven tegen de mensheid

De tweede rechtvaardigingsgrond lijkt op gespannen voet te staan met het verbod op deportaties als bedoeld in de delictomschrijving van misdrijven tegen de mensheid, ex artikel 6(c) van het Handvest van het IMT. Zeer duidelijk is het fameuze *Eichmann*-vonnis van de Rb. Jeruzalem.") Met betrekking tot de gedwongen verplaatsing van meer dan een half miljoen Polen weigerde de Rb. Jeruzalem te accepteren dat er sprake was van een "... innocent undertaking of 'resettlement'. It was plain and simple expulsion, accompanied by a degradation of the people" Met betrekking tot de deportatie van Slovenen stelde de Rb. dat "... these too were forced removals, as is evidenced by the use of the word 'evacuation'. (...) *Every act of forced expulsion of a civilian population is in itself a crime against humanity*" (onze cursivering). Deze kwalificatie was eenvoudig omdat het misdrijven betrof die plaatsgevonden hadden buiten de context van militaire operatiën; de misdrijven waren expliciet gepleegd in de context van de *Endlösung*. Van enige rechtvaardigingsgrond kón uiteraard geen sprake zijn.

Anders dan het geval is met de delictomschrijving van een oorlogsmisdrijf kent de delictomschrijving van een misdrijf tegen de mensheid niet de rechtvaardigingsgrond van militaire noodzaak. Bezien vanuit de systematiek van het oorlogsstrafrecht ligt dit voor de hand. Sinds de Verklaring van St. Petersburg geldt immers als gewoonterecht de regel dat het enige legitieme doel van militaire operatiën bestaat uit het verzwakken en overmeesteren van de vijandelijke strijdkrachten. In dñe context kán militaire noodzaak een geldige overweging zijn. *A contrario* redenerend is militaire noodzaak geen geldige overweging in de context van een misdrijf tegen de mensheid, omdat de delictomschrijving daarvan uitsluitend burgers beoogt te beschermen.

Onbelangrijk is dit punt niet, in verband met de mogelijkheid van een ééndaadse samenloop van een oorlogsmisdrijven een misdrijf tegen de mensheid.⁷⁸⁾ Dit brengt ons bij

⁷⁶⁾ Men denke aan de verwijdering van ± 700 Palestijnse inwoners uit het zuidelijke Berg Hebron gebied (Westelijke Jordaanoever) in de periode oktober/november 1999. Het gebied was reeds geruime tijd rustig, zodat van de militaire noodzaak waarop de militaire autoriteiten zich beriepen, geen sprake kon zijn. De autoriteiten meenden dat de militaire noodzaak voortvloeide uit hun behoefte aan een oefenterrein voor de infanterie. Zie: B'Tselem, "Expulsion of residents from the South Mt. Hebron Area," Case study # 9 (2000).

⁷⁷⁾ Rechtbank Jeruzalem, 12 december 1961, ILR vol. 15, 244, 248.

⁷⁸⁾ IMT, *supra*, noot 2, Deel 22, p. 468: "... but from the beginning of the war in 1939 war crimes were committed on a vast scale which were *also* crimes against humanity" (onze cursivering - TvB). Bassiouni, *supra*, noot 23, pp. 182 ev. Overigens wordt een eéndaadse samenloop niet altijd aangenomen. Zie onder meer het *Hostages* arrest, *infra*, blz. 24. Een eéndaadse samenloop is wel aangenomen in het *Fachberater* arrest, BRvC 21 november 1949, NOR 1625, waarin de verdachte, die als medewerker van het arbeidsbureau in Meppel, zowel schuldig werd bevonden aan oorlogsmisdrijven als een misdrijven tegen de mensheid, vanwege zijn medewerking aan de *Arbeitseinsatz*. Zie tevens BRvC 6 dec. 1948, NOR 1359 en NJ 1949, 85 (*Zühlke*), de zaak-*Tadic*, Decision on the Defence Motion, 14 nov. 1995, p. 10; het *Akayesu* arrest, *supra*, noot 29, § 462 en het *Rutaganda* arrest, ICTR, 1 juni 2000, §§ 108-119.

de vraag hoe de laatst genoemde delictsomschrijving zich verhoudt tot art. 17(1) Tweede Protocol en art. 49(2) Vierde Geneefse Conventie, waarin de tweede rechtvaardigingsgrond wèl genoemd wordt. Voor zover er in een concreet geval sprake is van een eendaadse samenloop tussen een misdrijf tegen de mensheid enerzijds en anderzijds een schending van artikel 17(1) Tweede Protocol, respectievelijk art. 49 Vierde Geneefse Conventie, kan de tweede rechtvaardigingsgrond die in die artikelen genoemd wordt buiten toepassing blijven. Een misdrijf bijvoorbeeld dat gepleegd wordt tegen één persoon kan onder omstandigheden een misdrijf tegen de mensheid opleveren - bijvoorbeeld het in bezet gebied tijdens de Tweede Wereldoorlog verraden van één Joodse onderduiker aan de Gestapo in de volle wetenschap dat die onderduiker vervolgens naar de gaskamers wordt getransporteerd. Stel dat de Vierde Geneefse Conventie destijds reeds had bestaan, dan zou dit misdrijf zowel een schending opleveren van art. 49(1) Vierde Geneefse Conventie als van de art. 6(b) en (c) van het Handvest van het IMT. De consequentie van een eendaadse samenloop is dus een sterkere rechtsbescherming.

Zo'n eendaadse samenloop is echter niet vanzelfsprekend. Stel bijvoorbeeld dat de inwoners van het eerder genoemde skihotel door de bezetter naar het achterland worden getransporteerd en daar verder bivakkeren in een oud fabrieksgebouw. Het is dan voor twijfel vatbaar of er sprake is van een misdrijf tegen de mensheid. Aan het vereiste van een willekeurige, stelselmatige en discriminatoire vervolging is immers niet voldaan.⁷⁹⁾ Waar de eendaadse samenloop afwezig is, behouden de artikelen 17 Tweede Protocol en 49 Vierde Geneefse Conventie hun betekenis - dus inclusief de rechtvaardigingsgrond van militaire noodzaak. Wij zullen ons daarom enkele opmerkingen veroorloven over de betekenis van een rechtvaardigingsgrond in de context van het humanitaire- en oorlogsrecht in het algemeen, en over de rechtvaardigingsgrond van militaire noodzaak in het bijzonder.⁸⁰⁾

5.4 *Rechtvaardigingsgronden en opschortingsbepalingen*

Een legale bevolkingsverplaatsing die onder artikelen 49 Vierde Geneefse Conventie of 17 Tweede Protocol wordt georganiseerd dient aan één van de volgende criteria te voldoen: Of deze wordt uitgevoerd op basis van vrijwilligheid, of, indien zij onvrijwillig wordt uitgevoerd, ligt de grondslag daarvan in: 1° de veiligheid van de evacués, of 2° dringende militaire noodzaak. De rechtvaardigingsgronden genoemd onder 1° en 2° duiden op een belangrijk conceptueel verschil in systematiek tussen mensenrechten en humanitair recht.

In de meeste mensenrechtenverdragen is het mogelijk één of meer bepalingen ervan in het geval van een algemene noodsituatie (public emergency) op te schorten tenzij dit door het betreffende verdrag wordt verboden.⁸¹⁾ Het Internationale Gerechtshof stelde vast dat de rechtsbescherming uit hoofde van het Internationale Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten niet stopt ten tijde van oorlog, behoudens het invoeren van artikel 4,

⁷⁹⁾ Voor de door de BRvC en de War Crimes Commission gehuldigde interpretatie van misdrijven tegen de mensheid, zie het tweede *Ahlbrecht* arrest, BRvC 11 april 1949, NJ 1949,425. C.F. Rüter, "Enkele aspecten van de strafrechtelijke reactie op oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid," (diss, 1973) p. 37. Voorts: hoofdstuk 6.4 van het Akayesu arrest, supra, noot 29.

⁸⁰⁾ Praktisch gesproken houdt dit laatste in, dat arresten inzake oorlogsmisdrijven moeten worden onderzocht. Rechts theoretisch gezien doet dat ten opzichte van artikel 17 Tweede Protocol merkwaardig aan. Het Tweede Protocol beperkt zich immers tot niet-internationale gewapende conflicten, terwijl het oorlogsmisdrijf uitsluitend in een internationaal gewapend conflict kan worden gepleegd. Wellicht is het daarom nuttig er aan te herinneren dat het begrip militaire noodzaak reeds gevonden kan worden in een tekst die betrekking had op een niet-internationaal gewapend conflict, namelijk de artt. 14 - 16 van de Lieber Code.

⁸¹⁾ Zie bijvoorbeeld art. 4 IVBPR en art. 15 ECRM.

waarbij er dan slechts bepaalde rechten mogen worden opgeschort.⁸²) Onder het internationale humanitaire recht zijn bepalingen niet opschortbaar, zij het dat in bepaalde gevallen een rechtvaardigingsgrond expliciet wordt toegelaten.⁸³) De logica achter dit verschil in systematiek ligt in het gegeven dat het internationale humanitaire recht in feite die compilatie is van mensenrechtelijke normen die speciaal geschreven is voor de meest extreme noodtoestand, namelijk gewapend conflict. Bij het formuleren van de Geneefse Conventies en Protocollen is er namelijk gestreefd naar een evenwicht tussen, enerzijds, de militaire eisen van oorlogvoering en, anderzijds, de beginselen van humaniteit.⁸⁴) Indien een commandant naar behoefte het argument *Kriegsraison geht vor Kriegsmanier* zou kunnen invoeren, dan blijft er van de bindende kracht van het recht niets over. Het uitgangspunt dat een beroep op militaire noodzaak alléén wordt toegelaten indien het gecodificeerde recht daar expliciet ruimte voor schept, is zowel na de Eerste-, als de Tweede Wereldoorlog nadrukkelijk bevestigd.⁸⁵)

De opschortingsbevoegdheid van de overheid - in het kader van mensenrechtenverdragen - is aan doelcriteria gebonden. Er moet sprake zijn van een noodsituatie die het voortbestaan van de natie bedreigt en het functioneren van deze samenleving onmogelijk maakt.⁸⁶) Gelet op deze doelcriteria is het volgens Hampson niet vanzelfsprekend dat het mogelijk is dat een Europees land dat deelneemt aan een vredesoperatie, de Europese Conventie ten behoeve van haar bataljon kan opschorten. Immers, het is niet háár voortbestaan dat bedreigd wordt, zodat dat bataljon de rechtsorde van de Europese Conventie - volgens Hampson - als het ware 'meeneemt' naar het crisisgebied.⁸⁷) Daar kan aan worden toegevoegd, dat het recht op leven krachtens art. 2 ECRM een niet-opschortbaar recht is. Dát wordt door een Europees bataljon dus altijd 'meegenomen' - inclusief de zéér strenge toets die het Europese Hof hanteert indien door een gewapend overheidsoptreden een

⁸²) Internationaal Gerechtshof, Legality of the Threat or use of Nuclear Weapons, Adv. Op., ICJ Rep, 1996, § 25.

⁸³) G.I.A.D. Draper, "Military necessity and humanitarian imperatives," in: *Revue de Guerre et de Droit Militaire*, 1973, vol. 12, p. 133.

⁸⁴) L. Doswald-Beck, "International humanitarian law and human rights law," in: *International Review of the Red Cross*, 1993, nr. 293, pp. 94 ev.; G.L. Coolen, "Humanitair oorlogsrecht," in: *Marineblad*, feb. 1996, pp. 58-59. McCoubrey geeft het voorbeeld van de afgebroken redding van schipbreukelingen van de *Bismarck* op 27 mei 1941. De Britse oorlogsbodems H.M. *Dorsetshire* en *Maori* braken de redding af toen men meende het zog van een U-boot te signaleren. De schipbreukelingen werden aan hun lot overgelaten. Er is, zo constateert McCoubrey, een plicht om alle mogelijke maatregelen te nemen om oorlogsslachtoffers na afloop van een treffen op te sporen en te redden. Die plicht gaat echter niet zó ver, dat daarvoor een vijandelijke torpedo geriskeerd moet worden. H. McCoubrey, "The nature of the modern doctrine of military necessity," in: *Revue de Guerre et de Droit Militaire*, 1991, vol 30, pp. 225-226.

⁸⁵) Sandoz, *infra*, noot 54, §§ 1386-1387. Verscheidene na-oorlogse arresten bevestigen dit, waaronder het *Krupp* arrest, Amerikaans Militair Tribunaal, *infra*, noot 97 op p. 133 en het Rauter arrest, BRvC 12 januari 1949, NOR 1276, NJ 1949, 87 op blz. 157 en War Crimes Reports vol. XIV. Zie ook: BRvC 17 okt. 1949, NOR 1613. Zie ook het *Thiele en Steinert* arrest, United States Military Commission, 13 juni 1945, te Ausburg, War Crimes Reports, vol III (1948) pp. 56-59 en ILR. vol 13, pp. 305-306. Anders en onjuist: Krijgsraad te Velde Oost, 2 jan. 1951, MRT 1951, blz. 385-391 (*Staphorster liquidatie*). Zie voorts het arrest *Llandovery Castle*, in re: *Dithmar and Boldt*, Duits Hoogerechtshof te Leipzig, 16 juli 1921, Cmnd. 1450, 1921; *Peleus* arrest, in re: *van Eck et al.*, 17 - 20 okt. 1945, War Crimes Reports, vol. I, (1947). Het IMT zou een jaar later tot een vergelijkbare conclusie komen ten aanzien van het bevel van Hitler dat geallieerde commando's standrechtelijk dienden te worden geëxecuteerd, zelfs indien zij trachtten zich over te geven. IMT, Deel 22, *supra*, noot 2, p. 450.

⁸⁶) Zie onder meer Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), *Lawless vs. Ierland*, 1 juli 1961, § 28.

⁸⁷) F. Hampson, "Human rights law liability for targeting decisions," voordracht gehouden dd. 20 oktober 2000 te San Remo (ongepubliceerd).

persoon om het leven komt.”)

Onder het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten is het recht op bewegingsvrijheid ex art. 12 één van de opschortbare rechten. Op 18 oktober 1999 heeft het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties een *General Comment* vastgesteld over art. 12, waarin wordt opgemerkt dat, behoudens de doelcriteria verwoord in art. 12(3) de bepaling “... includes protection against all forms of forced internal displacement” (§ 7). Beperkingen uit hoofde van de doelcriteria van lid 3 mogen de essentie van de bewegingsvrijheid niet aantasten: “... the relation between right and restriction, between norm and exception, must not be reversed.” (§ 13).⁸⁹⁾

Het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind kent geen opschortingsbepaling.⁹⁰⁾ Dit verdrag kent diverse bepalingen die het, bij elkaar genomen, nagenoeg onmogelijk maken om een kind, als bedoeld in dit Verdrag, te deporteren.”) Het is het enige 'n-ensenrechtelijke' verdrag dat een bepaling van humanitair recht (art. 38) kent.

5.5 Militaire noodzaak: naoorlogse jurisprudentie

Enkele rechterlijke uitspraken die van betekenis zijn voor de definiëring van militaire nood-zaak in relatie tot deportatie, willen wij hieronder noemen.

In het arrest *List and others (Hostages Trial)* werd geoordeeld over de grootschalige en opzettelijke vernieling van dorpen, bruggen e.d., evenals de verwijdering van de lokale bevolking uit de dunbevolkte Noorse provincie Finnmark, die in het arrest wordt aangeduid als evacuatie.”) De terugtrekkende Duitsers verwachtten eind 1944 een Sowjet-Russisch offensief - een offensief dat niet kwam. Het Tribunaal vonnistte: "But we are obliged to judge the situation as it appeared to the defendant at the time. If the facts were such as would justify the action by the exercise of judgement, after giving consideration to all the factors and existing possibilities, even though the conclusion reached may have been faulty, it cannot be said to be criminal. (...) We are not called upon to determine whether urgent military necessity for the devastation and destruction in the province of Finnmark actually existed. We are concerned with the question whether the defendant at the time of its occurrence acted within the limits of honest judgement on the basis of the conditions prevailing at the time.”⁹³⁾ Met betrekking tot de evacuatie van krijgsgevangenen werd in

”) ECRM, *McCann and others vs. UK*, 27 sept. 1995, inzake het doodschieten van drie IRA terroristen door Britse elite troepen (SAS) te Gibraltar in maart 1988. Vergl. het oordeel van de Human Rights Committee in de zaak *Pedro Pablo Camargo vs. Colombia*, Communication no. R 11/45, in 37 UNGAOR Supp. (No. 40) op blz. 146, UN Doc. A/37/40 (1982).

⁸⁹⁾ Herdrukt in: NJCM Bulletin, jrg. 25, mei/juni 2000, nr. 3, pp. 816 ev.

⁹⁰⁾ Ted van Baarda, "De rechtspositie van kinderen in gewapende conflicten," in: E. Verhellen, "Rechten van kinderen in de wereld. Verzamelde lezingen naar aanleiding van de postacademische vorming 'Rechten van het Kind,' Universiteit van Gent 1994-1995," (1996) pp. 70-71.

⁹¹⁾ Zie onder meer art. 3 (best interests of the child), art. 16 (protection of privacy) en art. 19 (abuse and neglect).

⁹²⁾ Amerikaans Militair Tribunaal te Nuremberg, *Hostages* arrest, 19 februari 1946, ILR vol. 15, pp. 648-649 en War Crimes Reports, vol. VIII (1949), pp. 68-69.

⁹³⁾ Het *Hostages* arrest behoeft enkele aantekeningen. De 'evacuatie' van de Noorse bevolking vond plaats in het kader van de tactiek van de verschoorde aarde. Met andere woorden, de 'evacuatie' vond niet plaats met het oog op de veiligheid van de lokale bevolking, maar vanwege een vermeende militaire noodzaak. In de tweede plaats is het sterk bekritiseerd door de Noorse regering omdat er te clement zou zijn gevonnist: het mag waar zijn geweest dat de Duitse generaal zich heeft vergist in de militaire beoordeling van de situatie in Finnmark, maar naarmate de maanden voorbij gingen zonder dat er een Sowjet offensief voelbaar werd, kon de Duitse rechtvaardigingsgrond moeilijker worden volgehouden. (Lees *verder* pagina 82)

het Von Weiszacker arrest (Ministries case) in feite dezelfde afweging gemaakt.⁹⁴⁾

In het Von Lewinski (Von Manstein) arrest werd geoordeeld over de gedwongen verplaatsing van de bevolking van delen van de dichtbevolkte Oekraïne in de zomer van 1944.⁹⁵⁾ De verdediging stelde dat het onjuist zou zijn de bevolking achter te laten omdat zij voor het Rode Leger wilden werken en dus was een - zoals het werd genoemd - "evacuatie" een militaire noodzaak geworden. De Judge Advocate was echter strikt in zijn samenvatting: "... the requirement is 'necessity' not 'advantage.' The second is that necessity must be an imperative one. For a retreating army to leave devastation in its wake may afford obvious disadvantages to the enemy and corresponding advantages to those in retreat. That fact alone, if the words in this article [bedoeld is artikel 23(g) van het Haagse Landoorlogreglement van 1907 - TvB] mean anything at all, cannot afford a justification. Were it to do so, the article would become meaningless." De Judge Advocate vervolgde: "... if it is to be defended at all, it must be on some other ground than military necessity.

It was argued that once it was established that devastation was justified then the deportation followed of necessity. To leave them in a devastated region would, it was suggested, be far worse than to move them out, although once any suggestion that the deportation was on humanitarian grounds was expressly repudiated" (onze cursivering). Helaas heeft de Judge Advocate echter vergeten op te merken dat de verdediging het paard achter de wagen gespannen had: alsof het redelijkerwijs mogelijk zou zijn legaal te evacueren nadat er opzettelijk een urgente humanitaire situatie was geschapen door het vernielen van woonhuizen.

Een interessante opmerking is gemaakt door de rechter Phillips in een concurring *opinion* bij het *Milch* arrest: "... international law has enunciated certain conditions under which the fact of deportation of civilians from one nation to another during time of war becomes a crime. If the transfer is carried out without legal title, as in the case where people are deported from a country occupied by an invader while the occupied enemy still has an army in the field and is still resisting, the deportation is contrary to international law. (...) The second condition under which deportation becomes a crime occurs when the purpose of the displacement is illegal, such as deportation for the purpose of compelling the deportees to manufacture weapons for use against their homeland or to be assimilated in the working economy of the occupying country. (...) The third and final condition under which deportation becomes illegal occurs when generally recognised standards of decency

(*Vervolg voetnoot*⁹³⁾ In de derde plaats gaat het, volgens deze rechterlijke uitspraak, niet om militaire noodzaak als zodanig, maar om de gerechtvaardigde perceptie daarvan door de verdachte, in de context van de militaire situatie van het betreffende moment. G. Best, "War & law since 1945" (1994) pp. 328-330. Deze visie is overgenomen door het Britse Militaire Tribunaal (zie hieronder). Zie tevens Downey, *supra*, noot 52, pp. 255-256, waar hij tot dezelfde conclusie komt, vooral op basis van het arrest *Michell vs. Harmony* (1851) van het Amerikaanse Hooggerechtshof; N.H.C. Dunbar, "Military necessity in war crimes trials," *British Yearbook of International Law*, 1952, p. 444, waar hij de Volkenbondscmissie inzake de Instigatoren van de Oorlog (1919) citeert. Bovendien is het van belang aan te tekenen dat het arrest is gewezen toen de Vierde Geneefse Conventie nog niet bestond. Vóór en tijdens de Tweede Wereldoorlog was de rechtsbescherming van de burgerbevolking minimaal: de Lieber Code als bron van gewoonterecht stelde grenzen die heden ondenkbaar zijn. Artikel 54(1) Eerste Protocol; vergl. Lieber Code, artikel 17: "War is not carried on by arms alone. It is lawful to starve the hostile belligerent, armed or unarmed, so that it leads to the speedier subjection of the enemy."

⁹⁴⁾ Amerikaanse Militair Tribunaal te Neurenberg, april 1949, *Von Weiszäcker* arrest (*Ministries case*), *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, vol. XIV, pp. 444-446.

⁹⁵⁾ Brits Militair Tribunaal te Hamburg, *Von Manstein* arrest, 19 december 1949, *ILR* vol. 16, pp. 512-523; Dunbar, *supra*, noot 93, p. 450.

and humanity are disregarded. This follows from the established principle of law that an otherwise permissible act becomes a crime when carried out in a criminal manner. A close study of the pertinent parts of Control Council law No. 10 strengthens the conclusions of the foregoing statements that deportation is criminal whenever there is no title in the deporting authority or whenever the deportation is characterised by inhumane or illegal methods.⁹⁶⁾ De concurring *opinion* van rechter Phillips is goedkeurend geciteerd in het Krupp arrest.⁹⁷⁾

Een opvallend oordeel werd gegeven in het arrest *N.V. Philips*.⁹⁸⁾ Er werd een interpretatie gegeven van 'militaire noodzaak' van art. 6(b) van het Handvest van het IMT die wij uitvoerig citeren:

"dat reeds uit den Engelsen tekst ervan valt af te leiden dat de slotwoorden 'not justified by military necessity' uitsluitend betrekking hebben op het daaraan voorafgaande woord 'devastation';

"dat immers dit laatste begrip in zoverre kleurloos is, dat het zowel geoorloofde als ongeoorloofde vernieling kan omvatten en de slotwoorden onmisbaar zijn om de als oorlogsmisdrijven aangemerkte vernielingen in het oorlogsrecht van de in het oorlogsrecht niet verbodene te onderscheiden;

"dat dit echter niet het geval is met de in den tekst daaraan voorafgaande begrippen 'wanton destruction' en 'plunder';

"dat toch deze beide begrippen geenszins kleurloos zijn, maar in oorlogsrechtelijke ontoelaatbaarheid in zich sluiten, zodat de slotwoorden 'not justified by military necessity' daarop niet betrekking kunnen hebben;

"dat deze zelfde slotsom onafwijsbaar is met betrekking tot den Fransen tekst van art. 6 onder b voornoemd ('le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires'), waarin de zuivertalkundig mogelijke betrekking van de slotwoorden 'que ne justifient pas les exigences militaires' ook op de voorafgaande woorden 'pillage' en 'destruction sans motif' niettemin op logische gronden onaanvaardbaar is;

"dat elke mogelijk nog overblijvende twijfel wordt uitgesloten door den Russischen tekst, waarin het woord 'razojenije' (vernieling) niet alleen van de voorafgaande onderdelen wordt gescheiden door een puntkomma, maar bovendien wordt gevolgd door 'njeoprawdannoje' (niet gerechtvaardigd), dat als een enkelvoudige taalkundige verbuigingsvorm ook taalkundig alleen op het onmiddellijk voorafgaande 'vernieling' kan slaan;

dat derhalve voor de strafbaarheid van de te laste gelegde plundering als oorlogsmisdrijf niet behoefde te worden gesteld en bewezen, dat zij niet door militaire noodzaak gerechtvaardigd was."

⁹⁶⁾ United States Military Tribunal, Milch arrest, 17 april 1947, War Crimes Reports, vol. VII (1948) pp. 45 - 47 en pp. 55 - 56, herdrukt in: ILR vol. 14, p. 302. Rechter Phillips vervolgde: "Article II(1)(c) of Control Council law No. 10 specifies certain crimes against humanity. Among those listed is the deportation of any civilian population. The general language of this subsection as applied to deportation indicates that Control Council Law No. 10 has unconditionally contended as a crime against humanity every instance of the deportation of civilians. Article II(1)(b) names deportation to slave labour as a war crime. Article II(1)(c) states that the enslavement of any civilian population is a crime against humanity. Thus Law No. 10 treats as separate crimes and different types of crime 'deportation to slave labour' and 'enslavement'. The Tribunal holds that the deportation, the transportation, the retention, the unlawful use and inhumane treatment of civilian populations by an occupying Power are crimes against humanity."

⁹⁷⁾ United States Military Tribunal, Krupp arrest, 30 juni 1948, ILR vol. 15, pp. 620 ev en War Crimes Reports, vol. X, pp. 144-145.

⁹⁸⁾ BRvC, 21 feb. 1949, NJ 1949, 438 (*N.V. Philips*).

Wie de Bijzondere Raad volgt in het *N.V. Philips* arrest, komt onvermijdelijk tot de conclusie dat de gehele discussie over militaire noodzaak in relatie tot deportaties in de context van art. 6(b) van het Handvest van IMT overbodig is. De verwijzing naar de puntkomma in de Russische tekst is hoogst opvallend.⁹⁹⁾ De formulering van artikel 2(g) van het Statuut van het Joegoslavië Tribunaal is interessant: militaire noodzaak wordt daar niet als rechtvaardigingsgrond voor deportatie genoemd. De formulering van art. 2(g) correspondeert niet met artt. 49 jo. 147 Vierde Geneefse Conventie, zonder dat de Secretaris Generaal hiervoor een verklaring geeft.¹⁰⁰⁾

Het arrest *Rauter*¹⁰¹⁾ is weinig behulpzaam. Voor zover thans van belang stelde requirant dat hij belast was met de zorg voor de openbare orde en veiligheid in het bezette Nederlandse gebied. De BRvC oordeelde dat dit argument faalt: requirant was gebonden aan de wetten en gebruiken van oorlog. De omstandigheid dat de inachtneming van die wetten en gebruiken er toe leidt dat een bezet gebied niet langer bezet kan worden gehouden, geeft requirant geen recht "... om door het volkenrecht ondubbelzinnig verboden handelingen te plegen, doch slechts aanleiding kan zijn tot ontruiming van een gedeelte of het geheel van het bezette gebied" (onze cursivering - TvB). De ongelukkige formulering van de gecureveerde zinsnede kan aanleiding geven tot een verschil van mening over de vraag wát de Bijzondere Raad bedoelt. Enerzijds kan bedoeld zijn: een ontruiming - in de zin van terugtrekken - van de beaettingstroepen zèlf. Anderzijds kan, gelet op de interpretatie die Schwarzenberger geeft aan de bevoegdheden van een bezettende macht (supra, blz. 18), worden gesteld dat de Bijzondere Raad een algehele ontruiming - in de zin van doen verlaten - op het oog heeft, dus inclusief de bevolking.¹⁰²⁾

Ook andere oordelen van de oorlogsstrafrechter geven de indruk dat hij moeite had met militaire noodzaak als rechtvaardigingsgrond.¹⁰³⁾

Onder de Europese Conventie voor de Rechten van de Mens (ECRM) kan, door het Europese Hof, niet geoordeeld worden over de rechtvaardigingsgrond van militaire noodzaak. Op conceptueel niveau is het arrest *Ergi vs. Turkije* desondanks relevant.¹⁰⁴⁾ Toen in september 1993 Koerdische guerrilla's van de PKK door de Turkse gendarmerie nabij een dorp in een hinderlaag werden gelokt, verloor een burgervrouw het leven. Zowel de (voormalige) Europese Commissie als het Europese Hof constateerden dat er bij het leggen van de hinderlaag onvoldoende zorg was betracht voor de veiligheid van de bevolking. Bovendien was er geen adequaat onderzoek geweest na de dood van mevrouw Ergi, zodat een schending van art. 2 ECRM (recht op leven) werd geconstateerd. Met name wanneer dodelijk geweld wordt gebruikt oordeelt het Hof niet alleen over de betreffende overheidsdienaren, maar ook over alle verdere omstandigheden, zoals de planning en executie

⁹⁹⁾ Algemeen bekend is immers dat er een verschil was terzake van een puntkomma in de Engelstalige, Franstalige en Russischtalige teksten van artikel 6(c); een verschil dat officieel is gerectificeerd. Van een verschil terzake van een puntkomma in artikel 6(b) wordt in de vakpers nergens melding gemaakt.

¹⁰⁰⁾ S/25704, 3 mei 1993, §§ 37 ev.

¹⁰¹⁾ *Supra*, noot 85.

¹⁰²⁾ Zie tevens Pictet, *supra*, noot 39, waar hij op blz. 280 opmerkt dat art. 49(2) Vierde Geneefse Conventie de bezettende mogelijkheid de bevoegdheid verschaft "... to evacuate an occupied territory wholly or partly."

¹⁰³⁾ General Tribunal at Rastadt of the Military Government for the French Zone of Occupation of Germany, *Roehlin and others*, 30 juni 1948, ILR vol. 15, p. 406; United States Military Tribunal, 22 december 1947, *Flick* arrest, War Crimes Reports, vol IX en ILR vol. 14, p. 270; United States Military Tribunal, *Von Leeb (German High Command)* arrest, 28 oktober 1948, ILR vol. 15, p. 394.

¹⁰⁴⁾ EHRM, *Ergi vs. Turkije*, 28 juli 1998.

van de operatie, zodat "... the responsibility of the State is not confined to circumstances where there is significant evidence that misdirected fire from agents of the State has killed a civilian. It may also be engaged where they fail to take all feasible precautions in the choice of means and methods of a security operation mounted against an opposing group with a view to avoiding and, in any event, to minimising incidental loss of life" (§ 79).¹⁰⁵⁾

5.6 Militaire noodzaak: een beoordeling

Op basis van de *Hostages en Von Manstein* arresten concludeert De Zayas dat het beroep op militaire noodzaak is beperkt tot "... situations where the army commanders judge that the safety of the civilian population requires that they be removed from the battle zone, and not when the same army commanders decide that military advantage would be gained by removing the population and scorching the earth behind them."¹⁰⁶⁾ Henckaerts schrijft naar aanleiding van deze twee arresten dat "... it is apparent that the defence of military necessity (...) is restricted to situations in which the army commanders judge that the safety of the civilian population requires that they may be removed from the battle zone or the scorched earth area, and not when the same army commanders decide that military advantage would be gained by removing the population."¹⁰⁷⁾

Wij delen deze beoordelingen. Het blijkt dat de twee rechtvaardigingsgronden niet dezelfde betekenis hebben. Aan de eerst genoemde rechtvaardigingsgrond kan een zelfstandige betekenis worden toegekend, terwijl de tweede rechtvaardigingsgrond hooguit een accessoire betekenis heeft. Toegegeven, onze interpretatie wordt niet geheel gedekt door de letter van artikel 49(2) Vierde Geneefse Conventie of artikel 17(1) Tweede Protocol. In beide bepalingen wordt het woord "or" gebruikt wanneer de twee rechtvaardigingsgronden worden genoemd. Dat suggereert een nevenschikking. Toch is het moeilijk aan de rechtvaardigingsgrond van militaire noodzaak een zelfstandige betekenis toe te kennen: alsof een situatie van militaire noodzaak zou kunnen bestaan zonder dat tevens de veiligheid van de lokale bevolking in het geding zou zijn.

Anders dan het geval is met andere bepalingen van de vier Geneefse Conventies en twee Aanvullende Protocollen waarin de rechtvaardigingsgrond van militaire noodzaak voorkomt, is het ten aanzien van de artikelen 49(2) Vierde Geneefse Conventie en 17(1) Tweede Protocol niet mogelijk dat militaire noodzaak gerelateerd wordt aan het behalen van de overwinning. Een redelijke interpretatie vanuit de systematiek van het internationaal humanitair recht brengt met zich mee dat militaire noodzaak hier wordt gelezen in een gewijzigde betekenis, namelijk de noodzaak de bevolking te evacueren omdat anders de veiligheid van die bevolking niet langer door de strijdkrachten kan worden gegarandeerd, gelet op het verloop van de gevechten ter plaatse.¹⁰⁸⁾ Onze interpretatie vindt steun in de zinsnede "...unless they are evacuations intended, on account of military operations, to

¹⁰⁵⁾ Meerdere arresten u.h.v. artikel 2 ECRM zijn voor de krijgsmacht van belang, waaronder het reeds genoemde *McCann* arrest, *supra*, noot 88 of de statenklacht *Cyprus vs. Turkije* naar aanleiding van twaalf gedode Grieks-Cypriotische burgers bij de Turkse invasie van 1974: Eur. Commissie, 4 EHRR, pp. 535-536.

¹⁰⁶⁾ de Zayas, *supra*, noot 26, p. 219.

¹⁰⁷⁾ Henckaerts, *supra*, noot 4, p. 475.

¹⁰⁸⁾ Vergl. Schwarzenberger, *supra*, noot 3. Vergl. voorts Kruls, *supra*, noot 67, p. 222. Hij schrijft met betrekking tot de bevrijding van Nederland dat "... de evacuatie, evenals trouwens de repatriëring, een eminent militair belang had. Zowel de evacuatie als repatriëring raken de verhouding van de militairen tot de burgerbevolkingen het was juist (...) de taak van het Militair Gezag te zorgen, dat het optreden van de operationele onderdelen zo min mogelijk bezwaarlijk was voor de burgerbevolking die van haar kant de operaties niet mocht belemmeren."

ensure the security of the inhabitants”, van art. 19 van de Tokyo Draft.¹⁰⁹⁾ De term 'militaire noodzaak' is vervangen door "on account of military operations", en is ondergeschikt gemaakt aan het doelcriterium van de veiligheid van de bevolking.

Militaire noodzaak is een beoordeling van de militaire situatie op een bepaalde locatie en op een bepaald tijdstip. De vraag welke feiten bij die beoordeling worden betrokken en welk belang aan die feiten moet worden toegekend, zal sterk afhankelijk zijn van de tactische opportuniteit op het slagveld en van de zienswijze van de commandant ter plaatse. Zoals reeds bleek in de "Dialoog der Meliërs" is de term dus buitengewoon flexibel. Het rechtsbeschermende karakter van de tweede rechtvaardigingsgrond wordt daardoor betrekkelijk zwak.¹¹⁰⁾

De eerste rechtvaardigingsgrond - de veiligheid van de lokale bevolking - kan zonder meer onafhankelijk van de tweede worden gelezen. Een evacuatie kan noodzakelijk worden om redenen van volksgezondheid, ook als die niet het onmiddellijke gevolg zijn van de gevechten. Men denke aan het risico van een epidemie onder vluchtelingen die in de open lucht bivakkeren zonder sanitaire voorzieningen, een mogelijke vulkaanuitbarsting nabij een vluchtelingenkamp (Goma, Oost Zaïre) en dergelijke. In deze optiek is de eerste rechtvaardigingsgrond het genus en is de tweede rechtvaardigingsgrond weinig meer dan een species daarvan.

Gegeven bovenstaande overwegingen lijkt het aannemelijk dat de rechtvaardigingsgrond van militaire noodzaak in art. 49(2) Vierde Geneefse Conventie en art. 17(2) Tweede Protocol geen zelfstandige betekenis kan hebben naast en onafhankelijk van de rechtvaardigingsgrond van de veiligheid van de lokale bevolking. Ongetwijfeld komt het regelmatig voor dat er een wezenlijk militair voordeel te behalen valt in het verwijderen van de bevolking uit een bepaald gebiedsdeel. In dicht bevolkte gebieden is de aanwezigheid van burgers de belangrijkste hindernis voor militaire manoeuvres. Niettemin is evacuatie slechts toegelaten indien en voor zover aan het humanitaire oogmerk van veiligheid en welzijn van de bevolking is voldaan. Zodra dit aan laatst genoemde criterium is voldaan, zal aangetoond moeten worden dat de militaire redenen een noodzakelijkheid inhielden en niet slechts een tactisch voordeel. In dat verband kan worden herinnerd aan het proportionaliteitsbeginsel. Een evacuatie is namelijk niet altijd zonder risico: ze moet onder chaotische omstandigheden worden uitgevoerd waarbij het risico dat de zwakkeren onder de voet gelopen worden niet denkbeeldig is. Grootschalige evacuaties veroorzaken verkeersopstoppingen, waardoor de evacués langer dan wenselijk is kwetsbaar zijn voor slechte weersomstandigheden, verdwaalde kogels, enz.") Het gevolg is dat de risico's die verbonden zijn aan een eventuele evacuatie afgewogen moeten worden tegen de risico's van het blijven zitten op de oorspronkelijke locatie: indien de risico's van de geplande evacuatie voorzienbaar groter zijn, kan ons inziens de legaliteit er van ter discussie worden gesteld.¹¹²⁾

¹⁰⁹⁾ Geciteerd in noot 39. Helaas is alleen dit deel van art. 19 goed geredigeerd.

¹¹⁰⁾ Het zal voor de rechter tijdens de terechtzitting, soms jaren na dato, moeilijk zijn om te reconstrueren of er op een bepaalde locatie, op een bepaald tijdstip militaire noodzaak aanwezig was. Op het strategische niveau heeft de rechter hier al moeite mee - getuige het *Hostages* arrest - en hoe meer men afdaalt naar het tactische of zelfs technische niveau in de commandolijn (*supra* blz. 14), hoe moeilijker het wordt. Daar komt bij dat voorkomen moet worden dat de strafrechter op de stoel van de commandant gaat zitten en al diens beslissingen gaat heroverwegen.

¹¹¹⁾ Art. 49(5) Vierde Geneefse Conventie.

¹¹²⁾ "The duty to evacuate does not exist when the dangers from evacuation are greater than those to be apprehended if the evacuation does not take place," aldus de rechter met betrekking tot het krijsgesvangenenverdrag van 1929. "The Geneva Convention requires evacuation in order to ensure the safety of the prisoner. Where this objective is not attainable the duty to evacuation ceases." *Von Weiszäcker* arrest, *supra*, noot 94, pp. 444-445.

5.7 Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens

In tegenstelling tot de Geneefse Conventies kent de Europese Conventie tot Bescherming van de Rechten van de Mens geen expliciet verbod op deportatie. Toch hebben de (voormalige) Europese Commissie en het Europese Hof in een aantal zaken relevante uitspraken gedaan. De artikelen 3 (verbod op wrede en onmenselijke behandeling), art. 8 (respect voor het privé en gezinsleven) en art. 1 van Protocol nr. I op de Europese Conventie (recht op vreedzaam genot van privé eigendom) kunnen van belang zijn in casus waar het gaat om de antiguerrilla tactiek van het ontvolken van het platteland.

In het Akdivar arrest¹¹³⁾ woonden de eisers in het door Koerdische guerrilla-activiteiten geplaagde deel van oostelijk Turkije. Nadat de PKK in 1992 een tweetal aanvallen had gepleegd op 'hun' dorp, lanceerde het Turkse leger een tegenaanval. Bij de tegenaanval werden negen woningen door het leger verbrand, met als gevolg dat de inwoners, dakloos geworden, genoodzaakt waren te verhuizen. Het Hof constateert dat de Turkse regering geen rechtvaardigingsgrond wist aan te voeren: er was sprake van een schending van art. 8 ECRM alsmede art. 1 van Protocol nr. I.

In de zaak *Mentes*¹¹⁴⁾ ging in juni 1993 een grote eenheid gendarmes het dorp binnen waar eisers woonden. De inwoners werden naar het schoolplein geleid, waarschijnlijk om ondervraagd te worden over de PKK. In één wijk werden de huizen in brand gestoken zodat alle bezittingen, inclusief kleding en schoeisel, in vlammen opging. De drie eisers en hun gezinsleden, inclusief kinderen, werden genoodzaakt tien uur te lopen naar de snelweg alvorens vervoer te krijgen naar Diyarbakir. De Europese Commissie constateerde dat de "eviction from their village" alsmede het verbranden van hun huizen een daad van geweld en vernieling constitueerde "... in utter disregard of the safety and welfare of the applicants" (§ 76). Ook constateerden Commissie en Hof een schending van art. 8.

In tenslotte de casuspositie *Selçuk en Asker vs. Turkije*¹¹⁵⁾ hebben de Turkse strijdkrachten een aantal bewoonde huizen in brand gestoken op grond van het argument dat leden van de PKK er soms de nacht zouden doorbrengen. De bewoners kregen opdracht hun bezittingen bij elkaar te zoeken, maar terwijl ze daarmee bezig waren werden de huizen reeds in brand gestoken. De bewoners werd verhinderd hun huisraad te redden en de soldaten dwongen hen toe te kijken hoe hun huizen in de as gelegd werden. Het Hof stelde vast dat zelfs onder de moeilijkste omstandigheden, zoals het bestrijden van terreur en misdaad, de Europese Conventie martelingen en wrede behandeling verbiedt. De klagers hebben hun hele leven in het dorp gewoond en de brand beroofde hun niet alleen van hun onderdak en hun middelen van bestaan, maar dwong hen ook het dorp te verlaten. Hun protesten werden genegeerd en de overheid bood hen na de branden geen enkele voorziening. Het gedrag van de Turkse soldaten wordt door het Hof aangemerkt als een schending van art. 3. Zelfs indien het feitelijk juist zou zijn geweest dat de verbranding van de huizen daadwerkelijk diende ter bestrijding van PKK activiteiten - hetgeen in het midden gelaten wordt - dan nóg zou dit geen rechtvaardiging zijn, aldus het Hof, voor het optreden van de soldaten.

6. Voorlopige conclusie

Teneinde legaal te zijn lijkt een onvrijwillige evacuatie te moeten voldoen aan tenminste

¹¹³⁾ EHRM, *Akdivar et.al. vs. Turkije*, 30 augustus 1996, § 88.

¹¹⁴⁾ EHRM, *Mentes et.al. vs. Turkije*, 28 november 1997.

¹¹⁵⁾ EHRM, *Selçuk en Asker vs. Turkije*, 24 april 1998.

de volgende eisen:¹¹⁶⁾

1. de evacuatie dient een juridische grondslag te hebben in de (inter-)nationale rechtsnormen (geldige titel);¹¹⁷⁾
2. de evacuatie is gespeend van discriminatoire overwegingen;¹¹⁸⁾
3. de humanitaire bescherming van de bevolking kan niet worden bewerkstelligd door minder ingrijpende maatregelen;")
4. beschermde personen mogen niet worden verplaatst naar gebieden die buiten het bezette gebied liggen, tenzij het feitelijk onmogelijk is zulks te vermijden;¹²⁰⁾
5. militaire noodzaak als rechtvaardigingsgrond heeft slechts een accessoire betekenis ten opzichte van de veiligheid van de bevolking;
6. de modaliteiten van de evacuatie zijn in overeenstemming met de daartoe geldende internationale normen zoals "... shelter, hygiene, health, safety and nutrition;"¹²¹⁾
7. de evacuatie wordt uitgevoerd in overeenstemming met de daartoe geldende humanitair-rechtelijke normen van procedurele aard, meer in het bijzonder het toezicht van de (substituut) Beschermende Mogendheid;¹²²⁾
8. naar mate de gevechten voortduren en het accent ervan wellicht verschuift naar een ander gebied, ligt de bewijslast bij de evacuerende autoriteit om aan te tonen dat de voortdurende van de evacuatie steeds blijft vallen binnen de genoemde condities."")

Einde eerste deel. Het tweede deel verschijnt in de volgende aflevering.

¹¹⁶⁾ Vergl. Stravopoulou, *supra*, noot 27, p. 552: "When interpreted and drawn together, human rights standards provide that evictions, transfers, relocations or expulsions cannot be invidiously discriminatory and may be undertaken only in the specific circumstances provided for in international law and on the basis of a specific decision by a state authority expressly empowered to do so. It should normally be expected that individual reviews of each case are conducted and individual administrative actions issued, with the limited exception of genuine emergencies where immediate evacuation may be unavoidable or even imperative. In the absence of such guarantees, such measures would be arbitrary and therefore unlawful. Questions of state responsibility arise in the case of illegal forced movements attributable to the state" (voetnoten weggelaten - TvB).

¹¹⁷⁾ De eerste conditie van rechter Phillips. Vergl. art. 12 Internationaal Verdrag inz. Burgerlijke en Politieke Rechten alsmede het General Comment van het Mensenrechtencomité, *supra*, noot 89.

¹¹⁸⁾ De tweede conditie van rechter Phillips; G. Schwarzenberger, "General principles of law as applied by international courts and tribunals," (1987), p.36.

¹¹⁹⁾ Deze uitwerking van het proportionaliteitsbeginsel wordt genoemd in de Roehlin zaak; zie voorts: L.C. Green, "The contemporary law of armed conflict," (1996) pp. 328, 330 ev; Bijzonder Gerechtshof Arnhem, 2 juni 1948, NOR 1948, 1309i (Fullriede) op blz. 562, l.k; Ressler, UNICEF en UNHCR, *supra*, noot 9. Eén van de consequenties van het proportionaliteitsbeginsel is dat de maatregel in geografisch opzicht beperkt moet zijn. Alleen personen binnen een specifiek gebied mogen worden geëvacueerd.

¹²⁰⁾ Art. 49 lid 2, tweede volzin, vierde Geneefse Conventie.

¹²¹⁾ Derde conditie van rechter Phillips; Turku Declaratie, Am. Journal of International Law, vol 89, 1995, p. 221.

¹²²⁾ Zie de art. 78(1) Eerste Protocol, art. 126(1) Derde Geneefse Conventie artt. 49(4) en 143(1) Vierde Geneefse Conventie.

¹²³⁾ De kritiek van Noorwegen op het *Finnmark* arrest; Deng, *supra*, noot 27, § 230.

Auteursaanwijzingen

Bijdragen voor het Militair Rechtelijk Tijdschrift worden aangeleverd op schrift alsmede zo mogelijk op diskette met gebruikmaking van het WP-programma of Microsoft Word. Auteurs worden verzocht om de volgende richtlijnen in acht te nemen:

Geén afbreekstreepjes gebruiken.

Geen tabs, inspringingen of verschillende lettertypes gebruiken.

Zo weinig mogelijk 'opmaken' van de tekst, doch zoveel mogelijk achter elkaar door typen.

Slechts bij het begin van een nieuwe alinea 'Enter' gebruiken.

REDACTIECOMMISSIE:

Voorzitter	Mr A.J.T. Durenberg , Generaal-majoor Klu b.d.
Secretaris/penningmeester	Mr J.F. Stinissen , Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst;
Leden:	
voor de Koninklijke landmacht:	Mr A. C. Zuidema , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke luchtmacht:	Mr S. van Groningen , Commodore der Koninklijke luchtmacht;
voor de Koninklijke marine:	Mr P.J. Schreuder , Kapitein ter zee van administratie;
voor de Centrale Organisatie:	Mr J.J. Buirma , Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Mr <i>G.L. Coolen</i> .	Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Prof. Dr. <i>T.D. Gill</i>	Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht en bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Mr <i>N. Jörg</i> ,	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden;
Prof. Mr <i>Th. A. de Roos</i> .	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden;
Mr <i>W.J. Schmitz</i> ,	Adjunct Hoofd USZO Defensie van de Uitvoeringsinstelling Sociale Zekerheid Overheids- en onderwijspersoneel;
Mr <i>G.F. Walgemoed</i> ,	Kolonel van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	NAPO 801-MS12, 3509 VP Utrecht

VASTE MEDEWERKERS:

- Mr *Th. J. Clarenbeek*, Oud-Coördinerend-vice-president van de Arrondissementsrechtbank te Utrecht, res. Kolonel van de Militair Juridische Dienst b.d.;
- Prof. Mr *N. Keijzer*, Raadsheer in buitengewone dienst van de Hoge Raad der Nederlanden en em. hoogleraar Internationaal Strafrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant.
- Prof. Dr *R.A. Lawson*, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.

WIJZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt in 10 afleveringen per jaar

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1 2002 E 35. Men abonneert zich voor tenminste één jaargang bij de Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, 's-Gravenhage, of bij zijn boekhandelaar. Losse afleveringen zijn verkrijgbaar tegen de prijs van E 3,93. Tevens zijn verzamelbanden te verkrijgen tegen de prijs van E 20,45. Nadere informatie omtrent bestellingen: Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, afdeling abonnementen, telefoon 070-3789887.

De schrijvers van bijdragen van meer dan 1 pagina ontvangen een honorarium van E 35 per pagina tot een maximum van E 230 per aflevering, benevens 5 present-exemplaren van de desbetreffende aflevering van het Tijdschrift. Het auteursrecht wordt met de publikatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Kennisgeving van adreswijziging (uitsluitend betalende abonnees) te richten tot Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, Postbus 20014, 2500 EA 's-Gravenhage. Telefoon (070) 3789887, fax (070) 3789783. Zij die het tijdschrift van rijkswege verstrekten krijgen dienen zich voor kennisgeving van adreswijziging te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren.

Dit tijdschrift, sedert mei 1903 verschenen onder de titel „Militaire Jurisprudentie”, wordt sedert juli 1905, met onderbreking van juli 1943 tot januari 1946, uitgegeven onder de titel „Militair Rechtelijk Tijdschrift”

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCV

Maart 2002

Aflevering

3

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

Deportatie is verboden, evacuatie niet. Maar, wat is het verschil?; door Dr. Th.A. van Baarda (tweede deel).....	89
Humanitair overwinnaarsrecht?! De status van gevangen genomen Al Qaeda-strijders in het humanitair oorlogsrecht; door Mr. H.J.J. Talsma.....	120
De gedetineerden in Guantánamo en het Internationale Humanitaire Recht; door Prof. dr. T.D. Gill.....	125

Bestuursrechtspraak

CRvB 28.06.01	Tegen een op verzoek gegeven uitleg staat geen beroep open	
	Verzoek om reistijd aan te merken als arbeidsduur wordt gemotiveerd afgewezen. Gezien strekking van het verzoek kan afwijzing niet worden aangemerkt als een besluit in de zin van de Awb. (Naschrift G.L.C.).....	128

Wetgeving

Overzicht tot stand gekomen en aanhangige wetgeving; door Mr. J.B. Miete.....	131
---	-----

De met een * gemerkte uitspraken zijn voor commandanten van belang voor de dagelijkse praktijk.

Annotatoren:	C.	- Mr Th. J. Clarenbeek
	G.L.C.	- Prof. mr G.L. Coolen
	M.M.D	- Mr M.M. Dolman
	J.R.G.J.	- Mr J.R.G. Jofriet
	N.J.	- Mr N. Jörg
	de R.	- Prof. mr Th. A. de Roos
	W.J.S.	- Mr W.J. Schmitz
	W.H.V.	- Mr W.H. Vermeer
	G.F.W.	- Mr G.F. Walgemoed

Tweede deel van: Deportatie is verboden, evacuatie niet. Maar; wat is het verschil?; door Dr. Th. A. van Baarda"

7. Het dilemma: evacuatie of deportatie?

7.1 Medewerking met deportatie? Enkele ethische en juridische overwegingen

De vraag is thans of het ethisch en juridisch toelaatbaar is dat een vredesmacht of humanitaire organisatie meewerkt aan een noodzakelijke verplaatsing van de bevolking, indien het onzeker is of er voldoende termen aanwezig zijn om de verplaatsing te kwalificeren als evacuatie. Bij de beantwoording van de vraag is het van belang het onderscheid tussen combattanten en non-combattanten in het oog te houden. De norm-adressaten van de Geneefse Conventies en Protocollen zijn primair overheden en de aan hun toezicht onderworpen combattanten. De tweede rechtvaardigingsgrond kan dus alleen door combattanten worden ingeroepen. Het is immers moeilijk denkbaar dat anderen dan combattanten een noodzaak kennen de overwinning te behalen. Van de zeven eisen zijn de nummers 5, 7 en 8 logischerwijze alleen op de strijdende partijen van toepassing (zie paragraaf 6). Het voorgaande neemt niet weg dat ook non-combattanten en burgers mee kunnen werken aan deportaties¹²⁴) en dus oorlogsmisdrijven¹²⁵) kunnen plegen - evenals uiteraard medisch personeel.¹²⁶)

Nu de rechter zich (nog?) niet over de vraag van de toelaatbaarheid heeft uitgelaten, wordt de discussie vooral gevoerd op het terrein van de ethiek. Het mag op voorhand worden toegegeven dat het beoordelen van dergelijke hartverscheurende dilemma's heel wat gemakkelijker is vanuit de veilige studeerkamer in Nederland dan wanneer

¹²⁴) BRvC 21 nov. 1949, NOR 1949, 1625 (*Fachberater*). Zie tevens het arrest *Gustav Alfred Jensen et al.*, British Military Court at Luneburg, 13-23 augustus 1946, War Crimes Reports, vol. XV, (1949) pp. 46 en 172-173.

¹²⁵) In de strafzaak tegen Alfred Krupp, van de bekende staalfabrieken, werd overwogen: "The laws and customs of war are binding no less upon private individuals than upon government officials and military personnel. In case they are violated there may be a difference in the degree of guilt (...) but none in the fact of guilt." Zie het *Krupp* arrest, *supra*, noot 97, War Crimes Reports, vol. X, p. 150. Voorts: *US vs. Kurt Goebell et al.*, *Borkum Island* arrest, 14 sept. 1948, Report of the Survey of Trials of War Crimes at Dachau (the Simpson Report) zaak nr. 12-489 als geciteerd door J.J. Paust, "International Criminal Law - cases and materials" (1996) p. 27; British Military Court at Essen, *Essen lynching* arrest, 18-19 en 21 - 22 dec. 1945, War Crimes Reports vol. I (1947); British Military Court at Hamburg, *Zyklon B* arrest, 8 maart 1946, War Crimes Reports vol. I, (1947); British Military Court at Almelo, Holland, 24- 26 nov. 1945, *The Almelo Trial*, in re: *Sanrock et al.*, War Crimes Reports, vol. 1 (1947). In deze zaken ging het om het punt dat burgers oorlogsmisdrijven kunnen plegen - een misdrijf dat betrekking heeft op internationale gewapende conflicten. In het *Akayasu* arrest, *supra*, noot 29, §§ 633-634 is vastgesteld dat burgers aansprakelijk gesteld kunnen worden voor schendingen van het humanitaire recht dat zij plegen in niet-internationale gewapende conflicten.

¹²⁶) Een arts die uit eigener beweging de medische zorg voor Poolse en Russische zuigelingen op zich neemt en na enige weken nalatig wordt in de uitoefening van die zorg, niet protesteert tegen de smerige leefomstandigheden van de zuigelingen en desondanks overlijdensakten zonder commentaar ondertekent, pleegt een oorlogsmisdrijf wegens nalatigheid. Zie: *Velpke baby home trial*, British Military Court at Brunswick, 20 maart - 3 april 1946, War Crimes Reports vol. VII, pp. 76 ev. (samenvatting) en volledig herdrukt in: D. Maxwell Fyfe (red.), "War Crimes Trials," vol. VII (1950). In het *Peleus* arrest, *supra*, noot 85, werd de scheepsarts van een Duitse onderzeeër veroordeeld omdat hij met een machinegeweer het vuur opende op de drenkelingen van een getorpedeerd schip. Zie voorts: Amerikaans Militair Tribunaal te Neurenberg, in re: *Karl Brandt et al.* (*Medical case*) 19 augustus 1947, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals, vol. II, tevens samengevat in War Crimes Reports, vol. VII, pp. 49-50.

men in het veld staat. Hulpverleners en blauwhelmen zijn het slachtoffer geworden van de mythe dat een buitenlandse aanwezigheid op het slagveld voldoende zou zijn om het beleid van gedwongen volksverhuizingen stoppen."")

Tijdens de Joegoslavische burgeroorlog was het uitgangspunt van UNHCR (United Nations High Commissioner for Refugees) gelegen in het voorkómen van de etnische schoonmaak: "the overriding principle (...) should be to bring safety to the people, rather than to bring the people to safety."") In een oorlog echter, waarin gedwongen volksverhuizingen niet een nevenverschijnsel waren maar daarentegen het oogmerk van de strijd,¹²⁷⁾ was dit geen haalbare kaart. In 1992 zei de Hoge Commissaris voor de Vluchtelingen, mevrouw Ogata: "In the context of a conflict which has as its very objective the displacement of people we find ourselves confronted with a major dilemma. To what extent do we persuade people to remain where they are, when that could well jeopardise their lives and liberties? On the other hand, if we help them to move, do we not become an accomplice to 'ethnic cleansing'?"¹³⁰⁾

Hoewel de woorden van Ogata betrekkelijk recent zijn, geldt dat niet voor het dilemma dat zij bespreekt. Verschillende auteurs, waaronder Van Bergen, Vichniac en Favez, herinneren er aan dat het Rode Kruis met het dilemma reeds geconfronteerd werd in de context van de Holocaust."") Zoals bekend, is het ICRC (International Committee of the Red Cross) verweten dat het, omwille van de handhaving van haar neutraliteit, zich onvoldoende heeft ingezet om de jodenvervolgving te frustreren "... of op zijn minst in een lagere versnelling te krijgen ...," door nadrukkelijk en openlijk protest.¹³²⁾ Van Bergen geeft in zijn kritische, grondig gedocumenteerde betoog aan dat het Nederlandse Rode Kruis weinig of niets zou hebben gedaan voor Joodse inwoners en krijgsgevangenen. Eén van de voorbeelden die hij noemt is dat het Nederlandse Rode Kruis ondanks verzoeken van de Joodsche Raad, geen rode kruispakketten zou hebben gestuurd naar Joods-Nederlandse geïnterneerden. De strekking van zijn betoog is dat het niet verzachten van het leed van hen, die in handen van de vijand zijn gevallen, laakbaar is. Het is interessant een vergelijking te maken tussen enerzijds, de kritiek op de rol van het Nederlandse Rode Kruis toen, met anderzijds de felle discussie nu over de rol van enkele Nederlandse soldaten die

¹²⁷⁾ E.D. Mooney, "Presence, ergo protection?" in: *International Journal of Refugee Law*, vol 7, 1995. Overigens kan het geen kwaad er aan te herinneren dat de opvatting dat er sprake is van een mythe, typisch een product is van de jaren negentig. In de daaraan voorafgaande decennia werd er geheel anders over gedacht. Zo schreef de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties in zijn *Annual Report of the Organisation* in 1980: "A relatively small United Nations presence can have a calming effect on a violent situation out of all proportion to its numbers, armaments or military capacity. (...) Clearly the authority of the Security Council must be respected, and the principle of national sovereignty must be strictly observed. On this basis I believe however, that Member States might consider the possibilities of extending in some form the Organisation's very considerable experience of peace-keeping into humanitarian emergencies where conditions call urgently for an element of security." Goedkeurend geciteerd door Saddrudin Aga Khan, "Study on human rights and mass exodus," E/CN.4/1503, 31 december 1981, p. 51.

¹²⁸⁾ Mooney, *supra*, noot 127, blz. 420; zie voorts *infra*, noot 130, pp. 65-66.

¹²⁹⁾ Tadeusz Mazowiecki, E/CN.4/1992/S-1/10, 27 oktober 1992.

¹³⁰⁾ Geciteerd in: Larry Minear e.a., "Humanitarian action in the former Yugoslavia: the U.N.'s role 1991-1993," *Occasional Paper # 18*, p. 64.

¹³¹⁾ L. van Bergen, "De zwaar gewonden eerst? Het Nederlandse Rode Kruis en het vraagstuk van oorlog en vrede 1867-1945," (diss, 1994); I. Vichniac, "Croix-rouge: les stratégies de la bonne conscience," (1988); J.-C. Favez, "Une mission impossible? Le CICR, les deportations et les camps de concentration nazis," (1988).

¹³²⁾ W. Laqueur, geciteerd door Van Bergen, *idem*, blz. 384.

Moslim vrouwen in Srebrenica een slokje water gaven en hielpen in te stappen in de Bosnisch-Servische bussen: indertijd werden rode kruispakketten niet verstrekt, waarbij overwegingen van neutraliteit hebben geleid tot een te grote afzijdigheid. In 1995 is door enkele Nederlandse soldaten wèl (sterk geïmproviseerde) hulp verstrekt, wat hun op het verwijt kwam te staan dat hun betrokkenheid neerkwam op collaboratie.

De herhaaldelijke en opzettelijke schendingen van het humanitaire recht hebben geleid tot een herbezinning bij humanitaire hulporganisaties over hun fundamentele waarden **enuitgangspunten**.¹³³⁾ Grondslag voor de herbezinning is het dilemma dat humanitaire assistentie en protectie als gevolg van misbruik de strijd prolongeren: "We have chosen to respond to major unlawful violence, not by stopping that violence, but by trying to provide relief to the suffering. But our choice of policy allows the suffering to continue," aldus Higgins.¹³⁴⁾ Slim leidt hieruit af dat de stilzwijgende veronderstelling dat 'humanitaire hulp verlenen' op één lijn staat met 'het goede doen,' ter discussie gesteld moet worden. "The notion that 'being humanitarian' and 'doing good' are somehow inevitably the same is a hard one to shake off. For many people, it is almost counterintuitive to have to consider that humanitarian action may also have a dark side which compromises as well as helps the people whose suffering it seeks to assuage. (...) [A]ny intervention in the midst of man's inhumanity to man is also likely to threaten the moral integrity of the helper."¹³⁵⁾

De genoemde herbezinning vond aanvankelijk plaats vanuit de deontologische ethiek. Centraal stond het zgn. humanitaire categorische imperatief, dat "... in its purest form states that humanitarianism is only about saving lives and reducing suffering, and that no other consideration may override this principle."¹³⁶⁾ Naderhand is de aandacht verschoven naar een meer pragmatische benadering.¹³⁷⁾

Voor zowel humanitaire hulporganisaties als vredes machten ontstaat de behoefte aan ijkpunten die een antwoord geven op de vraag in hoeverre het ethisch en juridisch toelaatbaar is mee te werken aan het vervoer van de civiele bevolking onder druk van een mededogenloze autoriteit. Eén van de belangrijkste criteria aan de hand waarvan dit beoordeeld kan worden, betreft de vragen wiens belang de maatregel beoogt te dienen (supra, blz. 65)

¹³³⁾ Dit heeft onder meer geleid tot diverse nieuwe codes, namelijk het "Protocol on the right to humanitarian assistance in conflict situations," uitgegeven door de Stichting Oecumenische Hulp (1992); de "Guiding principles on the Right to Humanitarian Assistance," San Remo (1992); de "Code of Conduct for the International Red Cross and Red Crescent Movement and Non-Governmental Organisations," uitgegeven door het ICRC (1993); de "Mohonk Criteria for Humanitarian Assistance in Complex Emergencies," World Conference on Religion and Peace (1994); "The people in aid code of best practice in the management and support of aid personnel," Relief and Rehabilitation Network, paper no. 20, feb. 1997; en tenslotte de "Guiding Principles on Internal Displacement," OCHA (1998). Tenslotte kan gewezen worden op: Artsen zonder Grenzen, "Conference on the cooperation between humanitarian organisations and human rights organisations," (1996).

¹³⁴⁾ Rosalyn Higgins, "The new United Nations and the former Yugoslavia," in: International Affairs, vol 69, 1993, nr.3, geciteerd in: Larry Minear e.a, *supra*, noot 130, p. 7.

¹³⁵⁾ Hugo Slim, "Doing the right thing: Relief agencies, moral dilemmas and moral responsibility in political emergencies and war," in: Disasters, september 1997, vol. 21, nr. 3, pp. 244, 245. Zie voorts: James Fennell, "Hope suspended: morality, politics and war in central Africa," Disasters, juni 1998, vol 22, nr. 2; en het thema-nummer van Disasters, december 1998, vol. 22, nr. 4.

¹³⁶⁾ ICRC, "Protection. Toward professional standards. Report of the workshop 17-19 March 1998," (1998) p. 17. Teleurstellend is, dat er niet naar is gestreefd een levensbeschouwelijke of ethische fundering van dit begrip te geven. Een simpele verwijzing naar Kant is écht onvoldoende.

¹³⁷⁾ ICRC, "Workshop on protection for human rights & humanitarian organisations. Report of the workshop held at the International Committee of the Red Cross, Geneva, 18-20 January, 1999," (1999), p. 35; J. Macrae, "The origins of unease: setting up the context of the current ethical debate," background paper for the Forum on Ethics in Humanitarian Aid (Dublin, 1996).

en of het vervoer vrijwillig gebeurt (supra, blz. 75). Gegeven de artikelen 49 Vierde Geneefse Conventie en 17 Tweede Protocol, zal het belang van de evacu  en niet dat van de lokale autoriteiten voorop moeten staan.

Overleg met vertegenwoordigers van de evacués wordt van grote betekenis, omdat het dwangmatige karakter van de deporterende autoriteit door zo'n overleg enigszins wordt gemitigeerd. Dit overleg   de genoemde herbezinning hebben geleid tot een toepassing van het beginsel van *informed consent*.¹³⁸) In het arrest Brandt et.al. (*Medical case*) heeft de oorlogsstrafrechter een strenge definitie gegeven van het begrip *informed consent*¹³⁹) - een definitie trouwens waar in de huidige herbezinning nog niet op is teruggegrepen. In de thans voorliggende toepassing en interpretatie van het beginsel van *informed consent* - dat beter bekend is in de medische ethiek - worden door de evacuerende organisatie met (vertegenwoordigers van) de aanstaande evacués de voordelen   de risico's van een eventuele evacuatie besproken. Het recht van de betrokkene op individuele zelfbeschikking wordt zodoende - hoe minimaal ook - hersteld. De uiteindelijke beslissing om te vertrekken komt te liggen bij de evacu , niet bij de organisatoren van de evacuatie. De Koninklijke Landmacht deelt deze visie en stelt dat een evacuatie alleen mag worden uitgevoerd voor hen, die zelf geëvacueerd willen worden.¹⁴⁰)

Het gaat om m er dat een procedureel punt: een autoriteit die zich schuldig maakt aan massadeportatie of etnische schoonmaak wil mensen reduceren tot anoniem vee dat als een kudde voortgejaagd wordt. Door middel van grootschalige terreur en geweld wordt aan de betrokken personen de vrije wilsbepaling ontnomen. De toepassing van het beginsel van *informed consent* betekent dat de menselijke waardigheid en vrije wilbeschikking in bescheiden mate worden hersteld. De waardigheid en integriteit van de mens zijn in de Geneefse Conventies uitdrukkelijk aanvaard."")

Naast het ontvangen van toestemming van de aanstaande evacués, gaat het om de volgende vragen:

1. door welke autoriteit c.q. krijgshoof wordt toestemming verleend;
2. aan welke vervoerende instantie wordt toestemming verleend;
3. met welke intentie door de aanstaande vervoerende instantie toestemming wordt gevraagd.

Ad 1: Toestemming zal als regel gevraagd moeten worden van die autoriteit die de feitelijke controle heeft over het gebied waar de aanstaande evacués doorheen moeten trekken. Het kan echter voorkomen dat die autoriteit het vervoer niet alleen autoriseert, maar

¹³⁸) ICRC, *supra*, noot 136, pp. 31, 34-36.

¹³⁹) "[Voluntary consent] means that the person involved should have legal capacity to give consent; and should be so situated as to be able to exercise free power of choice, without intervention of any element of force, fraud, deceit, duress, over-reaching, or other ulterior form of constraint or coercion; and should have sufficient knowledge and comprehension of the elements of the subject matter involved as to enable him to make an understanding and enlightened decision. This latter element requires that before the acceptance of an affirmative decision by the experimental subject there should be made known to him the nature, duration, and purpose of the experiment; the method and means by which it is to be conducted; all inconveniences and hazards reasonably to be expected; and the effects on his health or person which may possibly come from his participation in the experiment."

"The duty and responsibility for ascertaining the quality of the consent rests upon each individual who initiates, directs or engages in the experiment. It is a personal duty and responsibility which may not be delegated to another with impunity." *The Medical case, supra*, noot 126, p. 181.

¹⁴⁰) Koninklijke Landmacht, "Vredesoperaties," LDP III, (1999)   1604.

¹⁴¹) Zie vooral: J. Pictet, *supra*, noot 62, p. 201.

ook eist - zij het onder onaanvaardbare voorwaarden. Daarentegen is toestemming van de autoriteit waar de aanstaande evacués onderdaan van zijn, van ondergeschikt belang gebleken indien die autoriteit weinig of geen controle heeft over het desbetreffende gebied. In de casus in Banja Luka (zie paragraaf 8.1) bleek de opinie van Bosnische regering, ver weg in Sarajevo, van geringere betekenis te zijn dan die van de Bosnisch Servische autoriteiten die het gebied rond om Banja Luka controleerden.

Ad 2: Toestemming behoort verleend te worden aan die organisatie, waarin vertegenwoordigers van de aanstaande evacués hun vertrouwen hebben uitgesproken. Het kan echter voorkomen dat de autoriteiten autorisatie verlenen aan een vervoerende organisatie, die dat vertrouwen niet heeft of niet verdient.

Ad 3: Toestemming behoort te worden aangevraagd op grond van exclusief humanitaire motieven. Toestemming bijvoorbeeld, die wordt verleend door de Bosnisch Servische autoriteiten aan het Servische Rode Kruis (*infra*, blz. 100) kan, gelet op de praktijk van het maken van oorlogswinsten, dus niet worden aanvaard.

7.2 Overmacht of collaboratie?

De rechter heeft zich niet expliciet over het door Ogata geformuleerde dilemma (p. 90) uitgelaten. Toch zijn er enkele aanknopingspunten in de jurisprudentie te vinden. De bijzondere strafrechter heeft kort na de Tweede Wereldoorlog meerdere arresten gewezen, waarbij een beroep op de strafuitsluitingsgrond overmacht beoordeeld werd.¹⁴²⁾ Daar waar dit beroep werd afgewezen kwam uiteraard de mate van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van verdachte aan de orde.

In het bekende *verzetstrijder* arrest¹⁴³⁾ werd een gearresteerde verzetsstrijder in 1944 door de S.D. gemarteld om de namen en adressen van andere verzetstrijders prijs te geven. Hij weigerde waarop de S.S. een Joodse moeder met haar twee kinderen van vier en vijf jaar binnenbracht. De S.S. dreigde de armen en benen van de kinderen te breken in de aanwezigheid van moeder. Geconfronteerd met de schreeuwende moeder is de betrokkene gezwicht en zijn verzetsmensen op grond van zijn mededelingen gearresteerd en geëxecuteerd. De Bijzondere Raad aanvaardde een beroep op overmacht: "O. (...) dat aan degenen, die vrijwillig aan het verzet tegen den vijand hebben deelgenomen en daardoor zoolwel groote persoonlijke risico's hebben aanvaard als voor andere deelnemers gevaarlijke wetenschap hebben verworven, hogere eischen moeten worden gesteld dan aan Nederlanders, die zich in dit opzicht afzijdig hebben gehouden;

"dat het evenwel van een overspanning van de strafrechtelijke aansprakelijkheid zou beteekenen aan een verdachte, die zich bevonden heeft in omstandigheden als requireerde (...) den eisch van zelfopoffering te stellen - daargelaten of die eisch mogelijkerwijs uit

¹⁴²⁾ Overigens is het omstrede of overmacht in de context van het oorlogsstrafrecht een toelaatbaar verweer is. Zie: Y. Dinstein, "The distinction between war crimes and crimes against peace," in: Y. Dinstein en M. Tabory, "War crimes and international law," (1996), p. 11. In andere zin en o.i. juist: de annotatie van B.V.A. Röling onder het *Fullriede* arrest, BRvC 10 jan. 1949, NJ 1949,541. Zie vooral BRvC 6 december 1948, NOR 1359 en NJ 1949,85 (Zuhlke) met een belangrijke noot van Röling. In dit arrest werd uitdrukkelijk gesteld dat art. 8 IMT slechts betrekking heeft op de 'major war criminals' en niet op de kleinere oorlogsmisdadigers. In gelijke zin: BRvC 17 oktober 1949, NOR 1618. In een verdeeld en op dit punt ongemotiveerd arrest heeft het Joegoslavië Tribunaal besloten het verweer in beperkte mate toe te laten: ICTY, Prosecutor vs. *Drazen Erdemovic*, Appeals Chamber, 7 oktober 1997, judgement, § 19. Het verweer van duress wordt niet toegelaten ten aanzien van de strafbaarstelling, maar wel als mitigerende factor bij het vaststellen van de strafmaat. Zie in dezelfde zaak de Trial Chamber, Sentencing Judgement, 5 maart 1998, § 17.

¹⁴³⁾ Bijzonder Gerechtshof Den Bosch, 11 maart 1946, NOR 1946, 440, in cassatie: BRvC van 24 juni 1946, NOR 1946, 626 en NJ 1947, 149 (verzetstrijder arrest).

zedelijk oogpunt gerechtvaardigd kan zijn." Minder bekend is het *wapendepôts der B.S.* arrest waarin verdachte, lid van de B.S., in april 1945 werd gearresteerd door de S.D. en tijdens dat verhoor werd bedreigd met de dood, tenzij hij de gevraagde inlichtingen over geheime wapendepôts van de B.S. zou verstrekken. Het Bijzonder Gerechtshof vond dat de dreigementen als ernstig gemeend beschouwd mochten worden door de verdachte, omdat het algemeen bekend was "... dat de Duitschers, als hun dat om de een of andere reden dienstig scheen of hun dit geviel, niet schroomden de Nederlandsche burgerbevolking zonder vorm van proces neer te schieten en verdachte op een dergelijk optreden te meer bedacht moest zijn, nu hij handelingen had verricht, die krachtens het oorlogsrecht zijn dood ten gevolge zouden kunnen hebben;

"dat echter het den verdachte dreigend gevaar nog niet zoo dadelijk aanwezig was, dat hij daarin een verontschuldiging kon vinden om de ten laste gelegde handelingen te plegen (...);

"dat immers de Duitschers nog geen enkele voorbereiding hadden getroffen om aan hun dreigement uitvoering te geven en dit zoo weinig dadelijk tot uitvoering scheen te zullen komen, dat zij, nadat verdachte zijn eerste mededeling had gedaan en daarop een huiszoeking was gehouden, wederom mededeelingen van hem hebben weten los te krijgen en zoo telkens opnieuw, terwijl verdachte ook, nadat hij eenmaal zijn mededeelingen had gedaan, te actief aan de daarop volgende huiszoekingen zonder eenigen aandrang heeft deelgenomen (...);

"dat het Hof meent aan verdachte zeer hoge eischen in dit opzicht te mogen stellen, omdat verdachte vrijwillig op een zeer verantwoordelijken en gevaarvollen post was getreden bij de Binnenlandsche Strijdkrachten en hem voor de bevrijding van het vaderland gewichtige belangen waren toevertrouwd, en verdachte bij het aanvaarden van deze post moest hebben begrepen, dat hij daarbij zijn leven op het spel zette."''''

In de recentere zaak tegen *Erich Priebke* leek het Italiaanse Militaire Tribunaal eveneens te eisen dat een begin van een uitvoering van het dreigement aanwezig moet zijn. Priebkes beroep op overmacht (duress) werd verworpen. Het enkele dreigement om voor een rechtbank van de S.S. te worden gebracht, werd door de Italiaanse rechter niet beschouwd als een bedreiging met de dood van een onmiddellijke en ernstige aard. In hoger beroep werd dit oordeel bevestigd.'''')

Met betrekking tot verdachten die niet in het verzet zaten werd niet de maatstaf genomen van "... hetgeen van een uitnemend vaderlander zou mogen worden verwacht, maar wat van een gemiddeld Nederlander redelijkerwijs had mogen worden gevegd." Tot dat laatste rekende de Bijzondere Raad dat gerequireerden al het mogelijke zouden doen om zich te onttrekken "... aan het werken voor den vijand..."''') In het Van *der Giessen* arrest bleken algemene pressie en individuele opdrachten van de vijand te zijn niet voldoende rechtvaardiging "... om aan de wederrechtelijke verlangens van den bezetter te voldoen."''') Dat geldt temeer, nu requirant in gebreke is gebleven "... zich te verzetten tegen het plaatsen van geschut" op de scheepswerf. Van der Giessen werd dan ook verweten zich

¹⁴⁴⁾ Bijzonder Gerechtshof Amsterdam, 15 augustus 1946, NOR 1946,513 (wapendepôts der B.S.) Vergl. BRvC 27 nov. 1946, NOR 1947,709 (illegaal werker).

¹⁴⁵⁾ "Kappler did not make any threat regarding the life and physical integrity [van Priebke - TvB] ... because there was no need" Geciteerd door F. Martines, "The defences of reprisals, superior orders and duress in the Priebke case before the Italian Military Tribunal," *Yearbook of International Humanitarian Law* 1998, p. 358n. Vonnis van het Italiaanse Militaire Tribunaal dd. 22 juli 1997; arrest van het Militaire Hof van Beroep (Corte Militare di Appello) van 7 maart 1998.

¹⁴⁶⁾ BRvC 16 juni 1951, NJ 1951, 621 (tweede De Vilder arrest).

¹⁴⁷⁾ BRvC 21 juni 1948, NOR 1381 (*Vander Giessen*).

te veel te laten leiden door de "... de problematieke consequenties van een straffere en waardiger houding," de (doelmatigheids)belangen van de werf en de belangen van de arbeiders, "... waartegenover de grotere vaderlandse belangen der oorlogvoering in een strijd op leven en dood maar al te veel in de schaduw zijn gebleven." Getuige het *Meigatter* arrest werden deze criteria, daar waar het ging om het veilig stellen van de levens van concreet aanwijsbare personen, zó streng uitgelegd, dat het onderscheid met de heldenmaatstaf die voor verzetstrijders werd gehanteerd, gering werd.¹⁴⁸⁾

In het *Einsatzgruppen* arrest¹⁴⁹⁾ werd geoordeeld: "If one claims duress in the execution of an illegal order it must be shown that the harm caused by obeying the illegal order is not disproportionately greater than the harm which would result from not obeying the illegal order. It would not be an adequate excuse, for example, if a subordinate, under orders, killed a person known to be innocent, because by not obeying it he himself would risk a few days of confinement. (...) The International Military Tribunal, in speaking of the principle to be applied in the interpretation of criminal superior orders, declared that: 'The true test, which is found in varying degrees in the criminal law of nations, is not the existence of the order, but whether a moral choice was in fact possible. (...).' No court will punish a man who, with a loaded gun at his head, is compelled to pull a lethal lever. Nor need the peril be that imminent in order to escape punishment. But were any of the defendants coerced into killing Jews under threat of being killed themselves if they failed in their homicidal mission? The test to be applied is whether the subordinate acted under coercion or whether he himself approved of the principle in the order. (...) The doer may not plead innocence to a criminal act ordered by his superior if he is in accord with the principle of intent of the superior." Ook in de arresten *Rauter* en *IG Farben* wordt het criterium van de morele keuze genoemd.¹⁵⁰⁾

¹⁴⁸⁾ BRvC 23 oktober 1946, NOR 1947, 707. Een mondelinge bedreiging met de arrestatie van de moeder van de verdachte tijdens een verhoor door de S.D. was onvoldoende voor een beroep op overmacht, ondanks het feit dat verdachte niet in het verzet zat en zich dus niet vrijwillig in een gevaarlijke positie had geplaatst. Tijdens het verhoor verried zij twee verzetsmensen, waarbij één van die twee bij de S.D. geheel onbekend was: "0. dienaangaande, dat het Hof voorop wil stellen, dat strafrechtelijk niet de eisch gesteld mag worden dat men zich gedurende de bezettingsjaren als een held heeft gedragen, doch wel van ieder Nederlander verlangd moet worden, dat men een zeker minimum van weerstand heeft geboden aan den vijand, vooral en in de eerste plaats waar het ging om dood of leven van goede vaderlanders(...); dat verdachte Meigatter zich er nu op beroept, dat zij tijdens haar verhoor door den S.D. zoodanig in angst is gebracht door de bedreigingen, dat vanwege de S.D. haar woning in brand gestoken en haar moeder gearresteerd zou worden (...); dat het Hof echter wel wil aannemen, dat verdachte Meigatter zich in groote moeilijkheden heeft bevonden, maar nochtans van oordeel is, dat (...) redelijkerwijs van verdachte Meigatter gevergd kon worden dat, waar het van algemene bekendheid was, dat de S.D. tot methode had onmiddellijk met de strengste maatregelen te dreigen, doch het meermalen bij bedreigingen liet, zij tenminste afwachtte of en in hoeverre de S.D. zijn bedreigingen effectueerde, in welke geval zij het nog van den aard der door den S.D. te nemen maatregelen had kunnen laten afhangen of zij ter voorkoming daarvan het leven van [twee verzetsstrijders- TvB] wilde offeren; dat verdachte Meigatter door zonder meer te zwichten voor de door de S.D. tot haar gerichte dreigementen te gemakkelijk haar belangen heeft veilig gesteld (...)."

In het Flick arrest, *supra* noot 103, werd de "clear and present danger" test toegepast; dat betrekking heeft op het gevaar dat verdachte bedreigde op het moment waarop hij de verweten feiten pleegde. Toch is de Amerikaanse militaire rechter minder streng dan het Bijzonder Gerechtshof Amsterdam: het enkele feit dat de verdachten leefden in het Derde Rijk met "hordes" veiligheidsdiensten, maakte het gevaar sowieso "present".

¹⁴⁹⁾ United States Military Tribunal at Neuremburg, *Ohlendorf (Einsatzgruppen)* arrest, 10 april 1948, War Crimes Reports, vol. X en ILR vol 15, nr. 217; IMT, *supra*, noot 2, Deel 22, p. 447, herdrukt in ILR, vol. 13, p. 222.

¹⁵⁰⁾ Amerikaans Militair Tribunaal te Neurenberg, *Krauch (I.G. Farben)* arrest, 29 juli 1948, War Crimes Reports, vol X, pp. 54 en 57.

Protest (al of niet openbaar) en pogingen tot mitigatie van het misdadige beleid zijn wezenlijke criteria die bij toetsing achteraf aan de orde kunnen komen. Dit bleek ook uit het *Velpke baby home* arrest, waar een eenvoudige plattelandsarts niet geprotesteerd had tegen de ontstellende leefcondities van de in het tehuis aanwezige zuigelingen. Zijn verweer dat hij in de herfst van 1944 met paard en wagen een praktijk had van 15 dorpen en daardoor overmand was, kon hem niet disculperen."¹⁵¹)

Kortom, het achterwege laten van protest en het uitvoeren van een onrechtmatig bevel in de hoop het leed zo enigszins te verzachten, zal onvoldoende zijn om een strafrechtelijke aansprakelijkheid te ontlopen. Het wordt duidelijk dat voor een succesvol beroep op overmacht aannemelijk gemaakt moet worden dat de verdachte flinke weerstand heeft geboden tegen de bezetter alvorens voor diens dreigementen te zwichten.¹⁵²) Dat geldt met name voor degene die, uit hoofde van zijn positie, in de gelegenheid was om met zijn protest enig gewicht in de schaal te leggen. De visie verwoord in het *Einsatzgruppen* arrest werd recentelijk goedkeurend aangehaald en gepreciseerd in het *Furundzija* arrest: wie zich in een positie van (informeel) gezag bevindt en zodoende invloed kan uitoefenen op zijn superieuren, maar dit nalaat, met als gevolg dat het plegen van misdrijven doorgaat, is strafbaar."¹⁵³) In de zaak *Beck*¹⁵⁴) beklemtoonde de BRvC de individuele verantwoordelijkheid: "... dat het niet ter zake doet, of, indien req. Beck aan luitenant Schwarze de executie had verboden, anderen haar wellicht zouden hebben verricht, daar ieder zijn eigen verantwoordelijkheid heeft te dragen." Een vergelijkbaar oordeel werd uitgesproken in het *Hechingen deportation* vonnis van de Duitse rechter in de Franse bezettingszone van Duitsland - een vonnis dat in het *Furundzija* arrest met instemming wordt vermeld."¹⁵⁵)

In het reeds genoemde *Fullriede* arrest stond de medewerking centraal die een officier tegen zijn zin in heeft gegeven aan de Duitse represailles tegen het dorp Putten. De Bijzondere Raad verwierp het beroep op noodtoestand met het argument dat "... het uitvoeren, zij het met enige mitigatie, van zulk een onrechtmatig bevel als het onderhavige nooit gerechtvaardigd kan zijn door de omstandigheid, dat bij niet-uitvoering door req. een ander het bevel in al zijn gestrengheid en hardheid zou hebben ten uitvoer gelegd;

"dat te dezen aanzien in de bestreden sententie met juistheid wordt overwogen, zakelijk, dat de rechtsorde iedere bescherming zou missen, indien de genoemde omstandigheid

¹⁵¹) *Supra*, noot 126.

¹⁵²) Het is bij een voortdurende schending van de wet niet noodzakelijk iedere keer te protesteren: van de degene die gedwongen wordt in dienst te gaan bij de *Wehrmacht*, mag niet verlangd worden dat, elke keer dat hij opdracht krijgt Duitse barakken te bewaken, "... hij zich bij elke volgende dienstverrichting daar opnieuw tegen verzet." BRvC, 6 maart 1946, NOR 1946, 322. In hetzelfde arrest merkt de Bijzondere Raad op dat niet de overmacht, maar de strafbaarheid bewezen moet worden.

¹⁵³) ICTY, *Furundzija* arrest, *supra*, noot 16, §§ 199-226. In de zaak *Beck*, BRvC 11 april 1949, NJ 1949, 437, was verdachte ervan beschuldigd opzettelijk te hebben toegelaten dat een onder zijn bevel staande mindere twee Joden standrechtelijk heeft geëxecuteerd - een en ander in opdracht van de *Wehrmacht*. De BRvC verwierp zijn beroep op overmacht, onder andere met het argument dat "... uit niets was gebleken, dat, indien hij inderdaad zijn gezag had laten gelden, zijn ondergeschikte niet voor zijn daad was teruggeschrikt." In casu was die flinke weerstand dus niet geboden; wèl werd de strakke commandolijns als argument aanvaard voor een flinke vermindering van de straf. Het omgekeerde is echter evenzeer waar: wie zich niet in een gezagspositie bevindt van waaruit hij de besluitvorming van de daders kan beïnvloeden is niet strafbaar.

¹⁵⁴) *Supra*, noot 153.

¹⁵⁵) ICTY *Furundzija* arrest, *supra*, noot 16, § 224; Landesgericht Hechingen, 28 juni 1947, Kls 23/47 en Oberlandesgericht Tübingen, 20 jan. 1948, Ss 54/67, in: "Justiz und NS Verbrechen, zaak 022, vol. I, pp. 469ev. en in het bijzonder pp. 484ev. Zie tevens het *Bondowoso* arrest, HMG Batavia, 20 november 1948, MRT 1949, vol. 42, pp. 119-120.

als een rechtvaardigingsgrond voor een ieder dan den gestrengsten uitvoerder van een misdadig bevel werd aanvaard."

Bovendien overwoog de bijzondere strafrechter dat de verdachte enige vertragingstactieken had kunnen toepassen: "... dat het nadeel, hetwelk zou ontstaan, indien de delictshandeling werd nagelaten, niet op andere wijze dan door het stellen van de delictshandeling kan worden voorkomen (...) dat immers niet is gebleken, dat req. met de uitvoering van het bevel niet eerst enige dagen had kunnen wachten (...)."¹⁵⁶⁾

In zijn annotatie van dit arrest plaatst Röling enkele fundamentele kanttekeningen die liggen op het grensvlak tussen recht en ethiek: de kwestie is of men - gegeven een onrechtmatig bevel tot het plegen van strafbare feiten, waarbij men weet dat bij niet-opvolging een ander het zal doen - de dader zich op noodtoestand kan beroepen, indien men het bevel gedéélteijk uitvoert. "Wie handelt er beter: degeen die onderduikt vóórdat hij aan het misdadig bevel heeft voldaan, de uitvoering ervan overlatend aan derden die het volledig zullen doen, of degeen die onderduikt nadat hij het bevel gedeeltelijk ten uitvoer heeft gelegd, daarbij bewerkend, dat het bevel niet in al zijn gestrengheid wordt voltrokken?" Röling oordeelt minder streng: "Het is zo, dat men niemand er een verwijt van zou kunnen maken, dat hij, in de situatie waarin hij de misdadige opdracht krijgt om tien mensen te doden en de kans ziet door het doden van één de negen anderen te sparen, zich aan het conflict onttrekt door onder te duiken en zijn handen verder in onschuld te wassen, alle tien levens prijs gevend. Een andere vraag is of hij ter rechtvaardiging aan die éne doding, zich op noodtoestand zou kunnen beroepen, waar hij immers daardoor negen anderen het leven spaarde. (...) Het ware begrijpelijk indien men in noodsituaties als die van Fullriede aan een belangenafweging zou toe komen - en dus aan een rechtvaardigingsgrond - daar waar afweegbare belangen in het spel waren, zoals b.v. bij het platbranden van 90 huizen om 1900 huizen te sauveren; doch dat men bij de onafweegbare belangen van lijf en leven slechts zien zou naar de nood van de enkeling, die geen beslissing nemen kan zonder in de toekomst door haar herinnering gekweld te worden. Waar de mens gesteld is voor de keuze die altijd mensenlevens kost en daarbij naar beste weten handelt, daar ware wellicht plaats voor resignatie van het strafrecht."

Een gecompliceerde casuspositie waar de bijzondere strafrechter zichtbaar moeite mee had, is te vinden in het Zwolsman arrest.¹⁵⁷⁾ Verdachte werd, voor zover hier van belang, beschuldigd van hulpverlening aan de vijand omdat hij een deserteur met toestemming van de S.D. had opgespoord en aan de S.D. had uitgeleverd. Het was verdachte echter gebleken dat de deserteur, omtrent wie hij ongunstige inlichtingen had ontvangen, in nauw contact stond met een omvangrijke verzetsorganisatie. Het risico bestond dat als de S.D. zelf een uitvoerige opsporing naar de deserteur zou doen, de S.D. de verzetsgroep zou ontmaskeren en oprollen, met alle gevolgen van dien. Het Hof constateerde dat verdachte niet tot actie was overgegaan voordat hij toestemming had ontvangen van vooraanstaande persoonlijkheden van de verzet, inclusief de desbetreffende verzetsgroep, en er tevens voor had zorg gedragen dat de S.D., na uitlevering van de deserteur, geen verdere opsporingen zou doen, waardoor de belangen van de verzetsgroep waren veilig gesteld. Deze hulpverlening aan de vijand werd niet als strafbaar beschouwd, omdat "... in den toen voor hem bestaanden noodtoestand, waarin hij voor de keuze werd gesteld om óf de groep Alsem [dat is: de betreffende verzetsgroep - TvB] op te offeren óf een Duitscher, over wien blij-

¹⁵⁶⁾ BRvC 10 jan. 1949, NOR 1536 en NJ 1949, 541 (Fullriede). Vergl. BRvC 21 juni 1948, NOR 1381 (Van der Giessen) alsmede het Van Weiszacker arrest, supra, noot 94, p. 497.

¹⁵⁷⁾ Bijzonder Gerechtshof Den Haag, 20 november 1946, NOR 1946,604 (Zwolsman).

kens de verklaring van [een getuige - TvB] de inlichtingen zeer ongunstig luidden, aan den S.D. over te leveren, dit laatste heeft gedaan;

"dat immers aangenomen mag worden, dat op dat oogenblik zich geen andere mogelijkheid voordeed om het gestelde doel te bereiken."

Uit de bovenstaande jurisprudentie kunnen, voor een beroep op overmacht, de volgende ijkpunten worden afgeleid:

1. er is een direct en ernstig gevaar (clear and present danger);
2. de vijand oefent een onmenselijk wrede dwang uit jegens natuurlijke personen;
3. aan de vijand is aanzienlijke feitelijke weerstand geboden, met name indien men zich vrijwillig in een gevaarlijke positie heeft begeven ("hooge eischen");
4. er is een duidelijk formeel protest aangetekend tegen het onrechtmatige bevel;
5. er is getracht het onrechtmatige bevel gewijzigd te krijgen (een mogelijkheid die de verdachte in het Fullriede arrest, gezien zijn zeer succesvolle optreden elders, ten dienste stond);
6. voorafgaand aan de arrestatie is er niet gehandeld met de intentie zichzelf of de vijand te bevoordelen;
7. er wordt indien mogelijk niet eigenmachtig opgetreden, maar eerst na rijp beraad en na raadpleging van bevoegde derden;
8. ieder draagt zijn eigen verantwoordelijkheid, dat wil zeggen het feit dat men een schakel is in een groter geheel, is geen excuus;
9. het bevel wordt in zijn ten uitvoerlegging zoveel mogelijk gemitigeerd: de schade die het gevolg is van het ten uitvoerleggen is tot een minimum beperkt;
10. respect voor het beginsel van informed consent.

Over het algemeen heeft de Bijzondere Raad overmacht niet gauw willen aannemen. "" Tot dusverre hebben wij voornamelijk gesproken over overmacht in de zin van vis compulsiva of psychische overmacht. Het gaat om een noodzaak, waartegen weerstand niet langer is te vergen. Wie een kind redt van de verdrinkingsdood door het bordje "Verboden te zwemmen" te negeren en het kind achterna te duiken, is niet strafbaar. Sterke emoties of stress zullen als regel een rol spelen. Overmacht in de zin van vis *compulsiva* kan zich ook in een dwangsituatie voordoen. In het geval bankrover A de argeloze voorbijganger B met een pistool op de borst dwingt de vluchtauto te besturen, dan zal B straffeloos zijn. Uit het *verzetstrijder* arrest kan worden afgeleid dat niet alleen dwang jegens de verdachte en zijn familie een beroep op overmacht mogelijk maken, maar ook dwang jegens hem onbekende derden.¹⁵⁹⁾ Voor humanitaire hulporganisaties en vredes machten is dat waarlijk geen onbelangrijk gegeven, gelet op hun dilemma of zij moeten meewerken aan vervoer waarbij de getroffen en met geweld worden bedreigd. Een bijzonder geval van overmacht is de noodtoestand, waarbij het niet primair gaat om het teloorgaan van de wilsvrijheid als gevolg van een van buitenaf komende dwang, maar om een collisie van rechtsplichten - een collisie die slechts opgelost kan worden door één van die plichten te overtreden en daarmee een delict te plegen. Een schending van het recht wordt begaan, teneinde een zwaarder wegend rechtsgoed (zoals het redden van mensenlevens of het voorkomen van een crepeersituatie) te beschermen.¹⁶⁰⁾ In het

¹⁵⁸⁾ BRvC 27 nov. 1946, NOR 1947,709; BRvC 2 dec. 1946, NOR 1947,725; Zie tevens het arrest Gustav Alfred Jensen et al., British Military Court at Luneburg, 13-23 augustus 1946, War Crimes Reports, vol. XV, (1949) pp. 46 en 172-173; BRvC 23 okt. 1946, NOR 1947, 707.

¹⁵⁹⁾ Zie tevens Bijzonder Gerechtshof Arnhem, *supra*, noot 36, p. 562, l.k.

¹⁶⁰⁾ Een beroep op een noodtoestand werd niet aanvaard in het *Rauter* arrest (*supra*, noot 85), mede omdat door de verdachte, die door het Duitse Rijk belast was met de zorg voor de orde en veiligheid in het bezette Nederlandse gebied, niet in acht was genomen. Het werd evenmin aanvaard in het *Van der Giessen* arrest, *supra*, noot 156.

geval van een noodtoestand behoeft er geen sprake te zijn van een heftige emotie, maar er kan sprake zijn van een weloverwogen beslissing. Een beroep op overmacht werd aanvaard in het zojuist geciteerde *Zwolsman* arrest.

8. Drie casusposities vergeleken

Teneinde enige mogelijke ijkpunten te destilleren zullen drie casusposities met elkaar worden vergeleken,¹⁶¹) te weten: 1) Banja Luka (noordelijk Bosnië); 2) Srebrenica (oostelijk Bosnië); en 3) Ngara (Tanzania). De drie casusposities zijn onderling zeer verschillend. In de eerste en de derde hebben vredesmachten geen rol gespeeld. Alleen in de derde casus was er sprake van vluchtelingen; in de eerste en de tweede casus het ging om ont-heemden. De casusposities in Bosnië vonden plaats toen dat land verwickeld was in een gewapend conflict; de casuspositie in Ngara vond plaats in een land dat neutraal was ten opzichte van gewapende conflicten die zich in haar buurlanden afspeelden. Voor de beoordeling van onze probleemstelling zijn dergelijke aspecten van zijdelings belang¹⁶²) De drie casusposities zijn gekozen met het oog op hun afnemende respect van de zijde van de vervoerende instantie voor de humanitaire belangen van de getroffen. In de eerste casus, Banja Luka, is dit respect sterk aanwezig, terwijl in de derde casus het grotendeels afwezig is. De tweede casus neemt een middenpositie in.

8.1 Casus 1 Banja Luka (1994)¹⁶³)

De tweede stad van Bosnië Herzegovina, Banja Luka, ligt in een door de Bosnische Serviërs gecontroleerd gebied. Er zijn hier geen grote veldslagen geleverd; van een georganiseerd gewapend verzet van de niet-Servische bevolking was geen sprake. UNHCR zowel als ICRC bemanden in Banja Luka een veldkantoor. Andere hulporganisaties, waaronder Caritas en Merhamet, spanden zich in om met hulpkonvoeien de stad te bereiken. UNPROFOR (United Nations Protection Force) had geen aanwezigheid in de stad.

Eind 1993 kon een intensivering worden geconstateerd in de etnische schoonmaak, die hier een meer bureaucratische vorm aannam dan elders. Eeuwenoude moskeeën in de stad werden opgeblazen en niet-Servische begraafplaatsen werden vernield. Moslim en Kroatische huurders werd de huur opgezegd, terwijl de vrijgekomen woningen met meubels en

¹⁶¹) G.J. Wiarda, "Drie typen van rechtsvinding," (1980), § 13, 'De vergelijkingsmethode.'

¹⁶²) F. Maurice en J. de Courten, "ICRC activities for refugees and displaced persons," *International Review of the Red Cross*, no. 280, jan-feb. 1991, pp. 9-21.

¹⁶³) Diane Paul, "No escape: minorities under threat in Serb-held areas of Bosnia," *Refugee Reports*, U.S. Committee for Refugees, vol. XV, no. 11, nov. 1994; Humanitarian Law Centre, "Banja Luka and Bijelina - Ethnic cleansing in Serb-held Bosnia," *Spotlight Report* No. 14, augustus 1994; T. Mazowiecki, E/CN.4/1994/110, 21 februari 1994," idem, press statement, 7 september 1994; Chuck Sudetic, "Evacuation of Bosnian area is postponed," *The New York Times*, 4 april 1994; ICTY, *Prosecutor vs. Karadic & Mladic*, Review of the Indictment pursuant to Rule 61, 11 juli 1996; Louis Gentile, "In Banja Luka terror seems uncannily normal," (ingezonden brief), *The New York Times*, 14 jan. 1994; UNHCR Office of the Special Envoy for the former Yugoslavia, "Information Notes on the former Yugoslavia," Nos. 5/94 en 12/94; Dick Leurdijk, "The United Nations and NATO in the former Yugoslavia," (1994); Mooney, *supra*, noot 127, p. 428; UPI, Daniel J. Yovich, "ICRC powerless to halt ethnic violence," 11 juni 1994; J. Pomfret, "Misery for Muslims and Croats in Bosnia," *The Washington Post*, 27 maart 1994; Human Rights Watch, "War Crimes in Bosnia-Herzegovina: UN cease-fire won't help in Banja Luka," juni 1994, vol. 6 nr. 8, p. 19 en idem, "Ethnic cleansing continues in northern Bosnia," nov. 1994, vol. 6, nr. 16, pp. 31-32; United Nations Volunteers, "Volunteers against conflict," (1996).

al, beschikbaar werden gesteld aan Servische huurders. Ook werd Moslim en Kroatische werknemers ontslag aangezegd. Als gevolg van regelmatige pesterijen, verkrachtingen midden op straat, bedreigingen met de dood, bezoeken van knokploegen enz. geraakte de niet-Servische bevolking er van overtuigd dat weg gaan noodzakelijk was geworden. Een praktisch probleem was echter dat het niet mogelijk was om de Kroatische grens te bereiken zonder medewerking van de lokale, Bosnisch-Servische autoriteiten. Toestemming werd door de Bosnisch-Servische autoriteiten slechts mondjesmaat gegeven om de 'prijs' voor die toestemming hoog te houden. Hierbij was ook het Servische Rode Kruis betrokken - een club die niet wordt erkend door ICRC en wiens voorzitter mevrouw Ljiljana Karadzic was, de echtgenote van de 'president' van de 'Republica Srpska'. Het Servische Rode Kruis zou geld - oplopend tot meer dan DM 3.000,- p.p. - in rekening gebracht hebben bij de evacués voor een 'plaatsbewijs' voor de bus. ICRC zou niet tegen dit misbruik van het embleem zijn opgetreden, omwille van het handhaven van het confidentiële karakter van haar werkzaamheden. Helaas werd de lokale bevolking niet tegen dit misbruik van het embleem gewaarschuwd - aan het embleem op een bus kan de bevolking niet zien welk orgaan van het Rode Kruis daarmee vertegenwoordigd is. Het dilemma was ófwel het misbruik openlijk te veroordelen (op het risico af dat bona fides operaties van ICRC daardoor getroffen worden), òf niks zeggen ten einde de autoriteiten niet te antagoniseren. Het is een "... permanent dilemma and every situation is different and you address it in a different way," aldus ICRC woordvoerder Kleiner."')

De Bosnische regering in Sarajevo had als officieel beleid dat de Moslim bevolking niet behoorde te worden geëvacueerd door de hulporganisaties. Het karakteriseerde dergelijke evacuatie als etnische schoonmaak.

Een van de weinige manieren voor de getroffen bevolking om de stad te verlaten was via een hulporganisatie. Echter, het spreken van een vertegenwoordiger van ICRC of UNHCR was niet ongevaarlijk, aangezien de rijen wachtenden voor de veldkantoren door de Bosnisch-Servische politie en knokploegen werden aangevallen. In februari 1994 verzocht UNHCR de Moslim leiders van Banja Luka om toestemming de 50.000 Moslims die nog in de regio verbleven te mogen evacueren. Deze toestemming werd geweigerd, hetgeen door UNHCR werd gerespecteerd.

In het voorjaar van 1994 ontstond een escalatie. De granaatexplosie op het volle marktplein van Sarajevo op 5 februari leidde tot het NAVO besluit dat haar gevechtsvliegtuigen op verzoek van UNPROFOR *close air support* zouden verlenen. Op 10 en 11 april werd twee maal *close air support* verleend tegen Bosnisch Servische doelen in de directe omgeving van Gorazde. Deze actie, die overigens de eerste keer was in haar bestaan dat de NAVO het vuur opende, leidde tot een algeheel tegenhouden van konvoien bij diverse *roadblocks*.

Voor UNHCR en ICRC ontstond het dilemma tussen, enerzijds, protectie *in situ* en anderzijds een evacuatie die het Bosnisch-Servische beleid van etnische schoonmaak in de kaart zou spelen. Het beleid was er aanvankelijk op gericht geweest de getroffen bevolking ter plaatse protectie te verlenen in de hoop dat pogingen de politieke leiders te overreden. Er werd nadrukkelijk geprotesteerd tegen de schendingen van mensenrechten die reeds plaatsvonden. Er werd dus weinig toegegeven aan de wens van de bevolking tot evacuatie. Pas in de loop van 1993 en met name na verhevigde schendingen van mensenrechten in Prijedor, werd dit beleid geleidelijk - bij UNHCR in meerdere mate en bij ICRC

164) R. Bragg, "Serbian Red Cross tied to killings," Toronto Starr, 20 sept. 1997.

in mindere mate - gewijzigd ten gunste van evacuatie.¹⁶⁵⁾

UNHCR zag geen alternatief dan kleine aantallen ernstige gevallen te evacueren - zo'n 60 personen per week. Teneinde het beleid van etnische schoonmaak niet in de kaart te spelen hebben ICRC en UNHCR een min of meer identieke benadering gekozen met strenge criteria ten aanzien van de vraag wíe voor evacuatie in aanmerking kwam.¹⁶⁶⁾

Na een gerapporteerde massamoord in Prijedor waarbij er, naar verluidt, twintig à veertig Moslims en Kroaten werden vermoord, nam ICRC in april 1994 de moeilijke beslissing de gehele minderheid van Prijedor - zo'n 9.000 Bosniërs en Kroaten - te evacueren. Op het allerlaatste moment - enkele van de evacués hadden zich reeds met hun koffers op straat verzameld - werd de evacuatie afgelast. De belangrijkste aanleiding was dat Bosnisch-Servische leider Radovan Karadic terugkrabbelde op zijn belofte het konvooi een vrijgeleide te verstrekken. In plaats daarvan beloofde hij dat hij nieuwe veiligheidsmaatregelen zou nemen en dat de daders van de massamoord streng zouden worden gestraft. ICRC oordeelde dat, zonder vrijgeleide, de evacuatie te gevaarlijk zou worden. Bovendien bleek tijdens een gesprek tussen de katholieke en Moslim leiders met een ICRC gedelegeerde dat de Moslim leiders niet om toestemming voor de evacuatie was gevraagd. Naar aanleiding van de afgelasting stelde een journalist stelde de vraag: "Can you imagine what the effect of the world's witnessing 10.000 people being evacuated out of Prijedor by the International Committee of the Red Cross might have been?"

Tot dusverre had ICRC ongeveer 250 personen per maand uit Prijedor geëvacueerd, maar dit beleid werd gestopt. De reden was de vrees dat de evacuaties slechts een stimulans zouden worden voor nog meer geweld dat er op gericht was de etnische minderheid te bewegen zich voor evacuatie aan te melden bij ICRC. In het verlengde daarvan lag het probleem, aldus UNHCR vertegenwoordigers, om landen te vinden die asiel zouden willen verlenen aan inwoners van complete dorpen. Zij vreesden dat indien zij enkele dorpen zouden evacueren, andere dorpen ook een verzoek om evacuatie zouden gaan doen. "A new trend is showing up in our protection work. Villages are approaching us as a group, not as individuals."¹⁶⁷⁾

Zowel UNHCR als ICRC waren tegen het einde van 1994 tot de conclusie gekomen dat zij kritiek inzake het meewerken aan etnische schoonmaak naast zich neer zouden leggen. "Humanitarian officers expressed their opinion that when minorities' lives are at risk, when the international community is unable or unwilling to protect them in place, and when the minorities themselves express the desire to leave, charges that they are participating in

¹⁶⁵⁾ Volgens Otim lag aan deze koerswijziging een concrete aanleiding ten grondslag in de vorm van de geïmproviseerde, succesvolle evacuatie van één gezin. Ook hij signaleert het dilemma: "In the words of Sadako Ogata (...) the critical issue posed by the crisis is: "How long and how far can a humanitarian situation go on in assisting and, to some extent, saving the victims, without damaging its image, credibility and principles and the self-respect of its staff in the face of manipulation, blackmail, abuse, humiliation and murder?" B.B. Otim, United Nations Volunteers, *supra*, noot 163, pp. 123-124.

¹⁶⁶⁾ "For evacuation outside of Bosnia:

- persons whose lives were in danger;
- civilian prisoners;
- the wounded;
- family reunification cases;
- persons who had fled the fighting and were in enemy territory.

For evacuation within Bosnia:

- civilian persons;
- persons subjected to forced labour;
- family reunification cases;
- civilians who have fled the fighting." ICRC, *supra*, noot 136, p. 101.

¹⁶⁷⁾ D.B. Ottaway, The Washington Post, 18 maart 1994.

ethnic cleansing by organising mass evacuations are meritless, and only serve to force extremely vulnerable people to remain in situations of extreme risk. (...) Under emergency situations, UNHCR and ICRC officials would still consider mass evacuation as a possible protection strategy."¹⁶⁸) Evacuatie bleef het uiterste redmiddel. "There is a very fine line," aldus UNHCR, "between refusing ethnic cleansing and failing to prevent needless deaths. During the war in Bosnia-Herzegovina, humanitarian agencies have been forced to confront this dilemma on a number of occasions. In Srebrenica the line was clearly on the point of being crossed, and UNHCR and UNPROFOR decided to continue evacuating the most vulnerable members of the town's population."¹⁶⁹)

8.2 Casus 2 Srebrenica (1995)¹⁷⁰)

Over de val van Srebrenica is, in tegenstelling tot Ngara en Banja Luka, veel geschreven. De feiten omtrent de overheersing door de Bosnische-Serviërs van de 'veilige zone' op het verzwakte VN bataljon van 430 Nederlandse blauwhelmen, mogen bekend worden verondersteld. Er wordt dan ook volstaan met een summiere samenvatting.

Rond 6 juli 1995 werden door Bosnisch-Servische troepen enkele door UNPROFOR troepen bemande observatieposten onder vuur genomen. Op 8 juli werd een UNPROFOR soldaat dodelijk getroffen door een granaat die door de Moslim strijders was afgevuurd. Een dertigtal UNPROFOR soldaten, afkomstig van veroverde observatieposten, werd inmiddels gevangen gehouden in een naburig dorp. Enkele van deze soldaten hadden van de Bosnisch-Servische troepen de keuze gekregen ō terug te gaan naar het hoofdkwartier in Potocari, ō de ontwikkelingen af te wachten in een hotel in het door Bosnisch-Servische troepen gecontroleerd gebied: gegeven de dreigende houding van de Moslim soldaten, kozen zij voor het hotel. Ze konden rapporteren dat ze goed werden behandeld en dat ze te horen hadden gekregen dat ze geëvacueerd zouden worden naar Nederland.")

Enige duizenden vrouwen, kinderen en oudere mannen ontvluchtten het dorp Srebrenica. Tijdens deze vlucht landden twee mortiergranaten temidden van de dichte stroom mensen op de weg naar Potocari, waarbij een onbekend aantal burgers de dood

¹⁶⁸) Paul, *supra*, noot 163.

¹⁶⁹) UNHCR, "State of the world's refugees," als geciteerd door United Nations Volunteers, *supra*, noot 163, p. 126.

¹⁷⁰) J.A. van Kemenade, "Omtrent Srebrenica," (1998) § 2.8.3; Ministerie van Defensie, "Debriefingsrapport Srebrenica." (1995); D. Rohde, "Endgame. The betrayal and fall of Srebrenica," (1997); de Volkskrant, 10 en 12 augustus 1998, NRC Handelsblad, 10 en 12 augustus 1998; ICTY, Indictment, Mladic & Karadzic, 16 november 1995, en in dezelfde zaak *supra*, noot 163; gezamenlijk persbericht van de Ministeries van Defensie en Justitie, dd. 12 augustus 1998; NOS Journaal 17 augustus 1998; NOVA 17 augustus 1998; BBC televisie documentaire "A cry from the grave," (1999); Report of the Secretary General pursuant to General Assembly resolution 53/35, "The fall of Srebrenica," A/54/59, 15 nov. 1999.

¹⁷¹) Als gevolg van deze keuzemogelijkheid kan dus niet spijkerhard worden gesteld dat deze Dutchbat soldaten van begin af aan in het hotel werden gegijzeld. Hierin ligt een verschil met de situaties van zowel november 1994 als mei 1995. In november 1994 toen de NAVO een luchtaanval deed op Ubdina vliegveld in de Krajina naar aanleiding van de gevechten rond Bihac, hebben de Servische strijdkrachten 400 VN soldaten gegijzeld, als een 'verzekeringsspolis' tegen verdere interventies van de NAVO. M. Wesley, "Blue berets or blindfolds? Peace-keeping and the hostage effect," International Peace-keeping, Winter 1995, vol 2, no. 4, p. 474. In mei 1995 deed de NAVO een luchtaanval op Bosnisch-Servische munitie depôts nabij Pale. Daarop explodeerde er een granaat in de binnenstad van Tuzla, waarbij 71 Moslim inwoners werden gedood, terwijl er 400 UNPROFOR soldaten werden gegijzeld. Een aantal daarvan werd geboeid aan lantarenpalen en militaire doelen. De Force Commander van UNPROFOR besloot daarop dat de veiligheid van VN personeel prioriteit had boven de tenuitvoerlegging van het mandaat. Zie: "The fall of Srebrenica. Report of the Secretary General," *supra*, noot 170, § 193.

vond. De Bosnische Serviërs verklaarden de dertig Dutchbat soldaten te zullen doden en het bataljons hoofdkwartier te zullen beschieten indien de NAVO luchtsteun zou bieden. Daarop worden alle plannen voor luchtsteun afgelast.

De ontheemden verbleven op het terrein van het bataljons hoofdkwartier van 11 t/m 13 juli, waar zij door de VN-troepen werden opgevangen. Sommigen hadden een lift kunnen bemachtigen op een VN-voertuig. Gedurende die periode stonden Bosnisch-Servische soldaten en VN-soldaten regelmatig oog-in-oog met elkaar; het is nauwelijks voorgekomen dat de Bosnisch-Servische soldaten hun handvuurwapen dreigend op de VN-soldaten richtten.

Op 11 juli waren er bussen gearriveerd in Potocari om de ontheemden naar elders te vervoeren. Op dat moment was er van een grote Bosnisch-Servische militaire aanwezigheid op de busremise nog geen sprake. Toen de bataljonscommandant door generaal Mladic ontboden werd, had hij inmiddels van het hoofdkwartier van UNPROFOR de opdracht ontvangen om alle "reasonable measures" te nemen om de burgers en ontheemden te beschermen. De bataljonscommandant antwoordde aan zijn superieuren daartoe niet meer in staat te zijn. Tijdens zijn ontmoeting met generaal Mladic werden de bataljonscommandant en zijn mannen met de dood bedreigd; in de film "A cry from the grave" is de videoband te zien van deze mondelinge bedreiging die door Mladic persoonlijk gedaan werd. Tijdens een tweede ontmoeting, waar ook een vertegenwoordiger van de bevolking van Srebrenica bij was, werden die inwoners door Mladic met de dood bedreigd, tenzij zij aan zijn wensen zouden voldoen.

Op 12 juli was het bataljons hoofdkwartier omsingeld. Dutchbat was in staat de ontheemden die zich in en om het terrein van het bataljons hoofdkwartier bevonden slechts te voorzien van twee maaltijden - daarna zouden de voorraden uitgeput zijn. Op dezelfde dag vond het derde gesprek plaats tussen de bataljonscommandanten generaal Mladic, waarbij Mladic dreigde met het beschieten van het hoofdkwartier van Dutchbat indien de NAVO luchtsteun zou bieden. Terwijl dit gesprek aan de gang was betraden vijf Bosnisch-Servische soldaten het hoofdkwartier nadat zij om toestemming hadden gevraagd en hadden ontvangen. Doel van dit verzoek was om vast te stellen of er Moslim soldaten aanwezig waren op het terrein, wat niet het geval was. Teruggekeerd op het hoofdkwartier verzocht de bataljonscommandant aan de ontheemden om een 'evacuatieplan' op te stellen. Aan dat verzoek werd gevolg gegeven, in de veronderstelling dat de bussen "... would be provided by the international community, to ensure they were safely evacuated." ¹⁷²⁾

Generaal Mladic dicteerde echter dat de 'evacuatie'¹⁷³⁾ zou starten om 13:00 uur, geëscorteerd door zijn troepen. De bataljonscommandant insisterde tevergeefs dat de begeleiding door VN-troepen plaats moest vinden. Voorts dicteerde generaal Mladic dat gewonden, zieken, vrouwen en kinderen dienden te worden gescheiden van de mannen die zullen worden gecontroleerd op oorlogsmisdrijven. Vergezeld door een cameraploeg sprak generaal Mladic de inwoners van Srebrenica toe en misleidde hen met de mededeling dat hen geen pijn zal worden gedaan en dat zij veilig uit de enclave zouden worden getransporteerd.

Er stond een lange rij bussen geparkeerd. Een rij VN-soldaten separeerde de ontheemden van de Bosnische Serviërs, totdat de Bosnische Serviërs enkele VN-soldaten uit de rij verwijderden. Een chaotische situatie volgde toen de Moslims gevolg gaven aan de Servische opdracht naar de bussen te gaan. Op dat moment hadden de Nederlandse soldaten nog de instructie van de plaatsvervangend bataljonscommandant zich non-coöperatief op te stellen.

¹⁷²⁾ Report of the Secretary General, supra, noot 170, § 321.

¹⁷³⁾ "Debriefingrapport Srebrenca", op. cit, § 3.67.

Desgevraagd zei een Servisch officier: "We have two options. The Muslims are going away. Two hundred busses will be here in twenty minutes. The Dutch can take care of the deportations, or we will take care of the deportations and do it our own way." Op dat moment ontstond het dilemma wat minder erg is: de aanwezige ontheemden door UNPROFOR te laten vervoeren of het overlaten aan de Bosnische Serviërs. In een flits werd besloten tot het eerste.¹⁷⁴⁾

Het debat moet hoog zijn opgelopen. Er is voor gepleit een onderscheid te maken tussen de ontheemden die zich bevonden op het terrein van het bataljonshoofdkwartier enerzijds en de ontheemden die zich daarbuiten op de landweg bevonden anderzijds. Het zou in ieder geval ontoelaatbaar zijn dat zij, die op het terrein waren toegelaten, opdracht zouden krijgen dat terrein te verlaten. Toch is dat wat er is gebeurd¹⁷⁵⁾ Tijdens dat debat zijn de woorden "deportatie" en "collaboratie" gebezigd.¹⁷⁶⁾

Mladic stond geen VN-escorte in elke bus toe. Aanvankelijk werd de VN-begeleiding daarom met eigen voertuigen bij een colonne bussen uitgevoerd, maar toen de eigen voertuigen werden afgenomen, werd de begeleiding vanaf 13 juli beperkt tot vier stationaire posten. Op die dag werd, evenals op 12 juli door de VN-troepen gebruik gemaakt van een afzetting, ditmaal door middel van twee pantservoertuigen, zodat niemand onder de voet

¹⁷⁴⁾ "De opdracht van UNPROFOR aan Dutchbat is om de vluchtelingen zo goed mogelijk te beschermen en maximale steun te geven om de bevolking naar veiliger oorden te brengen. Om excessen bij het transport te voorkomen besluit de bataljonscommandant mee te werken aan de *evacuatie*. Als de eerste bussen aankomen, bestormt een groot aantal vluchtelingen deze om zo snel mogelijk in te stappen. Dutchbat militairen vormen vervolgens een afzetting naar de bussen." Zie: "Debriefingsrapport Srebrenica," q 3.69. Onze cursivering - TvB. Ook het Joegoslavië Tribunaal schrijft met betrekking tot deze gang van zaken dat "... all [were] *evacuated* by buses and trucks under the control of and operated by Bosnian Serb military personnel." ICTY, "Indictment against Mladic & Karadic" 16 nov. 1995, q 5 (onze cursivering -TvB), zie ook §§ 12 en 15; Report of the Secretary General, *supra*, noot 170, zie bijvoorbeeld q 321. Ook in de aanklacht tegen generaal Krstic worden de begrippen evacuatie en deportatie door elkaar gebruikt: "Indictment against Radislav Krstic," 30 oktober 1998, §§ 4, 6 en 7. In het "Debriefingsrapport Srebrenica" wordt in §§ 3.7, 3.67 ev, q 3.80, §§ 5.13-5.17 en § 5.24 eveneens gesproken over "evacuatie" hoewel men de vraag kan stellen of het niet verstandiger was geweest te spreken over "deportatie". Bovendien blijft het Debriefingsrapport hardnekkig spreken over "vluchtelingen" terwijl het waarschijnlijk is dat niemand van de betrokken burgers voldoet aan de vluchtelingendefinitie van het Vluchtelingenverdrag van 1951. Ook het rapport "Omtrent Srebrenica" spreekt van "evacuatie," maar op één locatie wordt uitdrukkelijk gesproken van de "als 'evacuatie' aangeduide afvoer, door de Bosnische Serviërs." Zie q 2.8.3.

¹⁷⁵⁾ Op dit punt is een vergelijking met de rol van UNAMIR (United Nations Mission in Rwanda) en het drama van 22 april 1995 te Kibeho, Rwanda interessant. In het zuidwesten van Rwanda leefden ± 380.000 ontheemden in negen grotere en enkele kleinere kampen. In de loop van april besloot de regering van Rwanda de kampen desnoods met geweld te sluiten en de bevolking te dwingen terug te keren naar de oorspronkelijke woonplaats. De inwoners van het Kibeho-kamp, het laatste dat ont-ruid moest worden, weigerde hieraan gevolg te geven. In het kamp woonden 150.000 à 110.000 mensen. De aanvoer van voedsel en water werd stopgezet. De Rwandese strijdkrachten openden daarop gedurende drie rondes het vuur met zwaar kaliber mitrailleurs en mortieren op de inwoners. Enige duizenden inwoners vluchtten daarop naar het terrein van de plaatselijke UNAMIR compagnie, achtervolgd door soldaten van de Rwandese strijdkrachten. De Zambiaanse UNAMIR soldaten hebben de ontheemden op hardhandige wijze van het terrein af geduwd en in de handen van de Rwandese strijdkrachten gedreven. Het aantal doden is onbekend, maar loopt waarschijnlijk in de duizenden. Geconstateerd werd onder andere dat UNAMIR haar protectietaak heeft verzaakt. Twee hoge Rwandese officieren werden uiteindelijk geschorst. Zie: Médecins sans Frontières (MsF), "Deadlock in the Rwandan refugee crisis: virtual standstill on repatriation," juli 1995, pp. 32ev.; Global IDP Survey, Earthscan en Nonvegian Refugee Council, "Internally displaced people - a global survey," (1998) p. 71. Zie tevens het door de Rwandese regering opgedragen onderzoeksrapport: S/1995/411, 23 mei 1995 en voorts: S/1995/457, 4 juni 1995.

¹⁷⁶⁾ De Volkskrant, 12 augustus 1998; Rohde, op. cit, p. 253.

zou worden gelopen. Het initiatief werd genomen tot het opmaken van een namenlijst van weerbare mannen. Tegen de avond, Europese tijd, werd in New York door de Veiligheidsraad resolutie 1004 aangenomen, waarin de Bosnisch-Servische troepen worden opgeroepen zich uit de enclave terug te trekken.

Op 13 juli werden alle ontheemden die zich op het terrein van het hoofdkwartier bevonden door Dutchbat gelast het terrein te verlaten - een en ander op verzoek van de Bosnische Serviërs. De tolk van Dutchbat, wiens familie eveneens op het terrein aanwezig was, smeekte Dutchbat de opdracht te herzien: op dat moment begonnen de aller-eerste berichten over willekeurige executies binnen te druppelen. Naar verluidt maakten de Bosnisch-Servische generaal Krstic en de plaatsvervangend bataljonscommandant later op de dag gezamenlijk een rondje over het terrein van het bataljonshoofdkwartier. Het doel was om te zien of er nog ontheemden waren achtergebleven. Dat was niet het geval.

Op 17 juli werd de plaatsvervangend bataljonscommandant gevraagd een verklaring te ondertekenen waaruit zou moeten blijken "... dat de evacuatie van de vluchtelingen 'correct' is geschied - dat wil zeggen in overeenstemming met de daarvoor geldende internationale bepalingen en afspraken. De verklaring werd door hem ondertekend na zijn handgeschreven toevoeging dat dit slechts geldt voor de konvooiën die daadwerkelijk door VN-personeel zijn begeleid."")

Volgens de documentaire "A cry from the grave" heeft de VN op verzoek van de Bosnian Serb Army (BSA) de benzine voor de bussen betaald.

Er was geen plan of beleid ontwikkeld voor het geval de enclave onder de voet gelopen zou worden; behoudens een plan voor een noodevacuatie door middel van Combat Search and Rescue (CSAR) eenheden ten behoeve van de VN-soldaten. Een evacuatieplan voor de lokale bevolking bestond noch op bataljonsniveau, noch op HQ niveau in Sarajevo. Uit de managementrapportage van de Koninklijke Marechaussee blijkt dat er bij de leden van Dutchbat bijzonder veel frustraties waren "... over het feit dat er op geen enkele wijze (geweldloos) verzet was geboden." De leden van Dutchbat kregen de opdracht het geweer neer te leggen. "Het leek wel dat er alles aan gelegen was de Serven ten dienste te zijn te koste van de Moslims, die toch beschermd moesten worden," aldus het managementrapport. Naderhand hebben enkele leden van Dutchbat, in de hoedanigheid van getuige, een verklaring *a charge* afgelegd tegen Mladic c.s. bij het Joegoslavië Tribunaal.

8.3 *Casus 3 Ngara (1996)*¹⁷⁸⁾

Op 6 april 1994 begon de genocidale burgeroorlog in Rwanda. Op 28 april stak een

¹⁷⁷⁾ "Debriefingsrapport Srebrenica," § 3.80. De Minister van Defensie stelt in een brief aan de Tweede Kamer dd. 3 augustus 1995 dat de ondertekening op geen enkele wijze inhoudt dat Dutchbat goedkeuring zou hebben verleend aan de 'evacuatie' van de bevolking of de wijze waarop deze is verlopen. Dutchbat zou, naar de mening van de minister, de aparte behandeling van de mannen niet hebben gesanctioneerd. Integendeel, er is tegen geprotesteerd. De minister wijst de verklaring als onjuist van de hand en meent dat deze door de Bosnische-Serviërs is afgedwongen. Vergl. het *Oswald Pohl* arrest, Amerikaans Militair Tribunaal, 11 augustus 1948, War Crimes Reports, vol. XV, pp. 53: verdachte werd verweten dat "[h]aving knowledge of the illegal purposes of the Action and of the crimes which accompanied it, has active participation *even in the after-phases* of the action makes make him *particeps criminis* in the whole affair" (cursivering toegevoegd - TvB)

¹⁷⁸⁾ Amnesty International, "Human rights overlooked in mass repatriation," AI index AFR 47/02/97, januari 1997; idem, "Great Lakes Region still in need of protection: repatriation, refoulement and the safety of refugees and the internally displaced," IA index AFR 02/07/97, januari 1997; idem, "In search of safety: the forcibly displaced and human rights in Africa," AI index AFR 01/05/97, juni

groep van ± 170.000 Rwandese vluchtelingen de brug over en bereikte de provincie Ngara in Tanzania. De brug overspant de Kagera rivier, waarin op dat moment grote aantallen lijken dreven. In de loop van de weken die volgden groeide het aantal vluchtelingen tot 700.000, die werden verdeeld over kampen in de provincies Karagwe en Ngara. In 1994 verbleven er reeds 700.000 Burundese en Rwandese vluchtelingen in deze provincies; zij waren de eerdere guerrilla oorloggen in eigen land ontvlucht. Qua omvang werd het vluchtelingenkamp Benaco in Ngara de tweede stad van Tanzania. De Tanzaniaanse autoriteiten verzochten UNHCR formeel de hulpverlening te coördineren en er volgde al spoedig een eerste taakverdeling tussen de reeds aanwezige hulporganisaties. De eerste opvang verliep onder leiding van UNHCR opmerkelijk goed.

Evenals in de kampen in Congo/Zaire deden zich in de kampen in Ngara ernstige veiligheidsproblemen voor. In 1995 trok Médecins sans Frontières-Frankrijk zich terug uit de kampen in Tanzania, omdat de aanwezigheid van, naar hun mening, zelfs prominente *génocidaires* in strijd was met hun mandaat."')

De repatriëring van de Rwandese vluchtelingen kwam niet van de grond en het gezag dat UNHCR bij hen had, was tanende. De *Interahamwe*, de Hutumilitie die de genocide in Rwanda georganiseerd had, intimideerde de vluchtelingen en was betrokken waren bij de voedseldistributie. Bovendien was de situatie in Rwanda te onveilig, getuige het drama in het kamp Kibeho (zie voetnoot 175).

Gedurende de tweede helft van 1995 trachtte UNHCR de vluchtelingen tevergeefs ervan te overtuigen terug te keren naar Rwanda. Er werd een radioprogramma gestart, kranten werden verspreid, korte bezoeken aan Rwanda werden aangeboden, de premier en de gouverneurs van de twee aangrenzende Rwandese provincies brachten op uitnodiging van UNHCR een bezoek aan de kampen. Er werden ook minder plezierige maatregelen genomen. "Social services were purposely curtailed in the camps," aldus Tony Waters. Hij voegde er aan toe dat de kampen, "... while maintaining a minimum level of subsistence have turned into massive ghettos in which refugee freedom is severely restricted." Tussen

Vervolg¹⁷⁸⁾ 1997; J. Hampton (red.), "Internally displaced people - a global survey," (1998) pp. 69-70; IRIN Emergency Update nrs. 54, 56, 57 en 58 van december 1996; Joint Evaluation of Emergency Assistance to Rwanda, "The international response to conflict and genocide: lessons from the Rwanda experience," (1996); P. Kourula, "Broadening the edges. Refugee definition and international protection revisited," (1997) p. 311; Koert Lindijer, "Hulpverleners raken in het Afrikaanse conflict verstrikt - Medeplichtig aan het goede doel," NRC Handelsblad, zaterdag bijvoegsel, 7 december 1996; Médecins sans Frontières, "Deadlock in the Rwandan refugee crisis: virtual standstill on repatriation," (1995); Marc Sommers, "The dynamics of coordination," (wordt binnenkort gepubliceerd); Oxfam, "Information updated no. 9 on Eastern Zaire and the Great Lakes, 3 jan 1997; N. Stockton, "Rwandan refugees: political expediency or humanitarianism?" in: Crosslines, no. 28, maart/april 1997, pp. 14-16; T. Waters, "The coming Rwandan demographic crisis, or why current repatriation policies will not solve Tanzania's (or Zaire's) refugee problems," in: Journal of Humanitarian Assistance, juli 1997; USAID, "Complex emergency situation report no. 17," 10 jan. 1997; US Committee for Refugees, "Annual Report 1997"; VN docs. S/1995/411, 23 mei 1995, resoluties van de Algemene Vergadering van de VN A/RES/52/101 en 103 en de briefings voor de pers dd. 6, 12, 13, 16, 17 en 19 december 1996 van de woordvoerder voor de Secretaris Generaal van de VN.

¹⁷⁹⁾ MsF formuleerde in 1995 haar dilemma als volgt: "MsF faces a moral dilemma when it provides humanitarian assistance to a refugee population of thousands of innocent civilians who are living in the Rwandese refugee camps alongside the authors of genocide who are making preparations for a new military attack. For an organisation like MsF the debate is whether it should continue to provide humanitarian assistance to a refugee population which is used by the perpetrators of the genocide as a means to increase their power. Whether in these circumstances it would be justified to cease the humanitarian assistance of the refugee population presents a moral dilemma for the organisation." MsF, "Deadlock in the Rwandan refugee crisis," (1995) p. 39.

oktober 1995 en maart 1996 bleken slechts 6.000 vluchtelingen terug te keren.

Er waren complicaties in zowel Burundi en vooral Zaïre."') Het bewind van de dodelijk zieke Zaïrese president Mobutu was aan het desintegreren onder druk van de opstandelingen. In november 1996 keerden 600.000 Rwandese vluchtelingen in oost-Zaïre terug naar Rwanda. Achteraf bleek dat de ernst van de situatie in oost-Zaïre door journalisten en hulpverleners fors was overdreven. Het gevolg was dat zowel de pers als de Rwandese regering de hulporganisaties verweten het leed uit te buiten ten behoeve van de fondsenwerving.

De ontwikkelingen in oost-Zaïre bleken een katalysator te zijn. Eind november troffen Rwandese en Tanzaniaanse overheidsfunctionarissen elkaar in Dar es Salaam en werd afgesproken de Rwandese vluchtelingen te laten terugkeren. Op 5 december 1996 stelden de Tanzaniaanse regering en UNHCR in een gezamenlijke verklaring dat alle Rwandese vluchtelingen in de provincie Ngara uiterlijk per 31 december 1996 dienden te zijn gerepatrieerd.¹⁸¹⁾ De verklaring stelde dat de Tanzaniaanse regering had besloten dat "all Rwandese refugees can now return in safety." De verantwoordelijkheid voor deze "important repatriation operation" werd aanvaard door het Tanzaniaanse Ministerie van Binnenlandse Zaken, "... in close cooperation with UNHCR." Op voorhand werd in de verklaring toegegeven dat er niet voor iedereen transport beschikbaar was.

De verklaring was uit nood geboren omdat de financiering vanuit de Westerse donorlanden voor de opvang van de vluchtelingen aan het opdrogen was. Het prijskaartje voor de opvang van de Rwandese vluchtelingen lag bij één miljoen dollar per dag. Rwanda ondertussen wilde de vluchtelingen graag laten terugkeren teneinde haar eigen geloofwaardigheid in de ogen van de internationale gemeenschap op te krikken en tevens er voor te zorgen dat de harde Westerse valuta ten gunste van de vluchtelingen op haar eigen betalingsbalans zichtbaar werd. Bovendien werd in Tanzania het milieu door de aanwezigheid van zoveel vluchtelingen aangetast.¹⁸²⁾ Op zoek naar brandhout was het beboste landschap in enkele maanden kaal geworden. De vluchtelingen hadden twee jaar in de kampen verbleven, hangende een politieke oplossing die uitbleef. Zowel USAID (United States Agency for International Development) als ECHO (European Community Humanitarian Office) hadden in april publiekelijk gesuggereerd dat de Veiligheidsraad een datum voor de sluiting van de kampen moest vaststellen. Hoewel repatriëring tot het mandaat van UNHCR behoort, was de gezamenlijke verklaring in zoverre opmerkelijk, dat het vragen opriep ten aanzien van het vrijwillige karakter van de beoogde repatriëring. Gedwongen repatriëring zou immers kunnen neerkomen op deportatie of *refoulement*, wat op zijn beurt expressis verbis is verboden door het internationale gewoonterecht en de 1951 Vluchtelingenconventie. Niettemin is UNHCR bevoegd de vrijwillige terugkeer van vluchtelingen te faciliteren en te stimuleren.¹⁸³⁾ Opmerkelijk was voorts dat de vluchtelingen, *nadat zij eenmaal in het dorp van oorsprong zouden zijn aangekomen,*

¹⁸⁰⁾ Voor de situatie in Burundi, *supra*, noot 55.

¹⁸¹⁾ "Message to all Rwandese refugees in Tanzania from the Government of the United Republic of Tanzania and the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees," (dec. 1996).

¹⁸²⁾ Waters, *supra*, noot 178. Aangetekend kan uiteraard worden dat de *génocidaires* krachtens art. 1F van het VN Vluchtelingenverdrag van 1951 sowieso niet in aanmerking hadden mogen komen voor de vluchtelingenstatus.

¹⁸³⁾ Saddrudin Aga Khan, "Legal problems relating to refugees and displaced persons," in: *Recueil de Cours, Académie de Droit International*, (1976) vol 149-I, p. 335; ExCom conclusies nos. 18 (XXXI) van 1980 en 40 (XXXVI) van 1985; A/RES/52/103 van 9 februari 1998, met name §§ 3 en 7.

een 'repatriëringspakket' zouden ontvangen, bestaande uit "food and non-food items."¹⁸⁴⁾

Op het dertig kilometer lange traject tussen de kampen en de grens zou UNHCR vier rustpunten met drinkwater organiseren. De NGO's (niet-gouvernementele organisaties) besloten mee te werken. Wellicht was deze dociliteit het gevolg van het feit dat de meerderheid van de NGO's voor hun projecten in Ngara financieel afhankelijk waren van UNHCR. Er zijn ten dele geslaagde pogingen gedaan om de vluchtelingen een voedselpakket mee te geven. WFP (World Food Programme) liet echter weten dat op 12 december hun opslag in het kamp Lumasi was geplunderd. In het grootste kamp in Ngara, Benaco, weigerden WFP-medewerkers voedsel uit te delen voordat zij hun salaris hadden ontvangen. ICRC, IFRC (International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies) en Oxfam hebben op de route naar de grens om de vijf kilometer een rustpunt georganiseerd, met drinkwater en medische faciliteiten. Tanzaniaanse soldaten hebben de vluchtelingen echter bevolen dóór te lopen, waardoor het moeilijk werd hen van voedsel en water te voorzien. De meeste vluchtelingen zouden de afstand tot de Rwandese grens lopend moeten afleggen.¹⁸⁵⁾

Op 12 december waren zo'n 130.000 personen uit de vluchtelingenkampen gevlucht, teneinde de gedwongen repatriëring te ontlopen. Hulpverleners konden hen niet bereiken met voedsel en water; hun locatie was onduidelijk. Naar de mening van Kessler, woordvoerder van UNHCR, was de exodus goed georganiseerd en ordelijk, hetgeen bij hem het vermoeden opriep dat de *Interahamwe*, tot de exodus hadden aangezet. Andere humanitaire bronnen stelden echter dat de exodus werd veroorzaakt door het feit dat de vluchtelingen een voedselpakket hadden ontvangen en nu gereed waren voor een lange mars. Vanuit Genève liet Ogata weten dat UNHCR geen keuze had dan mee te werken met de Tanzaniaanse autoriteiten.

Twee dagen later meldde DHA (Department of Humanitarian Affairs, Secretariaat VN) dat zo'n 24.000 vluchtelingen de grens met Rwanda hadden overschreden. Op 15 december was de premier van Rwanda, Bizimungu, aan de grensovergang aanwezig om de vluchtelingen te verwelkomen; hij waarschuwde echter dat de leden van het verslagen leger van de vorige regering en van de *Interahamwe* "would be dealt with."

Tegenstrijdige berichten zijn er over het gedrag van de Tanzaniaanse soldaten. Oxfam en UNHCR beoordeelden hun optreden over het algemeen positief. Pas tegen het einde van de operatie maakten UNHCR vertegenwoordigers zich publiekelijk zorgen over het hardhandige optreden van de soldaten. Volgens andere rapporten werd regelmatig een pak slaag uitgedeeld en zou tevens een groot aantal vrouwen zijn verkracht. Achtentwintig vluchtelingen die zich in Benaco kamp schuil hielden in een kerk werden midden in de nacht geslagen en gedwongen zich bij de colonne terugkerende vluchtelingen aan te sluiten; bij dat pak slaag in de kerk zijn naar verluidt ongeveer zes vluchtelingen gedood. Twee Rooms Katholieke priesters die opponeerden tegen de gedwongen terugkeer, werden naar het buitenland uitgewezen.

Gedurende enkele dagen werd het humanitaire organisaties verhinderd de kampen te betreden. De vluchtelingen die de repatriëring trachtten te ontlopen door de binnenlanden

¹⁸⁴⁾ Press briefing, dd. 6 december 1996 door de woordvoerder van de Secretaris-Generaal van de Ver. Naties. Helaas is er een precedent: ten aanzien van Mozambikaanse vluchtelingen in Malawi, enkele jaren eerder, heeft UNHCR openlijk toegegeven dat het manipuleren van de voedseldistributie een methode was "... to promote repatriation." Zieck, *supra*, noot 13, pp. 399-401 en p. 437n.

¹⁸⁵⁾ Artikel 7 van het krijgsgevangenenverdrag van 1929 bepaalde dat de evacuatie van de krijgsgevangenen te voet niet mocht plaatsvinden over een grotere afstand dan 20 kilometer per dag, tenzij een langer traject noodzakelijk was voor het bereiken van de voedsel- en waterdepôts.

van Tanzania binnen te trekken, werden door een cordon van militairen tegengehouden. Volgens WFP betrof dat op 14 december onder meer een 20 km. lange colonne van 100.000 vluchtelingen, die vanaf Kitale-Keza, ten zuiden van Ngara, de binnenlanden van Tanzania introkken.

De Verenigde Naties in New York maakte op 16 december bekend dat er een piek in de repatriëring was geconstateerd met ruim 103.000 personen die die dag de grens met Rwanda hadden overschreden. Op 19 december werd melding gemaakt van een colonne van 40 km. lengte in de richting van Rwanda, van lopende vluchtelingen, "very, very tired people". Niettemin sprak de Verenigde Naties in New York van een operatie die glad en ordelijk verliep") Op 23 december 1996 - terwijl de repatriëring in volle gang was - gaf UNHCR toe dat "local authorities [in Rwanda - TvB] do not have the capacity to deal with all the problems that are arising: arrests, public order, house occupation, land occupation, health problems, registration and distribution of assistance." Dat is opvallend gezien de gezamenlijke verklaring van 5 december, waarin was gesteld dat de 'repatriëring' geschiedde in samenwerking met de Rwandese overheid.

UNHCR heeft Amnesty International meegedeeld dat de vluchtelingen die de grens overschrijden en daarmee Rwanda binnenkomen, op dat moment niet geregistreerd zouden worden. Dit zou pas gebeuren nadat de vluchtelingen in hun woonplaats waren teruggekeerd. Dit had het nadeel dat het niet mogelijk was het lot van de individuele vluchtelingen te monitoren en eventuele 'verdwijningen' spoedig te ontdekken. Op de 100 km lange route van de grens naar Rwandese dorpen werden rustpunten georganiseerd door onder andere IFRC en het Rwandese Rode Kruis. Veel hulporganisaties ontvingen echter geen toestemming van Rwandese autoriteiten om hulp te verlenen op het 60 km lange traject van de Tanzaniaanse grens naar de (Rwandese) provinciale hoofdstad Kibungo. Zelfs DHA was op 16 december genoodzaakt toe te geven dat "... information is quite hard to come by" aangezien het 60 kilometer lange traject van Kibungo tot aan de Tanzaniaanse grens tot gesloten gebied was verklaard. Bovendien verhinderden Rwandese soldaten dat de vluchtelingen onderweg even zouden rusten of zouden stoppen bij de rustpunten.

UNHCR heeft haar zorg uitgesproken over de arrestatie van teruggekeerde Hutu's, waarbij die arrestatie gebaseerd was op het enkele vermoeden van hun burens dat zij in de genocide van 1994 betrokken waren geweest. Ruim 1.600 teruggekeerden hebben zich vrijwillig bij de Rwandese autoriteiten aangegeven uit angst voor hun burens.

Ondanks felle kritiek van Amnesty International, Human Rights Watch en enkele journalisten hebben de Verenigde Naties volgehouden dat het ging om een vrijwillige repatriëring die met succes was afgerond."

Tegen 31 december 1996 hadden naar schatting 50.000 à 65.000 Rwandese vluchtelingen aan de gedwongen repatriëring kunnen ontkomen. Op 3 januari 1997 heeft UNHCR gerapporteerd dat ± 475.000 vluchtelingen van de 540.000 waren teruggekeerd; een aantal dat een week later was bijgesteld naar 473.082.

9. Conclusies

9.1 Analyse

Onze analyse van de voorgaande paragrafen valt in twee delen uiteen. Gebleken is dat

¹⁸⁶⁾ Daily press briefing of the office of the spokesman for the Secretary General, 17 december 1996.

¹⁸⁷⁾ A/RES/52/101, Assistance to refugees, returnees, and displaced persons in Africa, § 16.

het vage onderscheid tussen evacuatie en deportatie zowel het gevolg is van een onnauwkeurigheid in het positieve recht, als van de realiteit dat hulporganisaties en vredes machten zich genoodzaakt hebben gevoeld burgers te vervoeren onder twijfelachtige omstandigheden. Het gevolg is geweest dat wij twee analyses hebben moeten uitvoeren.

Ten aanzien van het positieve recht menen wij dat de rechtvaardigingsgrond van militaire noodzaak, die genoemd wordt in de artikel 49(2) Vierde Geneefse Conventie en 17(1) Tweede Protocol, niet onverkort gehandhaafd kan blijven. De delictomschrijving van oorlogsmisdrijven in art. 2(g) van het Statuut van het Joegoslavië Tribunaal is noch in overeenstemming met art. 6(b) van het Handvest van het IMT noch met art. 49 Vierde Geneefse Conventie, omdat art. 2(g) de rechtvaardigingsgrond van militaire noodzaak niet noemt. Hoewel de Secretaris Generaal van de VN voor deze gewijzigde redactie geen specifieke verklaring geeft, is de redactie in overeenstemming met de strekking van het arrest *N.V. Philips*. Wij pleiten er dan ook voor de rechtvaardigingsgrond van militaire noodzaak ten aanzien van de artt. 49(2) Vierde Geneefse Conventie en 17(1) Tweede Protocol, niet te lezen in de betekenis die gebruikelijk is ten aanzien van andere bepalingen uit de Geneefse Conventies en Protocollen. Wij pleiten voor een sterk limitatieve interpretatie, waarbij militaire noodzaak in deze context slechts een accessoire betekenis heeft ten opzichte van de rechtvaardigingsgrond van de veiligheid van de bevolking.

Ten aanzien van het positieve recht menen wij voorts dat de artikelen: 147 Vierde Geneefse Conventie, 2(g) Statuut Joegoslavië Tribunaal en 8 lid 2a sub vii van het Statuut van het Permanente Internationale Strafhof i.o. met de terminologie "unlawful deportation or transfer" de onjuiste suggestie wekken dat er een onderscheid gemaakt kan worden tussen rechtmatige en onrechtmatige deportaties") Zulks werkt misbruik in de hand. In art. 85 lid 4 sub a van het Eerste Protocol (1977) wordt gelukkig het woord "unlawful" vermeden: als een "grave breach" wordt aangemerkt de "... deportation or transfer of all or parts of the population of the occupied territory ..." ¹⁸⁹⁾ Daarom verdient het de voorkeur, het bijvoeglijk naamwoord "unlawful" te beschouwen als een dode letter.

Onze conclusies ten aanzien van het dilemma van humanitaire organisaties en vredes machten laat zich samenvatten in het schema dat aan het einde van het artikel is afgedrukt. Uiteraard past bij het toepassen van dit schema een voorbehoud. Zoals met elk schema is er ook hier sprake van een vereenvoudigde presentatie van de werkelijkheid; nuances die in de praktijk in elkaar vervlochten zijn, zijn thans uit elkaar getrokken. In hoofdlijnen kent het schema echter twee mogelijkheden: 1^o de gedwongen verplaatsing van de bevolking wordt, althans hoofdzakelijk, verricht door de lokale autoriteit teneinde het eigen belang te dienen (de linker hoofdkolom); 2^o de gedwongen verplaatsing vindt plaats door hulporganisaties of een vredesmacht, teneinde, zo goed en zo kwaad als dat nog kan, het humanitaire belang van de bevolking te dienen (de rechter hoofdkolom). Omdat in het schema twee mogelijkheden worden weergegeven moet worden gewaakt tegen de misvatting, dat het dilemma zich uitsluitend zou voordoen als een gewetenloos krijsheer alle touwtjes in handen heeft. Het militair oppermachtige KFOR werd kort nadat het Kosovo was binnengekomen, geconfronteerd met Serven die geïntimideerd werden door de repatriërende ethnisch Albanezen. Ze verzochten UNHCR om evacuatie naar Servië, hetgeen aanvankelijk werd geweigerd: UNHCR zag het als medewerking aan etnische schoonmaak.

¹⁸⁸⁾ Curieus is dat art. 8 van het Statuut van het Permanente Internationale Strafhof dubbelzinnig is: terwijl in lid 2a sub VII het adjectief "unlawful" vóór "deportation" geplaatst is, is in lid 2b sub VIII dit adjectief afwezig.

¹⁸⁹⁾ Onjuist is dan ook het commentaar van Sandoz e.a., dat deze sub-paragraaf van art. 85 "merely a repetition" is van art. 147 Vierde Geneefse Conventie. Sandoz, *supra*, noot 7, §§ 3503-3504.

KFOR was wel bereid de Serven vervoeren, met als gevolg dat de relatie tussen UNHCR en KFOR in die eerste weken na de bombardementen er niet beter op werd.

In het schema is een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de principevraag, namelijk de beslissing de bevolking te verplaatsen, en anderzijds de uitvoeringsvraag, namelijk of de wijze van vervoer, gegeven de omstandigheden, adequaat is verlopen. Dit onderscheid is in beide hoofdkolommen te vinden. Ten aanzien van de principevraag behoort eerst te worden vastgesteld of, indien er is meegewerkt aan een onrechtmatige verplaatsing van de bevolking, er sprake is van een rechtvaardigingsgrond dan wel een andere strafuitsluitingsgrond. Zo ja, dan kan vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolging resulteren. Zou nee, dan is er waarschijnlijk sprake van medeplichtigheid aan deportatie. Het kan voorkomen dat een organisatie van dubieus allooi - die het predikaat 'humanitair' niet verdient - zonder protest meewerkt aan de etnische schoonmaak. Er is dan sprake van wilsovereenstemming tussen die organisatie en de deporterende autoriteit; een beroep op overmacht is dan onmogelijk.¹⁹⁰⁾ Deze organisatie komt terecht in de rechter variant van de linker hoofdkolom: zowel de betreffende organisatie als de deporterende autoriteit zijn in dat geval strafbaar.

Ten aanzien van de uitvoeringsvraag treedt de strafbaarstelling meer op de achtergrond; de vraag of er professioneel en overeenkomstig het humanitaire mandaat is opgetreden, komt voorop te staan. De vraag naar de strafmaat wordt actueel indien de medewerking aan de verplaatsing van de bevolking onrechtmatig was. Het is dan van belang of er factoren aangewezen kunnen worden die een mitigerende invloed hebben op de strafmaat, zoals onder meer het geval is het Fullriede arrest.

Bij de uitvoeringsvraag kan de situatie ontstaan dat een hulporganisatie die fel heeft geprotesteerd tegen een geplande deportatie, de getroffen bevolking gedurende het transport gaat voorzien van water en geneeskundige hulp ten einde de ergste nood te lenigen. In dat geval, uiterst links in het schema, blijft de deporterende autoriteit strafbaar, maar kan worden volgehouden dat de betreffende hulporganisatie alles heeft gedaan wat redelijkerwijs in haar macht lag om de bevolking bij te staan. De deporterende autoriteit is strafbaar; de betreffende hulporganisatie niet. Vandaar de schijnbaar tegenstrijdige formulering: "mandaat vervuld; vervoer onrechtmatig".

Ook kan het voorkomen - nog steeds in de linker hoofdkolom - dat een hulporganisatie lauw protesteert tegen een geplande deportatie, officieel weigert aan het vervoer als zodanig mee te werken, maar bij pogingen de vervoersomstandigheden te verzachten zich zodanig onprofessioneel of onverschillig opstelt, dat ze de taakstelling niet haalt. Onvermogen met het dilemma om te gaan slaat om in apathie. Kortom: de deporterende autoriteit is strafbaar; de hulporganisatie *kán* strafbaar zijn, indien er onvoldoende is gepoogd het deporterende beleid te frustreren of in een lagere versnelling te krijgen. Dan komt men uit in de middelste variant van de linker hoofdkolom: mandaat verzaakt.

De rechter hoofdkolom is van toepassing zodra de hulporganisatie of vredesmacht actief bijdraagt aan het vervoer als zodanig, en dus een eigen verantwoordelijkheid heeft. Het kan zeer goed denkbaar zijn dat een hulporganisatie, genoodzaakt wordt om de bevolking naar een veiliger oord te brengen. In deze kolom is de eerste rechtvaardigingsgrond van art. 49(2) Vierde Geneefse Conventie en 17(1) Tweede Protocol te vinden. Indien de hulporganisatie of vredesmacht volledig correct handelt, dan komt de verplaatsing terecht in de meest linkse variant van de rechter hoofdkolom: "mandaat vervuld/vervoer rechtmatig."

¹⁹⁰⁾ Vergl. het *Krupp* arrest, *supra*, noot 97, War Crimes Reports, vol. X, p. 149. Strafbaar is het dreigen met (aanmelding voor) deportatie, tenzij de betrokkenen aan de verdachte een bedrag aan geld overmaken: Bijzonder Gerechtshof Amsterdam, 6 juni 1946, NOR 1946,478.

Er is dus sprake van evacuatie. Uiteraard wil zo'n conclusie niet zeggen dat de onderliggende oorzaak voor de evacuatie (de discriminatoire oorlogvoering, de ethnische schoonmaak, enz.) eveneens rechtmatig zou zijn; immers bovenaan in de kolom wordt het vereiste van "ondubbelzinnig protest" genoemd - een verwijzing naar deze onderliggende onrechtmatigheid.

De middelste kolom van de rechter hoofdkolom gaat uit van het feit dat het beginsel van informed consent als gevolg van overmacht niet gerespecteerd kon worden, maar er wèl een transport in het belang van de bevolking heeft plaatsgevonden. In dat geval is er dus een situatie ontstaan die dicht in de buurt komt van de situatie van de linker variant in de rechter hoofdkolom, met dien verstande dat er sprake zal zijn van een strafuitsluitingsgrond als bedoeld in art. 40 Sr. De principenvraag kan dus helder beantwoord worden. Als vervolgens de betreffende organisatie, in de tenuitvoerlegging van het transport, correct handelt is het zelfs mogelijk dat het vervoer alsnog rechtmatig genoemd kan worden. De conclusie wordt dan opnieuw: evacuatie. Echter, als die tenuitvoerlegging door slordigheid of onverstandig optreden niet correct is verlopen zonder dat er, op dít punt, sprake is van overmacht, dan is het mandaat verzaakt. Dan komt men uit in de middelste variant, namelijk "vervoer gedeeltelijk onrechtmatig" - gedeeltelijk, dat wil zeggen: er is een geldige strafuitsluitingsgrond ten aanzien van de principenvraag, maar niet ten aanzien van de uitvoering, zodat het *Fullriede* arrest met het oog op de strafmaat relevant wordt.

Onopgelost blijft de vraag hoe het criterium van het ondubbelzinnig protest zich verhoudt tot het beginsel van de medische neutraliteit. Uit het *Veljke Baby Home* arrest kan worden afgeleid dat dit criterium óók voor medici geldt. De betreffende arts beriep zich echter niet op de Eed van Hippocrates, zodat de rechter hierover geen uitspraak heeft gedaan. In het schema is het vraagstuk dan ook niet opgenomen. Zeker is in ieder geval wèl, gelet op de ICRC Decision, dat (voormalig personeel van) ICRC niet kan worden verplicht om op te treden als getuige voor het Joegoslavië Tribunaal, wegens de genoemde neutraliteit en onpartijdigheid.¹⁹¹⁾

Indien wij dit schema toepassen op de drie besproken casusposities, dan blijkt het volgende. In de casus van **Banja Luka** heeft het Bosnisch-Servische Rode Kruis actief meegewerkt aan de ethnische schoonmaak, onder meer door geldsommen te vragen van de Kroatische en Moslim bevolking. Het heeft zeker niet geprotesteerd tegen de ethnische schoonmaak als zodanig. Het Bosnisch-Servische Rode Kruis komt dus terecht in de meest rechtse variant van de linker hoofdkolom. ICRC en UNHCR hebben duidelijk geprotesteerd bij de Bosnisch-Servische autoriteiten; voor zover zij personen uit Banja Luka hebben vervoerd is dat gebeurd met inachtneming van het beginsel van *informed consent*. Het bevel van de deporterende autoriteit is dus gemitigeerd. Tevens hebben zij alles gedaan om het leed van de bevolking te verzachten. Zij hebben zelf vervoer georganiseerd. Wat ons aanspreekt zijn de min-of-meer identieke criteria die UNHCR en ICRC hebben ontwikkeld voor de selectie van evacués, omdat hieruit afgeleid kan worden dat in goed overleg en in rijp beraad getracht is beleid te ontwikkelen (vergl. het *Zwolsman* arrest). Ongetwijfeld is dit de zorgvuldigheid van de besluitvorming ten goede gekomen. Bovendien sluit het strafrechtelijk gezien goed aan bij het begrip noodtoestand. Wij pleiten dan ook voor een dergelijk beleid, bij voorkeur van meerdere organisaties gezamenlijk en desnoods achter

¹⁹¹⁾ ICTY, *Prosecutor vs. Simic et al.*, Trial Chamber, Decision of 27 July 1999 (ICRC Decision) § 73; idem, Order of 1 October 1999; idem, Decision of 28 February 2000 en idem: Decision of 7 June 2000. Médecins sans Frontières daarentegen heeft een van zijn medewerkers laten getuigen in de zaak-Akayesu, supra, noot 29, § 115. Zie voorts: S. Jeannot, "Testimony of ICRC delegates before the International Criminal Court," International Review of the Red Cross, dec. 2000, vol. 82, nr. 840.

gesloten deuren teneinde de deporterende autoriteit niet op verkeerde ideeën te brengen. In de casus ligt de enige blamage in het feit dat de lokale bevolking niet is gewaarschuwd voor het misbruik van het embleem van het Rode Kruis door de niet-erkende Bosnisch-Servische afdeling. Wellicht zou men dit als een verzaking van het mandaat kunnen zien. Op hoofdlijnen kan echter veilig worden geconcludeerd dat de activiteiten van UNHCR en ICRC met een ruime marge thuis horen in de meest linkse variant van de rechter hoofdkolom: "mandaat vervuld; evacuatie".

In het geval van **Srebrenica** is het vervoer verricht door de Bosnisch-Servische autoriteiten. Er is door Dutchbat niet meegewerkt aan het vervoer als zodanig. We keren dus terug naar de linker hoofdkolom. Wat de kwestie van overmacht betreft, vallen er twee zaken op. Enerzijds de uitputting van de voedselvoorraden, anderzijds de geweldsdreiging. Het eerste lijkt te wijzen op *vis absoluta* (absolute overmacht); het tweede op *vis compulsiva* (relatieve overmacht). Er waren dertig Dutchbat soldaten gegijzeld en met de dood bedreigd. Ook de ontheemden op het hoofdkwartier waren bedreigd met een artilleriebombardement. Het dreigement werd niet uitgesproken door de eerste de beste Bosnisch-Servische officier, maar door de hoogste militair van de BSA, generaal Mladic. Gegeven de twee mortiergranaten die op 11 juli landden temidden van de inwoners die op weg waren naar Potocari, lijken de Bosnisch-Servische dreigementen geloofwaardig genoeg om te voldoen aan de drempel gesteld in onder andere het *wapendepôts der B.S.* arrest. De vraag resteert echter of er méér is toegegeven aan de deporterende autoriteit dan strikt noodzakelijk was teneinde de ten uitvoerlegging van de dreigementen af te wenden.

Het meest kwestieus zijn in dit verband de opdracht van Dutchbat op 13 juli aan de op het terrein verblijvende ontheemden om zich naar de bussen te begeven, respectievelijk de rondgang van generaal Krstic en een lid van de bataljonsleiding gezamenlijk. Ook de beslissing van de VN om de benzine voor de bussen te betalen is zeer kwestieus. Er kan moeilijk worden volgehouden dat die activiteiten noodzakelijk waren om de tenuitvoerlegging van de dreigementen af te wenden. Dat geldt met name voor de betaling van de benzine.

Het beginsel van *informed consent* kon niet worden toegepast. Het - te late - verzoek van de bataljonscommandant aan de ontheemden om zelf een evacuatieplan te schrijven, kon niet meer ten uitvoer worden gelegd. De verklaring dat het vervoer correct is geschied die door een lid van de bataljonsleiding is ondertekend, is bepaald onverstandig, mede gezien het *Oswald Pohl* arrest.¹⁹²⁾

De bataljonscommandant heeft in de eerste dagen na 6 juli enkele malen om luchtsteun gevraagd, zelfs nadat een aantal van zijn soldaten was gegijzeld. Die verzoeken zijn echter op een hoger échelon afgewezen. Er is weliswaar tegen het transport geprotesteerd, maar dat lijkt - voor zover dat protest door de bataljonsleiding of de VN in New York is gebeurd - op het cruciale moment niet met veel overtuigingskracht te zijn gedaan.

Meldingen omtrent de eerste indicaties van massamoorden werden slechts in beperkte mate doorgegeven van het HQ in Sarajevo. Uit de managementrapportage van de Koninklijke Marechaussee valt af te leiden dat veel leden van Dutchbat gefrustreerd zijn door de afwezigheid van een nadrukkelijker, moreel protest. Er zijn geen pogingen gedaan een zgn. Schindler's List op te stellen, bijvoorbeeld door snel even twintig extra tolken te benoemen en een bijbehorende identiteitskaart te verstrekken.

Dit alles steekt mager af bij de "hooge eischen" die de bijzondere strafrechter gesteld heeft.

¹⁹²⁾ *Supra*, noot 177.

Ten aanzien van de uitvoeringsvraagkan bovendien worden opgemerkt dat er geen plan bestond wat te doen in het geval de Bosnische Serviërs de enclave zouden veroveren. Het gevolg was dat er een onduidelijke situatie ontstond. Aanvankelijk was het beleid er op gericht in het geheel niet mee te werken; later werd in een flits besloten de chaotische toestand bij het instappen in de bussen te gaan reguleren. Het geruzie tussen enkele officieren in de aanwezigheid van hun ondergeschikten maakt geen professionele indruk.

Het ordelijk laten verlopen van het instappen van de Moslim vrouwen en kinderen kan worden beoordeeld naar: (1) het directe effect; (2) het indirecte effect en (3) naar de intentie achter de handeling. De intentie was er kennelijk op gericht te voorkomen dat iemand onder de voet gelopen zou worden en een laatste bemoedigend woord te spreken. Het directe effect was dat de etnische schoonmaak vanwege die ordelijkheid vlotter liep. Het indirecte effect was dat bij het brede publiek de indruk ontstond van een collaboratie tussen Dutchbat met de BSA.

In vergelijking met het beleid dat UNHCR en ICRC hebben ontwikkeld te Banja Luka valt de situatie voor Dutchbat ongunstig uit. Vervoersomstandigheden zijn verzacht - onder andere door het monitoren van de bussen - maar als er een plan had bestaan, dan had effectiever humanitaire protectie verleend kunnen worden en had een ruzie kunnen worden vermeden. Dutchbat komt terecht in de middelste variant van de linker kolom: de deporterende autoriteit is strafbaar; Dutchbat had beslist efficiënter en met meer overtuigingskracht kunnen optreden.

Het geval van **Ngara** is het moeilijkste om te rubriceren. De gemeenschappelijke verklaring van de Tanzaniaanse regering en UNHCR dat de Rwandese vluchtelingen vóór 31 december 1996 terug dienden te zijn gekeerd naar Rwanda, weegt zwaar. Het suggereert dat UNHCR betrokken is geweest bij de planning en voorbereiding van het refouleren van de vluchtelingen in strijd met art. 33 van de VN Vluchtelingenconventie van 1951.¹⁹³⁾ Bovendien was het in Rwanda alles behalve veilig, getuige onder andere het incident bij Kibeho (zie noot 175). Daar staat tegenover dat UNHCR in een onmogelijke positie was komen te verkeren. Niet alleen droogden de fondsen op, maar de Tanzaniaanse regering had legitieme klachten, onder meer op het vlak van de handhaving van de openbare orde en de vervuiling van het milieu. Op de lange duur hadden de vluchtelingen dus sowieso weg moeten. De haastige wijze waarop de beslissing werd genomen en ten uitvoer werd gelegd, is echter zeer vatbaar voor twijfel. Dit geldt temeer, nu UNHCR niet het door haarzelf gehuldigde beginsel van *informed consent* heeft toegepast.¹⁹⁴⁾ Het plegen van een herlokatie van humanitaire hulp inclusief voedselhulp, teneinde de stroom en richting van

¹⁹³⁾ Artikel 49 Vierde Geneefse Conventie is niet van toepassing, want dat heeft alleen betrekking op bezet gebied. Wel van toepassing is de 1951 VN Vluchtelingenconventie. Bovendien kunnen de materiële normen Haagse Conventie nr. V (1907) inzake de Rechten en Plichten van Neutrale Mogendheden naar analogie worden toegepast op burgers. De neutrale staat is geautoriseerd - dus niet verplicht - om de vluchtende en verslagen leden van een krijgsmacht op te vangen. Ten aanzien van vluchtende burgers bestaat er in de Haagse Conventie nr. V niet een vergelijkbare bepaling. Uiteraard is de Conventie nr. V als zodanig niet meer van kracht. Zie: F.P. Feliciano, "International humanitarian law and the coerced movements of peoples across boundaries," San Remo (1983), p. 23. Voorts is het verbod op misdrijven tegen de mensheid relevant. Van grote betekenis is de Vluchtelingenconventie (1969) van de Organisatie van Afrikaanse Eenheid, die in art. 1(2) ook oorlogsvluchtelingen beschermt; in art. V(1) is opnieuw een verbod op refoulement. Ten aanzien van de scheiding tussen 'echte' vluchtelingen en leden van een verslagen leger is art. 4B(2) van de Derde Geneefse Conventie naar analogie relevant. Zie tevens het *Furundzija* arrest, *supra*, noot 16.

¹⁹⁴⁾ Vergl. Zieck, *supra*, noot 13, pp. 120 ev. en *supra* noot 184. Zij beschrijft in hoofdstuk 6 van haar boek de, grotendeels gedwongen terugkeer, naar Cambodja, van Cambodjaanse vluchtelingen in Thailand waarbij UNHCR slechts een beperkt protest heeft laten horen.

massale vluchtelingenbewegingen te manipuleren, staat op zeer gespannen voet met het beginsel van *informed consent* als gedefinieerd door de oorlogsstrafrechter in de *Medical case*¹⁹⁵). Bovendien staat het op gespannen voet met de beginselen van humaniteit en neutraliteit, die kort gezegd, stellen dat hulp verleend zal worden op basis van behoefte aan hen die dat nodig hebben, zonder daaraan verdere politieke, militaire of andere overwegingen aan ten grondslag te leggen. Voorts heeft UNHCR actief meegewerkt aan het vervoer, samen met de Tanzaniaanse strijdkrachten. Men kan dus twijfelen tussen de linker of de rechter hoofdkolom, maar het maakt uiteindelijk weinig uit. Kiest men de linker hoofdkolom, dan gaat men meteen rechtsaf om de vraag naar overmacht te beantwoorden. Kiest men voor de rechter hoofdkolom, dan gaat men bij de vraag naar ondubbelzinnig protest rechtsaf, om eveneens terecht te komen bij de vraag naar overmacht.

De eventuele noodtoestand waarop UNHCR zich ten aanzien van Ngara kan beroepen, betekent onder meer dat de situatie in Ngara een wezenlijk andere verschijningsvorm aannam dan elders: in Banja Luka en Srebrenica was grof geweld de grondslag voor de overmacht; in Ngara was dat de juridische dwang van de Tanzaniaanse regering alsmede de opdrogende financiering. Aannemelijk is, dat personeelsleden van UNHCR tot *persona non grata* verklaard zouden worden indien zij de Tanzaniaanse overheid actief zouden tegenwerken; dat was immers het lot van enkele priesters.

De vraag is echter of deze verschijningsvorm van overmacht van een zodanig acute aard is, dat het rechtvaardiging kan vormen voor het hals-over-kop karakter van de massale *refoulement*. Een half miljoen mensen verwijderen tussen 14 en 31 december is wat veel van 'het goede'. De gebrekkige voorbereiding is duidelijk te zien. Er kan worden herinnerd aan het *Fullriede* arrest, *supra*, blz. 42, waaruit blijkt dat het uitvoeren van een deportatiebevel met het enkele argument dat men het bevel nog enigszins kan mitigeren indien men het zelf uitvoert, onvoldoende is voor een beroep op overmacht. De principe vraag kan op basis van de ons ter beschikking staande feiten niet met zekerheid beantwoord worden. Het lijkt echter waarschijnlijk dat als gevolg van de gemeenschappelijke verklaring van begin december men een medewerking heeft getoond die medeplichtigheid oplevert en wellicht zelfs mededaderschap.

Wat de uitvoeringsvraag betreft heeft UNHCR weliswaar tegen het hardhandige optreden van de Tanzaniaanse strijdkrachten geprotesteerd, maar dat gebeurde niet erg krachtig en op een (te) laat tijdstip. Er zijn verscheidene meldingen van kilometers lange colonnes mensen die in de tropische hitte uren lang moesten lopen zonder veel gelegenheid te hebben te rusten. In het geval van Ngara kan men dus twijfelen of UNHCR haar mandaat slechts heeft verzaakt, dan wel het heeft geschonden.

9.2 Slotbeschouwing

De vraag 'evacuatie of deportatie?' blijkt te verwijzen naar een denkbeeldige driehoek.

In de eerste plaats is er een relatie van de lokale bevolking tot een *hulporganisatie* of vredesmacht. Centraal in deze relatie staat het humanitaire belang van de lokale bevolking. Zoals blijkt uit onder meer het arrest *Brandt (the Medica2 Case)*, is het respecteren van het beginsel van *informed consent* essentieel.

In de tweede plaats is duidelijk dat in de relatie tussen de deporterende instantie en een hulporganisatie of vredesmacht, de hoofdschuldige die instantie is die tot de verplaatsing dwingt. Daaruit volgt dat, als een hulporganisatie of vredesmacht besluit te zwichten voor de druk van die instantie, het transport op een zodanig manier dient te worden geregeld

¹⁹⁵) *Supra*, noot 139.

dat de medewerking aan de verplaatsing niet kan dienen als een vijgenblad waarachter die autoriteit het dubieuze karakter van haar beleid kan verbergen. Een handtekening als die van een lid van de bataljonsleiding te Srebrenica of de persverklaring op televisie van de Tanzaniaanse regering en UNHCR is dus ten zeerste af te raden.

Tenslotte is er een relatie van de betreffende hulporganisatie of vredesmacht tot haar eigen ethische grondslagen. Die relatie komt onder druk te staan omdat men wordt gedwongen van die grondslagen af te wijken. Het gaat het om de relatie van de ethiek van humanitaire organisaties en vredes machten tot de ethische en juridische grondslagen van de landen waar zij hun bases hebben, inclusief uiteraard, de belangrijkste teksten inzake de rechten van de mens.

Met name het punt van de grondslagen blijkt problematisch te zijn. Die grondslagen zijn immers vrij algemeen geformuleerd en op het cruciale punt van de rechtvaardigingsgrond van militaire noodzaak zelfs ongelukkig geformuleerd. Dit opstel had aanmerkelijk korter en minder gecompliceerd kunnen zijn als het niet nodig was geweest eerst de problematiek van de militaire noodzaak in de artikelen 49 Vierde Geneefse Conventie en 17 Tweede Protocol te analyseren.

Problematisch ten aanzien van de volkenrechtelijke grondslagen is voorts de vraag of overmacht in het oorlogsstrafrecht, gelet op art. 8 van het Handvest van het IMT, een toelaatbaar verweer is.¹⁹⁶⁾ Wanneer in Nederland een dergelijk verweer op grond van art. 40 Sr. toelaatbaar is, dan is de vraag nog niet met zekerheid te beantwoorden hoe strikt het in de context van het oorlogsstrafrecht geïnterpreteerd dient te worden. De oorlogsstrafrechter heeft uitgemaakt dat een mondelinge bedreiging met de dood na arrestatie door, zeg, de Gestapo, onvoldoende is voor een beroep op overmacht. Een substantiële additionele factor, zoals een begin van een ten uitvoerlegging van het dreigement, is vereist.

Voorts is de vraag gerechtvaardigd of de jurisprudentie uit de oorlogsjaren zonder meer toepasselijk is voor de moderne problematiek van geïmplodeerde staten, waar het onderscheid voor hulpverlenende instanties tussen evacuatie en deportatie vervaagt. De jurisprudentie van weleer stond in het teken van onderdrukking en verzet, gekoppeld aan het voortbestaan van Nederland. De strengheid waarmee de bijzondere strafrechter placht te oordelen, laat zich hierdoor verklaren. Bovendien was 'hulpverlening aan de vijand' destijds een actuele delictsomschrijving. Vredes machten en humanitaire organisaties hebben - althans formeel - geen vijand. Er zijn dus argumenten om die jurisprudentie niet te raadplegen.

Daar staat tegenover dat de "hooge eischen" die de bijzondere strafrechter stelde van toepassing zijn op hen die vrijwillig een positie van verantwoordelijkheid hebben bekleed. Er kan worden betoogd dat het personeel van de huidige humanitaire hulporganisatie of vredesmacht aan dit criterium voldoet, ja, meer zelfs dan voor de verzetstrijders van weleer het geval was: de laatst genoemden werden immers in eigen land door de vijand overrompeld en kozen er vervolgens voor om er 'het beste' van te maken; de eerst genoemden zoeken de oorlog op en moeten daarvoor een vliegreis van enige uren maken. Het 'vrijwilligheidsgehalte' van de eerst genoemden is dan ook aanmerkelijk groter. Bovendien blijkt dat de criteria en ijkpunten die uit de toenmalige jurisprudentie te destilleren zijn, ook heden nog bruikbaar zijn (blz. 88 en 98). Eén nieuw ijkpunt, dat wij niet gevonden hebben in de jurisprudentie van de oorlogsstrafrechter, kan worden genoemd: ontheemden die zich op het terrein van het hoofdkwartier van een vredesmacht bevinden mogen aanspraak

¹⁹⁶⁾ *Supra*, noot 142.

maken op een extra inspanning en (morele) weerstand van die vredesmacht. Aanwijzingen hiervoor zijn zowel te vinden in de slachting te Kibeho als in de val van Srebrenica.¹⁹⁷⁾

Op grond van het bovenstaande maken wij een keuze ten gunste van het raadplegen van de naoorlogse jurisprudentie. Desondanks is het wenselijk te streven naar een nadere juridische en ethische bezinning. Immers, de jurisprudentie is een halve eeuw oud en deels in de vergetelheid weggezaakt. Onduidelijk is dus, in hoeverre er *in het heden* een maatschappelijk draagvlak is voor de strenge arresten die de bijzondere strafrechter indertijd wees. Wil de Nederlandse samenleving ook heden "hooge eischen" stellen aan haar veldwerkers en blauwhelmen? Die strenge norm lijkt niet in overeenstemming te zijn met een uitgangspunt dat in de moderne samenleving wèl algemeen aanvaard is, namelijk dat de veiligheid van het eigen personeel van groter belang is dan de implementatie van het mandaat. Twee maanden vóór de val van Srebrenica maakte de Force Commander van UNPROFOR dit zelfs expliciet.¹⁹⁸⁾

Gegeven het levensbelang dat indertijd op het spel stond legde de Bijzondere Raad een heldenmaatstaf aan voor hen, die zich vrijwillig in een gevaarlijke positie plaatsten.¹⁹⁹⁾ Getuige de arresten *De Vilder*, *Van der Giessen* en vooral *Meigatter* is het zelfs voor een 'gewoon' burger die zich afzijdig heeft gehouden strafbaar om zonder stevige weerstand te zwichten voor de druk van de S.D, met name indien dat ten koste zou gaan van mensenlevens. Voor hen, die niet afzijdig bleven lag de lat aanmerkelijk hoger. De verdachte in het *verzetstrijder* arrest was ongetwijfeld een held, toch was hij in zijn dagelijkse hoedanigheid een 'gewoon' burger: van beroep was hij makelaar in assurantiën. De huidige Nederlandse veldwerkers en vredessoldaten zijn beroeps. Zij hebben zich voorbereid en zij zijn getraind.

Het pleidooi dat er een zgn. categorisch humanitair imperatief zou bestaan tot het verlenen van hulp en het redden van de slachtoffers, is tijdens de Bosnische burgeroorlog vaak genoeg gehoord. Over de ethische en filosofische fundering van dat beginsel is noch in de humanitaire, noch in de militaire vakliteratuur veel geschreven. Over de bijbehorende verantwoordelijkheid, wát te doen wanneer men oog-in-oog staat met een gewetenloos krijgsheer, is evenmin uitvoerig van gedachten gewisseld. Hoe velen in Nederland hebben zich in recente jaren gerealiseerd hoe hoog de bijzondere strafrechter de morele en juridische lat gelegd heeft?

Bij al deze overpeinzingen is een voorbehoud op zijn plaats. Zo aanvaardbaar als klinkt, *in abstracto*, om de veiligheid van het eigen personeel voorop te stellen, zo veel minder voor de hand liggend is het in een conflictgebied. In het veld zijn de ontheemden immers zichtbare personen van vlees en bloed. Dàn wordt immers het punt zichtbaar waar de bijzondere strafrechter zo zeer op heeft gehamerd, namelijk het - letterlijk - levensbelang van hen die uit handen moeten blijven van een gewetenloos krijgsheer. De laatste hoop en redding van de ontheemden is gevestigd op de "hooge eischen" van (morele) weerstand die door humanitaire veldwerkers en blauwhelmen geboden zal worden. De afweging tussen veiligheid van het eigen personeel versus veiligheid van de ontheemden zal er in het veld

¹⁹⁷⁾ "Perhaps the soldiers [van Dutchbat - TvB] should have allowed everyone into the compound and then offered themselves as human shields to protect them. This might have slowed down the Serbs and bought time for higher-level negotiations to take effect." VN rapport "The fall of Srebrenica," *supra*, noot 170, § 473, ook: § 468.

¹⁹⁸⁾ VN rapport "The fall of Srebrenica," *supra*, noot 170, § 193.

¹⁹⁹⁾ Vergl. de samenvatting van de Judge Advocate in het *Valentin Fuerstein* arrest, Brits Militair Tribunaal te Hamburg, 4-24 augustus 1948, War Crimes Reports, vol. XV, p. 173 alsmede in het *Robert Holzer* arrest, Canadees Militair Tribunaal te Aunch, 25 maart t/m 6 april 1946, War Crimes Reports, idem.

en op het uur van de waarheid temidden van een hoogst chaotische en onzekere situatie, anders uitzien dan in het vertrouwde Nederland. "Het commando van eenheden, die verwickeld zijn in lokale spanningen, ervaart de onontkoombare betekenis van ethische dilemma's en levensbeschouwelijke motivaties directer en intenser dan het hogere commando, dat zich op veilige afstand bevindt. Een commandostructuur, waarbinnen de besluitvormingstrajecten en besluitvormingsroutines in hoge mate *top down* zijn georganiseerd, maakt al te gemakkelijk een abstractie van ethische en levensbeschouwelijke ervaringen die in het veld worden opgedaan, of reduceert zulke ervaringen tot operationele of strategische factoren. Commandanten van operationele eenheden, die in veldsituaties verwickeld zijn, verzetten zich tegen deze reductie en wensen hun ethische en levensbeschouwelijke verantwoording niet in te leveren."²⁰⁰⁾

Nog een tweede voorbehoud is op zijn plaats. Het destilleren van criteria en ijkpunten uit de jurisprudentie van de oorlogsstrafrechter mag niet worden geïnterpreteerd als een pleidooi onzerzijds voor een extensieve toepassing van het strafrecht. Krachtens het beginsel 'geen straf zonder schuld' laat de Bijzondere Raad in beginsel de mogelijkheid open van rechtsdwaling. Het was voor de burger in bezettingstijd soms moeilijk "... de grens te bepalen tussen hetgeen hij als goed Nederlander al dan niet mocht doen."") Het onderscheid tussen evacuatie en deportatie is ons inziens dusdanig onduidelijk geregeld, dat een beroep op verschoonbare rechtsdwaling door een hulpverlenende instantie, niet op voorhand afgewezen kan worden. Maar ook daar, waar het recht wèl duidelijk is, is voorzichtigheid geboden. Zelfs indien men bereid is de mening van de Bijzondere Raad van Cassatie in de arresten *verzetstrijder*, *illegaal werker* en *wapendepôts der B.S.* te volgen door "hooge eischen" te stellen, dient men te waken voor een overspannen toepassing van dat strafrecht, zoals de Bijzondere Raad gelukkig zelf constateert. Ook Röling is duidelijk geweest. Ten aanzien van dergelijke "onmogelijke quaesties" meent hij dat het strafrecht dient te resigneren, zolang de betrokkene in geweten heeft gehandeld. Wij sympathiseren met deze opvatting, maar geven op voorhand toe, dat deze gedachte nadere uitwerking behoeft. Dit klemt te meer nu deportatie een (oorlogs)misdrijf is terwijl evacuatie een juridisch legale en ethisch legitieme actie is: indien er, ondanks alle goede inspanningen van een hulporganisatie of vredesmacht er tóch een moment komt waarop het behulpzaam is bij het transport, is dat dan het moment waarop het strafrecht resigneert?

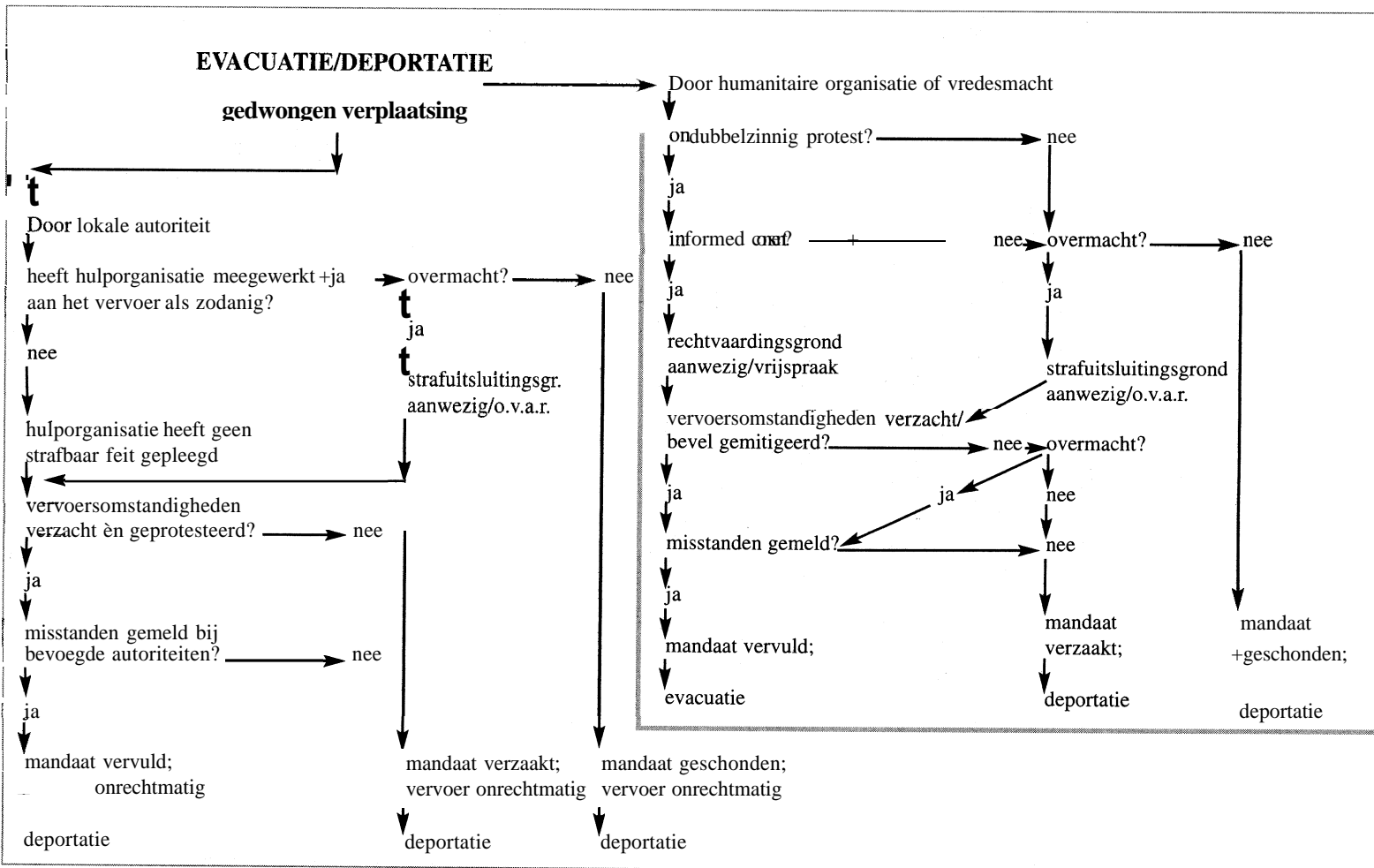
Het zijn deze vraagstukken die thans nog in een veel te kleine kring van betrokkenen besproken worden. Een heersende leer ontbreekt ten enenmale. De ethische en juridische onzekerheid waarmee humanitaire veldwerkers en blauwhelmen leven zou op de korte termijn mogen leiden tot een nadere bezinning.

²⁰⁰⁾ Th. Geurts, "Beroepsethische vorming en modernisering bij de krijgsmacht," in: Kernvraag, "Vorming onder druk?" 1996/1, nr. 108, p. 32.

²⁰¹⁾ BRvC 14 feb. 1949, NOR 1382 (eerste De *Vilder* arrest). In casu werd het beroep op een verschoonbare dwaling niet aanvaard.

EVACUATIE/DEPORTATIE

gedwongen verplaatsing



Humanitair overwinnaarsrecht?!

De status van gevangen genomen Al Qaeda-strijders in het humanitair oorlogsrecht

door

Mr. H.J.J. Talsma*

1. Inleiding

Na de aanslagen op 11 september 2001 in New York en Washington begonnen de Verenigde Staten, gesteund door een brede internationale coalitie, hun "war on terrorism". De strijd richtte zich tegen de hoofdverdachte van de aanslagen Osama bin Laden, diens terroristennetwerk Al Qaeda en tegen het Afghaanse Taliban-regime dat aan deze terroristen bescherming en onderdak verleende. De Amerikaanse inzet in Afghanistan bestond voor het grootste deel uit intensieve bombardementen en het verlenen van luchtsteun aan de grondtroepen van de Noordelijke Alliantie, een bondgenootschap van autochtone krijgsheren. Verder werden eenheden van de Amerikaanse mariniers en commando's ingezet.

Uiteindelijk werden de Taliban en Al Qaeda verdreven en bij hun opmars namen de Amerikanen grote groepen Al Qaeda-strijders gevangen. Begin januari 2002 werden deze gevangenen gedrogeerd, met touwen aan elkaar geketend en met kappen over het hoofd overgebracht naar de Amerikaanse basis Guantanamo Bay op het eiland Cuba. De Amerikaanse Minister van Defensie Rumsfeld verklaarde desgevraagd voor de nieuwszender CNN dat Amerika de gevangen terroristen ziet als illegale strijders en hen niet hoeft te beschouwen als krijgsgevangenen in de zin van de Geneefse verdragen. De vraag of die stelling juist is, vormt de kern van deze bijdrage; hebben de Amerikanen het bij het rechte eind of zetten zij het humanitair oorlogsrecht naar hun overwinnaarshand ?

Hieronder wil ik allereerst kort schetsen wat de globale inhoud is van de verdragen van Genève en de aanvullende protocollen ten aanzien van krijgsgevangenen. Vervolgens komt de vraag aan bod of deze verdragen en protocollen ook van toepassing zijn op de strijd in Afghanistan en of de Al Qaeda-strijders aanspraak kunnen maken op de status van krijgsgevangene. Vervolgens rijst de vraag welke consequenties hun status heeft voor wat betreft internering en behandeling. Ook wordt hierbij de vraag betrokken of en onder welke condities de gevangen terroristen berecht kunnen worden. Om zo zuiver mogelijk te kunnen redeneren, ga ik er in deze bijdrage van uit dat de oorlog tegen het terrorisme in Afghanistan feitelijk werd gevoerd tussen Amerika enerzijds en de Afghaanse Taliban-regering en Al Qaeda anderzijds. De NAVO-partners, de Noordelijke Alliantie en andere betrokkenen blijven daarom bewust buiten beschouwing. Het maken van onderscheid tussen Taliban-strijders en Al Qaeda-strijders is eveneens van belang. De Taliban vormden bij het uitbreken van het conflict de regering van Afghanistan en de Taliban-strijders kunnen dan ook beschouwd worden als een regeringsleger. Dit geldt uitdrukkelijk niet voor Al Qaeda, een moeilijk af te bakenen internationaal netwerk van terroristen, weliswaar gesteund door regeringen als de Taliban, maar geen deel daarvan uitmakend.

* Mr. H.J.J. Talsma is als jurist werkzaam bij de Koninklijke Marine

2. De verdragen van Genève

Na de verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog bestond er op internationaal vlak behoefte aan een herijking van het humanitair oorlogsrecht. Dit recht was vastgelegd in diverse verdragen, waarbij het eerste verdrag van Genève van 1864, geïnitieerd door de Zwitser Henri Dunant kan gelden als beginpunt.¹⁾ Na dit verdrag werden respectievelijk in 1899, 1907 en 1929 nieuwe en uitgebreidere afspraken gemaakt, maar de grote herziening en uitbreiding vond plaats met de vier verdragen van Genève die op 12 augustus 1949 werden getekend.

Deze verdragen hebben ieder betrekking op een speciale groep van personen binnen het oorlogsrecht:

1. Gewonden en zieken van de strijdkrachten te velde;
2. Gewonden, zieken en schipbreukelingen van de strijdkrachten ter zee;
3. Krijgsgevangenen;
4. Burgers.

Voor deze bijdrage zijn vooral het Derde Verdrag en het eerste aanvullende protocol (AP1) uit 1977 van belang, aangezien het daarin gaat over de behandeling van krijgsgevangenen. In deze bronnen wordt bepaald wie aangemerkt dienen te worden als krijgsgevangenen, wie als zodanig dienen te worden behandeld en aan welke voorwaarden die behandeling moet voldoen. De basis voor dit alles ligt in deel twee van het verdrag, getiteld "General protection of prisoners of war". In vijf artikelen worden de piktalen geslagen voor de humane behandeling waar de krijgsgevangenen recht op hebben. De gevangenhoudende mogendheid dient krijgsgevangenen te beschermen tegen geweld, marteling en intimidatie en mag tegen hen geen represaillemaatregelen nemen. Verder moet men respect hebben voor de persoon en de eer van krijgsgevangenen. Vrouwen verdienen hierbij bijzondere aandacht. Levensonderhoud en geneeskundige hulp dienen kosteloos door de gevangenhoudende mogendheid te worden verzorgd en discriminatie van bepaalde krijgsgevangenen is niet toegestaan.²⁾ In de delen die volgen, worden deze beginselen uitgewerkt in meer concrete bepalingen.

3. Is het krijgsgevangenenverdrag van toepassing op de strijd in Afghanistan?

De reikwijdte van de vier Geneefse verdragen is gelijk. Dit komt tot uitdrukking doordat het eerste deel van ieder verdrag bestaat uit een elftal gelijklopende artikelen. Het tweede en derde artikel behandelen de toepasselijkheid van het verdrag in respectievelijk internationale en niet-internationale conflicten. Gelet op het evident internationale karakter van de strijd in Afghanistan blijft artikel 3 hier verder buiten beschouwing. Artikel 2 verklaart het verdrag van toepassing op elk geval van oorlog of een ander gewapend conflict tussen twee of meer verdragsluitende partijen, zelfs wanneer een van de partijen de staat van oorlog niet erkent. Verder is het verdrag van toepassing op elk geval van bezetting van (een deel van) het grondgebied van een verdragsluitende partij, zelfs wanneer daarbij geen gewapende tegenstand ondervonden wordt.

De Amerikaanse aanvallen op Afghanistan zijn zonder moeite te rangschikken onder de reikwijdte van artikel 2. Weliswaar leveren terroristische daden op zichzelf geen gewapend

¹⁾ Peter Malanczuk: *Akehurst's modern introduction to international law*, Routledge Londen: 1997, p. 21.

²⁾ Art. 12 t/m 16 van het derde verdrag van Genève. Vgl. Mr. F. Kalshoven: *Zwijgt het recht als de wapens spreken* ? Clingendaelreeks, deel 9, 's Gravenhage: Staatsuitgeverij, 1985, p. 41 en 42.

conflict op in de zin van het oorlogsrecht, maar nu Amerika het grondgebied van een andere staat, namelijk Afghanistan, aanvalt en gewapend optreedt tegen zowel het regeringsleger van de Taliban als tegen de terroristen van Al Qaeda, is wel degelijk sprake van een gewapend conflict. Amerika en Afghanistan zijn beiden partij bij de verdragen van Genève en alleen al om die reden zijn de verdragen van toepassing. Amerika heeft het eerste aanvullende protocol niet ondertekend. In dat verband merkt onder meer Coolen echter terecht op dat de Geneefse verdragen grotendeels regels bevatten die worden geacht te behoren tot het gewoonterecht en tot de gebruiken van de oorlog.³⁾ Artikel 1 lid 2 van het eerste protocol wijst eveneens in die richting. Dit betekent dat zelfs wanneer de verdragen en protocollen formeel niet toepasselijk zouden zijn, de inhoud ervan op basis van het gewoonterecht toch als geldend recht beschouwd zou moeten worden.

De conclusie kan hier dus ook niet anders zijn dan dat het **krijgsgevangenenverdrag** en het aanvullende protocol als zodanig van toepassing zijn op de strijd tegen de terroristen en hun beschermers in Afghanistan en dat de partijen zich op grond van artikel 1 van het verdrag dienen te houden aan de gemaakte afspraken.

4. Wie zijn "krijgsgevangenen" en hebben de Al Qaeda-strijders deze status?

Om te bepalen welke personen aanspraak kunnen maken op de status van krijgsgevangene, zijn artikel 43 en 44 van API van belang, alsmede de basis daarvoor in artikel 4 van het derde verdrag. Strijdkrachten van een partij bij het gewapend conflict zijn volgens art. 43 lid 1 API alle georganiseerde groepen en eenheden die staan onder bevel van iemand die aan die partij verantwoording verschuldigd is voor het optreden van zijn mensen. Verder moet er een vorm van intern tuchtrecht bestaan die onder meer naleving van het oorlogsrecht afdwingt. Iedere persoon (met uitzondering van medisch personeel en geestelijk verzorgers) die behoort tot een organisatie die voldoet aan deze criteria, wordt aangemerkt als combattant en heeft, wanneer hij in handen van de vijand valt, recht op de status van krijgsgevangene. Huurlingen en spionnen hebben echter geen recht op deze status.

Artikel 4 Derde Verdrag maakt onderscheid tussen

- A) krijgsgevangenen in de zin van het Derde Verdrag en
- B) personen die als krijgsgevangenen behandeld moeten worden

Tot categorie A behoren, voor zover hier van belang:

- alle leden van de strijdkrachten van een partij bij het conflict, met inbegrip van milities en vrijwilligerskorpsen die van die strijdkrachten deel uitmaken.
- leden van geregelde strijdkrachten die vechten voor een regering of autoriteit die niet door de gevangenhoudende mogendheid is erkend.⁴⁾

Tot categorie B behoren:

- door de bezetter geïnterneerde leden van de strijdkrachten van het bezette land.
- combattanten, geïnterneerd op het grondgebied van een niet-oorlogvoerende mogendheid.

³⁾ Prof. Mr. G.L.C. Coolen: *Krijgsgevangenen*. Ars Aequi 1997, p. 211.

Vgl. ook Malanczuk a.w. 1997, p. 342 e.v.

⁴⁾ Coolen noemt als voorbeeld het "leger van de "Vrije Franse Republiek" o.l.v. generaal De Gaulle, dat niet erkend werd door de Duitsers. Prof. Mr. G.L.C. Coolen: *Humanitair Oorlogsrecht, W.E.J. Tjeenk Willink Deventer*: 1998, p. 137

Het zijn van "partij" bij een conflict wordt in de verdragen en de protocollen niet verduidelijkt, of zoals Kalshoven het uitdrukt: "Evenwel moet worden erkend, dat de gekozen bewoordingen enigermate vaag en rekbaar lijken."⁵⁾ Uit commentaar bij het eerste protocol blijkt dat de kwestie wie partij is vooral feitelijk moet worden gezien en niet mag worden getoetst aan formele criteria als het behoren tot de geregelde strijdkrachten of zelfs het hebben van dezelfde nationaliteit. "It may find expression merely by tacit agreement, if the operations are such as to indicate clearly for which side the resistance organisation is fighting."⁶⁾

Wanneer we de genoemde criteria toepassen op de strijders van Bin Ladens Al Qaeda netwerk, levert dat een troebel beeld op. Weliswaar is het netwerk in hoge mate georganiseerd en staat het duidelijk onder gezag en verantwoording van Osama bin Laden, toch kan naar mijn mening niet gezegd worden dat het hier gaat om *geregelde strijdkrachten* die behoren tot een partij in het conflict. Al Qaeda vormt, zoals reeds eerder opgemerkt, geen duidelijk afgebakende of anderszins herkenbare groep, maar is naar het zich laat aanzien een wereldwijd netwerk van terroristen, waarvan een deel gevestigd was in Afghanistan. Amerika begon na 11 september een oorlog tegen "het terrorisme" in zijn algemeenheid en kwam in conflict met Afghanistan toen dat land weigerde terroristen uit te leveren. Het feit dat een groep terroristen zich tegen arrestatie verzet, maakt hen nog niet tot geregelde strijdkrachten in de zin van het Derde Verdrag en AP1. Osama bin Laden is voor de daden van zijn mensen geen verantwoording verschuldigd aan de Afghaanse regering. Ook kan niet gezegd worden dat Bin Ladens netwerk vocht aan de zijde van de Afghanen. Het lijkt wellicht een triviaal argument, maar de situatie was precies omgekeerd; het Taliban-regime verdedigde zijn "gast" Osama bin Laden en diens strijders.

Voorzichtig meen ik dan ook op basis van het bovenstaande te kunnen concluderen dat Al Qaeda, in tegenstelling tot de Taliban-regering geen partij is bij het conflict en evenmin een georganiseerde strijdkracht die behoort tot een partij. Op grond van het Derde Verdrag en het bijbehorende eerste protocol zijn de Al Qaeda-strijders derhalve geen combattanten en daarmee hebben zij ook geen recht op de status van krijgsgevangenen.

5. Welke regels gelden voor de behandeling van de Al Qaeda-strijders?

De conclusie dat de strijders van Al Qaeda geen recht hebben op de status van krijgsgevangenen, betekent echter niet dat hun behandeling niet aan enig voorschrift gebonden is. Sterker nog: artikel 5 Derde Verdrag bepaalt dat, wanneer twijfel bestaat omtrent de status van gevangen genomen personen die een oorlogshandeling hebben verricht, die gevangenen als krijgsgevangenen dienen te worden behandeld totdat een bevoegde rechter over hun status heeft geoordeeld. Kalshoven schrijft in dit verband: "Deze regeling neemt het risico van willekeur van de zijde van individuele commandanten weg en scheidt de mogelijkheid van een deugdelijke, weloverwogen beslissing in deze voor de betrokkenen uitermate belangrijke kwestie."⁷⁾ Dit betekent in casu dat Amerika de Al Qaeda-strijders wel degelijk als krijgsgevangenen zou moeten behandelen, totdat een rechter tot de conclusie is gekomen dat zij op deze status geen recht hebben. Het gebruik van touwen, hoofdkappen en verdovende middelen vormt voor zo'n behandeling op zijn zachtst gezegd een contra-indicatie, laat staan de "huisvesting" in kooien in de open lucht.⁸⁾

⁵⁾ Kalshoven, a.w. p. 66

⁶⁾ ICRC Commentary III, p. 57

⁷⁾ Kalshoven, a.w. p. 41

⁸⁾ Aldus een bericht van AFP, www.tiscali.nl/content/article/479590.htm

Het standpunt van de Amerikaanse regering dat zij de gevangenen beschouwt en behandelt als "illegale strijders" is onjuist.⁹⁾ Niet alleen komt het begrip "illegale strijder" in het humanitair oorlogsrecht niet voor, een rechter en niet de regering zal over de status van de gevangenen moeten oordelen. En zelfs al zou dit rechterlijk oordeel inhouden dat ze geen combattanten zijn, dan nog is de behandeling van gevangenen niet zonder regels. Artikel 75 van Protocol 1 bevat een opsomming van een aantal "fundamentele waarborgen", die gelden voor een ieder die zich bevindt in handen van een partij bij het conflict en die op grond van de verdragen van Genève of het aanvullende protocol geen aanspraak kan maken op een betere behandeling. Deze waarborgen zijn erop gericht dat de gevangenen een menselijke behandeling krijgen, dat geen onrechtmatig onderscheid gemaakt wordt tussen gevangenen en dat zij onder andere gevrijwaard blijven tegen fysieke en mentale martelingen, vernedering, collectieve straffen en lijfstraffen. Een ieder die gevangen gezet is in verband met het gewapende conflict, moet zo snel mogelijk in een voor hem begrijpelijke taal over de redenen van zijn gevangenhouding geïnformeerd worden en wanneer de omstandigheden dit toelaten dient zo spoedig mogelijk vrijlating te volgen. Berechting van de gevangenen mag uitsluitend geschieden door een "impartial and regularly constituted court respecting the generally recognized principles of regular judicial procedure". De tien punten waaruit die procedure bestaat zijn eveneens in artikel 75 van Protocol 1 vastgelegd en komen feitelijk grotendeels overeen met de bekende principes van een "fair trial", zoals vervat in het EVRM. De door president Bush aangekondigde tribunalen zullen aan deze eisen moeten voldoen.

6. Conclusie

Het Derde Verdrag van Genève is van toepassing op de strijd in Afghanistan en vormt het juridisch uitgangspunt voor de behandeling van gevangenen. De Al Qaeda-strijders zijn geen combattant en hebben derhalve geen recht op de status van krijgsgevangene. Op grond van het derde verdrag en het aanvullende protocol rust op Amerika evenwel de verplichting om de gevangen genomen Al Qaeda-strijders een correcte behandeling te geven. In afwachting van een definitief rechterlijk oordeel over hun status hebben de gevangenen voorlopig zelfs recht op een behandeling als waren zij wel krijgsgevangenen geweest. Op de justitiële weg zullen de Verenigde Staten snel enkele voortvarende stappen moeten zetten. De gevangenen zullen in staat van beschuldiging moeten worden gesteld en het tegen hen te voeren proces moet op zo kort mogelijke termijn worden gestart. De militaire overwinning van Amerika in Afghanistan is reeds een feit, nu is het zaak om ook op humanitair terrein te zegevieren.

⁹⁾ Vgl. ook Van Troost in een artikel voor Amnesty International, www.amnesty.nl/artikelen/NK-ART0134.html

De gedetineerden in Guantánamo en het Internationale Humanitaire Recht

door

Prof. dr. T.D. Gill

De controverse rond de behandeling van de gedetineerde Taliban en Al Qaeda leden in Guantánamo en de toepasselijkheid van de Geneefse Conventie inzake de Behandeling van Krijgsgevangenen van 1949 heeft in de laatste weken niet alleen de betrekkingen tussen de Verenigde Staten en haar Europese bondgenoten vertroebeld, maar ook tot een openlijk meningsverschil binnen de Bush Administratie geleid.

Wat zegt het oorlogsrecht, tegenwoordig meestal aangeduid als het internationaal humanitair recht, over de status van gedetineerden en de toepasselijkheid van de Geneefse Conventie op hun behandeling? Wat zijn de opties en de mogelijke gevolgen van een verkeerde keus die tot een schending van de rechtsregels op dit gebied zou kunnen leiden?

Het beginpunt bij deze discussie is de vraag of er sprake is van een gewapend conflict waarop het internationaal humanitair recht van toepassing is. De Verenigde Staten beschouwt zichzelf als doelwit van een gewapende aanval en baseert haar militair optreden in Afghanistan op het recht van zelfverdediging. Dit beroep op zelfverdediging heeft de instemming van de V.N. Veiligheidsraad en een breed assortiment van staten gekregen, waarvan sommigen direct of indirect steun aan de Amerikaanse militaire campagne in Afghanistan hebben verleend. Het conflict in Afghanistan voldoet aan de feitelijke criteria voor een gewapend conflict in termen van de schaal en intensiteit van de gevechtshandelingen en de aard van het optreden. Kortom er kan geen twijfel bestaan dat we te maken hebben met een gewapend conflict van een internationaal karakter.

Het internationaal humanitair recht is zonder uitzondering van toepassing op ieder internationaal gewapend conflict. Dit vloeit voort uit ondermeer het gemeenschappelijk artikel 2 van de Geneefse Conventies van 1949, alsmede het internationaal gewoonterecht op dit gebied. Het is volledig irrelevant of het om een verklaarde oorlog gaat, of van de vraag of de partijen elkaar formeel erkennen. Het doet ook niet ter zake of een van de partijen, zoals in dit geval de Verenigde Staten, een erkende rechtsbasis heeft voor het voeren van een gewapend conflict, terwijl de andere partij een onrechtmatige aanval heeft gepleegd. Evenmin doet de persoonlijke motivatie of mogelijke toekomstige intenties van de partij- en ter zake bij de beoordeling van de toepasselijkheid van het internationaal humanitair recht.

Als, zoals blijkt uit het voorafgaande, het internationaal humanitair recht van toepassing is op het conflict in Afghanistan, wat zegt dit dan over de status van gedetineerden en de behandeling en eventuele soort berechting die zij op grond hiervan moeten krijgen?

Het internationaal humanitair recht maakt een aantal fundamentele onderscheidingen in categorieën personen en objecten, op grond waarvan het hele stelsel van rechten en verplichtingen omvat in dit rechtsgebied grotendeels nader is uitgewerkt. Het meest fundamenteel hiervan is het onderscheid tussen militairen en burgers. Een ander onderscheid is dat tussen combattanten (strijders) en niet-combattanten. De twee categorieën overlappen elkaar, doch zijn echter niet identiek. Voor de discussie omtrent de status van de gedetineerde Taliban en Al Qaeda leden, is het onderscheid tussen combattanten en niet-combattanten het meest relevant. Alleen combattanten hebben het recht om aan gevechtshandelingen deel te nemen. Gevangen genomen combattanten moeten als krijgsgevangenen

worden behandeld. Een combattant kan niet worden berecht voor het enkel feit dat hij aan de strijd heeft deelgenomen, doch dit laat onverlet dat hij vervolgd kan worden voor het schenden van het oorlogsrecht of het plegen van andere internationale misdrijven.

Een niet-combattant die gevechtshandelingen verricht pleegt een oorlogsmisdrijf en kan hiervoor worden vervolgd. Bovendien heeft een onwettige combattant geen recht op behandeling als krijgsgevangene. Bij iedere twijfel stelt de Geneefse Conventie inzake de Behandeling van Krijgsgevangenen ondubbelzinnig dat men de bescherming van de Conventie geniet totdat hun status is bepaald door een competent tribunaal.

Op grond van het voorafgaande kunnen we het volgende concluderen. Het is duidelijk dat er sprake is van een internationaal gewapend conflict waarop het humanitair recht, inclusief de Geneefse Krijgsgevangenen Conventie van toepassing is. Deze bepaalt dat de gedetineerden de bescherming van de Conventie genieten totdat een competent tribunaal een preliminaire bevinding heeft gedaan betreffende hun status als mogelijke krijgsgevangenen. Dit kan een militair tribunaal zijn, doch het moet er een zijn dat onafhankelijk is en het onderzoek verricht met alle procedurele waarborgen die voorgeschreven zijn. Deze bevindingen door een tribunaal staat los van een eventuele berechting en moet voorafgaan aan eventuele strafvervolging voor oorlogsmisdrijven of andere internationale misdrijven verbonden met het conflict. Als zodanig is de positie van velen binnen de Bush Administratie dat de Geneefse Conventies niet toepasselijk zijn en dat geen van de gedetineerden de status van krijgsgevangene toekomt, zonder dit voor te leggen aan een competent tribunaal, onjuist en zeer betreurenswaardig. Het is ook uiterst onverstandig, een punt waarop straks zal worden teruggekomen.

Voor wat betreft de conclusies betreffende de status van de gedetineerden kan het volgende worden gezegd.

De Taliban leden onder de gedetineerden zijn krijgsgevangenen voor zover zij deel uitmaakten van de militaire tak van die organisatie, of daarmee geïntegreerd waren. Dit geldt eveneens voor de Al Qaeda leden die geïntegreerd waren binnen de Taliban strijdkrachten als onderdeel daarvan, hetzij in speciale eenheden waarin buitenlanders dienden, of naast Afghaanse Taliban leden in gewone eenheden. De overige Taliban en Al Qaeda gedetineerden die geen militaire functie binnen de Taliban strijdkrachten vervulden zijn hoogstwaarschijnlijk geen krijgsgevangenen.

De gedetineerden die erkend worden als krijgsgevangenen mogen vervolgens alleen worden berecht voor oorlogsmisdrijven op grond van de Geneefse Conventie door een reguliere militaire rechtbank die volgende dezelfde regels en procedures opereert als in krijgsraden waar Amerikaanse militairen als verdachten worden vervolgd. Deze mogen eventueel worden vervangen door civiele rechtbanken, zolang als de status van krijgsgevangene wordt gerespecteerd. Dit is wat gebeurd is enkele jaren geleden bij de berechting van Generaal Noriega, het voormalige Panamees staatshoofd, voor drugsdelicten.

De overige gedetineerden die op grond van het hiervoor beschreven juridisch onderzoek niet als krijgsgevangenen worden erkend moeten op grond van het internationaal humanitair gewoonterecht humaan worden behandeld en dienen eveneens een *fair trial* te krijgen indien zij worden berecht voor oorlogsmisdrijven, inclusief het onrechtmatig verrichten van krijgshandelingen of het plegen van terroristische aanslagen als *unlawful combatant* (onwettig combattant).

De Geneefse Conventies schrijven niet voor wat voor tribunalen moeten worden gebruikt bij de berechting van verdachte oorlogsmisdadigers die geen status als krijgsgevangenen genieten. In deze gevallen zouden de voorgestelde speciale militaire tribunalen die zoveel opspraak hebben veroorzaakt in recente maanden eventueel een rol kunnen spe-

len. Er is echter nog veel onzekerheid omtrent de mate waarin deze tribunalen aan de vereisten van een onafhankelijke en eerlijke berechting zouden voldoen. Tenzij deze worden opgehelderd verdient het stellig de voorkeur om ook deze verdachten te berechten door reguliere militaire of civiele rechtbanken teneinde iedere twijfel omtrent mogelijke schending van het humanitaire recht te voorkomen.

Waarom is dit belangrijk? Waarom zoveel ophef over de mogelijke schending van de Geneefse Conventies? De redenen hiervoor zijn zowel van pragmatische als juridische aard. Vanuit een pragmatische optiek gezien, is het duidelijk dat de internationale steun voor de Amerikaanse strijd tegen het terrorisme snel zal afnemen als fundamentele rechtsregels niet worden nageleefd. Dit zou ongetwijfeld leiden tot ernstige complicaties bij de militaire en justitiële samenwerking tussen de Amerikanen en de bondgenoten. Het opent tevens de mogelijkheid dat Amerikaanse militairen aan grotere gevaren voor schending van hun rechten van dezelfde conventies worden blootgesteld.

Tenslotte is het Amerika onwaardig. Zelfs in een oorlog tegen het terrorisme dienen rechtsregels in acht te worden genomen. Zoals President Bush stelde enkele dagen na de aanslag van 11 september, een van de doelstellingen van terrorisme is om een land ertoe te brengen om zijn fundamentele waarden en vrijheden prijs te geven en hij beloofde dat dat nimmer zou geschieden. Het zou ironisch zijn als de behandeling en berechting van deze gedetineerden zou resulteren in het prijsgeven van precies die fundamentele waarden waar de President het over had.

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 28 juni 2001

98/5579 MAW

Voorzitter: Mr. G.P.A.M. Garvelink-Jonkers; *leden:* Mr. T. Hoogenboom en Mr. A.B.J. van der Ham.

Tegen een op verzoek gegeven schriftelijke uitleg staat geen beroep open

Een militair verzocht de Staatssecretaris van Defensie de uren, die hij in het kader van zijn werkzaamheden buiten het voor hem geldende rooster werkzaam zou zijn, aan te merken als arbeidsduur. Dit verzoek werd afgewezen: de reizen vormden niet, zoals vereist, een wezenlijk bestanddeel van de functionele werkzaamheden van de militair. Toen de militair tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) afwijzing beroep instelde, verklaarde de eerste rechter het beroep ongegrond. Zoals in de onderhavige uitspraak valt te lezen, oordeelt de Centrale Raad van Beroep anders. Gezien de strekking van het verzoek is de schriftelijke mededeling dat het verzoek, gelet op de voorschriften, niet kan worden ingewilligd, niet op rechtsgevolg gericht, aldus de Raad. Dit betekent dat de mededeling niet kan worden aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb.

(Art. 1:3 Awb; art. 3 WRTZ; art. 54 Amar)

UITSPPRAAK

in het geding tussen A., wonende te B., appelland, en de Staatssecretaris van Defensie, de gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Appelland heeft op de daartoe bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage van 10 juni 1998, nr. AWB 9719488 MAWKMA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 17 mei 2001, waar appelland in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. N.I. van Os, werkzaam bij VBM/NOV en waar gedaagde zich heeft doen vertegenwoordigen door mr. E.M. Schelkers-Breed, werkzaam bij het ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. Voor een uitgebreidere weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. De Raad volstaat met vermelding van de volgende, als vaststaande aangenomen gegevens.

2.1. Appelland heeft bij verzoekenformulier van 25 februari 1997 aan gedaagde verzocht om de uren, welke hij in het kader van zijn functie als kwaliteitsbeheersingsfunctionaris en als lid van het Onderdeel Overleg Orgaan (hierna: 0 0 0) [X.] buiten het voor hem geldende roosterreizende is, als arbeidsduuraan te merken, zodat het een en ander in overeenstemming is met de Arbeidstijdenwet (ATW) en het Arbeidstijdenbesluit (ATB).

Ter toelichting van zijn verzoek heeft appelland vermeld dat zowel zijn functie, als het lid zijn van het Onderdeeloverlegorgaan[X.], met zich meebrengt dat regelmatig werkzaamhe-

den c.q. vergaderingen buiten de plaats van tewerkstelling geschieden.

2.2. Bij schrijven van 1 april 1997 is namens gedaagde op dit verzoek als volgt geantwoord:

1. De reizen die verzoeker maakt, buiten het voor hem geldende rooster, in het kader van zijn functie als "kwaliteitsbeheersingsfunctionaris", worden door mij, gelet op het advies van zijn commandant en de commandant der zeemacht in Nederland, niet aangemerkt als een wezenlijk bestanddeel van de functionele werkzaamheden in de zin van artikel 3, zevende lid, van de Regeling betreffende de werk- en rusttijden voor militairen der zeemacht (WRTZ), opgenomen in MP 31-107, onder regelingnummer 2110. Genoemde reizen leiden derhalve niet tot arbeidsduur als bedoeld in artikel 54, onder d, van het Algemeen militair ambtenarenreglement, opgenomen in MP 31-101.

2. Voor de volledigheid merk ik op dat zowel in de Arbeidstijdenwet, als in het Arbeidstijdenbesluit geen bepaling is opgenomen waarmee het gestelde in de WRTZ strijdig is.

3. Gelet op het bovenstaande is uw verzoek afgewezen.

2.3. Appellant heeft tegen dat schrijven bezwaar gemaakt, welk bezwaar bij het thans in geding zijnde besluit van 16 juli 1997 ongegrond is verklaard.

3. De rechtbank heeft het beroep van appellant tegen dat besluit ongegrond verklaard.

4.1. De Raad ziet zich in de eerste plaats gesteld voor de vraag of de brief van gedaagde van 1 april 1997 een besluit bevat in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), waartegen op grond van artikel 7:1 van de Awb het rechtsmiddel van bezwaar openstaat. Dienaangaande overweegt de Raad als volgt.

4.2. In artikel 1:3, eerste lid, van de Awb wordt onder besluit verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.

Hierbij geldt dat met het begrip rechtshandeling wordt bedoeld: een handeling gericht op rechtsgevolg.

4.3.1. Het verzoek van appellant waarop de brief van gedaagde van 1 april 1997 het antwoord is, strekt ten gronde ertoe om van gedaagde te vernemen of deze bereid is de tijd die appellant in geval van dienstreizen buiten zijn standplaats reizende is, in voorkomend geval als arbeidsduur aan te merken, zodat appellant, indien door een dienstreis de gebruikelijke arbeidsduur wordt overschreden in aanmerking kan komen voor compensatie in geld of vrije tijd. Appellant heeft dit verzoek gebaseerd op een passage in de Memorie van Toelichting bij het Voorstel van Wet Bepalingen inzake de arbeids- en rusttijden (Arbeidstijdenwet) - Tweede Kamer, vergaderjaar 1993-1994, 23646, nr. 3 pagina 68 - waarin is vermeld dat arbeid vrijwel elke willekeurige bezigheid kan zijn, moeite kostend of niet, van geestelijke of lichamelijke aard en dat er van arbeid al sprake is indien arbeidskracht beschikbaar is ten behoeve van de wederpartij.

4.3.2. Gezien deze strekking van bedoeld verzoek is de schriftelijke mededeling van gedaagde van 1 april 1997, dat het verzoek niet kan worden ingewilligd omdat op grond van de WRTZ dergelijke reizen niet tot arbeidsduur leiden, omdat het reizen geen wezenlijk bestanddeel is van de functionele werkzaamheden van appellant in de zin van artikel 3, zevende lid van de WRTZ, niet op rechtsgevolg gericht, zodat die schriftelijke mededeling niet een besluit is in de zin van artikel 1:3 van de Awb.

4.3.3. De Raad neemt bij zijn oordeel in het bijzonder in aanmerking dat het verzoek van appellant geen betrekking had op een verzoek om vergoeding in geld of vrije tijd van de reistijd gemoeid met een concrete dienstreis of om bepaalde dienstreizen wel als wezenlijk bestanddeel van de functionele werkzaamheden van appellant aan te merken; appellant beoogde onder verwijzing naar de Memorie van Toelichting bij het ontwerp Arbeidstijdenwet in algemene zin te betogen dat bij verplichte dienstreizen sprake is van arbeid als bedoeld in de Arbeidstijdenwet, zodat de toepassing door gedaagde van artikel 3, zevende lid, van de

WRTZ zich niet verdraagt met de Arbeidstijdenwet. Het doel van appelland was derhalve om gedaagde te bewegen tot de door appelland gewenste uitleg van de Arbeidstijdenwet en op grond daarvan in het vervolg alle dienstreizen als arbeidsduur aan te merken.

5. Het voorgaande brengt mee dat tegen de brief van gedaagde van 1 april 1997 geen bezwaar openstond als bedoeld in artikel 7:1 van de Awb. Mitsdien had gedaagde bij het bestreden besluit het bezwaar van appelland tegen bedoelde brief niet-ontvankelijk dienen te verklaren.

6. De Raad komt tot de slotsom dat het bestreden besluit wegens strijd met artikel 7:1 in samenhang met artikel 1:3 van de Awb moet worden vernietigd, evenals de aangevallen uitspraak, waarbij dat besluit in stand is gelaten.

De Raad zal toepassing geven aan artikel 8:72, vierde lid, van de Awb op een wijze zoals in rubriek III van deze uitspraak is vermeld.

7. De Raad ziet in het vorenstaande aanleiding gedaagde te veroordelen in de proceskosten van appelland in eerste aanleg en in hoger beroep ten bedrage van f 1.420,- voor kosten van rechtskundig bijstand en f 127,50 voor reiskosten. Ten aanzien van de door appelland aan de Raad gedane opgave van verletkosten overweegt de Raad dat deze opgave uitgaat boven hetgeen op grond van het Besluit Proceskosten bestuursrecht kan worden vergoed en hem ook overigens bovenmatig voorkomt. De Raad zal met toepassing van artikel 2, eerste lid, onderdeel van voormeld besluit gedaagde veroordelen tot betaling aan appelland van f 450,- aan verletkosten voor het bijwonen van de zitting in eerste aanleg en in hoger beroep tezamen.

De Raad beslist als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het inleidend beroep gegrond en vernietigt het bestreden besluit;

Verklaart het bezwaar dat appelland heeft ingediend tegen de brief van gedaagde van 1 april 1997 alsnog niet-ontvankelijk;

Bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde bestreden besluit;

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appelland ten bedrage van in totaal f 1.997,50, te betalen door de Staat der Nederlanden;

Gelast de Staat der Nederlanden aan appelland het griffen in hoger beroep ad f 315,- te vergoeden.

NASCHRIFT

Artikel 1:3 lid 1 Awb luidt: "Onder besluit wordt verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling." Een rechtshandeling is een handeling, gericht op rechtsgevolg. Met rechtsgevolg is bedoeld extern rechtsgevolg. Zie hieromtrent CRvB 30 oktober 1997, MRT 1998, p. 381 e.v., m.nt. G.L.C. (Het opgelegde drankverbod). In deze uitspraak overweegt de Raad dat de beslissingen, genomen door de commandant van een marineschip, ð beslissingen zijn met een zuiver intern karakter ðf beslissingen gericht op extern rechtsgevolg. Vervolgens merkt de Raad het door de commandant aan een onderofficier voor een bepaalde periode opgelegde drankverbod aan als een op extern rechtsgevolg gerichte rechtshandeling in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb, dit omdat sprake is van een direct ingrijpen in de rechtspositie van de onderofficier.

G.L.C.

WETGEVING

door

Mr. J.B. Miete

Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten

In december 2001 is dit voorstel van rijkswet [inzake het verlenen van geweldbevoegdheid aan de Duitse bewakers van de binationale wacht van het 1(Duits-Nederlandse) Legerkorps] als hamerstuk door de Tweede Kamer aanvaard en vervolgens bij de Eerste Kamer ingediend. Deze kamer verrast een ieder door na op 15 januari 2002 een blanco eindverslag uitgebracht te hebben (kamerstukken I, 2001-2002, 27 624 (R 1677), nr. 207), op 5 februari 2002 een vrij omvangrijk en principieel verslag uit te brengen. Met het uitbrengen daarvan vervalt het eerder uitgebrachte stuk nr 207, zo meldt een voetnoot. Wat zou zich in die drie weken binnen de vaste commissie voor Defensie, en in het bijzonder binnen de fractie van de PvdA, hebben afgespeeld?

De PvdA komt namelijk met forse kritiek. Kort weergegeven gaat het om de volgende punten. In de eerste plaats worden vraagtekens geplaatst bij de grondwettigheid van het Verdrag inzake het Duits/Nederlandse legerkorps: ogenschijnlijk wordt afgeweken van de Grondwet. Volgens artikel 97 Grw heeft de regering het oppergezag over de krijgsmacht. Een Nederlandse militair die in Duitsland wacht loopt in het kader van de binationale wacht, zou evenwel onder het uitsluitend gezag van Duitse meerderen staan. Daardoor zou hij niet meer onder het gezag van de Nederlandse Minister van Defensie staan en ook niet onder het oppergezag van de regering. Deze constatering zou tevens tot gevolg hebben dat het verdrag dat aan de binationale wacht ten grondslag ligt, ten onrechte ter stilzwijgende goedkeuring aan de Staten-Generaal zou zijn voorgelegd (goedkeuring van een verdrag dat afwijkt van de Grondwet behoeft een meerderheid van twee derden van de uitgebrachte stemmen).

In de tweede plaats is de aan het woord zijnde fractie van mening dat een Duitse militair die in Nederland wacht loopt, slechts gehouden kan worden om de bevelen van een Nederlandse meerdere op te volgen indien inbreuk wordt gemaakt op de Duitse Grondwet, die een overdracht van bevoegdheden op dit punt niet zou toestaan.

Vervolgens willen de leden van de PvdA-fractie de vraag beantwoord zien op grond van welk voorschrift de Duitse militair onderworpen is aan de Nederlandse wetgeving, en op welke wijze de sanctionering van dienstbevelen is geregeld.

Ook de in het voorstel van rijkswet voorziene uitbreidingsmogelijkheid tot het toekennen van een geweldsbevoegdheid aan militairen van andere mogendheden dan Duitsland leidt tot vragen. De aan het woord zijnde leden achten deze mogelijkheid qua type en aard van verdragen die als grondslag daarvoor in aanmerking kunnen komen, te onbepaalden dus te ruim.

En tenslotte worden vraagtekens geplaatst bij de voorziene mogelijkheid een dergelijke uitbreiding op het niveau van ministerieel besluit te realiseren, terwijl het - mede gezien de bewoordingen van artikel 97 van de Grondwet - meer voor de hand zou liggen een regeringsbesluit te eisen.

De kritiek is bepaald stevig, zeker na een aanvankelijk blanco verslag. Het wachten is nu op de reactie van de ondertekenende minister.

De vraag wat de aanleiding is geweest tot deze ommekeer blijft intrigeren. De aan de orde gestelde constitutionele aspecten doen de hand van de heer Jurgens (PvdA) vermoeden. De heer Jurgens heeft recentelijk (29 januari 2002) in het kader van de Notitie

"Reflecties over de positie van de Eerste Kamer" een motie ingediend. Zoals bekend is er een discussie gaande over de positie van de Eerste Kamer. Deze Kamer heeft bij de behandeling van wetsvoorstellen slechts twee mogelijkheden, te weten aanneming van een wetsvoorstel, of verwerping daarvan. De ingediende motie heeft als strekking dat de Eerste Kamer hetzij wetsvoorstellen voor heroverweging naar de Tweede kamer zou moeten kunnen terugsturen ter afdoening, hetzij het voorstel ter afdoening zou moeten kunnen zenden aan de verenigde vergadering (kamerstukken I, 2001-2002, 26 976, nr.1, nr. 40a). Vermoedelijk is het in tijd samenlopen van motie en kritisch verslag slechts toeval. Of zou de ommekeer moeten worden beschouwd als een fraaie illustratie van het belang van de Eerste Kamer en van de motie?

Wet op de inlichtingen en veiligheidsdiensten

Vrij spoedig na het uitbrengen van de memorie van antwoord (kamerstukken I, 2001-2002, 25 877, nr. 58a) kwam het tot een plenaire behandeling van dit wetsvoorstel door de Eerste Kamer. Op 5 februari jl. was het zover. De Minister van Defensie werd in dat kader de ook in de Tweede Kamer aan de orde geweest zijnde vraag voorgelegd of het wenselijk zou zijn - met het oog op de gebeurtenissen van 11 september 2001 - om de algemene en de militaire inlichtingendienst samen te voegen. De Minister van Defensie gaf aan dat een dergelijke samenvoeging weliswaar de charme van de eenvoud zou hebben en tot een grotere overzichtelijkheid zou leiden, doch dat niettemin dit voorstel niet zou moeten worden gevolgd. Ter motivering werd gewezen op de verwevenheid van de taak van de militaire inlichtingendienst en het departement van Defensie. Het gaat daarbij om operationele inlichtingen die voor bevelhebbers onontbeerlijk zijn, zoals informatie omtrent de vijand, materieel en gesteldheid van het terrein. Voorts hebben regering en parlement gegevens nodig om af te kunnen wegen of inzet van de krijgsmacht bij vredesoperaties verantwoord is. Dergelijke risicoanalyses zijn in belangrijke mate gebaseerd op informatie van de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst. Tenslotte wees de minister op contacten van deze militaire dienst met zusterorganisaties in andere landen waar eveneens een scheiding tussen algemene en militaire inlichtingen- en veiligheidsdiensten bestaat. De minister benadrukte in dat kader wel dat de samenwerking tussen de beide Nederlandse diensten uiteraard optimaal moet zijn.

Aan het slot van het debat deed de minister nog een laatste poging om ook de steun van de fractie van GroenLinks voor het wetsvoorstel te verwerven door te wijzen op het scherpe beleid dat hij voert op het gebied van de bestrijding van rechtsextremisme binnen de krijgsmacht. Voor dat beleid heeft de minister immers ook inlichtingen nodig. Het mocht echter niet baten. Het wetsvoorstel is weliswaar zonder stemming aanvaard, doch de aanwezige leden van de fractie van GroenLinks hebben laten aantekenen dat zij zich niet met het voorstel van wet hebben kunnen verenigen.

De nieuwe Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten is thans op weg naar het Staatsblad en zal haar loopbaan starten als Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002. Het tijdstip van inwerkingtreding staat nog niet vast, doch verwacht wordt dat dit medio 2002 zal vallen.

Auteursaanwijzingen

Bijdragen voor het Militair Rechtelijk Tijdschrift worden aangeleverd op schrift alsmede zo mogelijk op diskette met gebruikmaking van het WP-programma of Microsoft Word. Auteurs worden verzocht om de volgende richtlijnen in acht te nemen:

Géén afbreekstreepjes gebruiken.

Geen tabs, inspringingen of verschillende lettertypes gebruiken.

Zo weinig mogelijk 'opmaken' van de tekst, doch zoveel mogelijk achter elkaar door typen.

Slechts bij het begin van een nieuwe alinea 'Enter' gebruiken.

REDACTIECOMMISSIE:

Voorzitter	Mr A.J.?: <i>Dörenberg</i> , Generaal-majoor Klu b.d.
Secretaris/penningmeester	Mr J.F. <i>Stinissen</i> , Luitenant-kolonel van <i>de</i> Militair Juridische Dienst;
Leden:	
voor de Koninklijke landmacht:	Mr A. C. <i>Zuidema</i> , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke luchtmacht:	Mr S. van <i>Groningen</i> , Commodore der Koninklijke luchtmacht;
voor de Koninklijke marine:	Mr P.J. <i>Schreuder</i> , Kapitein ter zee van administratie;
voor de Centrale Organisatie:	Mr J.J. <i>Buirma</i> , Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Mr G.L. <i>Coolen</i> ,	Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Prof. Dr. T.D. <i>Gill</i>	Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht en bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Mr N. <i>Jörg</i> ,	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden;
Prof. Mr Th. A. <i>de Roos</i> ,	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden;
Mr W.J. <i>Schmitz</i> ,	Adjunct Hoofd USZO Defensie van de Uitvoeringsinstelling Sociale Zekerheid Overheids- en onderwijspersoneel;
Mr G.F. <i>Walgemoed</i> ,	Kolonel van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	NAPO 801-MS12, 3509 VP Utrecht

VASTE MEDEWERKERS:

- Mr Th. J. *Clarenbeek*, Oud-Coördinerend-vice-president van de Arrondissementsrechtbank te Utrecht, res. Kolonel van de Militair Juridische Dienst b.d.;
- Prof. Mr N. *Keijzer*, Raadsheer in buitengewone dienst van de Hoge Raad der Nederlanden en em. hoogleraar Internationaal Strafrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant.
- Prof. Dr R.A. *Lawson*, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.

WIJZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt in 10 afleveringen per jaar.

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1 2002 E 35. Men abonneert zich voor tenminste één jaargang bij de Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, 's-Gravenhage, of bij zijn boekhandelaar. Losse afleveringen zijn verkrijgbaar tegen de prijs van E 3,93. Tevens zijn verzamelbanden te verkrijgen tegen de prijs van E 20,45. Nadere informatie omtrent bestellingen: Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, afdeling abonnementen, telefoon 070-3789887.

De schrijvers van bijdragen van meer dan 1 pagina ontvangen een honorarium van € 35 per pagina tot een maximum van E 230 per aflevering, benevens 5 present-exemplaren van de desbetreffende aflevering van het Tijdschrift. Het auteursrecht wordt met de publikatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Kennisgeving van adreswijziging (uitsluitend betalende abonnees) te richten tot Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, Postbus 20014, 2500 EA 's-Gravenhage. Telefoon (070) 3789887, fax (070) 3789783. Zij die het tijdschrift van rijkswege verstrekt krijgen dienen zich voor kennisgeving van adreswijziging te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren.

Dit tijdschrift, sedert mei 1903 verschenen onder de titel „Militaire Jurisprudentie”, wordt sedert juli 1905, met onderbreking van juli 1943 tot januari 1946, uitgegeven onder de titel „Militair Rechtelijk Tijdschrift”

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCV

April 2002

Aflevering

4

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

Deportatie en evacuatie. Enkele aantekeningen vanuit oorlogsrechtelijk perspectief; door Mr. R.M. Eiting.....	133
Nieuwe cursus treft doel. Verslag van de "LOAC course for planners and executors of air and naval operations"; door Mr. H. Herber.....	136

Strafrechtspraak

Ah 01.02.01	Moorden door Nederlander in Kosovo begaan Nederlander wordt verdacht van 1. oorlogsmisdaden begaan in een gewapend conflict en dat (g)een internationaal karakter droeg. 2. Primair oorlogsmisdaden begaan in een intern gewapend conflict, subsidiair moord. Perikelen inzake voortduren voorlopige hechtenis. (Opmerkingen M.M.D.).....	139
Ah 05.02.01 en		
Hof Ah		
14.03.01		
Ah 19.03.01	Interne afdoening I Commandant, geconfronteerd met mindere die onder invloed van alcohol aan het verkeer heeft deelgenomen, besluit de zaak intern af te doen. Geen opzettelijk toelaten dat de mindere een misdrijf beging, nu verdachte leden van de basiswacht opdroeg hem naar zijn legeringskamer te brengen om te voorkomen dat hij aan het verkeer zou deelnemen. Ook geen verbergen of hulp te ontkomen aan nasporing of aanhouding; verdachtes gedragingen hebben er niet toe geleid dat geen behoorlijk opsporingsonderzoek meer mogelijk was.....	143
Hof Ah 18.07.01	Interne afdoening II Vervolg op Rechtbank Arnhem (militaire kamer), 19 maart 2001. Na wijziging tenlastelegging in hoger beroep: poging een mindere behulpzaam te zijn te ontkomen aan nasporing of aanhouding.....	145

Bestuursrechtspraak

CRvB 10.05.01	Toekenning bijzondere invaliditeitsverhoging alleen als daling invaliditeit niet is te verwachten. Appellant verzoekt om verhoging van zijn militair invaliditeitspensioen. Verhoging tot 90% wordt toegekend. In geschil is de vraag of er daarnaast recht bestaat op een bijzondere invaliditeitsverhoging. Omdat de staatssecretaris van mening is dat er op datum van de aanvraag nog geen sprake is van een medische eindtoestand kan deze bijzondere invaliditeitsverhoging niet worden toegekend. De Centrale Raad kan de staatssecretaris hierin volgen. (Naschrift W.J.S.).....	147
CRvB 31.05.01	WPC-schaal is richtlijn voor schatting mate van invaliditeit (2) Gedaagde verzoekt om toekenning van een militair invaliditeitspensioen. Staatssecretaris wijst dit verzoek af. Gedaagde stelt beroep in bij de rechtbank. De rechtbank schakelt deskundige in die van oordeel is dat invaliditeit van 25 % aanwezig is, ondanks dat gedaagdes aandoening niet wordt genoemd in de van toepassing zijnde WPC-schaal. De Centrale Raad acht op grond van de voorhanden medische gegevens en het deskundigenrapport de invaliditeit van 25% niet onderschat en bevestigt de uitspraak van de rechtbank. (Naschrift W.J.S.).....	150
CRvB 28.06.01	De tijdelijk aangestelde en vervolgens weer ontslagen kapitein. Zowel het besluit van de staatssecretaris tot tijdelijke aanstelling als het besluit tot ontslag in onbevoegdijk genomen. (Naschrift G.L.C.).....	155
CRvB 23.08.01	Onvoldoende reïntegratie-inspanningen? Niet kan worden gezegd dat de staatssecretaris zijn reïntegratie-inspanningen in zo onvoldoende mate heeft vervuld dat op die grond het ontslagbesluit geen stand kan houden. (Naschrift G.L.C.).....	158

BIJDRAGEN

Deportatie en evacuatie

Enkele aantekeningen vanuit oorlogsrechtelijk perspectief.

door

Mr. R.M. Eiting

Kolonel van de Militair Juridische Dienst b.d.

1. Het februari- en het maartnummer van het Militair Rechtelijk Tijdschrift bevatten een belangwekkende bijdrage van T.A. van Baarda over deportatie en evacuatie. De redactie van dit tijdschrift heeft mij verzocht over hetzelfde onderwerp enige gedachten te willen ventileren. Daartoe waren redactie en de geleerde schrijver zelf zo welwillend mij vooraf inzage te verschaffen in de tekst van genoemde bijdrage.

Van Baarda heeft het onderwerp zo grondig behandeld dat mij een zekere bescheidenheid past. Ik zal dan ook volstaan met enkele beknopte aanvullende aantekeningen vanuit oorlogsrechtelijk perspectief.

2. Van Baarda plaatst zijn onderzoek in een internationaal humanitairrechtelijk kader, waarbij de bescherming van de burgerbevolking in gewapend conflict centraal staat. Gelet op de door Van Baarda gekozen casusposities (Banja Luka 1994, Srebrenica 1995, Ngara 1996) is dat begrijpelijk. Bovendien is deportatie van andere categorieën dan de burgerbevolking moeilijk voorstelbaar. Het lijkt mij echter zinvol eraan te herinneren dat in een gewapend conflict nog andere categorieën beschermde personen voor evacuatie in aanmerking komen (Van Baarda ziet dat overigens niet over het hoofd).

Onder het oorlogsrecht heeft evacuatie betekenis voor krijgsgevangenen, gewonde en zieke militairen en militair medisch personeel (men leze er de Eerste, Tweede en Derde Conventie van Genève van 1949 op na). Hierna, in de vierde aantekening, kom ik hier nog op terug.

3. De vorige aantekening brengt mij op het lastige onderwerp van de toepasselijkheid van het oorlogsrecht (zie hierover ook mijn bijdrage in het MRT 1993, blz. 209-222, "Joegoslavië en aspecten van oorlogsrecht"). Met voor ogen de rol in gewapend conflict van peacekeepingforces en (internationale) civiele hulpverleningsorganisaties, dient hier opgemerkt te worden, dat het oorlogsrecht niet vanzelfsprekend - niet zondermeer volledig - van toepassing is op deze organisaties en de daartoe behorende individuele militairen c.q. medewerkers.

Het geldende oorlogsrecht is noch integraal noch rechtstreeks van toepassing op internationale militaire peacekeeping forces als zodanig. Immers dergelijke troepenmachten zijn geen belligerente partij in een gewapend conflict. Anders wordt dit bijvoorbeeld, wanneer een dergelijke troepenmacht als een belligerente partij zou gaan optreden, wat het geval kan zijn wanneer van een peacekeeping operatie wordt overgegaan naar een peace-enforcement operatie.

In gewapend conflict genieten bepaalde hulpverleningsorganisaties een zekere mate van bescherming onder het oorlogsrecht (zoals met name geregeld in de Verdragen van

Genève van 1949 en de daarbij behorende beide aanvullende Protocollen van 1977). In het bijzonder geldt dit voor het Internationale Rode Kruis. Het is echter goed om in het oog te houden dat dit niet zonder meer in dezelfde mate geldt voor alle (internationale) hulpverleningsorganisaties. Het gaat hierbij altijd om oorlogsrechtelijke bescherming met uiteenlopende beperkingen (waarbij ook een rol speelt of we te maken hebben met een internationaal of niet-internationaal gewapend conflict), en garanties zijn er niet.

Het is dan ook verstandig de toepasselijkheidsvoorwaarden van het oorlogsrecht in het oog te houden. Daardoor kunnen misverstanden met alle gevolgen van dien worden voorkomen. Ten overvloede kan nog worden opgemerkt dat ook ervaren juristen hier kunnen uitglijden. Dit overkwam een gerenommeerde en bekende Nederlandse strafpleiter in een interview in het weekblad "Vrij Nederland" (van 13 april 1996). In dat interview betoogde de deskundige dat de toenmalige commandant van het laatste NL-Bataljon UNPROFOR in de Srebrenica-enclave vervolgd zou kunnen (en behoren) te worden voor heulen met de vijand (o.g.v. artt. 102 en 107a Wetboek van Strafrecht). De vermaarde strafrechtsspecialist zag hier echter even over het hoofd dat een UN-peacekeeping force, zoals UNPROFOR, per definitie geen vijand kent. Men kan dus dan ook niet heulen met de vijand. Zo kan men ook geen oorlogsmisdrijven begaan als het oorlogsrecht niet van toepassing is (eventueel wel andere misdrijven maar geen oorlogsmisdrijven).

4. Thans enkele opmerkingen over het onderscheid tussen deportatie en evacuatie.

Het lijkt mij dat deportatie en evacuatie modaliteiten zijn van een type maatregel dat ik in het algemeen zou willen omschrijven als: een in gewapend conflict door of vanwege de betrokken autoriteiten georganiseerde verplaatsing van groepen kwetsbare personen. Deportatie is altijd een vorm van gedwongen verplaatsing en verboden, terwijl evacuatie vrijwillig of gedwongen kan zijn. In het laatste geval is evacuatie slechts toegestaan wanneer is voldaan aan de voorwaarde van de aanwezigheid van een van de rechtvaardigingsgronden zoals genoemd door Van Baarda (veiligheid van de lokale bevolking en militaire noodzaak.)¹⁾

Met het conceptuele onderscheid tussen deportatie en evacuatie heb ik geen moeite; ook niet met het onderscheid tussen deportatie en de gedwongen variant van evacuatie. Immers beslissend is een doelcriterium dat mij volstrekt helder lijkt. Deportatie heeft ongeacht de motieven altijd tot doel de gedwongen *definitieve verwijdering* van een bevolkingsgroep uit een bepaald gebied van herkomst. Evacuatie heeft altijd als uiteindelijk doel terugkeer naar het gebied van herkomst zodra het gevaar is geweken en de omstandigheden dit redelijkerwijs mogelijk maken. Dat in de gespannen, niet zelden chaotische en dikwijls levensgevaarlijke omstandigheden van een gewapend conflict het niet altijd even eenvoudig is om vast te stellen of we te maken hebben met een deportatie of gedwongen of vrijwillige evacuatie, doet mijns inziens niet af aan de duidelijkheid van het conceptuele onderscheid.

De praktische onderscheidingsmoeilijkheden moeten echter ook weer niet worden overschat. Lang niet altijd ontbreekt het aan voldoende indicaties om ook in de weerbarstigste praktijk tot een afgewogen oordeel te komen. Zo herinner ik mij uit mijn tijd als juridisch adviseur van de European Community Monitor Mission in het voormalig Joegoslavië, de dreigende gedwongen verplaatsing van de niet-Servische bevolking van Banja Luka door de Bosnisch-Servische autoriteiten in de zomer van 1992. Deze verplaatsing werd door die autoriteiten aangekondigd als een vrijwillige evacuatie van de niet-Servische bevolking in

¹⁾ In zijn artikel duidt Van Baarda de eerstgenoemde rechtvaardigingsgrond op een enkele plaats abusievelijk aan met "evacuatie". Ik beschouw dat als een 'slip of the pen'.

het belang van hun veiligheid. Men schroomde daarbij niet de ongelukkigen te dwingen schertsverklaringen te tekenen van vrijwillig vertrek en vrijwillige definitieve afstand van huis en andere eigendommen. Het hoeft niet te verbazen dat voor de vertegenwoordigers van de internationale organisaties in het veld, het in het geheel geen probleem was om vast te stellen waar het hier werkelijk om ging: 'ethnic cleansing' met het oogmerk van definitieve verwijdering; dus een vorm van deportatie en dus verboden. Het probleem betrof meer de vraag, die ook door Van Baarda nadrukkelijk aan de orde wordt gesteld, tot hoever je kunt gaan met hulpverlening zonder in de gevarezone van medewerking aan deportatie te geraken.

Overigens wil ik er aan herinneren dat ook het omgekeerde kan voorkomen. Een gerechtvaardigde evacuatie van een deel van de burgerbevolking door een partij kan door een andere partij in het conflict om propagandaredenen worden bestempeld als deportatie. Ook daar moet men doorheen kijken.

Een andere vraag die gesteld kan worden is, in hoeverre van de bevoegde autoriteiten mag worden verlangd gehoor te geven aan de wens van (een deel van) de burgerbevolking vrijwillig uit een bedreigd gebied te worden geëvacueerd. Daarbij doemt bovendien het beeld op van de spontane vlucht. Het gaat hier immers niet uitsluitend om de persoonlijke veiligheidsbelangen van de burgerbevolking. Het is zeer wel denkbaar dat op grond van doorslaggevende militaire belangen de burgerbevolking in een operatiegebied legitiem, ook tegen haar wil, ter plaatse wordt gehouden (onverlet de oorlogsrechtelijke bepalingen ter bijzondere bescherming van bepaalde categorieën kwetsbare personen). In een dergelijk geval zullen dan natuurlijk wel andere beschermingsmaatregelen geboden zijn. Welk recht men heeft te mogen evacueren of te vluchten in een gewapend conflict is van te voren niet eenduidig vast te stellen.

Het 'recht op evacuatie' brengt mij tenslotte terug bij de eerder genoemde oorlogsrechtelijk beschermde categorieën kwetsbare militaire personen: krijgsgevangenen, zieken en gewonden en militair medisch personeel. Onder voorwaarden en omstandigheden zoals genoemd in de betreffende oorlogsrechtelijke bepalingen hebben zij tenminste een afgeleid recht op evacuatie. Op de gevangenhoudende mogendheid rust in een dergelijk geval de plicht tot evacuatie over te gaan. Daarbij gaat het om een wat afwijkende evacuatievariant. Vergeleken met evacuatie van de burgerbevolking gaat het om een soort halve evacuatie. Terugkeer naar het gebied waaruit men wordt geëvacueerd is geen rechtmatigheidsvoorwaarde voor die evacuatie.

5. Tot slot het begrip militaire noodzaak. Van Baarda besteedt er in verband met deportatie en evacuatie veel aandacht aan en dit terecht. Ik wil hier volstaan met een enkel waarschuwend woord ter voorkoming van misverstanden. In de praktijk komt men wel eens de opvatting tegen dat in een gewapend conflict iedere militaire operatie of iedere militaire actie gerechtvaardigd zou moeten zijn door militaire noodzaak. Dit is echter een onjuiste opvatting die op een misverstand berust.

In een gewapend conflict hebben de strijdkrachten van de belligerente mogendheden in principe een tamelijk grote vrijheid van optreden, 'slechts' beperkt door de beginselen en regels van het oorlogsrecht, overige regels van internationaal recht (voor zover van toepassing) en door politieke beperkingen gesteld door de politieke leiding (zoals van een en ander doorgaans blijkt in de voor een militaire operatie uitgegeven '*Rules of Engagement*'). Behoudens die beperkingen kan worden uitgevoerd wat op militaire gronden wenselijk is.

Militaire noodzaak is een juridisch - vooral oorlogsrechtelijk begrip. Het is een recht-

vaardigingsgrond voor operaties of acties die zonder die rechtvaardigingsgrond oorlogsrechtelijk verboden zouden zijn. Het begrip is opgenomen als een bijzondere rechtvaardigingsgrond in verschillende oorlogsrechtelijke bepalingen, waarbij aangetekend zij, dat militaire noodzaak zeker niet in alle gevallen als rechtvaardigingsgrond is toegelaten. Het begrip is ook zeker niet bedoeld om militaire autoriteiten een vrijbrief te geven zich aan oorlogsrechtelijke beperkingen te onttrekken, het moet restrictief worden toegepast. Zoals dat hoort bij een rechtvaardigingsgrond.

Nieuwe cursus treft doel

Verslag van de "LOAC course for planners and executors
of air and naval operations"

door

MR. H. HERBER

Van 19 tot en met 23 november 2001 werden op het International Institute of Humanitarian Law te San Remo (Italië) voor de eerste maal de "LOAC course for planners and executors of air and naval operations") gegeven, in de volksmond ook wel de *targeting-cursus* genoemd. Zoals de naam al aangeeft werd een verdeling gemaakt in de *naval-* en *air operations*. In totaal waren 22 deelnemers uit 11 verschillende landen vertegenwoordigd. Ik zal in deze korte bijdrage een beschrijving geven van de cursus, met dien verstande dat ik heb deelgenomen aan de Air operations class.²⁾

De eerste dag begon de cursus met een plenaire bijeenkomst waarbij doel en opzet van de cursus werden uitgelegd. Vervolgens werd de groep verdeeld over een *Naval-* en een *Air operations* klas. Gedurende vier dagen zouden de twee klassen separaat werken om de laatste dag gezamenlijk een *air campaign* te plannen. De rest van dag 1 werd gebruikt om een introductie te geven van de regels van het LOAC. Deze introductie was een goede basis voor degene die niet geheel bekend zijn met het onderwerp en een goede opfrisser voor hen die de Basic Course reeds hebben gevolgd. De daarop volgende dagen werden ingevuld door oefeningen over specifieke onderwerpen. Aan de klas werden casusposities voorgelegd die dan vervolgens, met behulp van de bekende 'San Remo boeken' (Verdragen van Genève, Aanvullende Protocollen, wapenverdragen en het Handboek LOAC), door de cursisten moesten worden uitgewerkt. Op dag 2 kwamen de onderwerpen *command responsibility*, *reprisals* en *precautions during attack* aan de orde. Met enkele casusposities werd duidelijk aangegeven dat een commandant meerdere verantwoordelijkheden heeft ten aanzien van het LOAC. Zo moet hij niet alleen het LOAC respecteren, hij dient er ook voor te zorgen dat zijn manschappen voldoende getraind zijn en

¹⁾ LOAC staat voor *Law of Armed Conflict*, ook wel humanitair oorlogsrecht of *Operations Law* genoemd. De verschillende definities hebben in verschillende landen een andere betekenis. Het ging in deze cursus om die regels die gelden tijdens een gewapend conflict.

²⁾ De Luitenant-kolonels mr. H. Herber, mr. J.P.M Schwillens en mr. J. van Twist hebben deelgenomen in de Air operations class. Dit artikel is door mij in samenspraak met beide collega's opgesteld.

dat er procedures zijn afgesproken om bepaalde situaties het hoofd te bieden. Verder werd aangetoond dat er in veel gevallen alternatieven zijn om je doel binnen de grenzen van het recht te halen. Op dag 3 werd onder andere ingegaan op *military necessity*, *targeting* algemeen en *targeting* van speciale objecten (dijken, kerncentrales, schepen). Tijdens enkele oefeningen werd ingegaan op de criteria '*military advantage*' en '*contribution to the enemy forces*'. Verder werden de begrippen '*distinction*' en '*proportionality*' verder uitgewerkt. Ook werd, zij het summier, ingegaan op het gebruik van specifieke wapens ter bestrijding van specifieke doelen. De vierde dag lag de nadruk op schendingen van het LOAC. Naast deze interessante oefeningen werd die dag een lezing verzorgd door een medewerker van het International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). Aan de hand van enkele voorbeelden werd duidelijk gemaakt dat het recht in ontwikkeling is. Tevens werden enkele artikelen uit het ICTY-Statuut nader beschouwd. Ook werd een lezing verzorgd over de ontwikkeling en inzet van duikboten. Met name werd ingegaan op de (on)mogelijkheden voor de commandant om aan bepaalde verdragsverplichtingen te voldoen. De laatste twee uren werden besteed om de beide klassen samen te voegen en de *Air Campaign Planning* voor te bereiden. De groep werd in een operationele setting geplaatst. De cursusleiders fungeerde als de *Combined Joint Task Force Commander* en benoemde een *Chief of Staff* (COS) die leiding gaf aan de *Naval- en Air commanders*. Deze commandanten hadden beiden de beschikking over een stafsectie J1 t/m J5 en een *Joint Information Centre*. In dit centre zat onder andere *special operations*, *communications* en *public relations*. Het doel was het gezamenlijk plannen van een *air campaign* aan de hand van een oefenscenario. De uitkomst moest de laatste dag om 11.00 uur worden gepresenteerd. Aan de hand van de inbreng van de diverse componenten en op basis van hetgeen eerder in de week was gedoceerd, werd een *Targeting list* samengesteld. Ook werd aangegeven welke voorzorgsmaatregelen getroffen konden worden, hoe met krijgsgevangenen moet worden omgegaan en welke elementen aan de vijand en/of de bevolking moeten worden gecommuniceerd. De uitkomst was een weldoordacht plan waarbij de theorie in praktijk werd gebracht.

De cursus duurde feitelijk slechts vier en een halve dag: van maandag 10.00 uur tot en met vrijdag 12.00 uur. Juist omdat het kennisniveau in zo'n internationale klas verschilt is het noodzakelijk om enkele uren over de basisbegrippen van het oorlogsrecht te praten. Niet alle relevante onderwerpen konden daarom uitgebreid worden behandeld. Uiteindelijk bleek de nadruk te liggen op het samenstellen van de *Targeting list*.

Onderwerpen die mijns inziens een meer prominente rol zouden kunnen krijgen zijn '*Rules of engagement* (ROE)' en 'keuze van wapensystemen'. Juist in de operaties waarbij gewapend moet worden opgetreden is het van belang om binnen de ROE te opereren. Alleen op deze wijze kan worden bereikt dat de gevechtshandelingen binnen de grenzen van het mandaat, de operationele randvoorwaarden en het recht worden uitgevoerd. Verder speelt bij de uiteindelijke keuze hoe een bepaald target aan te vallen, de selectie van het juiste wapen een belangrijke rol. Een van de beginselen van het humanitair oorlogsrecht is dat de inzet van middelen niet ongelimiteerd is. Per geval moet worden afgewogen of het in te zetten middel geen onevenredige '*collateral damage*' veroorzaakt.³⁾ Het onderwerp ROE werd in het geheel niet behandeld. Ten aanzien van de keus van wapens was een lijst beschikbaar waarop enkele wapensystemen werden beschreven. Er werd echter

³⁾ Artikel 57 van het Eerste Aanvullende Protocol bij de Verdragen van Genève geeft aan dat men voorzorgen dient te nemen bij de keuze van middelen ten einde verliezen, verwonding van burgers en schade aan burgerobjecten te voorkomen dan wel tot het uiterste te beperken.

niet ingegaan op de uitwerkingen van dergelijke wapens bij het uitschakelen van de geselecteerde targets. Volstaan werd met de keus: '*Smart or dumb weapon*'.⁴⁾ Ondanks het ontbreken van deze twee onderwerpen kan de cursus als geslaagd worden beschouwd. Twee klassen met 22 deelnemers hebben de mogelijkheid zich een kleine week te concentreren op de regels die gelden bij het uitschakelen van militaire objecten. Het vergroot het inzicht en de kennis van het Internationaal Humanitair Oorlogsrecht. Een van de grote voordelen van de cursus ligt in de samenstelling van de klassen en in de verschillende disciplines van de deelnemers. Met name in de eindoefening lag de nadruk op samenwerking. Hierbij werd al direct duidelijk dat de regels van het LOAC niet door iedereen het zelfde worden geïnterpreteerd. Nationale herkomst en discipline waartoe men behoort, droegen zorg voor levendige discussies. Ook zijn niet alle landen aan dezelfde verdragen gebonden. Het is dan de kunst om gezamenlijk, binnen de grenzen van het LOAC, de *air campaign* te plannen. In deze cursus werd met name gezocht naar de overeenkomsten tussen de landen met betrekking tot *targeting*, in plaats van de nadruk te leggen op de verschillen. Het resultaat was een goed uitgewerkt plan waarbij binnen de juridische kaders de *Targeting list* kon worden afgewerkt. Zoals al in de titel was aangegeven heeft deze cursus zijn doel getroffen.

⁴⁾ Grofweg werd het onderscheid gemaakt tussen geleide- en ongeleide projectielen.

STRAFRECHTSPRAAK

Opmerkingen naar aanleiding van:

Arrondissementsrechtbank te Arnhem (militaire raadkamer), 1 februari 2001; **Arrondissementsrechtbank te Arnhem**, 5 februari 2001; **Gerechtshof te Arnhem**, 14 maart 2001.

Moorden door Nederlander in Kosovo begaan

Bewaring gevorderd ter zake van 1. oorlogsmisdaden begaan in een gewapend conflict dat (g)een internationaal karakter droeg, 2, primair oorlogsmisdaden begaan in een intern gewapend conflict, subsidiair moord; bewaring bevolen ter zake van feit 2. Militaire kamer rechtbank wijst vordering gevangenhouding ter zake van feit 2, primair af en verklaart zich onbevoegd ter zake van feit 2, subsidiair; commune kamer rechtbank beveelt gevangenhouding ter zake van feit 2, subsidiair: Perikelen inzake voortduren voorlopige hechtenis.

(Verdragen van Genève van 12 augustus 1949, art. 3; Tweede aanvullend protocol bij de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949; Wet Oorlogsstrafrecht art. 8; Sr art. 289; Sv art. 72)

1. Volgens het Wetboek van Strafvordering oordeelt de rechter die zich bevoegd acht om van de zaak kennis te nemen op grondslag van de tenlastelegging en naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting over de vragen of het tenlastegelegde bewezen is en, zo ja, welk strafbaar feit dit oplevert. Maar soms kunnen die vragen niet wachten, en moeten zij in een vroeg stadium van het proces al beantwoord worden. Bijvoorbeeld als over de voorlopige hechtenis moet worden beslist: leveren de feiten waarop de verdenking berust - indien van de juistheid daarvan wordt uitgegaan - een strafbaar feit op ter zake waarvan de voorlopige hechtenis bevolen kan worden en, zo ja, door welke rechter?

2.1. Aan de vordering tot inbewaringstelling d.d. 26 januari 2001 lag de verdenking ten grondslag dat:

1. "(verdachte) op een of meer tijdstippen in of omstreeks de periode van maart 1999 tot en met juni 1999, in de provincie Kosovo van de Federale Republiek Joegoslavië, tezamen en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen, (telkens) de wetten en gebruiken van de oorlog heeft geschonden, terwijl dat feit (telkens) de dood van (een) ander(en) tengevolge heeft gehad,

hierin bestaande dat verdachte toen aldaar, tezamen en in vereniging met verdachtes mededader(s), althans alleen, als lid van het UCK, zijnde een der strijdende partijen in een oorlog, althans een gewapend conflict op het grondgebied van de Federale Republiek Joegoslavië (Kosovo), welk gewapend conflict (g)een internationaal karakter droeg, (telkens) in strijd met het bepaalde in 'gemeenschappelijk' artikel 3 van de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949, een of meer leden van strijdkrachten, te weten (para)militairen van het Federale Joegoslavische leger, die de wapens hadden neergelegd en/of die buiten gevecht waren door verwonding of enige andere oorzaak, heeft doodgeschoten, althans op enige wijze heeft gedood".

2., primair. "(verdachte) op een of meer tijdstippen in of omstreeks de periode van juni 2000 tot en met 13 december 2000, in de Presevo-vallei in Zuid-Oost Servië (Federale Republiek Joegoslavië) en/of in de provincie Kosovo van de Federale Republiek

Joegoslavië tezamen en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen, (telkens) de wetten en gebruiken van de oorlog heeft geschonden, terwijl dat feit (telkens) de dood van (een) ander(en) ten gevolge heeft gehad,

hierin bestaande dat verdachte toen aldaar, tezamen en in vereniging met verdachtes mededader(s), althans alleen, als lid van het UCPMB (Bevrijdingsleger van Presevo, Medvedja en Bujanovac), zijnde een der strijdende partijen in een gewapend conflict op het grondgebied van de Federale Republiek Joegoslavië, namelijk in de provincie Kosovo en/of in voornoemde Presevo-vallei, welk gewapend conflict geen internationaal karakter droeg, (telkens) in strijd met het bepaalde in 'gemeenschappelijk' artikel 3 van de verdragen van Genève van 12 augustus 1949, een of meer personen die niet rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelnamen (burgers en/of [para]militairen en/of Joegoslavische politiemensen) heeft doodgeschoten, althans op enige wijze heeft gedood".

2., subsidiair. "(verdachte) als Nederlander op een of meer tijdstippen in of omstreeks de periode van juni 2000 tot en met 15 december 2000, in de Presevo-vallei in Zuid-Oost Servië (Federale Republiek Joegoslavië) en/of te Carr en/of elders in de provincie Kosovo van de Federale Republiek Joegoslavië, (telkens) opzettelijk en met voorbedachten rade een of meer personen, te weten Joegoslavische (para)militairen en/of leden van het Servische ministerie van Binnenlandse Zaken (MUP) en/of Joegoslavische politiemensen en/of burgers, van het leven heeft beroofd,

hierin bestaande dat verdachte (telkens) opzettelijk na kalm beraad en rustig overleg, althans na een (kort) tevoren genomen besluit, met een vuurwapen een of meer kogels heeft afgevuurd op het lichaam van voormelde personen, waardoor deze personen werden getroffen, tengevolge waarvan die personen zijn overleden".

2.2. De onder 1 en 2 primair vermelde feiten zijn strafbaar gesteld bij art. 8 van de Wet oorlogsstrafrecht (WOS), het onder 2, subsidiair vermelde feit bij art. 289 Sr. In alle gevallen kan voorlopige hechtenis worden bevolen omdat de feiten met levenslange gevangenisstraf bedreigd zijn (art. 67 lid 1, aanhef en onder a Sv).

2.3. De officier van justitie vorderde verdachtes inbewaringstelling op de gronden dat ernstig gevaar bestond dat hij zou vluchten (art. 67a lid 1, aanhef en onder a Sv) en dat gewichtige redenen van maatschappelijke veiligheid zijn vrijheidsbeneming vorderden. Deze zouden gelegen zijn in de omstandigheden dat er ernstig rekening mee gehouden moest worden dat verdachte een misdrijf zou begaan dat gevangenisstraf van zes jaar of meer bedreigd is en waardoor personen of goederen in gevaar gebracht zouden worden (art. 67a lid 1, aanhef en onder b j^o lid 2, aanhef en onder 2^o Sv) en dat de verdenking feiten betrof die met meer dan twaalf jaar gevangenisstraf bedreigd zijn en waardoor de rechtsorde ernstig geschokt was.

Het gevaar voor vlucht leidde de officier af uit de omstandigheden dat verdachte geen vaste woon- of verblijfplaats in Nederland had en te kennen had gegeven dat hij - eenmaal op vrije voeten - Nederland zou verlaten. Hoewel eerstgenoemde omstandigheid ook een geval van voorlopige hechtenis is (art. 67 lid 2 Sv), noemt de officier van justitie haar slechts als grond. En terecht, want de omstandigheid dat van de verdachte geen woon- of verblijfplaats in Nederland kan worden vastgesteld is slechts van belang als geen van de gevallen van art. 67 lid 1 Sv zich voordoet (art. 67 lid 2 Sv).

Dat verdachte een misdrijf zou begaan dat met gevangenisstraf van zes jaar of meer bedreigd is en waardoor personen of goederen in gevaar gebracht zouden worden, leidde de officier van justitie af uit verdachtes persoonlijkheid. Omdat verdachte zich zo sterk met de Albanese bevolking van Kosovo geïdentificeerd had, achtte de officier van justitie de kans aanwezig dat hij zich elders op dezelfde wijze met de 'underdog' zou vereenzelvigen.

De feiten waarop de vordering tot inbewaringstelling betrekking had zijn alle bedreigd met levenslange gevangenisstraf. Het ging dan ook om uiterst ernstige feiten: verdachte zou zich - als lid van een Albanese militie - uit haat jegens Serven aan tweeënzeventig moorden schuldig hebben gemaakt.

3. Op 26 januari 2001 beval de rechter-commissaris de bewaring van verdachte ter zake van het in de vordering onder 2 vermelde feit, maar deels op andere gronden dan de officier van justitie aan zijn vordering ten grondslag had gelegd. Behalve door de ernst van de feiten (art. 67a lid 1, aanhef en onder b j° lid 2, aanhef en onder 1° Sv) achtte de rechter-commissaris de bewaring gewettigd door de noodzaak de waarheid anders dan door verklaringen van verdachte aan de dag te brengen (art. 67a lid 1, aanhef en onder b j° lid 2, aanhef en onder 4° Sv). Hij wilde uitgezocht zien of verdachte op non-combattanten had geschoten, wat de status was van het UCPMB - de militie waarvan verdachte deel zou hebben uitgemaakt - en hoe het gewapende conflict gekwalificeerd moest worden. Het belang van die vragen zou blijken bij de behandeling van de vordering tot gevangenhouding. Voorts achtte ook de rechter-commissaris gevaar voor vlucht aanwezig (art. 67a lid 1, aanhef en onder a Sv).

4.1. Op 1 februari vorderde de officier van justitie de gevangenhouding van de verdachte. Omdat het onder 2, primair vermelde feit strafbaar gesteld is bij art. 8 WOS moest de militaire rechter van die vordering kennis nemen.) De militaire raadkamer oordeelde echter dat geen ernstige bezwaren bestonden dat verdachte - als lid van een partij bij een intern gewapend conflict - oorlogsmisdrijven had begaan. Ter plaatse was een wapenstilstand van kracht, en schendingen daarvan zijn niet aan te merken als een (intern) gewapend conflict. Zo een dergelijk conflict bestond behoorde verdachte - die deel uitmaakte van het bevrijdingsleger UCPMB - niet tot een partij daarbij. Bovendien ontbraken aanwijzingen dat hij anderen dan (para)militairen om het leven had gebracht. Omdat de aan verdachte verweten feiten geen schendingen van het humanitaire oorlogsrecht opleverden, wees de raadkamer de vordering tot gevangenhouding af voor zover deze op feit 2, primair betrekking had.

4.2. Dat betekende dat zij zich overigens onbevoegd moest verklaren. Het onder 2, subsidiair vermelde feit moest nl. als het commune delict moord (art. 289 Sr) gekwalificeerd worden, waarvan - als de verdachte burger is - de burgerlijke rechter kennis neemt. Een regeling als art. 39 lid 4 WED bevat voor het geval primair een economisch delict, subsidiair een commune overtreding ten laste gelegd is, ontbreekt.)

5. Op 5 februari diende de officier van justitie een vordering tot gevangenhouding in bij de commune raadkamer van de Arnhemse rechtbank. Aan die vordering lag de verdenking ten grondslag dat verdachte:

"als Nederlander op een of meer tijdstippen in of omstreeks de periode van juni 2000 tot en met 13 december 2000, in de Presevo-vallei in Zuid-Oost Servië (Federale Republiek Joegoslavië) en/of te Carr en/of elders in de provincie Kosovo van de Federale Republiek Joegoslavië, (telkens) opzettelijk en met voorbedachten rade een of meer personen, te weten Joegoslavische (para)militairen en/of leden van het Servische ministerie van Binnenlandse Zaken (MUP) en/of Joegoslavische politiemensen en/of burgers, van

¹⁾ Vgl. HR 11 november 1997, NJ 1998 m.nt. 't H; MRT 1998, p. 198-221 m.nt. H. van der Wilt: de in art. 1, lid 2 en 3 WOS vervatte beperkingen hebben geen betrekking op de in art. 8 omschreven misdrijven, dus is ook buiten het geval van (burger)oorlog of gewapend conflict waarbij Nederland betrokken is de militaire rechter bevoegd (art. 2 Wet militaire strafrechtspraak).

²⁾ Vgl. art. 349 lid 2 Sv, dat echter op de absolute competentie van burgerlijke gerechten ziet, en zijn bestaan dankt aan de gevolgen die vrijspraak van een primair ten laste gelegd misdrijf had: nadat de rechtbank zich ter zake van de subsidiair ten laste gelegde overtreding onbevoegd verklaard had, stuitte een vervolging voor het kantongerecht af op 'ne bis in idem' (art. 68 Sr).

het leven heeft beroofd, hierin bestaande dat verdachte (telkens) opzettelijk na kalm beraad en rustig overleg, althans na een (kort) tevoren genomen besluit, met een vuurwapen een of meer kogels heeft afgevuurd op het lichaam van voormelde personen, waardoor deze personen werden getroffen, tengevolge waarvan die personen zijn overleden".

6. In raadkamer betoogde verdachtes raadsman dat - nu de militaire kamer zich bij beschikking van 1 februari onbevoegd had verklaard van het in de vordering tot gevangenhouding onder 2, subsidiair vermelde feit kennis te nemen - de voorlopige hechtenis was opgeheven (art. 72 lid 1 Sv). De militaire kamer had immers niet op de voet van art. 72 lid 2 Sv bepaald dat het bevel tot bewaring nog zes dagen na het onherroepelijk worden van haar beslissing van kracht zou blijven. De rechtbank oordeelde anders. Art. 72 lid 2 Sv ziet uitdrukkelijk op de mogelijkheid dat het ene college niet, en een ander wel bevoegd is; slechts als beide colleges van oordeel zouden zijn dat zij niet competent zijn geldt lid 1. Vervolgens beval de rechtbank verdachtes gevangenhouding. Verdachte berustte daarin.

7. Daarvan kreeg hij spijt. Tegen de verlenging van de gevangenhouding bij beschikking van 28 februari stelde hij - bijgestaan door een nieuwe raadsman - hoger beroep in. De raadsman betoogde dat de voorlopige hechtenis ten onrechte - want in strijd met het bepaalde in art. 72 lid 1 Sv - niet was opgeheven, en dat het hof dat alsnog moest doen.

Volgens het hof miskende de raadsman aldus het voor beslissingen inzake de voorlopige hechtenis geldende 'abstracte stelsel'. Daarmee bedoelde het dat - hoewel de verlenging van de gevangenhouding geen zelfstandige beslissing is: zij moet worden bevolen voordat de voorafgaande termijn van gevangenhouding is afgelopen - een gebrek aan het bevel tot voorlopige hechtenis niet, althans niet zonder meer, aan verlenging in de weg staat.?) Volgens het hof was voor toetsing van de rechtmatigheid of geldigheid van de voorlopige hechtenis alleen plaats als het gebrekkige bevel aan het oordeel van de appelrechter wordt onderworpen. En dat had verdachte verzuimd.

Ten overvloede overwoog het hof dat verdachte niet in een rechtens te respecteren belang was geschaad doordat de militaire raadkamer, toen zij zich onbevoegd verklaarde, de voorlopige hechtenis niet ophief, noch bepaalde dat deze zou voortduren. De commune raadkamer had immers op 5 februari - de dag voordat de geldigheidsduur van het bevel tot bewaring zou verstrijken - verdachtes gevangenhouding bevolen.

Zo kwam het hof tot een bevredigende uitkomst, hoewel op de wijze waarop deze bereikt werd wel wat valt aan te merken. Dat een gebrek aan het bevel tot voorlopige hechtenis verlenging niet zonder meer uitsluit verplicht de verdachte immers niet dit bevel aan het oordeel van de appelrechter te onderwerpen. Dan wordt van de verdachte gevergd dat hij zijn voorlopige hechtenis doet voortduren. In dit geval gold verdachtes bezwaar ook niet zozeer de beslissingen van de militaire raadkamer op de vordering tot gevangenhouding als wel het voortduren van de voorlopige hechtenis nadat de geldigheidsduur van het bevel tot bewaring verstreken was. Dat - zoals art. 72 lid 1 Sv bepaalt - de voorlopige hechtenis wordt opgeheven als de rechter zich onbevoegd verklaart, kan hij slechts voorkomen door uitdrukkelijk te beslissen dat zij voortduurt. En dat had de militaire raadkamer nagelaten. Zo bezien levert de omstandigheid dat de bevoegde rechter tijdig de verlenging van de gevangenhouding beval geen argument ten overvloede op, maar draagt zij 's hofs beslissing.

Mr. drs. M.M. Dolman

³⁾ M.S. Groenhuijsen/Th.A. de Roos/A.H.J. Swart (red.), Wetboek van Strafvordering, Deventer: Gouda Quint z.j., aant. 6 op art. 66 (J.M. Reijntjes), onder verwijzing naar HR 16 maart 1990, NJ 1990, 500, m.nt. ThWvV. Of een aan een bevel tot voorlopige hechtenis klevend gebrek in de weg staat aan verlenging van dat bevel zal van de ernst van het gebrek, c.q. van de mogelijkheid tot herstel afhangen.

Arrondissementsrechtbank te Arnhem
militaire kamer

Vonnis van 19 maart 2001

Voorzitter: Mr. B.N. Crol, *Lid:* Mr. A. van Waarden, *Militair lid:* Luitenant-kolonel mr. A.M. van Gorp,
Raadman: Mr. P. Reitsma , advocaat te Nijkerk.

Interne afdoening I

Commandant, geconfronteerd met mindere die onder invloed van alcohol aan het verkeer heeft deelgenomen, besluit de zaak intern af te doen. Geen opzettelijk toelaten dat de mindere een misdrijf beging, nu verdachte leden van de basiswacht opdroeg hem naar zijn legeringskamer te brengen om te voorkomen dat hij aan het verkeer zou deelnemen. Ook geen verbergen of hulp te ontkomen aan nasporing of aanhouding: verdachtes gedragingen hebben er niet toe geleid dat geen behoorlijk opsporingsonderzoek meer mogelijk was.

(WMSr artt. 148, 189)

STRAFVONNIS

in de zaak van: de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen: v.d.R., R., geboren op (...) te A. wonende: R., (...) kolonel, mr. (...) ingedeeld bij: (...)

I. De tenlastelegging

Aan de verdachte is tenlastegelegd (dat):

1. dat hij, verdachte, kolonel der Koninklijke Luchtmacht, als militair, op of omstreeks 31 januari 2000 op de Vliegbasis X te Y, opzettelijk heeft toegelaten dat een mindere, korporaal S.T., op of omstreeks 31 januari 2000 op voornoemde vliegbasis het misdrijf van artikel 8 lid 1 van de Wegenverkeerswet 1994, heeft gepleegd en/of hij, verdachte, op of omstreeks 31 januari 2000 op de Vliegbasis X te Y, als getuige van het door zijn mindere, de korporaal S.T. gepleegde misdrijf van artikel 8 lid 1 van de Wegenverkeerswet omstreeks 31 januari 2000 op voornoemde vliegbasis, opzettelijk heeft nagelaten maatregelen te nemen, voorzover die nodig waren en van hem, verdachte, als meerdere konden worden gevergd, immers heeft verdachte toen aldaar aan die T. niet de opdracht gegeven om toen aldaar (met zijn auto) ter plaatse te blijven ten einde de komst van de (inmiddels gewaarschuwde) Koninklijke Marechaussee af te wachten, althans om zich beschikbaar te houden voor enig strafrechtelijk onderzoek en/of om niet verder te rijden in de auto.

2. hij op of omstreeks 31 januari 2000 op de Vliegbasis X te Y, opzettelijk een persoon, de korporaal S.T., die schuldig was aan of vervolgd ter zake van het misdrijf van artikel 8 lid 1 Wegenverkeerswet 1994, heeft verborgen en/of behulpzaam, is geweest in het ontkomen aan de nasporing, van of aanhouding door een of meer ambtenaren van de justitie of politie of Koninklijke Marechaussee, immers heeft verdachte toen en daar aan (zijn) ondergeschikte(n) de opdracht gegeven die T. naar T.'s legeringskamer/legeringsgebouw te brengen en/of T.'s personenauto te verplaatsen naar een parkeerterrein en/of om de (inmiddels gewaarschuwde) Koninklijke Marechaussee af te bellen;

Voor zover er in de tenlastelegging kennelijke taal- en/of schrijffouten voorkomen, zijn die fouten verbeterd. Verdachte is daardoor niet in zijn verdediging geschaad. (...)

3. *Motivering van de beslissing*

De rechtbank stelt voorop dat zij van oordeel is dat betrokkene als commandant in de gegeven situatie een ernstige beoordelingsfout heeft gemaakt door in eerste instantie te kiezen voor een interne wijze van afhandelen. Dit echter is op zichzelf nog niet voldoende om deze onjuiste keuze aan te merken als een opzettelijk handelen zoals voor een bewezenverklaring van de tenlastegelegde feiten volgens artikel 148 Wetboek van Militair Strafrecht een vereiste is.

De rechtbank gaat er bij de beoordeling van de zaak van uit dat verdachte moet hebben geweten dat korporaal S.T. onder invloed van alcohol verkeerde. Immers, zonder die wetenschap valt geen redelijke verklaring te geven voor zijn door getuigen bevestigde uitlatingen ter plaatse alsmede zijn opdracht aan leden van de basiswacht om korporaal S.T. naar zijn legeringsgebouw te rijden en voorts zijn opdracht aan deze S.T. zelf om zich de volgende morgen vroeg bij zijn commandant te melden.

De rechtbank heeft kennisgenomen van de mededeling van de officier van justitie ter terechtzitting dat korporaal S.T. inmiddels door de militaire politierechter terzake van overtreding van artikel 8 Wegenverkeerswet 1994 is veroordeeld.

Voorts neemt de rechtbank in overweging dat het bij de verdenking van overtreding van artikel 8 Wegenverkeerswet 1994 voor het instellen van een strafrechtelijk onderzoek in beginsel niet noodzakelijk is dat de van dit delict verdachte persoon ter plaatse blijft, mits zijn identiteit en verblijfplaats bekend zijn en hij op korte termijn voor het onderzoek beschikbaar kan zijn. Dit is uiteraard anders wanneer er daarnaast nog sprake is van een ongeval met schade voor derden, doch die situatie deed zich in dit geval niet voor.

Met betrekking tot feit 1 geldt verder dat verdachte eerst met de situatie werd geconfronteerd nadat korporaal S.T. met zijn auto op een steen was vastgeraakt. Wat daarvoor is gebeurd kan verdachte niet worden aangerekend. Gebleken is dat korporaal S.T. aan het stuur van de auto heeft gezeten toen deze op aanwijzing van verdachte van de steen werd afgetild. Hoewel hier sprake is van 'besturen' in de zin van artikel 8 Wegenverkeerswet 1994 kan tegen de achtergrond van verdachtes opdracht aan leden van de basiswacht om korporaal S.T. naar diens legeringsgebouw te rijden, met de kennelijke bedoeling te voorkomen dat hij onder invloed van alcohol zou deelnemen aan het verkeer, niet bewezen worden verklaard dat er sprake is geweest van een "opzettelijk toelaten" van het plegen van het misdrijf van artikel 8 Wegenverkeerswet 1994 door een mindere.

Voorts overweegt de rechtbank ten aanzien van feit 2 dat de in dit verband op de tenlastegelegde vermelde gedragingen van verdachte er niet toe hebben geleid dat er geen behoorlijk opsporingsonderzoek door de Koninklijke Marechaussee meer mogelijk was. Immers heeft verdachte opdracht gegeven de identiteit van de betrokkene op te nemen en was het bekend dat deze persoon op de basis was gelegerd, waarmee aan de condities van een beschikbaarheid voor het onderzoek binnen aanvaardbare termijn leek te zijn voldaan. Voorts heeft verdachte toen hem later die avond was gebleken de Koninklijke Marechaussee het onderzoek wenste te hervatten respectievelijk voort te zetten de naam van betrokkene genoemd en de Officier van Basisdienst opdracht gegeven alle medewerking aan het onderzoek te verlenen. Niet gebleken is dat de omstandigheid dat men er die avond c.q. nacht niet meer in is geslaagd korporaal S.T. te traceren aan verdachte kan worden toegerekend.

De conclusie van de rechtbank is dat de tenlastegelegde feiten niet wettig en overtuigend bewezen acht zodat verdachte hiervan zal worden vrijgesproken.

[Volgt: Vrijspraak - Red.]

Gerechtshof te Arnhem
militaire kamer

Arrest van 18 juli 2001

*Voorzitter: Mr. Lion, **Lid:** Mr. Van den Heuvel, Militair lid: Commodore mr. Visser*

Interne afdoening II

Vervolg op Rechtbank Arnhem (militaire kamer), 19 maart 2001. Na wijziging tenlastelegging in hoger beroep: poging een mindere behulpzaam te zijn te ontkomen aan nasporing of aanhouding.

(WMSr artt. 148, 189)

ARREST

gewezen op het hoger beroep, ingesteld tegen het vonnis van de militaire kamer van de arrondissementsrechtbank te Arnhem van 19 maart 2001 in de strafzaak tegen R.v.d.R., geboren te A. op (...), wonende te A., (...) rang/rnr.: (...) ingedeeld bij: (...)

Het hoger beroep

De officier van justitie heeft tegen voormeld vonnis hoger beroep ingesteld.
(...)

De telastelegging

Aan verdachte is telastegelegd, zoals deze telastelegging in hoger beroep is gewijzigd, dat:

1. hij, verdachte, kolonel der Koninklijke Luchtmacht, als militair, op of omstreeks 31 januari 2000 op de Vliegbasis X te Y, opzettelijk heeft toegelaten dat een mindere, korporaal S.T., op of omstreeks 31 januari 2000 op voornoemde vliegbasis liet misdrijf van artikel 8 lid 1 van de Wegenverkeerswet 1994, heeft gepleegd en/of hij, verdachte, op of omstreeks 31 januari 2000 op de Vliegbasis X te Y, als getuige van het door zijn mindere, de korporaal S. T. gepleegde misdrijf van artikel 8 lid 1 van de Wegenverkeerswet omstreeks 31 januari 2000 op voornoemde vliegbasis, opzettelijk heeft nagelaten maatregelen te nemen, voorzover die nodig waren en van hem, verdachte, als meerdere konden worden gevergd, immers heeft verdachte toen aldaar aan die T. niet de opdracht gegeven om toen aldaar (met zijn auto) ter plaatse te blijven ten einde de komst van de (inmiddels gewaarschuwde) Koninklijke Marechaussee af te wachten, althans om zich beschikbaar te houden voor enig strafrechtelijk onderzoek en/of om niet verder te rijden in de auto;

2., primair

hij op of omstreeks 31 januari 2000 op de Vliegbasis X te Y, opzettelijk een persoon, de korporaal S.T., die schuldig was aan of vervolgd ter zake van het misdrijf van artikel 8 lid 1, en/of artikel 8 lid 2 aanhef en onder a en/of artikel 8 lid 2 aanhef en onder b Wegenverkeerswet 1994, heeft verborgen en/of behulpzaam, is geweest in het ontkomen aan de nasporing van of aanhouding door een of meer ambtenaren van de justitie of politie of Koninklijke Marechaussee, immers heeft verdachte toen en daar aan (zijn) ondergeschikte(n) de opdracht gegeven die T. naar T.'s legeringskamer/legeringsgebouw te brengen en/of T.'s personenauto te verplaatsen naar een parkeerterrein en/of om de (inmiddels gewaarschuwde) Koninklijke Marechaussee af te bellen

subsidiar

hij op of omstreeks 31 januari 2000 op de Vliegbasis X te Y, ter uitvoering van het door hem, verdachte, voorgenomen misdrijf om opzettelijk een persoon, de korporaal S. T., die schuldig was aan of vervolgd werd ter zake van het misdrijf van artikel 8 lid 1 en/of artikel 8 lid 2 aanhef en onder a en/of artikel 8 lid 2 aanhef en onder b Wegenverkeerswet 1994, te verbergen en/of behulpzaam te zijn in het ontkomen aan de nasporing van of aanhouding door een of meer ambtenaren van de justitie of politie (Koninklijke Marechaussee), met dat opzet toen en daar aan (zijn) ondergeschikte(n) de opdracht gegeven die T. naar T. legeringskamer/legeringsgebouw te brengen en/of T. personenauto te verplaatsen naar een parkeerterrein en/of om de (inmiddels gewaarschuwde) Koninklijke Marechaussee af te bellen, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid.

Indien in de telastelegging taal- en/of schrijffouten voorkomen, zijn deze verbeterd. De verdachte is daardoor niet geschaad in de verdediging.

Vrijspraak

Het hof heeft uit het onderzoek ter terechtzitting niet door de inhoud van wettige bewijsmiddelen de overtuiging bekomen, dat verdachte het onder 1 en 2 primair telastegelegde heeft begaan, zodat verdachte daarvan behoort te worden vrijgesproken.

Bewezenverklaring

Door wettige bewijsmiddelen, waarin zijn vervat de redengevende feiten en omstandigheden waarop de bewezenverklaring steunt, heeft het hof de overtuiging gekregen en acht het hof wettig bewezen, dat verdachte het onder 2 subsidiar telastegelegde heeft begaan, met dien verstande dat:

hij op 31 januari 2000 op de Vliegbasis X te Y, ter uitvoering van het door hem, verdachte, voorgenomen misdrijf om opzettelijk een persoon, de korporaal S.T., die schuldig was aan het misdrijf van artikel 8 lid 1 en/of artikel 8 lid 2 aanhef en onder a en/of artikel 8 lid 2 aanhef en onder b Wegenverkeerswet 1994, behulpzaam te zijn in het ontkomen aan de nasporing van of aanhouding door een of meer ambtenaren van de Koninklijke Marechaussee, met dat opzet toen en daar aan (zijn) ondergeschikte(n) de opdracht gegeven om de (inmiddels gewaarschuwde) Koninklijke Marechaussee af te bellen, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid.

Het hof acht niet bewezen hetgeen verdachte meer of anders is telastegelegd dan hierboven is bewezenverklaard, zodat deze daarvan behoort te worden vrijgesproken.

Strafbaarheid van het bewezenverklaarde

Het bewezene levert op het misdrijf

"Poging tot: Opzettelijk iemand die schuldig is aan enig misdrijf behulpzaam zijn in het ontkomen aan de nasporing van of aanhouding door de ambtenaren van de politie"

[Volgt: Veroordeling tot geldboete van vijfhonderd gulden, subsidiar tien dagen hechtenis - Red.]

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 10 mei 2001

9911891 MPW

Voorzitter: Mr. C.G. Kasdorp; *Leden:* Mr. H.R. Geerling-Brouwer en Mr. G.J.H. Doornewaard.

Toekening bijzondere invaliditeitsverhoging alleen als daling invaliditeit niet is te verwachten

Appellant, sedert 1975 beroepsmilitair bij de Koninklijke Landmacht, is met ingang van 1 maart 1994 eervol uit militaire dienst ontslagen wegens gebreken. Aan hem werd een invaliditeitspensioen van 30% toegekend. Op 30 oktober 1996 verzoekt appellant het invaliditeitspercentage te verhogen. Bij besluit van de staatssecretaris wordt het percentage verhoogd naar 90%. In dit geschil staat centraal de weigering van de staatssecretaris om een bijzondere invaliditeitsverhoging toe te kennen.

Op grond van het van toepassing zijnde artikel E8 van de Algemene militaire pensioenwet bestaat naast het invaliditeitspensioen slechts recht op een bijzondere invaliditeitsverhoging als daling van het invaliditeitspercentage in de toekomst niet is te verwachten.

De verzekeringsgeneeskundige van Defensie is van mening dat er op datum aanvraag (30 oktober 1996) nog geen sprake is van een medische eindtoestand en dat er in de toekomst zeker nog verbetering kan optreden. De rechtbank verklaart het door appellant ingestelde beroep ongegrond. De Centrale Raad bevestigt in hoger beroep de uitspraak van de rechtbank.

(Algemene militaire pensioenwet, artikel E8)

UITSPPRAAK

in het geding tussen: A., wonende te B., appellant, en de Staatssecretaris van Defensie, gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Op bij het beroepschrift uiteengezette gronden heeft appellant hoger beroep doen instellen tegen de uitspraak van de Arrondissementsrechtbank's-Gravenhage van 2 maart 1999, nummer AWB 9813546 MPWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van de Raad van 29 maart 2001. Aldaar is appellant in persoon verschenen, bijgestaan door mr. H.J.M.G.M. van der Meijden, advocaat te Nijkerk, terwijl gedaagde zich heeft doen vertegenwoordigen door mr. M.H.J. Geldof van Doorn, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

Ten aanzien van de hier van belang zijnde feiten en omstandigheden volstaat de Raad onder verwijzing voor het overige naar de aangevallen uitspraak met het volgende.

Bij besluit van 2 november 1994 is aan appellant, die met ingang van 1 maart 1994 wegens gebreken uit de militaire dienst was ontslagen, ingaande de laatstgenoemde datum een militair invaliditeitspensioen toegekend. Daarbij is een oorzakelijk verband met de uit-

oefening van de militaire dienst aangenomen van de bij appelland geconstateerde aandoening van de linker achillespees en verergerend verband met betrekking tot de aandoening van beide middenvoeten. De mate van invaliditeit met dienstverband is daarbij bepaald op 30%.

Wegens toenemende klachten heeft appelland op 30 oktober 1996 verzocht dat invaliditeitspercentage te verhogen.

Bij besluit van 19 maart 1997 heeft gedaagde een mate van invaliditeit met dienstverband aanvaard van 90%.

In bezwaar tegen dit besluit heeft appelland doen aanvoeren dat ten onrechte geen toepassing is gegeven aan het gestelde in artikel E 8, eerste lid, aanhef en onder c, van de Algemene militaire pensioenwet (hierna: Ampw).

Bij het bestreden besluit van 22 april 1998 heeft gedaagde dat bezwaar ongegrond verklaard, met welk besluit de rechtbank zich bij de aangevallen uitspraak heeft kunnen verenigen.

Inmiddels heeft appelland naar aanleiding van een termijnbeoordeling d.d. 22 september 1998 een bijzondere invaliditeitsverhoging gekregen met toepassing van artikel E 9 van de Ampw.

Ook in hoger beroep staat ter beantwoording de vraag of gedaagde op goede gronden heeft besloten per 30 oktober 1996 geen toepassing te geven aan het bepaalde in artikel E 8, eerste lid, aanhef en onder c, van de Ampw.

Evenals de rechtbank beantwoordt de Raad die vraag bevestigend.

Ingevolge artikel E 8, eerste lid, aanhef en onder c, van de Ampw heeft de militair, die recht heeft op een pensioen ter zake van een invaliditeit met dienstverband, behalve op dat pensioen recht op een bijzondere invaliditeitsverhoging, indien die invaliditeit ten minste 80 doch minder dan 100 percent bedraagt en daling van dit percentage beneden 80 voor de toekomst niet aannemelijk wordt geacht.

Het geding spitst zich toe op de vraag of gedaagde zich met betrekking tot het tijdstip hier van belang, te weten 30 oktober 1996, op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat verbetering in de toekomst nog mogelijk was en derhalve nog niet de situatie was bereikt dat daling van het percentage van invaliditeit met dienstverband beneden 80 voor de toekomst niet aannemelijk was.

Gedaagde heeft naar aanleiding van het tegen zijn besluit van 19 maart 1997 ingediende bezwaar zich laten adviseren door de verzekeringsarts S. Woudstra, die op 22 december 1997 heeft te kennen gegeven dat er op dat moment geen aanleiding bestond voor toepassing van artikel E 8 van de Ampw. De Raad haalt uit dat advies het volgende aan:

"Het ziektebeeld van betrokkene is niet eenduidig te verklaren uit de bestaande functionele afwijkingen en de diagnose(n). Het betreft een pijnsyndroom waarvoor een toestand is ontstaan die te vergelijken valt met een amputatie van beide voeten waardoor de invaliditeit verhoogd werd naar 90%. Om dan meteen maar te stellen dat deze toestand dan ook als blijvend dient te worden gezien (zoals de NMO stelt) voert op dit moment echter te ver. Zoals ook aangegeven in het MGO-rapport onder sub B4 (overwegingen) is er op dit moment nog geen sprake van een eindtoestand en in principe is er in de toekomst zeker verbetering mogelijk indien er een voor betrokkene passende behandelingsmethode gevonden kan worden, hetgeen dan ook zou betekenen dat de invaliditeit weer verlaagd kan worden (en zeker nog tot beneden de 80% kan dalen)."

Bij brief van 17 april 1998 heeft genoemde verzekeringsarts zijn opvatting nog toegelicht door aan te geven te denken aan een langdurige revalidatiebehandeling in een gespecialiseerd revalidatiecentrum, waarbij een multidisciplinaire aanpak centraal dient te staan

en waarbij de behandeling met name gericht dient te zijn op de pijn die appellant heeft, gezien het vrijwel ontbreken van een organisch substraat.

Ook ter zitting van de Raad is van de zijde van gedaagde benadrukt dat er ten tijde hier van belang geen objectieve verklaring is gevonden voor de klachten van appellant en dat hier sprake is van subjectieve pijnbeleving. Gezien de toegenomen mogelijkheden van pijnbestrijding verwachtte gedaagde dat de toestand van appellant na behandeling nog zou kunnen verbeteren.

Van de kant van appellant is aangevoerd dat hij tal van behandelingen en medische ingrepen achter de rug had en dat om die reden niet te verwachten viel dat er nog verbetering zou optreden.

Hoewel, gelet op de toepassing van artikel E 9 van de Ampw per 22 september 1998, ervan moet worden uitgegaan dat gedaagde thans van oordeel is dat daling van het invaliditeitspercentage voor de toekomst niet meer aannemelijk is, acht de Raad toch met de hierboven weergegeven overwegingen van gedaagde, in het bijzonder waar het diens verwachtingen met betrekking tot pijnbestrijding betreft, zijn standpunt met betrekking tot de hier in geding zijnde datum 30 oktober 1996 voldoende onderbouwd, zodat de Raad evenals de rechtbank voor vernietiging van het aangevallen besluit onvoldoende grond aanwezig ziet.

Uit het vorenstaande volgt dat de aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

De Raad acht tenslotte geen termen aanwezig om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht inzake een vergoeding van proceskosten.

Beslist wordt derhalve als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

De "bijzondere invaliditeitsverhoging" heeft een zeer lange geschiedenis, die volgens mr. J.G.F.M. van Kessel teruggaat naar de achttiende eeuw. Voor een historisch overzicht verwijs ik naar zijn artikel in het MRT van september 1980, pag. 433-452.

*De thans in de militaire pensioenwetgeving nog van toepassing zijnde systematiek van toekenning en berekening van de bijzondere invaliditeitsverhoging is in 1947 doorgevoerd bij een wijziging van de destijds geldende Pensioenwetten voor de landmacht en de zee-macht 1922. Via de Algemene militaire pensioenwet van 1966 is deze lijn onlangs doorgetrokken naar de twee Besluiten die steunen op de per 1 juni 2001 van toepassing zijnde Kaderwet militaire pensioenen (wet van 13 december 2000, Stb. 2001, 37). Het gaat om het Besluit aanvullende arbeidsongeschiktheids- en **invaliditeitsvoorzieningen** militairen (Stb. 2001, 140) en het Besluit bijzondere militaire pensioenen (Stb. 2001, 139). Beide besluiten zijn ook sinds 1 juni 2001 van toepassing.*

In genoemde wetgeving is geregeld dat bij invaliditeit met dienstverband, naast het invaliditeitspensioen, ook recht kan bestaan op een bijzondere invaliditeitsverhoging indien wordt voldaan aan de voorwaarden zoals opgenomen in die wetten en besluiten. Afhankelijk van de ernst van de invaliditeit bedroeg deze bijzondere verhoging tot 1 januari 1998 bij een invaliditeit van 80 of 100% een aanvullend maandelijks percentage van 20 of 40 van de berekeningsgrondslag. Deze bijzondere invaliditeitsverhoging is met name

bedoeld om de immateriële schade te compenseren en wordt daarom ook wel als smartengeld aangeduid.

Per 1 januari 1998 is de toepassing van de bijzondere invaliditeitsverhoging verruimd. In de toelichting behorende bij de nota van wijziging van de wet waarbij dit is geregeld, nl. de Wet overheidspersoneel onder de werknemersverzekeringen (kamerstukken II, 25282, nr. 7) valt te lezen: “ dat in de praktijk van de afgelopen jaren is gebleken dat de bestaande systematiek niet meer adequaat en weinig flexibel is. Het door Defensie gehanteerde uitgangspunt, dat bij aanvaarding van verband met de uitoefening van de militaire dienst het niveau van de **invaliditeitsvoorzieningen** zodanig ruim is dat er sprake is van een volledige schadevergoeding, is met name met betrekking tot de immateriële schadecomponent niet meer in alle situaties het geval. Daarom wordt voorgesteld de situaties waarin het smartengeld tot uitbetaling kan komen uit te breiden en wel in een meer geleidelijk verloop, afhankelijk van de mate van invaliditeit. Daarmee wordt de oorspronkelijke doelstelling van de militaire pensioenwetgeving, de schadeloosstellingsgedachte bij invaliditeit met dienstverband, herbevestigd.

Ter uitbreiding van de bestaande 20 resp. 40%, is in het arbeidsvoorwaardenakkoord 1997/1999 het volgende meer vloeiende traject afgesproken:

- bij een invaliditeit van 100%: een smartengeld van 40%
- bij een invaliditeit van $\geq 80\%$: een smartengeld van 30%
- bij een invaliditeit van $\geq 60\%$: een smartengeld van 20%
- bij een invaliditeit van $\geq 40\%$: een smartengeld van 10%
- bij een invaliditeit van $\geq 20\%$: een smartengeld van 5%.

Dit nieuwe traject geldt alleen voor ontslagsituaties op of na 1 januari 1998.”

In deze uitspraak is, gezien de ontslagdatum van betrokkene (1 maart 1994) het bepaalde in artikel E8, eerste lid aanhef en sub c van de Algemene militaire pensioenwet van toepassing. Dit artikel bepaalt dat de militair, die recht heeft op een pensioen terzake van een invaliditeit met dienstverband, behalve op dat pensioen, recht heeft op een bijzondere invaliditeitsverhoging, indien die invaliditeit ten minste 80 doch minder dan 100% bedraagt en daling van dit percentage beneden 80 voor de toekomst niet aannemelijk wordt geacht.

De Centrale Raad is met de staatssecretaris van mening dat er nog geen sprake is van een medische eindtoestand. Inmiddels was naderhand bij een herkeuring, twee jaar later op 22 september 1998, wel gebleken dat daling van het invaliditeitspercentage voor de toekomst niet meer aannemelijk was. Dit betekent dat vanaf die datum toekenning van de bijzondere invaliditeitsverhoging alsnog kan plaatsvinden.

W.J.S.

Centrale Raad van Beroep
Uitspraak van 31 mei 2001
9818445 MPW en 9914048 MPW

Voorzitter: Mr. C.G.Kasdorp; Leden: Mr. G.L.M.J. Stevens en Mr. G.J.H. Doornewaard.

WPC-schaal is richtlijn voor schatting mate van invaliditeit (2)

Bij brief van 8 december 1993 heeft gedaagde, voormalig dienstplichtige en reservist bij de Koninklijke Landmacht, verzocht om toekenning van een militair invaliditeitspensi-

oen. De staatssecretaris achtte geen invaliditeit met dienstverband aanwezig. Gedaagde heeft tegen de beslissing bezwaar aangetekend en naderhand beroep ingesteld bij de rechtbank. Hangende deze procedure heeft de staatssecretaris wel oorzakelijk verband tussen de aandoening en de uitoefening van de militaire dienst aanvaard. In het geding voor de Centrale Raad is dan ook uitsluitend nog de uit die aandoening voortvloeiende mate van invaliditeit onderwerp van discussie. De door de rechtbank ingeschakelde deskundige was al eerder tot een invaliditeitspercentage van 25 gekomen. De staatssecretaris komt tot een percentage van minder dan 10, met name omdat gedaagdes aandoening niet in de van toepassing zijnde WPC-schaal wordt genoemd.

De Raad acht op grond van de voorhanden medische gegevens en met name het rapport van de door de rechtbank ingeschakelde deskundige de invaliditeit met een percentage van 25 niet onderschat. Aangezien het pijnsyndroom waaraan gedaagde lijdt niet in de WPC-schaal wordt genoemd heeft de deskundige, aldus de Raad, terecht aansluiting gezocht bij en een vergelijking getrokken met andere, wel in de schaal genoemde pijnsyndromen. De Raad bevestigt dan ook de door de rechtbank gedane uitspraak en komt alsnog tot een invaliditeitspensioen.

(Algemene militaire pensioenwet, artikel E11)

UITSpraak

in het geding tussen: de Staatssecretaris van Defensie, appellant, en A., wonende te B., gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Op bij aanvullend beroepschrift, met bijlagen, uiteengezette gronden heeft appellant bij de Raad hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage van 25 november 1998, nummer AWB 9716859 MPWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Vervolgens heeft appellant, uitvoering gevend aan de aangevallen uitspraak, bij besluit van 4 augustus 1999 het bezwaar van gedaagde alsnog gegrond verklaard en aan gedaagde te rekenen per 1 december 1995 (datum per welke gedaagde uit de militaire dienst is ontslagen) een militair invaliditeitspensioen toegekend zoals aangegeven in de bij dat besluit behorende bijlage.

Het geding is behandeld ter zitting van de Raad van 20 april 2001. Appellant was vertegenwoordigd door mr. M.H.J. Geldof van Doorn, werkzaam bij USZO-Defensie. Gedaagde was in persoon aanwezig en vergezeld van zijn echtgenote.

II. Motivering

Ten aanzien van de hier van belang zijnde feiten en omstandigheden volstaat de Raad, onder verwijzing voor het overige naar de aangevallen uitspraak, met het volgende.

Gedaagde heeft in december 1993 bij appellant een verzoek ingediend om toekenning van een militair invaliditeitspensioen wegens het ondervinden van beperkingen aan zijn linkerbovenbeen als gevolg van een zenuwbeknelling door overbelasting, opgelopen op 18 juli 1986 tijdens de vervulling van zijn militaire dienstplicht.

Appellant heeft dat verzoek - na militair geneeskundig onderzoek op 26 april 1994, met conclusie, voorzover van belang, dat sprake is van een meralgia paraesthetica dan wel radiculopathie L4 links en dat deze aandoening dient te worden beschouwd als te berusten

op endogene praedispositie - afgewezen bij besluit van 11 september 1995, en heeft vervolgens het bezwaarschrift van gedaagde tegen die afwijzing bij het bestreden besluit van 21 april 1997 ongegrond verklaard.

In de fase van beroep tegen die ongegrondverklaring heeft de rechtbank als deskundige ingeschakeld K., neuroloog te Haarlem. Deze heeft op 23 april 1998 gerapporteerd dat oorzakelijk verband tussen de meralgia paraesthetica links (compressie van de n. cutaneus femoris lateralis links in de lies) en de uitoefening van de militaire dienst aannemelijk is en voorts de mate van invaliditeit van gedaagde op basis van de zogenoemde, van 1953 daterende, WPC-schaal op 25% gesteld. Aangezien in die schaal de laesie waarvan gedaagde last heeft nog niet is genoemd, omdat het onderwerp toen nog erg in discussie was heeft genoemde deskundige aansluiting gezocht bij de diverse, als minimum geldende, percentages die worden genoemd bij uitval van afzonderlijke perifere zenuwen.

In reactie op het rapport van K. heeft appelland bij brief van 4 juni 1998 onder verwijzing naar een daarbij gevoegd commentaar van verzekeringsgeneeskundige H. te kennen gegeven alsnog oorzakelijk dienstverband aan te nemen, maar het niet eens te zijn met de vergelijking die K. maakt met zenuwletsels die uitval veroorzaken, aangezien de gelaedeerde zenuw uitsluitend sensibel van aard is en geen uitval veroorzaakt, zodat het invaliditeitspercentage geacht moet worden minder dan 10 te bedragen.

Bij brief van 26 juni 1998 heeft K. op verzoek van de rechtbank nog een toelichting gegeven ter verdere onderbouwing van het door hem ingenomen en gehandhaafde standpunt. In dat verband heeft hij aangegeven dat er objectieve aanwijzingen zijn voor een hardnekkige beschadiging van de n. cutaneus femoris lateralis links en dat tevens sprake is van hardnekkige pijnklachten die gedaagde hinderen bij zijn dagelijkse activiteiten; voorts heeft hij aangegeven met name aansluiting te hebben gezocht bij de WPC-schaalnummers 0601,0648 en 0686 met een maximum van respectievelijk 20, 20 en 40% .

In reactie hierop heeft appelland bij brief van 28 juli 1998 onder verwijzing naar een daarbij gevoegd commentaar van H. te kennen gegeven dat geen beperkingen zijn geconcretiseerd, dat gedaagde tijdens het militair geneeskundig onderzoek op 26 april 1994 heeft aangegeven dat hij na ontslag uit de militaire dienst nog circa 1 jaar (lichamelijk) zwaar werk heeft verricht en dat hardlopen tot enkele kilometers goed mogelijk is, evenals gewoon lopen en fietsen, alsook dat de genoemde WPC-schaalnummers tamelijk willekeurig zijn gekozen.

De rechtbank heeft in de reacties van H. noch overigens aanleiding gezien het standpunt van K. in twijfel te trekken, onder meer overwegende dat het door K. goed onderbouwde percentage van 25 niet te hoog voorkomt en dat niet onaannemelijk voorkomt dat gedaagde als gevolg van zijn aandoening zijn toekomstperspectief heeft moeten bijstellen. Vervolgens heeft de rechtbank het beroep gegrond verklaard, de beslissing op het bezwaarschrift vernietigd en bepaald dat appelland een nieuw besluit neemt.

In hoger beroep heeft appelland volstaan met handhaving van zijn in de beroepsfase ingenomen standpunt betreffende de mate van de bij gedaagde aanwezige invaliditeit. In reactie op wat namens appelland ter zitting nog ter toelichting daarop naar voren is gebracht, heeft gedaagde gesteld dat hij toentertijd beslist niet goed kon hardlopen (tot enkele kilometers) en evenmin gewoon kon lopen of fietsen maar dat hij er de man niet naar was om toe te geven dat hij dat allemaal niet meer kon. Voorts heeft gedaagde erop gewezen dat elders in de desbetreffende rapportage is vermeld dat hij in verband met zijn klachten niet meer lang kan staan en na circa 15 minuten moet gaan zitten. Tot slot heeft gedaagde nog benadrukt dat hij elke dag ernstig wordt belemmerd door pijn in zijn linkerbovenbeen en dat hij als gevolg daarvan bovendien zeker 1 dag per maand wordt uit-

geschakeld door migraine.

De Raad kan het oordeel van de rechtbank en de daaraan ten grondslag gelegde overwegingen geheel onderschrijven. Ook de Raad acht op grond van de voorhanden medische gegevens en met name het rapport van de door de rechtbank geraadpleegde deskundige K. de invaliditeit van gedaagde met een percentage van 25 niet overschat. Aangezien het pijnsyndroom waaraan gedaagde lijdt niet in de WPC-schaal wordt genoemd, heeft K. terecht aansluiting gezocht bij en een vergelijking getrokken met andere, daarin wel genoemde pijnsyndromen; dáároveň bestaat geen verschil van mening. Gelet op de door K. in zijn brief van 26 juni 1998 bij zijn keuze voor de nummers 0601,0648 en 0686 en ook overigens gegeven motivering tegen de achtergrond van de beschrijving van de beperkingen die gedaagde in zijn dagelijks functioneren ondervindt, acht de Raad het door hem op 25 gestelde invaliditeitspercentage op inzichtelijke en overtuigende wijze onderbouwd. In het ter zitting nog eens onder de aandacht gebrachte commentaar van H. heeft de Raad geen aanknopingspunten voor een ander oordeel kunnen vinden.

Het vorenstaande leidt de Raad tot de slotsom dat de aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

Gelet op het vorenstaande behoeft de Raad het door appellant nader, ter uitvoering van de aangevallen uitspraak, genomen besluit van 4 augustus 1999 waarmee geheel aan de bezwaren van gedaagde tegemoet is gekomen, niet in zijn beoordeling te betrekken

De Raad acht, tot slot, termen aanwezig om appellant te veroordelen in de kosten van gedaagde tot een bedrag van f 364,50 (f 41,50 aan reiskosten en f 323,- aan verletkosten) als kosten in hoger beroep. De door gedaagde geclaimde kosten van postzegels en (nationale) telefoongesprekken komen ingevolge artikel 1, aanhef en onder e, van het Besluit proceskosten bestuursrecht niet voor kostenveroordeling in aanmerking. Van andere kosten is de Raad niet gebleken.

Beslist wordt derhalve als volgt.

ZZ Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak;

Veroordeelt appellant in de kosten van gedaagde tot een bedrag van f 364,50, te betalen door de Staat der Nederlanden (Ministerie van Defensie);

Bepaalt dat van de Staat der Nederlanden (Ministerie van Defensie) een recht van f 675,- wordt geheven.

NASCHRIFT

Ingevolge vaste jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep dient onder invaliditeit met dienstverband in de zin van de militaire pensioenwetten te worden verstaan de in een percentage uit te drukken mate van lichamelijke en geestelijke tekortkomingen en beperkingen, welke een belanghebbende in verhouding tot geheel valide personen van gelijke leeftijd in het dagelijks leven in het algemeen ondervindt. Al meermalen heeft de Raad uitgesproken dat bij de vaststelling van de mate van invaliditeit de War Pensions Committee Scale (WPC-schaal) als richtlijn kan worden gehanteerd. Zie laatstelijk onder meer CRvB dd. 10 december 1998, 96/10961 MPW, MRT 1999, pag. 363, met naschrift. In dat naschrift ben ik destijds ingegaan op de totstandkoming, de toepassing en de actualiteit van de uit 1953 stammende WPC-schaal.

Omdat de WPC-schaal in de loop der jaren steeds meer kritiek ondewoed, met name

ook vanuit verzekeringsgeneeskundig oogpunt, heeft de staatssecretaris in het kader van het vernieuwingsproces militaire pensioenen de WPC-schaal in de loop van 1998 weer op de agenda van het overleg met de belangenorganisaties gezet. Afgesproken is een groep van deskundigen te formeren en een taakopdracht te formuleren om te komen tot aanpassing dan wel vervanging van de WPC-schaal.

Het vernieuwingsproces militaire pensioenen is inmiddels per 1 juni 2001 afgerond via een aanpassing van het tot dan toe geldende militaire pensioenstelsel. Per die datum zijn de Algemene militaire pensioenwet en de vroegere militaire pensioenwetten ingetrokken. Daarvoor in de plaats is de Kaderwet militaire pensioenen gekomen. De wet vormt de basis voor wijziging en aanpassing van het ABP-pensioenreglement en introduceert een tweetal besluiten, namelijk het Besluit aanvullende arbeidsongeschiktheids- en invaliditeitsvoorzieningen militairen en een Besluit bijzondere militaire pensioenen. De belangrijkste consequentie van de invoering van de Kaderwet is dat militairen deelnemer zijn geworden in het ABP-pensioenreglement.

Zoals vaak in het kader van het verzoek om toekenning of verhoging van een invaliditeitspensioen is ook in deze beroepszaak de mate van invaliditeit en daarmee de toepassing van de WPC-schaal onderwerp van discussie. In de schaal wordt in dit geval de specifieke aandoening, waar betrokkene last van heeft, niet genoemd. De door de rechtbank ingeschakelde deskundige zoekt om die reden aansluiting bij diverse andere in de schaal genoemde nummers en percentages en onderbouwt hiermee in dit geval een percentage invaliditeit van 25. De verzekeringsgeneeskundige van Defensie acht genoemde schaalnummers willekeurig gekozen en komt tot een percentage van minder dan 10, hetgeen niet leidt tot toekenning van een pensioen. De Raad is uiteindelijk op grond van de voorhanden medische gegevens en het rapport van de door de rechtbank geraadpleegde deskundige van oordeel dat betrokkenes invaliditeit met een percentage van 25 niet is overschat. Daarmee bevestigt de Raad de uitspraak van de rechtbank.

Hoe staat het op dit moment met het voornemen van de staatssecretaris om te komen tot modernisering dan wel vervanging van de WPC-schaal in het kader van de vernieuwing van het pensioenstelsel?

In het Algemeen deel van de Nota van Toelichting (bij het Besluit aanvullende arbeidsongeschiktheids- en **invaliditeitsvoorzieningen** militairen (Besluit van 6 februari 2001, Stb. 140, pagina 15) schrijft de staatssecretaris, "dat hij als eerste aandachtspunt voor het overleg na de totstandkoming van het nieuwe stelsel in het kader van verdergaande modernisering onder meer denkt aan de actualiteit van de medische tabel die voor de vaststelling van de mate van invaliditeit bij defensie in gebruik is." Zoals ik in mijn naschrift in 1999 al opmerkte staat deze kwestie om een aantal redenen de laatste jaren niet zo hoog op de agenda van de staatssecretaris en de belangenorganisaties. Voorlopig blijft er dus op het punt van het interpreteren van de WPC-schaal nog jarenlang werk aan de winkel voor de rechterlijke instanties.

W.J.S.

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 28 juni 2001

9817119 MAW

Voorzitter: Mr. W. van den Brink; leden: Mr. M.M. van der Kade en Mr. K. Zeilemaker.

De tijdelijk aangestelde en vervolgens weer ontslagen kapitein

Een burger; in dienst van het Ministerie van Buitenlandse Zaken en werkzaam in het voormalige Zaïre, werd door de Staatssecretaris van Defensie, in het kader van de voorgenomen uitzending van een KL-detachement naar dat land, met ingang van 16 november 1996 tijdelijk aangesteld in de rang van kapitein. Korte tijd later deelde de staatssecretaris hem mede dat de tijdelijk aanstelling met ingang van 16 januari 1997 zou eindigen omdat de voorgenomen uitzending naar Zaïre geen doorgang zou vinden. Zowel tegen de tijdelijke aanstelling als tegen de mededeling dat de aanstelling met ingang van 16 januari 1997 zou eindigen maakte de kapitein bezwaar. Bij besluit van 4 augustus 1997 deelde de staatssecretaris de gewezen kapitein mede dat de ingediende bezwaren niet tot herroeping van de genomen besluiten zouden leiden. Toen de gewezen kapitein tegen deze beslissing beroep instelde, verklaarde de eerste rechter het beroep ongegrond. Zoals in de onderhavige uitspraak valt te lezen, oordeelt de Centrale Raad van Beroep anders. De Raad stelt vast dat noch het besluit tot aanstelling noch het besluit tot ontslag bevoegdlijk is genomen. Vervolgens vernietigt de Raad zowel de aangevallen uitspraak als de beslissing op bezwaar, het besluit tot aanstelling en het besluit tot ontslag.

(Art. 4, 11 en 38 Amar)

UITSPRAAK

in het geding tussen A., wonende te B., appellant, en de Staatssecretaris van Defensie, de gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Appellant heeft op de daartoe bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage van 4 augustus 1998, nr. 97109928 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend. Op een verzoek van de Raad om toezending van de koninklijke besluiten waarbij appellant is benoemd en ontslagen heeft gedaagde bericht dat aanstelling en ontslag niet bij koninklijk besluit heeft plaatsgevonden.

Het geding is behandeld ter zitting van 17 mei 2001, waar appellant in persoon is verschenen.

Gedaagde heeft zich, zoals tevoren aangekondigd, niet doen vertegenwoordigen.

II. Motivering

1.1. Onder verwijzing overigens naar de vermelding van relevante feiten en omstandigheden in de aangevallen uitspraak volstaat de Raad met het volgende.

1.2. Appellant, die in de periode voorafgaande aan 16 november 1996 op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam was bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken en in die hoedanigheid werkzaamheden verrichtte in het voormalige Zaïre, is met ingang van die datum door gedaagde op grond van artikel 11, eerste lid, van het Algemeen militair amb-

tenarenreglement (AMAR) in het kader van de voorgenomen uitzending van een detachement van de Koninklijke landmacht naar dat land tijdelijk aangesteld bij het beroepspersoneel in de rang van kapitein.

1.3. Bij schrijven van 13 januari 1997 heeft gedaagde aan appelland bericht dat zijn tijdelijke aanstelling bij het beroepspersoneel voor een bepaalde tijd met ingang van 16 januari 1997 zal eindigen aangezien de voorgenomen uitzending naar Zaïre geen doorgang zal vinden. Gedaagde heeft appelland daarbij medegedeeld dat hij in verband hiermee appelland bij Hare Majesteit de Koningin heeft voorgedragen voor eervol ontslag uit de dienst bij het beroepspersoneel voor een bepaalde tijd op grond van artikel 11 van het AMAR.

1.4. Appelland heeft bij brieven van respectievelijk 26 januari 1997 en 20 februari 1997 zowel tegen de hem bij schrijven van 17 december 1996 kenbaar gemaakte aanstelling als tegen het schrijven van 13 januari 1997 bezwaar ingediend bij gedaagde omdat de bij de aanstelling vastgestelde en bij het ontslag geëffectueerde modaliteiten niet strookten met met hem gemaakte afspraken.

1.5. Gedaagde heeft bij besluit van 4 augustus 1997 medegedeeld dat de ingediende bezwaren hem niet leiden tot herroeping van de besluiten van 17 december 1996 en 13 januari 1997. De rechtbank heeft het door appelland tegen dit besluit ingestelde beroep ongegrond verklaard.

2.1. De Raad dient, zoals ook ter zitting is kenbaar gemaakt, naar aanleiding van het door appelland ingestelde hoger beroep in de eerste plaats aandacht te besteden aan de ontvankelijkheid van de door appelland ingediende bezwaarschriften en de bevoegdheid van gedaagde de in geding zijnde besluiten te nemen. Hij overweegt daartoe het volgende.

2.2. Ingevolge het bepaalde in artikel 8:4, aanhef en onder d, van de Algemene wet bestuursrecht kan geen beroep worden ingesteld tegen een besluit tot benoeming of aanstelling, tenzij beroep wordt ingesteld door een ambtenaar als bedoeld in artikel 1 van de Ambtenarenwet als zodanig of een dienstplichtige als bedoeld in hoofdstuk 2 van de Kaderwet dienstplicht als zodanig, hun nagelaten betrekkingen of hun rechtverkrijgenden. Uit artikel 7:1 van de Algemene wet bestuursrecht vloeit voort dat de bezwaarschriftenprocedure als geregeld in die wet uitsluitend openstaat met betrekking tot besluiten waar tegen beroep kan worden ingesteld.

2.3. Naar het oordeel van de Raad dient uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 8:4, aanhef en onder d, van de Algemene wet bestuursrecht, waaruit met name ook blijkt dat beoogd is dat geen wijziging wordt gebracht in de aan een ambtenaar onder de Ambtenarenwet 1929 toekomende beroepsmogelijkheden, te worden afgeleid dat de in die bepaling opgenomen uitzondering op de hoofdregel dat tegen een aanstellingsbesluit geen bezwaar en beroep kan worden ingesteld mede de mogelijkheid openhoudt voor degene die door een aanstellingsbesluit ambtenaar is geworden doch bedenkings heeft tegen de voorwaarden waaronder die aanstelling heeft plaatsgevonden.

2.4. De Raad dient ambtshalve aandacht te besteden aan de bevoegdheid van gedaagde om het aanstellingsbesluit te nemen en daarin of daarbij die voorwaarden vast te stellen. De Raad moet dan vaststellen dat die bevoegdheid gedaagde niet toekwam, waar immers blijkens artikel 4, tweede lid, van het AMAR de aanstelling waarbij een officiersrang wordt toegekend (waaronder blijkens het eerste lid de aanstelling van beroepspersoneel voor bepaalde tijd mede is begrepen) geschiedt bij koninklijk besluit.

2.5. Het vorenstaande leidt de Raad tot het oordeel dat gedaagdes besluit van 17 december 1996, nu daaraan een gebrek kleeft dat niet bij beslissing op bezwaar is hersteld, niet in stand kan blijven evenmin als het besluit van 4 augustus 1997 waarbij gedaagde dit besluit na bezwaar van appelland heeft gehandhaafd. De Raad merkt overigens nog op dat

genoemd aanstellingsbesluit ook indien dit bevoegdelijk zou zijn genomen bij de Raad bedenkingen zou hebben ontmoet, aangezien daarin, in afwijking van een door appelland kenbaar gemaakte voorwaarde en zonder dat daaraan in of bij dat besluit enige aandacht is besteed, een voorziening voor het behoud van de hoedanigheid van ambtenaar in de zin van de Algemene burgerlijke pensioenwet ontbreekt.

3.1. Gedaagde heeft bij hetzelfde besluit waarbij beslist is op de bezwaren tegen het aanstellingsbesluit tevens, zonder daaraan overigens afzonderlijke overwegingen te wijden, beslist op het bezwaar van appelland tegen het schrijven van 13 januari 1997 waarin ontslagverlening is aangekondigd.

3.2. De Raad stelt in de eerste plaats vast dat uit de door de Raad bij gedaagde ingewonnen inlichtingen als vermeld in rubriek I, is gebleken dat de in het schrijven van 13 januari 1997 vermelde voordracht niet tot een koninklijk besluit houdende ontslagverlening heeft geleid. Hij overweegt voorts dat voorzover beoogd is de aanstelling van appelland die door gedaagde (onbevoegdlijk) had plaatsgevonden met het schrijven van 13 januari 1997 op gelijke wijze te beëindigen daaraan hetzelfde bevoegdheidsgebrek kleeft als aan het aanstellingsbesluit. Daarnaast merkt de Raad op dat met de, uit hetgeen hiervoor onder 2.4. en 2.5. is overwogen voortvloeiende, vernietiging van het aanstellingsbesluit aan het ontslagbesluit de grondslag is komen te ontvallen. Hij zal daarom ook dit besluit alsmede het daarop betrekking hebbende deel van het op bezwaar genomen besluit van 4 augustus 1997 vernietigen.

4.1. Gezien het vorenstaande wordt beslist als in rubriek III vermeld.

4.2. De Raad ziet in het hiervoor overwogene tevens aanleiding gedaagde met toepassing van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht te veroordelen in de proceskosten van appelland, welke zijn begroot op f 38,- voor reiskosten in eerste aanleg en f 44,25 voor reiskosten in hoger beroep.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak en het bestreden besluit;

Vernietigt gedaagdes besluiten van 17 december 1996 en 13 januari 1997;

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appelland tot een bedrag van f 82,25, te betalen door de Staat der Nederlanden;

Bepaalt dat de Staat der Nederlanden aan appelland het door hem betaalde griffierecht van in totaal f 525,- vergoedt.

NASCHRIFT

1. Uit de onderhavige uitspraak blijkt dat de kapitein tijdelijk was aangesteld bij het beroepspersoneel "voor een bepaalde tijd". Mijns inziens kan dit niet. Het Algemeen militair ambtenarenreglement kent drie te onderscheiden vormen van aanstelling bij het beroepspersoneel: (1) aanstelling voor onbepaalde tijd, (2) aanstelling voor een bepaalde tijd en (3) tijdelijke aanstelling. Zie hieromtrent G.L. Coolen, Hoofdzaken van het militaire ambtenarenrecht, vierde druk, hoofdstuk 8. Zowel een aanstelling voor onbepaalde tijd als een aanstelling voor een bepaalde tijd is, anders dan een tijdelijke aanstelling, een aanstelling in vaste dienst. Een gegadigde tijdelijk aanstellen voor een bepaalde tijd is (dus) niet mogelijk.

2. Ingevolge artikel 4 lid 2 Amar geschiedt aanstelling bij koninklijk besluit indien bij de aanstelling een officiersrang wordt toegekend. Gelet op de plaats van deze bepaling in

hoofdstuk 2 Amar kan met "aanstelling" slechts zijn bedoeld: een aanstelling in de zin van lid 1 van artikel 4; dus een aanstelling voor onbepaalde tijd dan wel voor een bepaalde tijd bij het beroeps- of het reservepersoneel. Dit betekent dat in artikel 4 Amar niet is geregeld wie bevoegd is tot tijdelijke aanstelling. Dit is evenmin geregeld in artikel 11 Amar of in enig ander artikel van hoofdstuk 2. Het Algemeen militair ambtenarenreglement vertoont op dit punt dus een leemte.

3. Artikel 11 lid 3 Amar bepaalt dat, indien een tijdelijk aangestelde militair van zijn functie wordt ontheven, de aanstelling met ingang van de dag van ontheffing van rechtswege eindigt. In deze bepaling is, gelet op de context, eindiging van de aanstelling van rechtswege een synoniem van ontslag van rechtswege. Als een tijdelijk aangestelde militair van de functie die hij vervult wordt ontheven, is hij dus van rechtswege uit de dienst ontslagen; een nader besluit is niet vereist. Wel zal, uit een oogpunt van goed personeelsbeleid, in het besluit tot ontheffing van het ontslag van rechtswege melding dienen te worden gemaakt.

4. Mijns inziens hoort het ontslag van rechtswege (algemeen gesteld) niet in de voorschriften die de rechtspositie van de militair bepalen thuis. Militairen dienen de hoedanigheid van militair uitsluitend te verliezen ten gevolge van een uitdrukkelijk door het bestuur genomen besluit.

G.L.C.

Centrale Raad van Beroep
Uitspraak van 23 augustus 2001
0015963 MAW + 0112299 MAW

Voorzitter: Mr. H.A.A.G. Vermeulen; leden: Mr. M.M. van der Kade en Mr. G.J.H. Doornewaard.

Onvoldoende reïntegratie-inspanningen?

Een onderofficier van de marine werd eervol ontslagen ter zake van blijvende ongeschiktheid voor het vervullen van de dienst uit hoofde van een ziekte. Toen hij tegen dit (na bezwaar gehandhaafde) besluit beroep instelde, verklaarde de eerste rechter het beroep gegrond. Zoals in de onderhavige uitspraak valt te lezen, oordeelt de Centrale Raad van Beroep anders. Met betrekking tot het standpunt van de onderofficier dat de Staatssecretaris van Defensie zich onvoldoende heeft ingespannen voor reïntegratie, komt de Raad tot de slotsom dat de reïntegratie-inspanningen weliswaar beperkt waren, maar dat niet kan worden gezegd dat de staatssecretaris zijn inspanningsverplichting in zo onvoldoende mate heeft vervuld dat op die grond het ontslagbesluit geen stand kan houden. Ook was naar het oordeel van de Raad in het feit dat ten tijde van de ontslagverlening de datum waarop de onderofficier met functioneel leeftijdsontslag zou gaan nauwelijks meer dan tweeënehalfjaar was verwijderd, voor de staatssecretaris "geen grond gelegen om te moeten afzien van de gebruikmaking van zijn ontslagbevoegdheid". Vervolgens vernietigt de Raad de aangevallen uitspraak en verklaart het inleidend beroep alsnog ongegrond.

(Art. 39 lid 2 onder f Amar)

UITSpraak

in het geding tussen de Staatssecretaris van Defensie, appellant, en A., wonende te B., gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Namens appellant is op bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de President van de Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage van 6 oktober 2000, nrs. AWB 0019449 en 0019122 MAWKMA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Vervolgens heeft de Raad een nieuwe beslissing op bezwaar ontvangen van appellant van 13 april 2001, welke is genomen ter uitvoering van de aangevallen uitspraak, alsmede een door gedaagde daartegen gericht beroepschrift met bijlagen.

De gemachtigde van gedaagde heeft schriftelijk nog een vraag van de Raad beantwoord.

Het geding is behandeld ter zitting van 19 juli 2001, waar appellant zich heeft laten vertegenwoordigen door mr. drs. E.M. Schelkers-Breed, werkzaam bij het Ministerie van Defensie, en waar gedaagde in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. N.I. van Os, werkzaam bij de VBM/NOV.

II. Motivering

1. Op grond van de gedingstukken en het verhandelde ter zitting gaat de Raad uit van de volgende voor dit geding van belang zijnde feiten.

1.1. Gedaagde was laatstelijk in de rang van sergeant-majoor aangesteld in de functie van [...] bij de [X.]. Bij besluit van 15 november 1999 is aan gedaagde met toepassing van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder f, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) met ingang van 20 februari 2000 eervol ontslag verleend ter zake van blijvende ongeschiktheid voor het vervullen van de dienst uit hoofde van ziekte. Een door gedaagde tegen dat besluit gemaakt bezwaar is door appellant ongegrond verklaard. Het door gedaagde tegen deze beslissing op bezwaar ingestelde beroep is gegrond verklaard bij onherroepelijke uitspraak van de President van de Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage van 16 maart 2000, bij welke uitspraak voorts is bepaald dat appellant een nieuwe beslissing op bezwaar moest nemen met inachtneming van die uitspraak.

1.2. Bij besluit van 19 juli 2000 heeft appellant het bezwaar van gedaagde tegen het hem verleende ontslag opnieuw ongegrond verklaard. Het beroep tegen dit thans in geding zijnde besluit is wederom gegrond verklaard bij de aangevallen uitspraak. Daarbij is aan gedaagde opnieuw opdracht gegeven een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen, terwijl voorts bepalingen zijn gegeven over de vergoeding van griffierecht en proceskosten.

1.3. Ter uitvoering van de aangevallen uitspraak heeft appellant weer een nieuwe beslissing op bezwaar genomen, waartegen gedaagde opnieuw een beroepschrift heeft ingediend. Op de voet van artikel 6:19, eerste lid, in verbinding met artikel 6:24 van de Algemene wet bestuursrecht wordt dit beroep van gedaagde in het onderhavige geding betrokken.

2.1. Bij de - alleen door appellant - aangevallen uitspraak is overwogen dat, nu inzage in de onderliggende medische stukken door gedaagde niet wordt toegestaan, moet worden afgegaan op de wel beschikbare rapporten van een begin 1998 gehouden Militair Geneeskundig Onderzoek (MGO) en een eind 1998 gehouden hernieuwd MGO en dat uit die stukken niet anders kan worden afgeleid dan dat gedaagde blijvend ongeschikt moet worden geacht voor de dienst.

2.2. In de aangevallen uitspraak wordt voorts overwogen dat het bestreden besluit wat betreft de onderbouwing van de door appelland verrichte reïntegratie-inspanningen wederom te wensen overlaat. Weliswaar heeft gedaagde het appelland niet gemakkelijk gemaakt, zo wordt - kort samengevat - overwogen, maar appelland heeft ten onrechte nagelaten een recent vacant gekomen functie van provoost aan te bieden. Het bestreden besluit wordt onzorgvuldig voorbereid en niet draagkrachtig gemotiveerd geacht omdat appelland dat besluit heeft genomen zonder onderzoek en zonder navraag bij gedaagde of diens raadvrouw naar de geschiktheid en passendheid van die functie.

3. Appelland heeft de uitspraak bestreden door te wijzen op de reïntegratie-inspanningen die sinds 1997 zijn ondernomen en op de geringe bereidheid van gedaagde zelf mee te werken aan daadwerkelijke reïntegratie. Voorts is erop gewezen dat de functie van provoost niet is aangeboden omdat deze niet als passend kon worden beschouwd en is gesteld dat de functie van provoost feitelijk niet naar voren gebracht had moeten worden in het besluit van 19 juli 2000, omdat de reïntegratieverplichting zich niet zover in de tijd uitstrekt en omdat, zo is ter zitting naar voren gebracht, het hier om een militaire functie gaat waarvoor gedaagde in het geheel niet in aanmerking komt. Tot slot is gewezen op de specialistische aard van de functie die gedaagde vanaf 1979 heeft vervuld.

4. Gedaagde heeft betwist dat appelland zich voldoende heeft ingespannen voor reïntegratie. Hij heeft gesteld dat te laat externe bemiddeling is ingeschakeld - gewezen is op het late en beperkte onderzoek bij de Centrale Herpaatsingscommissie (CHC) - en dat hij in aanmerking gebracht had behoren te worden voor de functie van provoost. Gelet op de bijzondere situatie dat hij op korte termijn, per september 2002, in aanmerking zou kunnen komen voor functioneel leeftijdsontslag, mocht de omstandigheid dat de functie van provoost twee rangen lager was, geen belemmering vormen voor plaatsing in die functie.

5. De Raad overweegt naar aanleiding hiervan het volgende.

5.1. De Raad kan zich in grote lijnen verenigen met het standpunt van appelland. Uitgaande van het niet betwiste oordeel van de president van de rechtbank dat gedaagde blijvend ongeschikt is voor de dienst op grond van ziekte, staat ter beoordeling van de Raad of appelland voldaan heeft aan zijn reïntegratieverplichting en of hij in redelijkheid tot ontslagverlening heeft kunnen overgaan.

5.2.1. De verplichting tot reïntegratie-inspanningen rust op appelland krachtens het door hem gevoerde beleid, dat in het bijzonder is neergelegd in de beleidsaanwijzing inzake reïntegratie van dienstongeschikte militairen als vervat in de nota van appelland van 6 maart 1996 (MED DKPM (RECHT) 9).

De Raad heeft moeten vaststellen dat vanaf 1997 enkele malen is bezien of gedaagde binnen het gezagsbereik van appelland herplaatst zou kunnen worden. Uit de gedingstukken en het verhandelde ter zitting is niet gebleken dat zich concrete plaatsingsmogelijkheden hebben voorgedaan. Dat zich een dergelijke mogelijkheid wel heeft voorgedaan bij de Audiovisuele Dienst van de Marine is de Raad niet kunnen blijken; onvoldoende daarvoor is de stelling van gedaagde dat collega's aldaar hem zeiden dat er voor hem werkzaamheden te verrichten waren. Voorts ging het daar om een burger functie en een dergelijke functie ambieerde gedaagde niet, zoals ook de president van de rechtbank heeft overwogen en zoals ook ter zitting van de Raad weer naar voren is gekomen.

Met betrekking tot het onderzoek bij de CHC wordt overwogen dat dit weliswaar eerst later in de tijd heeft plaatsgevonden, doch dat ook hier de Raad niet is gebleken dat een eerder uitgevoerd onderzoek, zo al vereist, tot een voor gedaagde gunstiger uitkomst zou hebben geleid. De Raad verwijst in dit verband voorts opnieuw naar hetgeen de president van de rechtbank heeft overwogen met betrekking de (niet-) bereidheid van gedaagde tot

het aanvaarden van een burger functie en op het feit dat gedaagde vele jaren een zeer specialistische functie vervulde.

5.2.2. Gegeven de blijvende dienstgeschiktheid kwam een militaire functie in beginsel niet in aanmerking. De opvatting van de president van de rechtbank dat appellant bij gedaagde of diens raadsvrouw navraag had behoren te doen over de bereidheid de militaire functie van provooft te gaan vervullen, berust daarom op een onjuiste rechtsopvatting.

5.2.3. De Raad komt op grond van het vorenstaande tot de slotsom dat de reïntegratie-inspanningen weliswaar beperkt zijn geweest, maar dat niet kan worden gezegd dat appellant, gelet ook op de overige omstandigheden van dit geval, zijn inspanningsverplichting in zo onvoldoende mate heeft vervuld dat op die grond het ontslagbesluit geen stand kan houden.

5.3. Ten tijde van de ontslagverlening was de datum waarop gedaagde met functioneel leeftijdsontslag zou gaan nog meer dan tweeënehalf jaar verwijderd. Hierin was naar het oordeel van de Raad voor appellant geen grond gelegen om te moeten afzien van de gebruikmaking van zijn ontslagbevoegdheid.

6. De Raad komt aldus tot de conclusie dat de aangevallen uitspraak moet worden vernietigd en dat het inleidend beroep van gedaagde alsnog ongegrond moet worden verklaard.

7. Nu de aangevallen uitspraak niet in stand blijft, ontvangt de grondslag aan het ter uitvoering van die uitspraak gegeven nieuwe besluit van 13 april 2001. Dit besluit moet daarom ook worden vernietigd.

8. Gelet op het bovenstaande en omdat de Raad geen termen aanwezig acht om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht, wordt beslist als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het inleidend beroep van gedaagde alsnog ongegrond;

Vernietigt het besluit van 13 april 2001.

NASCHRIFT

Ontslaggronden zijn er, zoals lezing van artikel 39 en 40 Amar leert, vele. Het tot ontslag bevoegde gezag is, indien in een bepaald geval (daadwerkelijk) meer dan één ontslaggrond aanwezig is, in beginsel vrij in de keuze tussen deze gronden. Zie hieromtrent CRvB 16 april 1980, AB 1981, 385: "In geval van een dergelijke samenloop van ontslaggronden kan naar 's Raads oordeel aan een orgaan in beginsel niet de bevoegdheid worden ontzegd om de onderhavige - nu eenmaal in de ambtenarenreglementen voorkomende - bepaling te hantieren, ook indien tevens een andere grond tot ontslag voorhanden is." Het besluit dat uiteindelijk wordt genomen mag echter niet in strijd komen met een algemeen rechtsbeginsel of een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. In de onderhavige zaak deed zich, voorzover al kon worden gesproken van een keuze uit twee ontslaggronden, een zodanige strijd niet voor. Zie voor een geval, waarin zich naar het oordeel Raad zodanige strijd wel voordeed: CRvB 10 oktober 1988, MRT 1989, p. 358, m.nt. G.L.C. (De onjuiste ontslaggrond).

G.L.C.

INTERNATIONALE RECHTSPRAAK

Arrest van het Internationale Gerechtshof van de Verenigde Naties¹⁾

van 14 februari 2002

in de zaak Congo tegen België.

Congo tegen België

Het Gerechtshof verklaart het door een Belgische onderzoeksrechter tegen de toenmalige minister van buitenlandse zaken van de Democratische Republiek Congo op verdenking van het aanzetten tot oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid uitvaardigen van een internationaal arrestatiebevel onrechtmatig, wegens inbreuk op de aan die minister toekomende immuniteit en onschendbaarheid.

Post alia:

51. The Court would observe at the outset that in international law it is firmly established that, as also diplomatic and consular agents, certain holders of high-ranking office in a State, such as the Head of State, Head of Government and Minister of Foreign Affairs, enjoy immunities from jurisdiction in other States, both civil and criminal. For the purposes of the present case, it is only the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability of an incumbent Minister of Foreign Affairs that fall for the Court to consider.

52. A certain number of treaty instruments were cited by the Parties in this regard. These included, first, the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961, which states in its preamble that the purpose of diplomatic privileges and immunities is "to ensure the efficient performance of the functions of diplomatic missions as representing States." It provides in Article 32 that only the sending State may waive such immunity. On these points, the Vienna Convention on Diplomatic Relations, to which both the Congo and Belgium are parties, reflects customary international law. The same applies to the corresponding provisions of the Vienna Convention on Consular Relations of 24 April 1963, to which the Congo and Belgium are also parties.

The Congo and Belgium further cite the New York Convention on Special Missions of 8 December 1969, to which they are not, however, parties. They recall that under Article 21, paragraph 2, of that Convention:

"The Head of the Government, the Minister for Foreign Affairs and other persons of high rank, when they take part in a special mission of the sending State, shall enjoy in the receiving State or in a third State, in addition to what is granted by the present Convention, the facilities, privileges and immunities accorded by international law."

These conventions provide useful guidance on certain aspects of the question of immunities. They do not, however, contain any provision specifically defining the immunities enjoyed by Ministers of Foreign Affairs. It is consequently on the basis of customary international law that the Court must decide the questions relating to the immunities of such Ministers raised in the present case.

53. In customary international law, the immunities accorded to Ministers of Foreign Affairs are not granted for their personal benefit, but to ensure the effective performance of their functions on behalf of their respective States. In order to determine the extent of

¹⁾ De samenstelling van het Hof was als volgt. President: Guillaume. Vice-President: Shi. Rechters: Oda, Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal. Ad hoc rechters: Bula-Bula en Van den Wyngaert.

these immunities, the Court must therefore first consider the nature of the functions exercised by a Minister of Foreign Affairs. He or she is in charge of his or her Government's diplomatic activities and generally acts as its representative in international negotiations and intergovernmental meetings. Ambassadors and other diplomatic agents carry out their duties under his or her authority. His or her acts may bind the State represented, and there is a presumption that a Minister for Foreign Affairs, simply by virtue of that office, has full powers on behalf of the State (see, e.g., Art. 7, para. 2 (a), of the 1969 Vienna Convention on the Law of treaties). In the performance of these functions, he or she is frequently required to travel internationally, and thus must be in a position freely to do so whenever the need should arise. He or she must also be in constant communication with the Government, and with its diplomatic missions around the world, and be capable at any time of communicating with representatives of other States. The Court further observes that a Minister for Foreign Affairs, responsible for the conduct of his or her State's relations with all other States, occupies a position such that, like the Head of State or the Head of Government, he or she is recognized under international law as representative of the State solely by virtue of his or her office. He or she does not have to present letters of credence: to the contrary, it is generally the Minister who determines the authority to be conferred upon diplomatic agents and countersigns their letters of credence. Finally, it is to the Minister of Foreign Affairs that *chargés d'affaires* are accredited.

54. The Court accordingly concludes that the functions of a Minister of Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, he or she when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability. That immunity and that inviolability protect the individual concerned against any act of authority of another State which would hinder him or her in the performance of his or her duties.

55. In this respect, no distinction can be drawn between acts performed by a Minister for Foreign Affairs in an "official" capacity, and those claimed to have been performed in a "private capacity", or, for that matter, between acts performed before the person concerned assumed office as Minister of Foreign Affairs and acts committed during the period of office. Thus, if a Minister for Foreign Affairs is arrested in another State on a criminal charge, he or she is clearly thereby prevented from exercising the functions of his or her office. The consequences of such impediment to the exercise of those official functions are equally serious, regardless of whether the Minister for Foreign Affairs was, at the time of arrest, present in the territory of the arresting State on an "official" visit or a "private" visit, regardless of whether the arrest relates to acts allegedly performed before the person became the Minister for Foreign Affairs or to acts performed while in office, and regardless of whether the arrest relates to alleged acts performed in an "official" capacity or a "private" capacity. Furthermore, even the mere risk that, by travelling to or transiting another State a Minister for Foreign Affairs might be exposing himself or herself to legal proceedings could deter the Minister from travelling internationally when required to do so for the purposes of the performance of his or her official functions.

56. The Court will now address Belgium's argument that immunities accorded to incumbent Ministers for Foreign Affairs can in no case protect them where they are suspected of having committed war crimes or crimes against humanity. In support of this position, Belgium refers in its Counter-Memorial to various legal instruments creating international criminal tribunals, to examples from national legislation, and to the jurisprudence of national and international courts.

Belgium begins by pointing out that certain provisions of the instruments creating international criminal tribunals state expressly that the official capacity of a person shall not be

a bar to the exercise by such tribunals of their jurisdiction.

Belgium also places emphasis on certain decisions of national courts, and in particular on the judgments rendered on 24 March 1999 by the House of Lords in the United Kingdom and on 13 March 2001 by the Court of Cassation in France in the *Pinochet* and *Qadaffi* cases respectively, in which it contends that an exception to the immunity rule was accepted in the case of serious crimes under international law. Thus, according to Belgium, the *Pinochet* decision recognizes an exception to the immunity rule when Lord Millet stated that “[i]nternational law cannot be supposed to have established a crime having the character of a *ius cogens* and at the same time to have provided an immunity which is co-extensive with the obligation it seeks to impose”, or when Lord Phillips of Worth Matravers said that “no established rule of international law requires state immunity *ratione materiae* to be accorded in respect of prosecution for an international crime”. As to the French Court of Cassation, Belgium contends that, in holding that, “under international law as it currently stands, the crime alleged [acts of terrorism], irrespective of its gravity, does not come within the exceptions to the principle of immunity from jurisdiction for incumbent foreign Heads of State”, the Court explicitly recognized the existence of such exceptions.

57. The Congo, for its part, states that, under international law as it currently stands, there is no basis for asserting that there is any exception to the principle of absolute immunity from criminal process of an incumbent Minister for Foreign Affairs where he or she is accused of having committed crimes under international law.

In support of this contention, the Congo refers to State practice, giving particular consideration in this regard to the *Pinochet* and *Qadaffi* cases, and concluding that such practice does not correspond to that which Belgium claims but, on the contrary, confirms the absolute nature of the immunity from criminal process of Heads of State and Ministers for Foreign Affairs. Thus, in the *Pinochet* case, the Congo cites Lord Browne-Wilkinson's statement that “[t]his immunity enjoyed by a head of state in power and an ambassador in post is a complete immunity attached to the person of the head of state or ambassador and rendering him immune from all actions or prosecutions ...”. According to the Congo, the French Court of Cassation adopted the same position in its *Qadaffi* judgment, in affirming that “international custom bars the prosecution of incumbent Heads of State, in the absence of any contrary international provision binding on the parties concerned, before the criminal courts of a foreign State”.

As regards the instruments creating international criminal tribunals and the latter's jurisprudence, these, in the Congo's view, concern only those tribunals, and no inference can be drawn from them in regard to criminal proceedings before national courts against persons enjoying immunity under international law.

58 The Court has carefully examined State practice, including national legislation and those few decisions of national higher courts, such as the House of Lords or the French Court of Cassation. It has been unable to deduce from this practice that there exists under customary international law any form of exception to the rule according immunity from criminal jurisdiction and inviolability to incumbent Ministers for Foreign Affairs, where they are suspected of having committed war crimes or crimes against humanity.

The Court has also examined the rules concerning the immunity or criminal responsibility of persons having an official capacity contained in the legal instruments creating international criminal tribunals, and which are specifically applicable to the latter (see Charter of the International Military Tribunal of Nuremberg, Art. 7; Charter of the International Military Tribunal of Tokyo, Art. 6; Statute of the International Criminal Tribunal for

the former Yugoslavia, Art. 7, para. 2; Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, Art. 6, para. 2; Statute of the International Criminal Court, Art. 27). It finds that these rules likewise do not enable it to conclude that any such an exception exists in customary international law in regard to national courts.

Finally, none of the decisions of the Nuremberg and Tokyo international military tribunals, or of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, cited by Belgium deal with the question of the immunities of incumbent Ministers for Foreign Affairs before national courts where they are accused of having committed war crimes or crimes against humanity. The Court accordingly notes that those decisions are in no way at variance with the findings it has reached above.

In view of the foregoing, the Court accordingly cannot accept Belgium's argument in this regard.

59. It should further be noted that the rules governing the jurisdiction of national courts must be carefully distinguished from those governing jurisdictional immunities: jurisdiction does not imply absence of immunity, while absence of immunity does not imply jurisdiction. Thus, although various international conventions on the prevention and punishment of certain serious crimes impose on States obligations of prosecution or extradition, thereby requiring them to extend their criminal jurisdiction, such extension of jurisdiction in no way affects immunities under customary international law, including those of Ministers for Foreign Affairs. These remain opposable before the courts of a foreign State, even where those courts exercise such a jurisdiction under these conventions.

60. The Court emphasizes, however, that the immunity from jurisdiction enjoyed by incumbent Ministers of Foreign Affairs does not mean that they enjoy impunity in respect of any crimes they might have committed, irrespective of their gravity. Immunity from criminal jurisdiction and individual criminal responsibility are quite separate concepts. While jurisdictional immunity is procedural in nature, criminal responsibility is a question of substantive law. Jurisdictional immunity may well bar prosecution for a certain period or for certain offences; it cannot exonerate the person to whom it applies from all criminal responsibility.

61. Accordingly, the immunities enjoyed under international law by an incumbent or former Minister for Foreign Affairs do not represent a bar to criminal prosecution in certain circumstances.

First, such persons enjoy no criminal immunity under international law in their own countries, and may thus be tried by those countries' courts in accordance with the relevant rules of domestic law.

Secondly, they will cease to enjoy immunity from foreign jurisdiction if the State which they represent or have represented decides to waive that immunity.

Thirdly, after a person ceases to hold the office of Minister for Foreign Affairs, he or she will no longer enjoy all of the immunities accorded by international law in other States. Provided that it has jurisdiction under international law, a court of one State may try a former Minister for Foreign Affairs of another State in respect of acts committed prior or subsequent to his or her period of office, as well as in respect of acts committed during that period of office in a private capacity.

Fourthly, an incumbent or former Minister for Foreign Affairs may be subject to criminal proceedings before certain international criminal courts, where they have jurisdiction. Examples include the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and the International Criminal Tribunal for Rwanda, established pursuant to Security Council resolutions under Chapter VII of the United Nations Charter, and the future International

Criminal Court created by the 1998 Rome Convention. The latter's Statute expressly provides, in Article 27, paragraph 2, that "[i]mmunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person".

(..)

78. For these reasons, THE COURT,

(...)

By thirteen votes to three,²⁾

Finds that the issue against Mr. Abdulaye Yerodia Ndombasi of the arrest warrant of 11 April 2000, and its international circulation, constituted violations of a legal obligation of the Kingdom of Belgium towards the Democratic Republic of the Congo, in that they failed to respect the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability which the incumbent Minister for Foreign Affairs of the Democratic Republic of the Congo enjoyed under international law;

(..)

By ten votes to six,

Finds that the Kingdom of Belgium must, by means of its own choosing, cancel the arrest warrant of 11 April 2000 and so inform the authorities to whom the arrest warrant was circulated.

[Rechter Guillaume, President, heeft een *separate opinion* gegeven, evenals rechter Koroma, rechter Rezek, de rechters Higgins, Kooijmans en Buergenthal (gezamenlijk), en de ad hoc rechter Bula-Bula. Voorts is er een *déclaration* van rechter Ranjeva. *Dissenting opinions* werden gegeven door rechter Oda, rechter Al-Khasawneh, en de Belgische ad hoc rechter Van den Wyngaert.]

NASCHRIFT

De feiten

Op 17 oktober 2000 begon de Democratische Republiek de Congo (hierna: Congo) voor het Internationaal Gerechtshof (IGH) een procedure tegen België met betrekking tot een geschil over een op 11 april 2000 door een Belgische onderzoeksrechter uitgevaardigd arrestatiebevel tegen de Minister van Buitenlandse Zaken van de Congo, mr Abdulaye Yerodia Ndombasi.

Na klachten van twaalf slachtoffers, die allen in België woonachtig waren en waarvan vijf de Belgische nationaliteit hadden, werd in 1998 een strafrechtelijk onderzoek gestart dat in april 2000 leidde tot de uitvaardiging van een arrestatiebevel via Interpol Green Service tegen Yerodia, die inmiddels Minister van Buitenlandse Zaken van Congo was geworden. Het arrestatiebevel was gebaseerd op aanklachten van oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid. Aan dit arrestatiebevel werd geen uitvoering gegeven toen Yerodia op officieel bezoek in België was in juni 2000. België heeft ook geen uitlevering verzocht zolang Yerodia in functie was. Het verzoek voor een Interpol Red Notice (zulke red notices betreffen personen waarvan de aanhouding wordt verzocht ter fine van uitlevering) werd pas gedaan toen hij niet langer meer Minister van Buitenlandse Zaken was.

Congo stelde dat België het internationaal gewoonterecht betreffende de absolute onschendbaarheid en immuniteit van strafrechtelijke rechtsmacht voor in functie zijnde

²⁾ De tegenstemmers waren de rechters Oda en Al-Khasawneh en de Belgische ad hoc rechter Van den Wyngaert.

ministers van buitenlandse zaken had geschonden. Congo eiste voorts als genoegdoening dat het arrestatiebevel door het IGH onwettig zou worden verklaard en dat België de autoriteiten van de landen aan wie het arrestatiebevel was toegezonden zou informeren dat het afziet van het verzoek om samenwerking om uitvoering te geven aan dit bevel.

Aanvankelijk bevatte de klacht van Congo nog een andere grond, de onwettigheid van de universele rechtsmacht, die België zich toekent in artikel 7 van de Belgische wet van 16 Juni 1993 zoals gewijzigd bij de wet van 19 februari 1999, betreffende de bestraffing van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht.³⁾

Vermelding verdient dat toen in november 2000 ter zitting werd gedebatteerd over het verzoek van Congo tot het nemen van voorlopige maatregelen, Congo meedeelde dat Yerodia als gevolg van een wisseling van ministersposten niet langer meer Minister van Buitenlandse Zaken was. Het Hof oordeelde echter dat daardoor het karakter van het geschil niet gewijzigd was en dat het nog steeds ging om de legitimiteit van de uitvaardiging van het arrestatiebevel.

De rechtsmacht van het Hof

België heeft bij verklaring van 17 juni 1958 de verplichte rechtsmacht van het IGH aanvaard en Congo bij verklaring van 8 februari 1989. Deze verklaringen bevatten geen voorbehouden die in deze zaak zouden kunnen worden ingeroepen, zodat het IGH zich bevoegd kon verklaren om van dit geschil kennis te nemen.

Wanneer het Statuut voor het Internationale Strafhof in werking zou zijn getreden, en België en Congo daarbij partij zouden zijn geweest, kan men zich afvragen of in deze zaak het Strafhof dan wel het IGH dan wel beide bevoegd zouden kunnen worden geacht. Kan men het onderhavige geschil zien als een waarvan sprake is in artikel 119 lid 2 van het Statuut van het Internationale Strafhof: "over de interpretatie of toepassing van het Statuut"? In deze zaak gaat het duidelijk niet om een vraag van uitleg van het Statuut van het Strafhof maar veeleer om een vraag naar de reikwijdte van nationale bevoegdheden. Niettemin zijn de aan het IGH voorgelegde vragen voor de toepassing van dat Statuut, met name vanwege het complementariteitsbeginsel (vgl. art. 17), wel degelijk van groot belang.

Het arrest

Een van de opvallende aspecten van dit arrest is het beknopte karakter. Dit moet onder meer worden toegeschreven aan het feit dat partijen het Hof hadden gevraagd om het geschil te verkleinen. Congo had namelijk te kennen gegeven dat enige overweging van het IGH gewijd aan vraagstukken van internationaal recht als gevolg van de uitoefening door België van universele rechtsmacht niet op verzoek van Congo zou zijn maar eerder als gevolg van de strategie van België in zijn verdediging voor het Hof, die inhield dat de uitoefening van universele rechtsmacht kan "represent a valid counterweight to the observance of immunities". Het Hof heeft daarom geen uitspraak gedaan over de geoorloofdheid van de uitoefening van universele rechtsmacht en zijn uitspraak beperkt tot het vraagstuk van de immuniteit van jurisdictie. Maar zelfs gelet op deze beperking kan worden opgemerkt dat de uitspraak uiterst summier is in overwegingen en analyse.

Immuniteit en onschendbaarheid

Het Hof geeft in de paragrafen 51 - 55 op een weinig onderbouwde wijze als zijn oor-

³⁾ Het eerste lid van bedoeld art. 7 luidt: De Belgische rechtbanken zijn bevoegd om kennis te nemen van de in deze wet omschreven misdrijven, ongeacht de plaats waar deze gepleegd zijn.

deel dat bepaalde hoge functionarissen, zoals het staatshoofd, het regeringshoofd en de minister van buitenlandse zaken, immuniteit van rechtsmacht genieten in andere staten, zowel voor burgerlijk recht als voor strafrecht. Vervolgens constateert het Hof dat het in de onderhavige zaak uitsluitend gaat om immuniteit van strafrechtelijke rechtsmacht en onschendbaarheid van een zittend minister van buitenlandse zaken.

Het Hof noemt het Weens Verdrag inzake Diplomatieke Betrekkingen van 1961 en het Weens Verdrag inzake Consulaire Betrekkingen van 1963 en het Verdrag inzake Special Missions van 1969, als verdragen waarop partijen zich in de procedure hebben beroepen.

Het Hof merkt daarover op dat deze verdragen weliswaar een nuttige 'guidance' verschaffen over bepaalde aspecten van de immuniteiten maar dat zij geen specifieke bepalingen bevatten over immuniteiten van een minister van buitenlandse zaken. Het geschil moest daarom op basis van internationaal gewoonterecht worden opgelost. Het bestaan van een dergelijke regel van internationaal gewoonterecht wordt verder niet beargumenteed.

In paragraaf 53 stelt het Hof zonder meer dat de immuniteiten toegekend aan een minister van buitenlandse zaken hem worden verleend niet voor zijn persoonlijk voordeel maar om een effectieve taakvervulling te verzekeren. Vervolgens geeft het Hof een opsomming van de taken en functies van een minister van buitenlandse zaken om dan vervolgens in paragraaf 54 eenvoudig te concluderen dat deze functies zodanig zijn dat hij "when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability." In paragraaf 55 stelt het Hof dan dat het in deze gevallen niet mogelijk is een onderscheid aan te brengen tussen handelingen verricht in "official capacity" en handelingen verricht in "private capacity".

In haar dissenting opinion bestrijdt de Belgische ad hoc rechter van den Wyngaert het bestaan van een dergelijke gewoonterechtelijke regel, omdat deze nergens is aangetoond. Internationale 'comity' en politieke wijsheid "may command restraint" maar een duidelijke internationale verplichting ziet zij niet. De enige verplichting die men haars inziens zou kunnen invoeren is de onschendbaarheid van een minister van buitenlandse zaken op basis van artikel 21 van het Verdrag inzake Special Missions van 1969. In dit verdrag worden staatshoofden en ministers van buitenlandse zaken gelijk gesteld voorzover het officiële bezoeken betreft. Staatshoofden en regeringsleiders, ministers van buitenlandse zaken en andere personen van hoge rang genieten ingevolge dit verdrag, indien "on special mission" in een andere staat, de faciliteiten, immuniteiten en privileges die het internationale recht voorziet. Dit verdrag wordt echter; met name door zijn wijde definitie van 'special missions', niet als codificatie van geldend recht beschouwd, en is slechts door een beperkt aantal staten geratificeerd.⁴⁾

Opvallend is dat het Hof niet ingaat op mogelijke verschillen die kunnen bestaan tussen immuniteiten voor staatshoofden enerzijds en voor regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken anderzijds. Voorzover van statenpraktijk sprake is, is deze uiterst beperkt en heeft deze (met één uitzondering⁵⁾) betrekking op immuniteiten van voormalige of in functie zijnde staatshoofden. Een staatshoofd en een minister van buitenlandse zaken vertegenwoordigen beiden de staat. Hierop wordt ook door het Hof gewezen. Een minister van buitenlandse zaken is verantwoordelijk voor het gedrag van zijn/haar staat's buiten-

⁴⁾ Nederland is bij het Special Missions verdrag geen partij.

⁵⁾ In voetnoot 14 van haar dissenting opinion maakt rechter Van den Wyngaert melding van de Amerikaanse zaak Chong Boom Kim tegen Kim Yong Shik en David Kim, 9 september 1963, American Journal of International Law 1964, blz. 186-187.

landse betrekkingen met alle andere staten. Zijn/haar positie is daarin vergelijkbaar met die van een staatshoofd of een regeringsleider: Het zijn deze gezagsdragers die ingevolge het internationaal recht uitsluitend uit hoofde van hun functie als vertegenwoordiger van hun/haar land worden erkend. (Het Hof zegt hiermee dat dit niet opgaat voor alle andere ministers.) Toch kan niet worden ontkend dat een minister van buitenlandse zaken niet op dezelfde wijze als een personificatie van de staat wordt gezien als dat met een staatshoofd het geval is. Men kan beiden ook niet zonder meer gelijk stellen op de enkele grond dat hun functies kunnen worden vergeleken. Ad hoc rechter Van den Wyngaert wijst er bijvoorbeeld op dat ook de International Law Commission in haar rapport over *Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property* in artikel 3 lid 2 alleen naar staatshoofden verwijst en niet naar ministers van buitenlandse Zaken. Dit zou ingegeven zijn door twijfel over de omvang van de jurisdictionele immuniteiten van de ministers van buitenlandse zaken. In hun separate opinion komen de rechters Higgins, Kooijmans en Buergenthal tot een zelfde conclusie. Zij achten de immuniteit van een staatshoofd gebaseerd op zijn status als personificatie van de soevereine staat. De immuniteiten van andere hoge vertegenwoordigers, zoals regeringshoofden en ministers voor buitenlandse zaken worden in de literatuur als zuiver functioneel beschouwd. Zij zien geen steun voor de stelling dat de minister van buitenlandse zaken aanspraak kan maken op dezelfde immuniteiten als een staatshoofd.

In de dissenting opinions van rechter Al-Khasawneh en van ad hoc rechter Van den Wyngaert wordt ook ingegaan op het verschil tussen ministers van buitenlandse zaken en diplomatieke vertegenwoordigers. In het geval van een diplomatieke vertegenwoordiger hebben de gastlanden enige zeggenschap met betrekking tot zijn accreditering. Voorts kunnen zij ook een vertegenwoordiger persona non grata verklaren. Dit laatste vormt in de opvatting van Al-Khasawneh in zichzelf een sanctie tegen onjuist gedrag en opent een weg voor vervolging in het land waaruit de betrokkene afkomstig is. Ook Van den Wyngaert betoogt dat het gastland zeggenschap heeft over wie wordt geaccepteerd als vertegenwoordiger van de zendstaat.

Ongeacht mogelijke verschillen concludeert het Hof in paragraaf 54 dat de functies van een minister van buitenlandse zaken van dien aard zijn dat deze, gedurende de tijd dat hij of zij in functie is, in het buitenland volledige immuniteit van strafrechtelijke rechtsmacht en tevens onschendbaarheid geniet. Over de belangrijke vraag of deze immuniteit en onschendbaarheid ook het verrichten van opsporingshandelingen beletten, en zo ja welke, laat het Hof zich niet uit.

In de paragrafen 56 - 61 behandelt het Hof vervolgens de Belgische argumenten die inhouden dat immuniteiten van in functie zijnde ministers van buitenlandse zaken hem/haar niet kunnen vrijwaren in het geval dat deze verdacht worden van oorlogsmisdrijven of misdrijven tegen de menselijkheid. Hier ligt de kern van het geschil.

Behandeling daarvan in volle omvang zou aan de orde zijn geweest ingeval Congo zijn stelling had gehandhaafd dat de uitoefening van de universele jurisdictie door België een schending oplevert van het beginsel dat een staat geen gezag mag uitoefenen op het territorium van een andere staat, en van het beginsel van soevereine gelijkheid van alle staten zoals dat is neergelegd in artikel 2, eerste lid, van het Handvest van de VN. Het uitvaardigen van het arrestatiebevel door België is het uitvloeisel geweest van de uitoefening van universele rechtsmacht, zoals deze in artikel 7 van de Belgische wet is voorzien. Daarin wordt bepaald dat de Belgische gerechten jurisdictie hebben met betrekking tot misdrijven welke in de wet zijn opgenomen, waar zij ook maar zijn gepleegd. Artikel 5 Lid

3 voegt hieraan toe dat immuniteit verbonden met de officiële hoedanigheid van een persoon aan de toepassing van de wet niet in de weg staat. Congo heeft deze stelling echter in de loop van de procedure laten vallen. Door de geoorloofdheid van deze bepalingen buiten discussie te laten wordt de behandeling van de geoorloofdheid van de uitvaardiging van het arrestatiebevel min of meer een exercitie in droogzwemmen en krijgen de regels inzake immuniteit minder het karakter van een uitzondering op een normatieve regel, wat zij in beginsel zijn.

De stelling van België is dat immuniteiten toegekend aan ministers van buitenlandse zaken deze nooit kunnen vrijwaren van strafrechtelijke vervolging wanneer zij worden verdacht van oorlogsmisdrijven en van het misdrijf tegen de menselijkheid. België verwijst hiervoor naar de Statuten van internationale straftribunalen, naar uitspraken van nationale gerechten (Pinochet, Qaddafi, zie paragraaf 56). Deze stelling wordt door het Hof verworpen. Uit de statenpraktijk, met inbegrip van de nationale wetgeving en uitspraken van nationale hogere gerechten, kan, naar het oordeel van het Hof, niet worden afgeleid dat er een uitzondering zou bestaan op de regel van immuniteit van de minister van buitenlandse zaken in functie, voor nationale gerechten, voor het geval zij oorlogsmisdrijven of misdrijven tegen de menselijkheid hebben gepleegd. Ook de Statuten van de internationale strafgerechten geven geen aanknopingspunt voor het bestaan van een dergelijke uitzondering.

Het Hof licht vervolgens toe dat immuniteit niet hoeft te betekenen straffeloosheid. Het geeft vier mogelijkheden volgens welke ministers van buitenlandse zaken kunnen worden berecht:

- Zij kunnen in hun eigen land worden vervolgd. (Terecht wijst rechter Van den Wyngaert er echter op dat de onderhavige zaak nu juist een illustratie vormt van het feit dat nationale autoriteiten niet willen of niet kunnen opsporen en vervolgen.)

- Hun eigen regeringen kunnen hun immuniteit opheffen, zodat vervolging elders kan plaats vinden. (Daarvoor geldt hetzelfde.)

- Zij kunnen, na hun ambtstermijn, vervolgd worden "in respect of acts committed prior to his or her period of office, as well as in respect of acts committed during that period of office in a private capacity." Dit is een van de passages die kritische aandacht in de commentaren heeft gekregen. Het door het Hof gemaakte onderscheid verschaft geen enkele duidelijkheid omtrent wanneer een dergelijke vervolging dan wel of niet mogelijk is. Wat zijn handelingen begaan in een private capacity gedurende de ambtstermijn? De Pinochet-zaak is een illustratie van de verwarring die dit onderscheid oproept. De vraag wat onder 'private' en wat onder 'official' moet worden verstaan en in het bijzonder de vraag of onder 'official acts' ooit het begaan van misdrijven kan zijn begrepen zoals waarop het Statuut voor het Internationaal Strafhof betrekking heeft, heeft nog geen eenduidig en duidelijk antwoord gekregen. Uit het Pinochet-arrest van het House of Lords (24 maart 1999) zou kunnen worden afgeleid dat immuniteit uitzondering lijdt ten aanzien van een vervolging wegens martelingen, omdat het officiële of gouvernementele aandeel deel uitmaakt van die delictsomschrijving en omdat martelen een internationaal misdrijf is, verboden door het *ius cogens*. Dat het verbod van martelen een *peremptoire* norm is van internationaal recht en dat het een van de meest fundamentele standaards is van de internationale gemeenschap was eerder, in december 1998, ook reeds vastgesteld door het ICTY in de zaak tegen Furundzjiu, en vervolgens ook in de zaken tegen Delacic en anderen (16 november 1998) en tegen Kunarac (februari 2001). In de separate opinion van de

rechters Higgins, Kooijmans en Buergenthal wordt duidelijk de noodzaak aangetoond dat het belang van het niet straffeloos blijven van daders van ernstige misdrijven voortdurend wordt afgewogen tegen het belang van immuniteiten, nodig om officiële functies uit te kunnen oefenen. Deze belangenafweging zal telkens weer anders komen te liggen, en het Hof heeft met deze uitspraak verzuimd daaraan bij te dragen. Het onbehandeld laten van de ontwikkelingen op dit punt is in vele commentaren als teleurstellend aangemerkt.

- Tenslotte wijst het Hof op de mogelijkheid van berechting door internationale straftribunalen, wanneer deze op grond van hun statuten rechtsmacht hebben. Gelet op de beperkte jurisdictie *ratione temporis* en *ratione materiae* van de bestaande internationale straftribunalen zal dit niet snel het geval zijn.

In de dissenting en de separate opinions wordt terecht twijfel uitgesproken of een van de hierboven weergegeven mogelijkheden realistisch is zolang in de desbetreffende staat geen wijziging van regering heeft plaats gevonden.

De volgende vraag was of België met de uitvaardiging van het arrestatiebevel internationale rechtsregels heeft geschonden. In de procedure werd dit door België bestreden. België stelde dat het noch de immuniteit van Yerodia had geschonden noch inbreuk had gemaakt op de soevereiniteit van Congo (zie de paragrafen 67-71). Wat het Hof daarover zegt is overtuigend. Het betoogt dat de uitvaardiging van een arrestatiebevel moet worden gezien als uitoefening van jurisdictie en dat de gevolgen daarvan de betrokkene daadwerkelijk in de uitoefening van zijn functies kan belemmeren. Ondanks de eerder gemaakte uitzondering acht het Hof, gelet op aard en doel van de warrant, deze strijdig met het internationaal recht. Dit lijkt een juiste conclusie.

Universele jurisdictie

Zoals gezegd had Congo zich behalve op de immuniteit en de onschendbaarheid van de Minister van Buitenlandse zaken oorspronkelijk ook beroepen op overschrijding door België van de aan staten toekomende strafrechtsmacht. Congo had de stelling betrokken dat het een staat volkenrechtelijk niet is toegestaan, ten aanzien van feiten door een buitenlander in het buitenland begaan strafrechtsmacht uit te oefenen in absentia, dus zonder dat de beschuldigde in die staat aanwezig is. Omdat Congo die stellingname uiteindelijk niet heeft volgehouden heeft het Hof ervan afgezien deze in zijn overwegingen te betrekken. Wel hebben enkele individuele rechters zich erover uitgelaten, en wel in het bijzonder de president van het Hof rechter Guillaume, voorts, in hun gezamenlijke separate opinion, de rechters Higgins, Kooijmans en Buergenthal, en tenslotte, in haar uitvoerige dissenting opinion, de Belgische ad hoc rechter Van den Wyngaert.

Volgens rechter Guillaume voorziet het internationale recht niet in universele strafrechtsmacht in absentia, ook niet in een geval als het onderhavige dat betrekking heeft op oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid. Daaraan verbindt hij de conclusie dat het uitvaardigen van het arrestatiebevel betreffende Yerodia, die zich toen niet in België bevond, onrechtmatig was.

De rechters Higgins, Kooijmans en Buergenthal zijn van mening dat, afgezien van de schending van de immuniteit van de betrokkene, het uitvaardigen van het onderhavige arrestatiebevel (betrekking hebbende op oorlogsmisdrijven en op misdrijven tegen de menselijkheid) geen schending oplevert van enig internationaalrechtelijk verbod, zelfs indien men in aanmerking neemt dat Yerodia zich toen niet in België bevond. Daarbij merken zij echter op dat een staat die aangaande bepaalde feiten uitoefening van universele

strafrechtsmacht overweegt eerst de staat waarvan de betrokkene de nationaliteit heeft in de gelegenheid moet stellen om ten aanzien van die feiten zelf op te treden, en voorts dat er goede redenen moeten zijn om tot zodanige uitoefening over te gaan, bijvoorbeeld het verzoek daartoe van nabestaanden van slachtoffers.

Rechter Van den Wyngaert wijst op het onderscheid tussen 'prescriptive jurisdiction' en 'enforcement jurisdiction'. Zij doelt klaarblijkelijk op het onderscheid tussen materiële strafrechtsmacht, anders gezegd de reikwijdte van de strafwet, enerzijds, en procedurele strafrechtsmacht, die betrekking heeft op het daadwerkelijk optreden van justitiële autoriteiten, anderzijds. Daarbij gaat zij op basis van het befaamde Lotusarrest van het toenmalige Permanente Hof van Internationale Justitie (1927) ervan uit dat 'prescriptive jurisdiction' met betrekking tot extraterritoriale feiten slechts mag worden uitgeoefend voorzover het volkenrecht dat niet verbiedt (vgl. het Nederlandse art. 8 Sr) en dat 'enforcement jurisdiction' niet buiten het eigen territoir mag worden uitgeoefend tenzij het volkenrecht dat bepaaldelijk toestaat (vgl. het Nederlandse art. 539a Sv). Aangaande 'prescriptive jurisdiction' is rechter Van den Wyngaert van mening dat noch internationaal verdragsrecht noch volkenrechtelijk gewoonterecht de uitoefening van universele strafrechtsmacht in absentia, als waarvan in casu sprake is, verbiedt. In verband met 'enforcement jurisdiction' neemt zij het standpunt in dat het Belgische arrestatiebevel slechts een voorlopig karakter had en niet buiten België uitvoerbaar was zonder nadere beslissing daartoe van de desbetreffende buitenlandse autoriteiten. Van extraterritoriale uitoefening door België van zijn enforcement jurisdiction is haars inziens derhalve geen sprake.

Bij zoveel verschil van mening, en zeker nu het Hof als zodanig over de jurisdictiekwestie geen uitspraak heeft gedaan, kunnen aan het onderhavige arrest met betrekking tot die kwestie nauwelijks conclusies worden verbonden. Zoals rechter Ranjeva opmerkt in zijn déclaration: "la question reste ouverte au regard du droit." Wij volstaan daarom met enkele opmerkingen.

Het is jammer dat het Hof, dat over de jurisdictiekwestie niet behoefde te beslissen, zich daar niet toch over heeft uitgelaten. Het betreft immers een vraagstuk van groot internationaal belang. Tegenover elkaar staan enerzijds de toenemende tendens, aan verdachten van ernstige oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de menselijkheid en genocide safe havens te onthouden, en anderzijds het belang dat internationale betrekkingen, onder meer nodig voor het voorkomen of beëindigen van conflicten die zulke misdrijven plegen mee te brengen, niet worden gefrustreerd door ongebreidelde toepassing door staten van universele strafrechtsmacht. Een uitspraak die in dit dilemma de weg wijst zou zeer welkom zijn geweest.

Het valt daarom te waarderen dat de genoemde rechters de moeite hebben genomen om over de vraag of toepassing van universele strafrechtsmacht in absentia volkenrechtelijk toelaatbaar is hun licht te laten schijnen. Dat neemt niet weg dat kritiek mogelijk is. Zouden rechter Guillaume en de rechters Higgins, Kooijmans en Buergenthal het gangbare onderscheid tussen 'prescriptive jurisdiction' en 'enforcement jurisdiction' in acht hebben genomen, zoals rechter Van den Wyngaert heeft gedaan, dan zou wellicht meer duidelijkheid zijn bereikt.

Ook al zou mogelijk verschil van mening zijn blijven bestaan over wat precies de strekking was van het onderhavige arrestatiebevel, de vraag of het uitvaardigen van een uitvoerbaar arrestatiebevel ten aanzien van een persoon die zich in een andere staat bevindt een inbreuk op het volkenrechtelijk verbod (behoudens bepaalde uitzonderingen) tot extraterritoriaal uitoefenen van 'enforcement jurisdiction' zou hebben opgeleverd zou dan wel-

licht eenduidig hebben kunnen worden beantwoord. In aanmerking genomen dat in veel uitleveringsverdragen een zodanig arrestatiebevel wordt genoemd onder de door de verzoekende staat over te leggen stukken (zie bijvoorbeeld art. 12, tweede lid onder a, Europees uitleveringsverdrag en art. 9, derde lid aanhef en onder a, Uitleveringsverdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten) lijkt het waarschijnlijk dat zou zijn geoordeeld dat het enkele uitvaardigen van zo'n arrestatiebevel een zodanige inbreuk niet oplevert.

Wellicht had zich dan voorts ten aanzien van 'prescriptive jurisdiction' een *communis opinio* kunnen vormen omtrent het al dan niet toelaatbaar zijn van het vestigen van universele strafrechtsmacht zonder voorwaarde van aanwezigheid van de betrokkene, zoals is geschied bij art. 7 van de Belgische wet van 1993/1999.

Vermelding verdient nog dat de rechters die zich hebben uitgelaten over wat zij aanduiden als universele strafrechtsmacht aan die term niet steeds dezelfde betekenis blijken te hechten. Zoals rechter Van den Wyngaert opmerkt bestaat er geen algemeen aanvaarde definitie van dat begrip. Rechter Guillaume, in zijn *separate opinion*, en rechter Ranjeva, in zijn *déclaration*, verstaan onder universele jurisdictie kennelijk de strafrechtsmacht die een staat vestigt met betrekking tot door buitenlanders in het buitenland begane feiten zonder aanknopingspunt met betrekking tot die staat. Als zodanig wordt aangemerkt de rechtsmacht die België heeft gevestigd bij artikel 7 van zijn Wet van 1993/1999. De rechters Higgins, Kooijmans en Buergenthal blijken een andere opvatting te zijn toegedaan, waar zij (in paragraaf 41 van hun *separate opinion*) omtrent onder meer de strafrechtsmacht bedoeld in art. 5, tweede lid, Folteringverdrag (1984)⁶⁾ stellen:

"By the loose use of language the latter has come to be referred to as 'universal jurisdiction', though this is really an obligatory territorial jurisdiction over persons, albeit in relation to acts committed elsewhere."

Ook op dit punt valt te betreuren dat het IGH niet meer duidelijkheid heeft kunnen scheppen.

Consequenties van het arrest

Heeft deze uitspraak nog gevolgen voor Nederland of voor de nieuwe wetgeving die in voorbereiding is, het wetsvoorstel inzake international misdrijven? Formeel natuurlijk niet, omdat uitspraken in geschillen tussen partijen alleen bindend zijn voor die partijen. Maar een uitspraak van het Hof blijft natuurlijk een gezaghebbende uitleg van het internationale recht. Dit geldt temeer nu deze uitspraak met een grote meerderheid is tot stand gekomen (wat betreft de kernvraag, of de uitvaardiging en circulatie van het arrestatiebevel onwettig was met dertien tegen drie stemmen).

Een eventuele strafvervolging in Nederland van een buitenlands staatshoofd, regeerleider of minister van buitenlandse zaken zal mede in het licht van deze uitspraak moeten leiden tot niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie, en in voorkomend geval zal de Nederlandse rechter een beklag als bedoeld in art. 12 Sv omtrent het uitblijven van een zodanige strafvervolging moeten afwijzen, op grond van de immuniteit van de betrokkene.

Zeer onlangs bij een promotie in Tilburg luidde de eerste stelling bij het verdedigde

⁶⁾ Art. 5, tweede lid, Folteringverdrag luidt: Each Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over such offences in cases where the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction and it does not extradite him pursuant to article 8 to any of the States mentioned in paragraph 1 of this article.

*proefschrift:*⁷⁾ *Internationaal recht + strafrecht = internationaal strafrecht. De onderhavige uitspraak van het IGH is meer een illustratie van confrontatie dan van integratie van het internationaal recht en het internationaal strafrecht. Stelling en uitspraak onderstrepen dat op een rechtsgebied als dat van het internationaal strafrecht, dat nog zo kort in ontwikkeling is, verwarring de boventoon voert.*

A. Bos
N. Keijzer

⁷⁾ M. Boot, *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Antwerpen/Oxford/New York, 2002.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

T.M.C. Asser Instituut

Het door het Asser Instituut jaarlijks georganiseerde 'Colloquium Europees Recht' zal voor zijn op 6 september 2002 plaats vindende 32e zitting als onderwerp hebben 'Veiligheid en het recht van de Europese Unie'. De bedoeling is om zo breed en diep mogelijk alle europeesrechtelijke aspecten van het begrip 'veiligheid' onder de loep te nemen. In de 'Eerste Pijler' van het EU-recht staat het begrip centraal als mogelijke rechtvaardigingsgrond voor nationale maatregelen die de werking van de interne markt kunnen belemmeren. Bij de 'Tweede Pijler' gaat het om de externe veiligheid van de unie en de lidstaten. Wie neemt het voortouw, wat is de relatie met de NAVO en de WEU, en hoe verhouden zich hier de belangen van grote en minder grote lidstaten? In de 'Derde Pijler' ten slotte staat veiligheid centraal in verband met politieke en justitiële samenwerking in strafzaken, waarbij het 'Actieplan tegen het terrorisme' zeker aan de orde zal komen.

Geïnteresseerden kunnen zich voor informatie wenden tot het Asser Instituut (tel 070-3420300).

Boeken en tijdschriften

Boekbespreking

R.P.F. Bijkerk en G.F. Hut (redactie), De krijgsmacht binnenslands. Bijstand, steun- en dienstverlening door militairen. Instituut Defensie Leergangen, Den Haag 2002.

Ter gelegenheid van zijn afscheid als directeur van het Instituut Defensie Leergangen, liet brigade-generaal der Militair Juridische Dienst mr. O. van der Wind op 14 september 2001 een symposium organiseren over de binnenlands-maatschappelijke betekenis van de Nederlandse krijgsmacht. De op het symposium gehouden referaten zijn, na bewerking, gebundeld en aldus voor een breder publiek beschikbaar gemaakt.

De binnenlandse taken van de krijgsmacht staan zeker sinds de gebeurtenissen van 11 september 2001 volop in de belangstelling. De bundel "De krijgsmacht binnenslands"

biedt een aantal interessante visies op dit onderwerp. Zowel de burgemeester van Den Haag, drs. W.J. Deetman, als de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, drs. G.M. de Vries, benadrukken in hun bijdrage dat de samenwerking tussen krijgsmacht en civiele instanties verbetering behoeft. Generaal-majoor C.N.J. Neisingh, bevelhebber der Koninklijke Marechaussee, gaat uitvoerig in op de maatschappelijke betekenis van zijn krijgsmachtdeel, dat voor het grootste deel civiele taken uitvoert. Dat laatste roept bij drs. H.J. van den Bergh, PvdA-politicus, juist kritische vragen op. Hij vraagt zich af of militairen niet te veel oneigenlijke - lees: civiele - taken uitvoeren, al dan niet ter legitimatie van het eigen krijgsmachtdeel.

De meest opzienbarende bijdrage in de bundel is afkomstig van de plaatsvervangend Chef Defensiestaf, luitenant-generaal P.J.M. Godderij. Hij stelt dat het zeker niet vanzelfsprekend is dat de krijgsmacht civiele autoriteiten te hulp komt. Binnenlandse bijstand is de derde hoofdtak, en de eerste en tweede hoofdtak hebben (dus) prioriteit. Niet alleen omdat juist die eerste twee taken (het verdedigen van het eigen en bondgenootschappelijk grondgebied en het bevorderen van de internationale rechtsorde en stabiliteit) de krijgsmacht als instituut legitimeren. Maar ook is Nederland internationaal diverse verplichtingen aangegaan, zoals het leveren van manschappen en materieel aan bepaalde vredesmissies. Het kan volgens Godderij niet zo zijn dat internationale afspraken worden geschonden omdat de krijgsmacht binnenslands te hulp wordt geroepen door civiele autoriteiten die hun zaken niet op orde hebben.

"De krijgsmacht binnenslands" heeft niet de pretentie wetenschappelijke literatuur te bevatten. De artikelen lezen makkelijk weg, maar bieden zeker stof tot nadenken over de binnenslands-maatschappelijke betekenis van de Nederlandse krijgsmacht. En dat was ook precies de bedoeling die brigade-generaal mr. O. van der Wind met zijn afscheidssymposium had.

Drs. S.J. van der Meer (Stichting Maatschappij en Krijgsmacht)

The Military Law and the Law of War Review (XXXIX-1-2-3-4-2000)

In deze bundel is een artikel opgenomen (pp.13 t/m 33) van Marten Zwanenburg, getiteld *The Secretary-General's Bulletin on Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law: A Pyrrhic Victory?* De positie van de VN is lang geweest dat vredes machten niet verplicht waren het IHR als zodanig in acht te nemen, maar dat van hen verwacht werd dat zij 'de principes en de geest' van het IHR zouden eerbiedigen. Met de uitvaardiging op 6 augustus 1999 van het vorengenoemde Bulletin is daar verandering in gekomen. Sindsdien wordt van onder *command and control* van de VN opererende troepen "*when in situations of armed conflict (...) actively engaged (...) as combatants*" geëist dat zij de 'principes en de regels' van het IHR in acht nemen.

De auteur gaat in op vragen als: Wat houdt 'actively' in? Hoe verhoudt het Bulletin zich tot het Verdrag nopens de veiligheid van VN en geassocieerd personeel? Is een VN vredesmacht een bezettingsmacht? Hoe kan het Bulletin bevredigend werken als nog steeds alleen de nationale strafrechter bevoegd is en deze niet gebonden is aan het Bulletin? Hij concludeert dat het Bulletin (te) veel juridische tekortkomingen bevat om effectief te zijn in het voorkomen en bestraffen van schendingen van het IHR door VN vredes machten.

Voorts zijn opgenomen (pp.67 t/m 122) de referaten en de discussies gehouden tijdens het op 22 oktober 1999 te Rijswijk door de Nederlandse groep georganiseerde seminar

over *War Crimes Law and the Statute of Rome: Some Afterthoughts?* Met het seminar werd beoogd helderheid te krijgen over drie thema's: (1) De strafrechtelijke aansprakelijkheid van meerderen voor strafbare gedragingen van hun ondergeschikten; (2) Het beroep op een bevel van een meerdere; (3) Het beroep op noodweer als strafuitsluitingsgrond; dit alles in relatie met het Statuut van het Internationaal Strafhof.

Met betrekking tot het eerste onderwerp werd in de discussie geconcludeerd dat art. 28 van het statuut onderscheid maakt tussen een militaire commandant en een niet-militaire meerdere. Voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de eerstgenoemde is voldoende dat hij had moeten weten dat zijn ondergeschikten handelingen pleegden, of op het punt stonden te plegen, als die waarvan hem het niet tegenaan wordt verweten. Voor de niet-militaire meerdere geldt dat hij dienaangaande voorwaardelijk opzet moet hebben gehad, terwijl het bovendien moet gaan om gedragingen die vallen onder zijn 'effectieve verantwoordelijkheid', een begrip waarvan de grenzen nog moeten worden ontwikkeld.

Wat het tweede onderwerp betreft is van belang dat in de internationale rechtspraak en literatuur is erkend dat een ondergeschikte tot op zekere hoogte -behoudens manifest *illegality*- op de rechtmatigheid van de hem door een militaire meerdere gegeven bevelen moet kunnen vertrouwen. Art. 33 van het statuut is met die opvatting in overeenstemming.

Het derde onderwerp, beroep op noodweer, wordt in de verschillende nationale rechtssystemen vaak heel verschillend behandeld, met name de vraag of een noodweeraanpak gerechtvaardigd kan zijn wanneer die slechts strekt tot verdediging van een goed, niet van een mens. Art. 33(1,c) van het statuut ondervindt wat dat betreft kritiek omdat het inhoudt dat de verdediging van *property which is essential for the accomplishing of a military mission* als strafuitsluitingsgrond kan dienen. Deze formulering wordt echter getemperd door het eveneens in het artikel opgenomen vereiste dat is gehandeld *reasonably en in a manner proportionate to the degree of danger to the property*.

Het leeuwendeel van de bundel (pp.127 t/m 410) wordt ingenomen door de documenten van het XVe internationale congres van de vereniging, dat van 6 tot 10 juni 2000 werd gehouden in Lillehammer, en dat als hoofdthema had *Military Support to Civil Authorities*.

Jaarboek Vrede en Veiligheid 2000 - Studiecentrum voor Vredesvraagstukken KU Nijmegen

De zestien in het jaarboek (ISBN 90-71701-73-5) opgenomen artikelen van deskundigen van naam hebben betrekking op 'internationale veiligheidsvraagstukken en het Nederlands perspectief'. Hoewel alle zeer lezenswaardig uit veiligheidspolitiek oogpunt, is er maar één artikel dat in het kader van het MRT vermeld dient te worden. Dat is 'Het debat over humanitaire interventie' van mr. drs. G. Molier (pp.30 t/m 66).

Achtereenvolgens komen aan de orde: het dilemma van de doctrine van humanitaire interventie; een definitie van humanitaire interventie; de legaliteit van de doctrine van humanitaire interventie; internationaal gewoonterecht; rechtvaardigingsgronden en beoordelingscriteria waaraan een humanitaire interventie zou moeten voldoen.

De auteur concludeert dat de interventie in Noord-Irak en de NAVO-interventie in Kosovo niet als een precedent voor de ontwikkeling van een recht van humanitaire interventie kunnen gelden. Voor de ontwikkeling van een internationaal gewoonterechtelijke norm van humanitaire interventie is naast statenpraktijk *opinio iuris* vereist en in dit laatste element zit het probleem.

Mr. A.J.T. Dörenberg

Internationale rechtspraak

IGH 14.02.02	Congo tegen België Het Gerechtshof verklaart het door een Belgische onderzoeksrechter tegen de toenmalige minister van buitenlandse zaken van de Democratische Republiek Congo op verdenking van het aanzetten tot oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid uitvaardigen van een internationaal arrestatiebevel onrechtmatig, wegens inbreuk op de aan die minister toekomende immuniteit en onschendbaarheid. (Naschrift A. Bos en N. Keijzer).....	162
--------------	--	-----

Opmerkingen en mededelingen

T.M.C. Asser Instituut.....	174
Boeken en tijdschriften.....	174

De met een * gemerkte uitspraken zijn voor commandanten van belang voor de dagelijkse praktijk.

Annotatoren:	C.	- Mr Th. J. Clarenbeek
	G.L.C.	- Prof. mr G.L. Coolen
	M.M.D	- Mr M.M. Dolman
	J.R.G.J.	- Mr J.R.G. Jofriet
	N.J.	- Mr N. Jörg
	de R.	- Prof. mr Th. A. de Roos
	W.J.S.	- Mr W.J. Schmitz
	W.H.V.	- Mr W.H. Vermeer
	G.F.W.	- Mr G.F. Walgemoed

Auteursaanwijzingen

Bijdragen voor het Militair Rechtelijk Tijdschrift worden aangeleverd op schrift alsmede zo mogelijk op diskette met gebruikmaking van het WP-programma of Microsoft Word. Auteurs worden verzocht om de volgende richtlijnen in acht te nemen:

Geén afbreekstreepjes gebruiken.

Geen tabs, inspringingen of verschillende lettertypes gebruiken.

Zo weinig mogelijk 'opmaken' van de tekst, doch zoveel mogelijk achter elkaar door typen.

Slechts bij het begin van een nieuwe alinea 'Enter' gebruiken.

REDACTIECOMMISSIE:

Voorzitter	Mr <i>A.J.T. Dörenberg</i> , Generaal-majoor Klu b.d
Secretaris/penningmeester	Mr <i>J.F. Stinissen</i> , Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst;
Leden:	
voor de Koninklijke landmacht:	Mr <i>A. C. Zuidema</i> , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke luchtmacht:	Mr <i>S. van Groningen</i> , Commodore der Koninklijke luchtmacht;
voor de Koninklijke marine:	Mr <i>P.J. Schreuder</i> , Kapitein ter zee van administratie;
voor de Centrale Organisatie:	Mr <i>J.J. Buirma</i> , Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tuchtrecht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Mr <i>G.L. Coolen</i> ,	Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Prof. Dr. <i>TD. Gill</i>	Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht en bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Mr <i>N. Jörg</i> ,	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden;
Prof. Mr <i>Th. A. de Roos</i> ,	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden;
Mr <i>W.J. Schmitz</i> ,	Hoofd Procesondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van het ABP;
Mr <i>G.F. Walgemoed</i> ,	Kolonel van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	NAPO 801-MS12. 3509 VP Utrecht

VASTE MEDEWERKERS:

- Mr *Th. J. Clarenbeek*, Oud-Coördinerend-vice-president van de Arrondissementsrechtbank te Utrecht, res. Kolonel van de Militair Juridische Dienst b.d.;
- Prof. Mr *N. Keijzer*, Raadsheer in buitengewone dienst van de Hoge Raad der Nederlanden en em. hoogleraar Internationaal Strafrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant.
- Prof. Dr *R.A. Lawson*, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.

WIJZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt in 10 afleveringen per jaar.

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1 2002 E 35. Men abonneert zich voor tenminste één jaargang bij de Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, 's-Gravenhage, of bij zijn boekhandelaar. Losse afleveringen zijn verkrijgbaar tegen de prijs van E 3,93. Tevens zijn verzamelbanden te verkrijgen tegen de prijs van E 20,45. Nadere informatie omtrent bestellingen: Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, afdeling abonnementen, telefoon 070-3789887.

De schrijvers van bijdragen van meer dan 1 pagina ontvangen een honorarium van E 35 per pagina tot een maximum van E 230 per aflevering, benevens 5 present-exemplaren van de desbetreffende aflevering van het Tijdschrift. Het auteursrecht wordt met de publikatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Kennisgeving van adreswijziging (uitsluitend betalende abonnees) te richten tot Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, Postbus 20014, 2500 EA 's-Gravenhage. Telefoon (070) 3789887, fax (070) 3789783. Zij die het tijdschrift van rijkswege verstrekt krijgen dienen zich voor kennisgeving van adreswijziging te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren.

Dit tijdschrift, sedert mei 1903 verschenen onder de titel „Militaire Jurisprudentie”, wordt sedert juli 1905, met onderbreking van juli 1943 tot januari 1946, uitgegeven onder de titel „Militair Rechtelijk Tijdschrift”

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCV

Mei 2002

Aflevering

5

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

Kosovo. De terugkeer van troepen van de FRJ in Sector B van de "Ground Safety Zone" (GSZ) en het tijdelijke detentiekamp van Dubrava; door Kolonel mr. J.A. van den Elsen.....	177
Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loep. Het ontslag van rechtswege; door Prof. mr. G.L. Coolen.....	195

Bestuursrechtspraak

CRvB 16.08.01	De verschillend bezoldigde medische specialisten De staatssecretaris heeft genoegzaam duidelijk gemaakt dat het op grond van de situatie op de arbeidsmarkt noodzakelijk was om de eerste wedde van later in dienst getreden collega-specialisten vast te stellen met toekenning van een extra aantal dienstjaren.....	200
CRvB 17.08.01	De gehandhaafde restitutieplichting Ook de Raad kan zich niet verenigen met het standpunt van appellant dat de staatssecretaris in verdergaande mate gebruik had moeten maken van de in art. 17a Amar neergelegde bevoegdheid tot matiging. (Naschrift G.L.C.).....	202
CRvB 11.10.01	De niet toegekende Herinneringsmedaille VN-Vredesoperatie Het verzoek van een onderofficier om toekenning van de Herinneringsmedaille VN-vredesoperaties wordt afgewezen. Beroep ongegrond.....	206
CRvB 18.10.01	Het achteraf belasten met de waarneming van een functie Het verzoek van een officier om (achteraf) te worden belast met de waarneming van de functie van commandant [X] wordt afgewezen. Beroep ongegrond. (Naschrift G.L.C.).....	209
CRvB 22.11.01	De vacant gelaten functie De enkele omstandigheid dat een functie langer is waargenomen dan gedurende de toegestane maximum periode van twaalf maanden geeft nog geen aanspraak op toewijzing van de functie. (Naschrift G.L.C.).....	212
CRvB 29.11.01	Het hoger beroep is gericht tegen een algemeen verbindend voorschrift Het hoger beroep is niet ontvankelijk omdat de in hoger beroep geuite bezwaren slechts zijn gericht tegen de Militaire Wachtgeldregeling 1961. (Naschrift G.L.C.).....	216

Opmerkingen en mededelingen

Boeken en tijdschriften.....	219
------------------------------	-----

De met een * gemerkte uitspraken zijn voor commandanten van belang voor de dagelijkse praktijk.

Annotatoren:	C.	- Mr Th. J. Clarenbeek
	G.L.C.	- Prof. mr G.L. Coolen
	M.M.D	- Mr M.M. Dolman
	J.R.G.J.	- Mr J.R.G. Jofriet
	N.J.	- Mr N. Jörg
	de R.	- Prof. mr Th. A. de Roos
	W.J.S.	- Mr W.J. Schmitz
	W.H.V.	- Mr W.H. Vermeer
	G.F.W.	- Mr G.F. Walgemoed

BIJDRAGEN

Kosovo

De terugkeer van de troepen van de FRJ in Sector B van de "Ground Safety Zone" (GSZ) en het tijdelijke detentiekamp van Dubrava

door

Kolonel mr. J.A. van den Elsen¹⁾

Inleiding

U herinnert zich allen de bombardementen op Voormalig Joegoslavië van het jaar 1999. Deze acties mondden uit in een *Peace Support* Operatie in juni van dat jaar. Het mandaat daarvoor werd gegeven bij Veiligheidsraadresolutie van de Verenigde Naties nummer 1244. Uitwerking vond plaats in een "Military Technical Agreement" (MTA). In de resolutie wordt gesproken van een bufferzone buiten het territorium van Kosovo waarachter de Joegoslavische troepen zich moesten terugtrekken. In de MTA wordt de bufferzone gedefinieerd als een zone van vijf kilometer zich uitstrekkende buiten Kosovo in de rest van het grondgebied van Voormalig Joegoslavië. Zij krijgt de naam "Ground Safety Zone" (GSZ).

Naar aanleiding van de politieke ontwikkelingen in Voormalig Joegoslavië aan het eind van het jaar 2000, komt er een discussie op gang of het niet toegestaan moet worden aan de troepen van genoemde staat de GSZ weer binnen te treden. De NAVO geeft daarvoor permissie in het voorjaar van 2001. De GSZ wordt daartoe verdeeld in een viertal sectoren: Sector A, B, C en D. De terugkeer van de Joegoslavische troepen in de vermelde sectoren van de GSZ vindt stapsgewijze plaats. Het weer binnentreden in Sector A en C vindt plaats in maart 2001. De terugkeer in Sector D in april. Hoewel problemen werden verwacht bij het binnentreden in deze sector, vindt geen noemenswaardig incident plaats.

Dat is anders voor Sector B. Het openbaar gezag aldaar is min of meer weggefallen en sinds eind 2000 in handen gekomen van rebellen van etnisch Albanese achtergrond. Wat betreft het aantal rebellen in Sector B lopen de schattingen uiteen van tussen de 800 en 1000 rebellen. In onderhandelingen hebben zij aangegeven dat zij hun posities niet zonder slag of stoot zullen prijsgeven. De troepenmacht die belast is met de uitvoering van de *Peace Support* Operatie, Kosovo Force houdt dan ook als gevolg van de operatie van het weer binnentreden van de Joegoslavische troepen in Sector B van de GSZ rekening met een aantal te detineren personen van rond de 500. Gedetineerd zouden zij worden die hun positie in de sector opgeven en terugkeren naar Kosovo. Daar vormen zij namelijk een gevaar voor de openbare veiligheid.

Het navolgende artikel beschrijft met name de gebeurtenissen rondom Sector B, de achter-

¹⁾ De auteur memoreert zijn ervaringen uit de periode waarin hij als de LEGAD van COMKFOR was ingezet (juridisch adviseur van de commandant van KFOR) in Kosovo: van 29 maart tot 28 juni 2001. De auteur wijst er nadrukkelijk op dat alles in dit artikel gebaseerd is op algemeen toegankelijke informatie. Om veiligheidsredenen blijven enkele aspecten van de feitelijke en juridische fineses nog geclassificeerd. Het artikel is oorspronkelijk in de Engelse taal geschreven. Ten behoeve van het MRT is het in het Nederlands vertaald.

grond van de keuze van het terrein van de gevangenis van Dubrava tot tijdelijk detentie-kamp, de basis voor 'extra-judicial' detentie en een aantal problemen dat verband houdt met het opzetten van een tijdelijk detentiekamp.

De juridisch adviseur van een *Peace Force* speelt een cruciale rol bij het opzetten van een tijdelijk detentiekamp. Zijn taak is met name het waarborgen van bepaalde rechten en procedures die gevolgd moeten worden met betrekking tot te detineren individuen. Voorts kan hij te maken krijgen met vertegenwoordigers van mensenrechtenorganisaties of het Internationale Rode Kruis. Vragen van mensenrechtenorganisaties betreffen voornamelijk hoe in het kamp wordt omgegaan met de rechten van gedetineerden. Het Internationale Rode Kruis is vooral geïnteresseerd in hoe zij behandeld worden. Wordt er voldoende rekening gehouden met hun wensen aangaande voeding, is er voldoende ruimte voor ontspanning, bestaat er voor hen de mogelijkheid tot het ontvangen van bezoek, etc.

Het tijdelijk detentiekamp is uiteindelijk 10 dagen in gebruik geweest. Op voorhand was absoluut niet in te schatten hoe de terugkeer van de Joegoslavische troepen in Sector B zou aflopen. Alle voorbereidingen waren erop gericht het kamp in ieder geval tot een maximum van 60 dagen open te houden.

Achtergrond²⁾

Op 14 mei 2001 heeft de Noord-Atlantische Raad (NAR)³⁾ toestemming gegeven voor de terugkeer van de FRJ-troepen⁴⁾ in Sector B van de Ground Safety Zone op 24 mei. Sector B van de GSZ wordt gedefinieerd als de zone van 5 km die zich uitstrekt ten oosten van de administratieve grens van Kosovo, zoals te zien is op het kaartje in Bijlage A. De GSZ is ingesteld op basis van de Military Technical Agreement (Militair Technisch Akkoord: MTA)⁵⁾ om als bufferzone tussen de FRJ-troepen en KFOR te fungeren, en aldus bescherming te bieden aan Kosovo Force (KFOR). Daar de FRJ-troepen geen bedreiging meer vormden voor KFOR, werd besloten dat zij onder bepaalde voorwaarden en gefaseerd terug mochten keren⁶⁾ naar de GSZ.

⁴⁾ KFOR (Kosovo Force) is de internationale strijdmacht die in Kosovo is opgericht onder auspiciën van de Verenigde Naties, overeenkomstig Resolutie 1244 van 10 juni 1999 van de VN-Veiligheidsraad. In deze resolutie zijn de beginselen voor een politieke oplossing voor de crisis in Kosovo door de Federale Republiek Joegoslavië (FRJ) geaccepteerd, inclusief een snelle terugtrekking van haar militaire, politie- en paramilitaire eenheden en de inzet van een internationale veiligheidspresentie, met substantiële deelname van de NAVO en verenigd *command* en *control*. In bijlage 2 bij de resolutie wordt melding gemaakt van de instelling van een bufferzone in Servië waarachter de troepen zich moesten terugtrekken. Dit en andere zaken moesten in een "Military Technical Agreement" worden uitgewerkt. Deze is ondertekend op 9 juni 1999. In de "Military Technical Agreement" (Militair Technisch Akkoord: MTA) wordt de bufferzone verdeeld in een "Air Safety Zone" en "Ground Safety Zone".

³⁾ Samengesteld uit de afgevaardigden van de lidstaten van de NAVO met de rang van ambassadeur en het hoogste besluitvormingsorgaan van de organisatie. De NAR vergadert regelmatig in Brussel.

⁴⁾ De troepen van de voormalige Republiek Joegoslavië: deze term wordt gebruikt ter aanduiding van de reguliere of politie-eenheden (inclusief lokale politie) onder het commando van de autoriteiten van de FRJ en de Republiek Servië.

⁵⁾ MTA tussen KFOR en de regering van de FRJ en de Republiek Servië van 9 juni 1999.

⁶⁾ De terugkeer van het gezag van de FRJ in Zuid-Servië is een noodzakelijke stap in het normalisatieproces zoals aangegeven in Resolutie 1244 van de Veiligheidsraad (1999) over de situatie met

Op 25 maart 2001 waren de FRJ-troepen binnengetroten in Sector A en C, hetgeen betekende dat zij in 70% van de GSZ⁷⁾ opereerden. Verwacht werd dat Sector D het eerste gebied zou zijn waar zich problemen zouden voordoen, en het weer binnentreden in die sector zou grote gevolgen hebben voor Sector B. Het aantal actieve leden van de "etnisch-Albanese gewapende groepen" (Ethnic Albanian Armed Groups: EAAGs) in Sector D werd globaal geraamd op tussen de 40 en de 60; sommige wegen konden ondermijnd zijn en er bestond een kleine kans op hinderlagen en sluipschutters, maar het was niet waarschijnlijk dat de EAAGs de confrontatie met de FRJ-troepen zouden aangaan. Verondersteld werd dat het weer binnentreden in Sector D tot vijandige reacties van Kosovo-Albanen elders in Kosovo zou kunnen leiden, bijvoorbeeld meer pesterijen gericht tegen Kosovo-Serviërs, met name in het gebied rond Vitina. Tegen de verwachting in vond de terugkeer van de FRJ-troepen in Sector D, op 14 april 2001, zonder noemenswaardige incidenten plaats. Tegen eind april waren geen gevallen gemeld van niet-nakoming van de voorwaarden of van vijandige reacties van de etnisch-Albanese bevolking, en de potentiële dreiging vanuit de binnen de Sector opererende EAAGs was uitgebleven. Alle FRJ-operaties waren volledig uitgevoerd conform de instructies van COMKFOR, neergelegd in de "Notice of COMKFOR's Intent regarding entry of FRY, Republic of Serbia Forces into GSZ Sector D".⁸⁾

Binnen Sector B bevindt zich een grote etnisch-Albanese gemeenschap. Dat was het grote verschil tussen Sector B en de andere sectoren waar de troepen al binnengetroten waren. Op het totaal van 24.600 inwoners binnen Sector B werd het aantal etnisch-Albanen geschat op 16.400 (66%). In alle dorpen in Sector B op vier na zijn etnisch-Albanen in de meerderheid.

Anders dan in de andere sectoren van de GSZ was in Sector B een groot aantal EAAGs actief. Geschat werd dat tussen de 800 en 1000 EAAG-manscappen in die sector opereerden: zij waren goed bewapend en hadden een redelijk effectieve command- en controlstructuur. Er vonden elke dag kleine tot middelgrote schermutselingen tussen de FRJ-troepen en de EAAGs plaats. De EAAGs hadden kleine versterkingen gebouwd ter voorbereiding op de verwachte terugkeer van de FRJ-troepen. Daar de EAAGs gesteund werden door de meerderheid van de etnisch-Albanese bevolking, waren er sterke aanwijzingen dat zij bij het binnentreden van de FRJ-troepen in de GSZ rechtstreeks tegenstand zouden bieden en hen tijdens de hele operatie zouden blijven bevechten.

Waarom Dubrava?

De Noord-Atlantische Raad had toestemming gegeven voor de terugkeer van de FRJ-troepen naar Sector B op 24 mei 2001. Om tactische redenen was Sector B verdeeld in drie sub-sectoren: Bravo-Noord, Bravo-Zuid en Bravo-Centrum. In fase I zouden de FRJ-
vervolg⁶⁾ betrekking tot Kosovo en moet tevens gezien worden in het licht van de regeringswisseling in de FRJ aan het einde van het jaar 2000.

⁷⁾ Zie bijlage A.

⁸⁾ Ter verdere verduidelijking van de procedures in verband met operaties door de FRJ-troepen werd een ander document gebruikt, getiteld "Document on the tactical operations". Dat bevatte een aantal grens- en controlemaatregelen, bijv. uitwisseling van communicatie, verzoeken om (artillerie) vuur, verzoeken om bijeenkomsten op contactpunten en hoe te handelen in geval van onbedoelde overschrijding van de administratieve grens van Kosovo door de FRJ-troepen.

troepen gelijktijdig binnentreden in de sub-sectoren Noord en Zuid. Een week later, waarschijnlijk 31 mei of 1 juni, in fase II, zouden de FRJ-troepen vervolgens terugkeren in sub-sector "Bravo-Centrum".

De FRJ-troepen verwachtten dat in plaats van de geschatte 800-1000 EAAG-manschappen ongeveer tussen de 2000 en 2500 EAAG-manschappen in het gebied van Sector B actief waren. Het MTA bleef van kracht tijdens de hele terugkeerperiode, en de "Notice of COMKFOR's Intent regarding entry of FRY, Republic of Serbia Forces into GSZ Sector B" gaf gedetailleerde instructies⁹⁾ over hoe de operaties moesten verlopen. COMKFOR was de uiteindelijke autoriteit wat betreft de interpretatie en toepassing van het MTA, de voorwaarden van de "Notice" en alle verdere voorwaarden die hij stelde. Zijn besluiten waren verbindend voor alle personen. Niet-nakoming door de FRJ-troepen of autoriteiten van de voorwaarden van de bovengenoemde "Notice", zou tot herroeping van de "Notice" door COMKFOR hebben kunnen leiden.

De voorziene tactieken van de FRJ-troepen tijdens hun terugkeer in Sector B¹⁰⁾ wekten bij KFOR de verwachting dat er tussen de 500 en 1000 EAAG-manschappen gedetineerd moesten worden. Zij zouden vanuit hun posities naar het westen vluchten en de administratieve grens met Kosovo overschrijden. Aangezien KFOR slechts één detentieinrichting had, die door de Amerikanen werd beheerd en "Bondsteel Detention Facility" (BDF) heette, met een capaciteit voor maximaal 192 gedetineerden, was het dringend noodzakelijk dat er nog een voorziening werd gebouwd met een veel grotere capaciteit. Het was een vanzelfsprekende keuze om de gevangenis van Dubrava - een van de zeven gevangenis-

9) Bijvoorbeeld:

- er mochten geen paramilitaire eenheden van de FRJ binnentreden in Sector B;
- het gebruik van bepaalde uitrustings- en wapensystemen was verboden, bijv. meervoudige raket-lanceerinrichtingen en alle soorten landmijnen of boobytraps;
- de FRJ-troepen mochten zich geen particuliere eigendommen toe-eigenen zonder voorafgaande vrijwillig gegeven toestemming van de eigenaar;
- de wetgeving van de FRJ en de Republiek Servië moest correct worden toegepast en zonder partijdigheid, begunstiging of affectie jegens de leden van en de personen die verantwoordelijk zijn voor de FRJ-troepen en zonder etnische, godsdienstige of raciale vooringenomenheid jegens alle personen binnen Sector B;

- in Sector B zouden de FRJ-troepen en autoriteiten het relevante recht inzake de mensenrechten en het humanitaire recht eerbiedigen, toepassen en in overeenstemming daarmee handelen.

¹⁰⁾ De FRJ-troepen bestaan uit het VJ (Joegoslavisch leger) en de MUP (Joegoslavische politie). De MUP, die overeenkomstig het MTA sinds eind 2000 mocht opereren, heeft echter in Sector B niet kunnen opereren vanwege de activiteiten van de "Ethnic Albanian Armed Groups". Tactieken van de FRJ-troepen in Sector B:

- MUP-elementen rukken op om communicatielijnen te beveiligen en controleposten op te richten met behulp van de speciale politie met een beperkt aantal licht bepantserde wielvoertuigen;

- VJ/MUP verkrijgen de controle over het belangrijkste terrein met gebruikmaking van een combinatie van onbereden en bereden troepen;

- Onbereden/bereden MUP-elementen voeren veegoperaties uit in Sector B om rebellen te isoleren en te omsingelen;

- Beperkte hoeveelheden CS (traangas) of BZ (middel tot onschadelijk maken) mogen worden gebruikt indien van de kant van de EAAGs heftige tegenstand wordt geboden;

- Dorpen die ervan worden verdacht opstandige elementen te herbergen of te steunen, worden geïsoleerd en omsingeld, maar de dorpen worden niet aangevallen;

- Het onder waarneming brengen van de posities van de rebellen, een snelle reactiemacht vormen in de achterhoede en voorbereidingen treffen voor het innemen van de gevechtsposities van de rebellen, indien nodig;

- Internationale Rode Kruis, Organisatie voor Veiligheid en Samenwerking in Europa of andere instanties wordt verzocht te assisteren bij civiel-militaire operaties.

sen/detentieinrichtingen van "Penal Management" (afdeling) van UNMIK¹¹⁾ - de andere detentieinrichting te laten worden. In de eerste plaats zou het tijdelijke kamp geïntegreerd kunnen worden in de gevangenis van Dubrava, waarvan de staf zou kunnen adviseren over zaken als veiligheid en organisatie. In de tweede plaats, los van het bestaande complex, werd een groot deel van de gevangenis van Dubrava niet gebruikt door Penal Management van UNMIK en werd het hele kamp omsloten door een muur van drie meter hoog; in verband met de veiligheid was de muur geen overbodige luxe.

Basis voor buitengerechtelijke detentie (van de EAAG-leden)

*"KFOR troops had, and still have, broad Rules of Engagement (ROE) and were (are) authorised to detain individuals for a number of reasons; however, few confinement facilities were usable at first (in 1999) ... But it was not so much facilities, or lack thereof, that posed the major problem initially. Rather, the absence of a court system meant that people had to be detained for considerable periods of time without a trial ... Moreover, the conduct of many magistrates and judges raised fears of ethnically motivated decisions."*¹²⁾

Resolutie 1244 van de VN-Veilighedsraad van 10 juni 1999 geeft COMKFOR de bevoegdheid manschappen langer te detineren dan is toegestaan op grond van de "Statement on the Right of KFOR to Apprehend and Detain" (Verklaring inzake het recht van KFOR tot arrestatie en detentie) van de speciale vertegenwoordiger van de Secretaris-Generaal van de VN (SRSG)¹³⁾ van 4 juli 1999.¹⁴⁾ Paragraaf 7 van Resolutie 1244 van de VN-Veilighedsraad geeft de desbetreffende internationale organisaties (in casu de NAVO¹⁵⁾) de bevoegdheid *"to establish the international security presence in Kosovo with all necessary means to fulfill its responsibilities under paragraph 9"* van de resolutie. De taken en verantwoordelijkheden van de in te zetten internationale veiligheidspresentie hielden in:

- demilitariseren van de Kosovo-Albanese groepen, indien nodig;
- scheppen van een veilige omgeving waarin vluchtelingen en ontheemden veilig naar huis kunnen terugkeren, de internationale civiele presentie kan worden gestationeerd, etc.;
- waarborgen van de openbare orde en veiligheid tot de internationale civiele presentie

¹¹⁾ United Nations Mission in Kosovo (Missie van de Verenigde Naties in Kosovo)

¹²⁾ "The Handbook of the Law of Visiting Forces", geredigeerd door Dieter Fleck, met bijdragen van onder anderen Max Johnson, V/2, "Other International Military Headquarters, IV. Headquarters KFOR, bladzijde 342, Oxford University Press, juli 2001.

¹³⁾ De SRSG wordt benoemd door de Secretaris-Generaal van de VN. Zijn taak is toezicht houden op de implementatie van de internationale civiele presentie die tot taak heeft te zorgen voor een interim-bestuur voor Kosovo (UNMIK), waaronder de bevolking van Kosovo binnen de Federale Republiek Joegoslavië substantiële autonomie zou moeten genieten.

¹⁴⁾ Deze verklaring verleent KFOR impliciet de bevoegdheden tot vrijheidsbenemende maatregelen bedoeld in de artikelen 191, 195 en 196 van het Joegoslavische Wetboek van Strafvordering van 1977. Wat betreft gerechtelijke detentie heeft COMKFOR op grond daarvan de bevoegdheid personen maximaal drie dagen te detineren.

¹⁵⁾ Zoals bepaald in punt 4 van Bijlage 2 van Resolutie 1244 moest de internationale veiligheidspresentie met substantiële NAVO-deelname onder een verenigd gezag (*command* en *control*) worden ingezet en worden gemachtigd een veilige omgeving te scheppen voor alle mensen in Kosovo en de veilige terugkeer naar huis te bewerkstelligen van alle ontheemden en vluchtelingen.

die taken en verantwoordelijkheden kan overnemen;

- verhinderen van nieuwe vijandelijkheden door afschrikking;
- bewaken van de externe/interne grens.

In artikel 1, tweede lid, van het MTA wordt duidelijk bepaald dat KFOR ongehinderd binnen Kosovo opereert en gemachtigd is alle noodzakelijke maatregelen te nemen voor het scheppen en in stand houden van een veilige omgeving voor alle burgers van Kosovo.

In Aanhangsel B bepaalt het MTA dat COMKFOR bevoegd is, zonder inmenging of permissie, alles te doen wat hij nodig en juist acht, inclusief het gebruik van militair geweld, voor de uitvoering van de taken en verantwoordelijkheden bedoeld in het MTA en het vredesakkoord (*Peace Settlement*)¹⁶). Op basis van deze documenten was COMKFOR bevoegd personen te detineren.

De bevoegdheid tot detentie kan ook worden afgeleid uit de Vijfde Haagse Conventie "Respecting the Rights and Duties of Neutral Powers and Persons in Case of War on Land" van 1907. Artikel 11 bepaalt: "*A neutral Power which receives on its territory troops belonging to the belligerent armies shall intern them, as far as possible, at a distance from the theatre of war. It may keep them in camps and even confine them in fortresses or in places set apart for this purpose.*" Naar analogie daarvan kan KFOR als een neutrale mogendheid worden beschouwd die tussen de troepen van de Federale Republiek Joegoslavië (FRJ) en de etnisch-Albanese gewapende groepen (EAAGs) zit ingeklemd.

COMKFOR stelt gedetineerde personen in vrijheid wanneer zij geen grote bedreiging meer vormen voor een veilige en beschermde omgeving in Kosovo, voor de bevolking van Kosovo, voor de manschappen van KFOR of voor de in Kosovo werkzame leden van de internationale gemeenschap.

Eenzijds was de uitoefening van de buitengerechtelijke detentie door COMKFOR een militaire noodzaak bij de aanpak van de EAAGs:

- UNMIK kon de problemen van een dermate omvang niet aan. Men moest bijvoorbeeld nagaan of het rechtssysteem berekend zou zijn op ongeveer 500 gedetineerden tijdens en na de terugkeer van de FRJ-troepen in Sector B. Een verordening van UNMIK over illegale overschrijding van de externe/interne grens¹⁷) zou op 24 mei¹⁸) in werking hebben moeten treden, maar

(1) Penal Management van UNMIK had in die tijd de grootste moeite om het aantal te detineren gevangenen aan te kunnen: een verdere verhoging van dat aantal zou een ware, zo niet onmogelijke last gebleken zijn;

(2) De politie van UNMIK had nog geen geschikte training gehad in verband met de voorgestelde verordening;

(3) "UN Judicial Affairs Office" had niet genoeg openbare aanklagers en rechters en er was onvoldoende geld toegewezen voor administratieve ondersteuning.

¹⁶) Namelijk de opdracht verleend in Resolutie 1244.

¹⁷) De precieze titel is: "Regulation no. 2001/10 on the prohibition of unauthorised border/boundary crossings." Er is wel nogal aangedrongen op eerdere inwerkingtreding van de verordening.

¹⁸) Voor die datum verbood artikel 249 van het Wetboek van Strafvordering van de FRJ slechts de onrechtmatige overschrijding van de staatsgrens maar niet de overschrijding van de grens met Kosovo. De straffen die wegens overtreding van dat artikel werden opgelegd waren mild.

- Informatie van inlichtingendiensten die de aanhouding van een lid van de EAAG legitimeert zou mogelijk niet vrijgegeven kunnen worden aan een rechterlijke instantie of externe bronnen. Als dat zou gebeuren zouden geclassificeerde operaties en het leven van de manschappen van KFOR in gevaar kunnen worden gebracht.

Anderzijds is het de bedoeling van COMKFOR detentieoperaties zo snel mogelijk te beëindigen of in elk geval het aantal onder zijn gezag vastgehouden gedetineerden te beperken. COMKFOR heeft UNMIK dringend om de implementatie verzocht van verordeningen inzake het verbod van onrechtmatige overschrijding van de externe/interne grens en deelname aan terroristische activiteiten¹⁹⁾, en om implementatie van wetgeving tot regulering van het wapenbezit²⁰⁾. Op grond van dergelijke wetgeving zou het justitieel systeem van UNMIK bevoegd zijn geweest individuen die aansprakelijk zijn vanwege steun aan terroristische activiteiten aan te houden, te berechten, veroordelen en op te sluiten. Maar omdat het strafrecht slechts individuele personen en geen groepen strafbaar stelt, blijft buitengerechtelijke detentie een belangrijk instrument in handen van COMKFOR zolang de operationele situatie in de gebieden langs de externe/interne grens van Kosovo die detentie noodzakelijk maakt. De situatie in de grensstreken zou het beste vergeleken kunnen worden met een niet-internationaal gewapend conflict of met omstandigheden daar net onder die niet vallen onder het begrip '*non-international armed conflict*', wanneer er sprake is van oproer met een aantal interne ongeregeldeheden en spanningen, zoals rellen, daden van geweld en andere handelingen van soortgelijke aard. In dat soort situaties is detentie voor KFOR vaak de enige manier om een veilige en beschermde omgeving te scheppen en in stand te houden. Deze zienswijze is nooit door de UNMIK-autoriteiten of de UNMIK-politie betwist. Men moet zich de bedreiging voor een veilige en beschermde omgeving eens voorstellen die wordt gevormd door een groep van pakweg 31 mannen met geweren en munitie die de grens van Kosovo overschrijden. Voordat KFOR in actie kan komen, verspreidt de groep zich en slaat op de vlucht, maar keert een kwartier later terug, zonder de geweren en munitie. Hoewel de munitie en geweren later worden gevonden, in vooraf goed geprepareerde en bedekte kuilen in de grond (zogenoemde "*weapon caches*" [geheime bergplaatsen voor wapens]), kan de openbare aanklager dan nog geen koppeling leggen tussen de wapens en de individuele personen binnen de groep, bij gebrek aan forensisch bewijs of positieve identificatie van de betrokken personen. Daarom zal hij onvoldoende bewijs tegen hen hebben. Moet ook KFOR geen actie ondernemen en deze mannen de externelinterne grens laten overschrijden wanneer uit dwingende inlichtingen blijkt dat die individuen betrokken zijn bij terroristische activiteiten?

Het tijdelijk detentiekamp van Dubrava

Naar aanleiding van het vereiste van een ander detentiekamp moest een aantal zaken worden geregeld:

Een duidelijke scheiding tussen de verantwoordelijkheden in de gevangenis van Dubrava en die in het tijdelijk detentiekamp van Dubrava (Dubrava Temporary Detention Facility: DTFD)

¹⁹⁾ Regulation no. 2001/12 on the prohibition of terrorism and related offences

²⁰⁾ Regulation no. 2001/17 on the authorisation of possession of weapons in Kosovo

Aandachtspunten

De in het DTDF gedetineerde personen moeten onder het gezag van COMKFOR in buitengerechtigde detentie blijven; de gevangenen of de mensen die zich in voorlopige hechtenis bevinden in de gevangenis van Dubrava zijn veroordeeld wegens misdrijven of zijn in afwachting van de afloop van hun proces. Penal Management van UNMIK heeft de taak het strafrechtelijk systeem in Kosovo te handhaven en uit te voeren op basis van resolutie 1244 van de VN-Veiligheidsraad (UNSCR 1244), terwijl KFOR, in de uitoefening van zijn verantwoordelijkheid voor het scheppen van een veilige en beschermde omgeving (op basis van UNSCR 1244), op zoek was naar een tijdelijke oplossing voor het detineren van een aantal EAAG-manschappen. Er moest een *Memorandum of Understanding* (MOU) tussen Penal Management van UNMIK en KFOR worden opgesteld om alle kwesties te regelen inzake de verantwoordelijkheid, veiligheid, de duur van de termijn die KFOR het DTDF verwachtte te gebruiken, etc.

Praktische uitvoering

Op 24 mei werd een dergelijk MOU ondertekend. Het zou zo lang als nodig was van kracht blijven, maar ten hoogste 60 dagen, behoudens wijziging of verlenging. Het MOU legde het functioneren van het DTDF vast, met dien verstande dat het een tijdelijk kamp betrof dat onafhankelijk was van de gevangenis van Dubrava en Penal Management van UNMIK. UNMIK gaf uiting aan zijn bezorgdheid dat “tijdelijk” permanent zou worden. Verder zouden het DTDF en de gevangenis van Dubrava samenwerken op belangrijke terreinen als *force protection*, beveiliging, de uitwisseling van informatie, spoedeisende reacties op medische noodgevallen en crisissituaties in beide faciliteiten. Penal Management van UNMIK zou indien nodig een aanvullende training verzorgen voor de in het DTDF te werk gestelde manschappen van KFOR. UNMIK zou de SOPs²¹⁾ van KFOR en het DTDF onderzoeken en aanbevelingen doen voor verbeteringen op elk aandachtsgebied. KFOR zou die aanbevelingen vervolgens in overweging nemen. Maar de operationele overwegingen en *force protection* waren de eerste prioriteit van KFOR. Er kwam een uitstekende werkrelatie tot stand tussen de uit het Verenigd Koninkrijk afkomstige directeur van de gevangenis en de commandant van het DTDF. Als gevolg daarvan werd diens advies met grote instemming verwelkomd. Twee keer per dag kwamen de leidinggevenden van het DTDF en van de gevangenis van Dubrava bijeen om operationele kwesties te bespreken. De buitenste omheining van het gecombineerde kamp zou door KFOR worden bewaakt vanaf de komst van de eerste gedetineerde tot de invrijheidstelling/overbrenging van de laatste.

Bemanning van het DTDF

Aandachtspunten

Vanwege de complexe relatie tussen kwesties inzake de mensenrechten en de behandeling van de gedetineerden moest de commandant van het DTDF een professioneel opgeleide functionaris van de Military Police (MP) zijn. De eerste aanbeveling in de staf was dat de Provost Marshall (hoofd van de militaire politie) van KFOR²²⁾ deze taak op zich zou nemen en dat het betrokken land (Italië) uitgenodigd zou worden om de benoeming goed te keuren; deze functionaris zou persoonlijk en beroepsmatig de verantwoordelijkheid hebben

²¹⁾ Standard Operating Procedures

²²⁾ Begin mei 2001 was dit een Italiaanse functionaris

voor de *command* en *control* ten aanzien van alle gedetineerden in het DTDF. Naar analogie van het bepaalde in artikel 12 van het Derde Verdrag van Genève (Krijgsgevangenen) kan implementatie van (nationaal) detentiebeleid (in dit geval Italiaans) nodig zijn indien dat van een hogere standaard is dan het beleid dat momenteel in "Bondsteel Detention Facility" wordt gevoerd. Ook zou het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens een rol spelen, aangezien de gedetineerden onder de jurisdictie²³⁾ van de Europese commandant zouden vallen.

Daarom moesten MP-mansschappen deel uitmaken van de bewakingseenheid van het DTDF om als '*interface staff*' te fungeren ten opzichte van de gedetineerden. Er zou een nationaal of internationaal MP-team gevormd moeten worden, met goede ondersteuning van tolken, om de communicatie met en de leiding over de gedetineerden zeker te stellen. In mei 2001 was MP-personeel, ondanks de bereidheid van diverse landen om MPs voor het DTDF te leveren, bij KFOR niet in grote getale aanwezig.

Praktische uitvoering

Het DTDF werd als een operationele unit van KFOR beschouwd waarvoor de chef staf van KFOR rechtstreeks verantwoordelijk was. Het kostte wat moeite een commandant te vinden, maar uiteindelijk werd een Britse kolonel uit het hoofdkwartier van KFOR met een achtergrond in de militaire politie als zodanig aangewezen. De aan KFOR verbonden juridisch adviseur en het "Public Information Office" van KFOR waren vertegenwoordigd in zijn persoonlijke staf. Het DTDF had een normale militaire bezetting met S1, S2/3 en S4. De plaatsvervangend commandant was tegelijkertijd de veiligheidsfunctionaris. Hij had de leiding van het operatiecentrum, dat toezicht hield op alle bewegingen van de gedetineerden binnen de compound voor de gedetineerden en zone 2²⁴⁾. Hieronder vielen alle bewegingen naar en van het medisch centrum en het bezoekerscentrum²⁵⁾.

Vanzelfsprekend zouden bewegingen van de gedetineerden alleen mogelijk zijn met toestemming van het operatiecentrum. De liaisonofficier voor de gevangenis van Dubrava en het MP-peloton, de teams met waakhonden en de tolken kregen instructies vanuit het operatiecentrum.

Uitsluitend MPs hadden rechtstreeks contact met de gedetineerden. De MPs droegen de persoonlijke standaarduitrusting van de politie (handboeien en wapenstok) wanneer zij in de compound van de gedetineerden werkten. De aanwezigheid van de waakhonden vormde een belangrijk afschrikkend middel, en het gebruik daarvan werd zorgvuldig gecoördineerd overeenkomstig het advies van de eerst verantwoordelijke africhter van de honden. Buiten de compound van de gedetineerden werden alle bewegingen van de gedetineerden begeleid met ten minste één waakhond.

De S4-sectie omvatte het medisch personeel, het team voor de catering, het technisch team, waterteam en generatorteam²⁶⁾. De bewakingseenheid bestond uit drie pelotons en

²³⁾ Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, artikel 1

²⁴⁾ De veiligheidszones binnen het DTDF waren als volgt: zone 1: compound voor de gedetineerden; zone 2: het gebied binnen de muur van de gevangenis; zone 3: het gebied tussen de ommuring van de gevangenis en de buitenste driedubbele prikkeldraadomheining; zone 4: het gebied buiten de buitenste driedubbele prikkeldraadomheining.

²⁵⁾ Bijlage B bevat een plattegrond van het DTDF.

²⁶⁾ Dit team was zeer belangrijk voor de elektriciteitsvoorziening, namelijk om de verlichting 's-nachts aan te kunnen houden.

opereerde onder leiding van de S2/3. Deze eenheid werd ingezet binnen de zones 2 en 3²⁷⁾ en de wachttorens. Vóór de komst van de eerste gedetineerden was een plan voor het oppakken van potentiële ontsnapte gedetineerden binnen zone 4²⁸⁾ opgesteld en beoefend. Het DTDF werd bemand door in totaal ongeveer 170 personeelsleden uit 15 landen²⁹⁾.

Gedetailleerde orders/standard operating procedures (SOP)

Aandachtspunten

Er moesten SOP worden geschreven voor het dagelijkse functioneren van het DTDF. Verder moest er tijd worden vrijgemaakt voor het verzorgen van training. Daar de technische activiteiten inzake het DTDF slechts enkele dagen voor 24 mei zouden zijn afgerond, kon men niet zeggen dat er 'passende tijd' was ingeruimd voor training, met name wat betreft de *rules of engagement* (ROE).

Praktische uitvoering

In de SOP was de intentie van de commandant als volgt neergelegd:

“The multinational unit operating DTDF must apply procedures, standards of professional care and humanitarian conditions in accordance with international law, human rights and security procedures as effective at Camp Bondsteel Detention Facility”.

De belangrijkste aspecten die onder de SOP vielen waren het concept van de operaties, de beveiliging van de gedetineerden, de bewakingseenheid, de ROE, administratie, alsmede *command* en *control*. Het bestaande omheiningssysteem leverde een duidelijk gevaar voor ontsnapping door gedetineerden op. De directeur van Penal Management van UNMIK had gezegd dat het DTDF gemakkelijk 50 of 100 gedetineerden zou kunnen verliezen en hij gaf in dat verband adviezen.

Het meest gevoelige deel van de SOP waren de ROE die door de bewakingseenheid moesten worden gebruikt. In dit artikel bepalen de ROE de mate waarin en de wijze³⁰⁾ waarop geweld mag worden gebruikt en leggen zij vast binnen welke beperkingen de bewakingseenheid kan optreden. In volgorde van belangrijkheid waren de geweldsmiddelen met de meeste impact:

- waakhonden: deze zouden slechts op gedetineerden worden losgelaten om ontsnapping te voorkomen of om aangevallen personeel te beschermen; op het gebruik van waakhonden zijn ook nationale beperkingen van toepassing;

- geweer met gummikogels - rubberkogels: voor het aanwenden van dit soort geweld is toestemming van de commandant van het DTDF nodig; rubberkogels zijn bedoeld om te worden gebruikt in zeer ongeregelde situaties, wanneer de bewakingseenheid binnen zone 1 of 2 door een massale ontsnappingspoging onder de voet dreigt te worden gelopen.

In de periode waarin het DTDF gebruikt werd, was het feitelijke gebruik van dit soort middelen niet nodig.

²⁷⁾ Zie noot 24.

²⁸⁾ Zie noot 24.

²⁹⁾ Een van de kleine problemen die moesten worden opgelost was het ontbreken van voldoende beheersing van de Engelse taal.

³⁰⁾ Deze definitie wordt gebruikt door het Internationale Comité van het Rode Kruis in zijn "Model Manual on the Law of Armed Conflict for Armed Forces", hoofdstuk 20, "Peace Support Operations", bladzijde 1501151, Geneva, 1999

Een code voor de beperking van de privileges van de gedetineerden

Aandachtspunten

Het was essentieel een code op te stellen voor de omgang met, de discipline van en het toezicht op de gedetineerden.

Praktische uitvoering

Uit de SOP bleek zeer duidelijk dat gedetineerden die storend gedrag bleken te vertonen of betrokken waren bij een aanval op het personeel van het DTDF naar de "Bondsteel Detention Facility (BDF)"³¹⁾ zouden worden gestuurd zodra er helikopters beschikbaar waren voor het vervoer. De enige andere sancties die als reactie op ongedisciplineerd gedrag konden worden opgelegd waren het ontnemen van privileges wat betreft sigaretten en het afzonderen in een aparte compound met tenten. De commandant van het DTDF had de uitsluitende bevoegdheid wat dat betreft. In de praktijk was er één geval van ongedisciplineerd gedrag, waarbij het ging om een gedetineerde die onder het prikkeldraad door kroop om in de aangrenzende bewoonde compound met tenten te komen. Dit werd opgemerkt door een lid van de staf, waarna de commandant besloot de gedetineerde in een aparte tent af te zonderen, waar hij 24 uur werd vastgehouden.

Verplichte toegang tot aangewezen functionarissen of activiteiten

Aandachtspunten

De gedetineerden dienen hun godsdienstige verplichtingen te kunnen naleven en toegang te hebben tot advocaten en een imam. De OVSE³²⁾ heeft aanbevolen aan deze kwesties veel aandacht te besteden.

Praktische uitvoering

De gedetineerden kregen toegang tot raadslieden en tijdens de gesprekken werd geheimhouding gegarandeerd. De gesprekken met raadslieden werden in de tenten voor bezoekers gehouden en het MP-personeel bleef buiten. Uiteraard werden de gedetineerden volledig gefouilleerd voor en na de ontmoetingen met raadslieden. Ook mochten zij zonder inspectie alle juridische documentatie houden.

Omdat een groot percentage van de gedetineerden moslim was, werd gezorgd voor toegang tot een imam. Hiertoe was een speciale tent ingericht op de compound. Daar werden ook religieuze vieringen gehouden.

Detentieklimaat

Aandachtspunten

Zaken als communicatie met de gedetineerden, privileges wat betreft sigaretten, de mogelijkheid om te telefoneren en de bezoeksregeling waren van groot belang voor het klimaat in het detentiekamp en moesten daarom worden geregeld.

Praktische uitvoering

De commandant van het DTDF had elke dag contact met de gedetineerden. Dit werd zeer

³¹⁾ BDF werd veiliger geacht.

³²⁾ Organisatie voor Veiligheid en Samenwerking in Europa

gewaardeerd, er werd informatie gegeven, en bepaalde zaken (zoals procedures) werden uitgelegd. Op deze wijze kon duidelijk worden gemaakt dat de eerste 65 gedetineerden speciaal vanwege training van het BDF naar het DTDF waren gebracht. Verder werd binnen KFOR het besluit genomen dat gedurende de periode van de terugkeer van de FRJ-troepen in Sector B alle nieuwe gedetineerden in het BDF zouden worden geregistreerd en vervolgens naar het DTDF zouden worden vervoerd. Een ander besproken punt was de keuze van de gevangenis van Dubrava als het extra detentiekamp. Deze gevangenis was de plaats waar, vlak voor het einde van de bombardementen in Kosovo, circa 130 mensen door FRJ-troepen waren doodgeschoten. In de ogen van de gedetineerden waren dat martelaars. Een getrokken les was dat dit contact tussen de commandant van het DTDF en de gedetineerden van groot belang is en de situatie verlicht.

Hoewel dit waarschijnlijk moeilijk te begrijpen is voor buitenstaanders, is de mogelijkheid tot het verkrijgen van sigaretten binnen elk detentiekamp in Kosovo een zeer belangrijk punt. De gedetineerden kregen op eigen verzoek één sigaret per keer. Sigaretten konden alleen met machtiging van de commandant van het DTDF worden geweigerd.

De gedetineerden mochten een diensttelefoon gebruiken voor contact met familie. De telefoongesprekken werden gevolgd door de tolken van de staf; de gedetineerden mochten één keer per week vijf minuten telefoneren. De bezoeksregeling hield in dat naaste familieleden een gedetineerde drie dagen per week 's-middags konden bezoeken (vrijdag, zaterdag en zondag). De maximumduur van een bezoek was twintig minuten.

Verzoek om advies

Aandachtspunten

Met het Internationale Comité van het Rode Kruis (ICRC) en andere organisaties zoals de OVSE moest contact worden opgenomen in verband met ondersteuning en advies.

Praktische uitvoering

Het ICRC heeft het DTDF twee dagen voor het zijn deuren opende bezocht. Dit werd gepland om advies te verkrijgen en ten behoeve van de coördinatie van procedures en regelingen voor bezoek door die organisatie. In de periode van tien dagen waarin het DTDF in gebruik was, heeft het ICRC het kamp regelmatig bezocht. De materiële en psychologische omstandigheden van de detentie werden als goed beoordeeld. Dit kwam waarschijnlijk gedeeltelijk door het feit dat de bewakingseenheid en de staf van het DTDF onder min of meer dezelfde omstandigheden als de gedetineerden moesten leven³³). In de winter zouden de levensomstandigheden voor beide categorieën onaanvaardbaar zijn geweest. Volgens de commandant van het DTDF had het ICRC met name waardering voor het regelmatig kritisch doorlichten van de dossiers van de gedetineerden, hetgeen tot een aantal invrijheidstellingen leidde, de inspanningen voor maaltijdverstrekkingen waarbij rekening werd gehouden met de culturele gewoonten, de stipte organisatie van familiebezoeken, de gelegenheid tot telefoneren die de gedetineerden kregen, de bezoeken van religieuze leiders en het dagelijkse bezoek van de commandant van het DTDF en het contact tussen hem en de gedetineerden.

³³) Beide categorieën leefden in tenten

Inspanningen voor de oplossing van het conflict met vreedzame middelen

Toen de voorbereidingen voor de aanleg van het DTDF in de eindfase waren (medio mei), waren de onderhandelingen nog aan de gang tussen het coördinatieorgaan voor de gemeenten Presovo, Bujanovac en Medvedja³⁴⁾ van de FRJ en de Republiek Servië en de vertegenwoordigers van de etnisch-Albanese gemeenschap in Zuid-Servië. Die onderhandelingen, die gefaciliteerd werden door de NAVO via ambassadeur P.C. Feith, persoonlijk afgezat van de Secretaris-Generaal, moesten nog tot bemoedigende aanwijzingen leiden voor een vreedzame oplossing van de problemen die samenhangen met de EAAG-bezetting van sector B van de GSZ. De sleutel tot een vreedzame en duurzame oplossing voor het gebied ligt in een programma inzake vertrouwenwekkende maatregelen (*Confidence-Building Measures*: CBMs) en andere hervormingen door de autoriteiten van de FRJ, waarin de politieke, sociale en economische grieven van de Albanese gemeenschap worden behandeld.

Dr. Covic³⁵⁾ stelde een plan voor ten behoeve van de terugkeer van het gezag van de FRJ in de Presovo-vallei (sector B) en stelde een aantal CBMs op die stapsgewijs geïmplementeerd moesten worden. Hoewel de terugkeer van de FRJ-troepen in volle gang was, was er maar zeer weinig vooruitgang geboekt met een aantal door hem voorgestelde maatregelen³⁶⁾, zoals:

- de integratie van Albanen in het staats- en sociale systeem wat betreft hun mensenrechten, en een grotere vertegenwoordiging van Albanen in de overheidsdiensten, de economische en de publieke sector en in uitvoerende raden, gemeentelijke organen en het parlement van de Republiek Servië ingevolge wetswijzigingen;
- politieke maatregelen genomen door multi-etnische politiepatrouilles;
- een plan voor economische en sociale opleving van de regio met internationale financiële steun, waaronder wegeaanleg, watervoorziening, elektriciteits- en telefoonnetten in alle dorpen en inventarisatie en herstel van alle verlaten Albanese huizen voor de huisvesting van intern ontheemde Albanen die bereid zijn terug te keren.

Aangenomen werd dat er meer tijd ingeruimd zou worden voor de beginnende onderhandelingen. De autoriteiten van de FRJ leken van plan te zijn een aantal CBMs te implementeren, maar het eigenlijke probleem was dat het nog wel een tijd zou duren voordat de CBMs door de Albanese gemeenschap in Zuid-Servië werden erkend en aanvaard.

Dr. Covic begreep heel goed dat de terugkeer van de FRJ-troepen in Sector B een gecompliceerdere kwestie was dan hun terugkeer in de andere sectoren. Hoewel er naar een vreedzame oplossing werd gezocht, was het duidelijk dat de FRJ-troepen voorbereid moesten zijn op vechten als de situatie daarom zou vragen. Maar wanneer het commitment van de FRJ aan het onderhandelingsproces zou zijn aanvaard, zou de kans op succesvolle onderhandelingen toenemen en kon er meer vooruitgang worden verwacht. Derhalve zou het EAAG-verzet tegen de terugkeer van de FRJ-troepen verflauwen na een succesvol resultaat aan de onderhandelingstafel.

³⁴⁾ De belangrijkste steden in sector B

³⁵⁾ Vice-premier van de FRJ en politiek verantwoordelijk voor de onderhandelingen met de EAAGs

³⁶⁾ Plan Covic, Hoofdstuk 1, deel II, sectie A, van 6 februari 2001

In de weken voor 24 mei 2001 werd een gezamenlijke verklaring tussen de twee zijden besproken. Zowel het coördinatieorgaan voor de gemeenten Presovo, Bujanovac en Medvedja van de FRJ en de Republiek Servië als de vertegenwoordigers van de etnisch-Albanese gemeenschap stemden ermee in een aantal maatregelen te nemen. Die hielden in:

- implementatie van de volledige demilitarisering van de EAAGs in Sector B door ontmanteling van alle paramilitaire organisaties in het gebied, vrijwillige ontwapening en inzameling van zwaar wapentuig in Kosovo³⁷⁾;
- de belofte van de FRJ-autoriteiten om geen strafrechtelijke procedures³⁸⁾ in te stellen tegen voormalige manschappen van de EAAGs die van plan zijn te goeder trouw mee te werken aan het demilitariseringsprogramma;
- aanvaarding van de steun van de OVSE bij de oprichting van een multi-etnische politiemacht, met inbegrip van voormalige leden van de EAAGs;
- bevordering en vergemakkelijking van de terugkeer van vluchtelingen en intern ont-heemden naar hun vroegere huizen in Zuid-Servië, in nauwe samenwerking met de UNHCR³⁹⁾.

In een poging de spanning in de regio te verminderen heeft COMKFOR tegelijkertijd een specifiek beleid jegens de EAAGs ontwikkeld. Hij stimuleerde hen niet te vechten maar in plaats daarvan tijdelijk naar Kosovo te gaan vóór de terugkeer van de FRJ-troepen in Sector B, waardoor hij de kans op gevechten binnen de GSZ en de uitstraling daarvan naar Kosovo verminderde. Hij gaf de leden van de EAAGs hiertoe de gelegenheid tussen 12.00 uur op 16 mei 2001 en 8.00 uur op 24 mei. Binnen die periode mochten zij de grens met Kosovo overschrijden zonder gedetineerd te worden. Wanneer zij dat zouden doen, zouden de leden van de EAAGs worden gescreend en hun wapens en militaire uitrusting zouden in beslag worden genomen. Na de screening zouden leden van de EAAGs worden vrijgelaten, behalve zij die weerstand boden aan KFOR of die probeerden te infiltreren in Kosovo door patrouilles en/of posities van KFOR te ontlopen: deze zouden worden gedetineerd.

Feitelijk functioneren van het DTDF

Het DTDF opende zijn deuren in de namiddag van 24 mei 2001. Er bevonden zich in totaal 65 gedetineerden. Eén gedetineerde werd teruggestuurd naar het BDF: hij vormde een veiligheidsrisico (gevaarlijke achtergrond) en had nooit naar het DTDF gezonden

³⁷⁾ Op verzoek zou KFOR assistentie kunnen verlenen

³⁸⁾ De aankondiging van de FRJ-regering begon met de woorden: "Amnestie is een oplossing". Er werd vrijstelling verleend "van strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens illegale organisatie en bezit van wapens voor alle burgers van de gemeenten Presovo, Bujanovac en Medvedja die zich uiterlijk op 24 mei melden bij het coördinatieorgaan, de lokale politie of leden van de JSF (Joint Security Forces) (= FRJ-troepen) en wapens, uniformen en andere militaire uitrusting die zij onrechtmatig bezitten inleveren, of de locaties van mijnenvelden doorgeven en markeren..." Tevens was vrijstelling mogelijk wanneer een persoon zich in een gebied bevond dat in handen was van gewapende extremisten en zich daardoor vóór 24 mei 2001 niet kon melden of geen wapens en militaire uitrusting die hij bezat kon inleveren. Hoe het ook zij, het is de vraag of een persoon die aan de criteria van de aankondiging voldeed niet vervolgd kon worden wegens gewapende rebellie of andere delicten op grond van het strafrecht van de FRJ.

³⁹⁾ Hoge Commissaris van de Verenigde Naties voor de vluchtelingen

mogen worden. Bij de sluiting van het DTDF op 3 juni bevonden zich nog 24 gedetineerden in het kamp, die teruggebracht moesten worden naar het BDF.

De toestand in het DTDF in de periode dat het in gebruik was, kan het beste worden omschreven als rustig; wel waren de gedetineerden ongerust wat betreft hun kansen op invrijheidstelling, gezien de veranderende omstandigheden in de Presovo-vallei (Sector B). Hun grootste klacht was het sterke gevoel van onrechtvaardigheid dat zij hadden in verband met de geldende regels ten tijde van hun eigen detentie en de recente '*window of opportunity*' die voor screening en vrijlating werd geboden (hierboven vermeld). COMKFOR bezocht het DTDF op 26 mei en zei dat alle gevallen van detentie zouden worden onderzocht met de bedoeling zoveel mogelijk gedetineerden in vrijheid te stellen. Uiteraard zou dit afhangen van de mate waarin de operatie in Sector B vorderde. Hij was van mening dat de EAAG-leden van ineengestorte en ontbonden facties in vrijheid konden worden gesteld. Derhalve werden de gevallen van alle 64 gedetineerden opnieuw bekeken, waarna 40 van hen in vrijheid werden gesteld. De commandant van het DTDF adviseerde geen gedetineerden naar het BDF terug te sturen, behalve als het DTDF werd gesloten. Hij kantte zich speciaal sterk tegen individuele terugzendingen, omdat de sfeer binnen het DTDF daardoor onrustig zou kunnen worden en omdat dat als een straf zou kunnen worden opgevat, met toenemende spanningen en kansen op ongeregelde als gevolg. De enige uitzondering daarop zou een gedetineerde met onaanvaardbaar storend gedrag zijn, en het afschrikwekkend middel van iemand terugzenden naar het BDF zou een enorme invloed hebben op de omgang met de gedetineerden.

Een getrokken les was dat in het DTDF in feite maximaal 250 gedetineerden konden worden ondergebracht in plaats van 500. Daarom zou, als de operatie in Sector B minder succesvol was, het kamp geen capaciteit hebben gehad voor alle oorspronkelijk geplande 500 gedetineerden.

Enkele afsluitende opmerkingen

1. Vooraf waren diverse kwesties overwogen voor het geval de operatie in Sector B minder gunstig zou verlopen - bijvoorbeeld, of KFOR tamelijk snel zou kunnen reageren op een verzoek van de FRJ om artillerievuur in de GSZ, of KFOR voor enkele dorpen de instelling van een zone waarbinnen niet gevuurd mag worden zou moeten overwegen, en wat KFOR zou doen bij de ontdekking dat de FRJ-troepen excessief geweld gebruikten. Verder werpt dit laatste punt de vraag op wanneer sprake is van excessief geweld: schieten op ongewapende Albanezen of op leden van de EAAGs die zich overgeven, of artillerie gebruiken als reactie op vuur van lichte wapens? Wat werd KFOR in dergelijke situaties geacht te doen? Alleen maar reactief een gezamenlijk onderzoek met de FRJ-troepen opzetten, de procedures volgen en protest aantekenen, of meer pro-actief zijn en een dergelijk voorval vóór zijn door te proberen de FRJ-troepen te monitoren zodat zij geen excessief geweld zouden gebruiken? Wat had er moeten gebeuren als er een telefoontje was gekomen van iemand die zei dat hij zich in de GSZ bevond en getuige was van excessief geweld begaan door FRJ-troepen of EAAGs: is dat bewijsmateriaal?

Gelukkig was de terugkeer van de FRJ-troepen in Sector B van de GSZ een succes, dankzij de inspanningen van het coördinatieorgaan voor de gemeenten Presovo, Bujanovac en Medvedja van de FRJ en de Republiek Servië en de vertegenwoordigers van de etnisch-Albanese gemeenschap in Zuid-Servië, welke inspanningen gefaciliteerd werden door de NAVO wat betreft de politieke kant en door de uitweg die door COMKFOR

tussen 16 en 24 mei werd geboden wat betreft de militaire kant.

2. In *Peace Support Operaties* als die in Haïti, Oost-Timor en Kosovo, waar de situatie in sommige gebieden het beste vergeleken zou kunnen worden met een niet-internationaal gewapend conflict of omstandigheden daar net onder die niet vallen onder het begrip '*non-international armed conflict*', wanneer er sprake is van oproer met interne ongeregeldeheden en spanningen, zoals rellen, daden van geweld en andere handelingen van soortgelijke aard, is detentie eigenlijk het enige middel dat de vredesmacht heeft om een veilige en beschermde omgeving te scheppen en in stand te houden. Openbare veiligheid wordt door de meeste Balkandeskundigen gezien als de spil voor het slagen of mislukken van een operatie als die in Kosovo. Het is een essentieel deel van de '*Holy Trinity*'⁴⁰⁾ van *post-conflict-peacebuilding*; de andere twee elementen zijn een levensvatbaar gerechtelijk apparaat en een doeltreffend strafrechtelijk systeem, gekoppeld aan civiele politiediensten. Indien deze drie vitale elementen ontbreken of nog niet volledig functioneren - in Kosovo zijn het gerechtelijk apparaat en de politiediensten nog in opbouw - zal het doel om een systeem van '*law and justice*' op te zetten dat tot een stabiele civiele samenleving leidt praktisch onmogelijk te bereiken zijn. In het onderhavige geval is de bevoegdheid om personen indien nodig te detineren in bepaalde exceptionele en tamelijk precies omschreven omstandigheden een belangrijk instrument voor openbare veiligheid, die de civiele aanwezigheid van UNMIK een stevige basis biedt voor de wederopbouw van de samenleving.

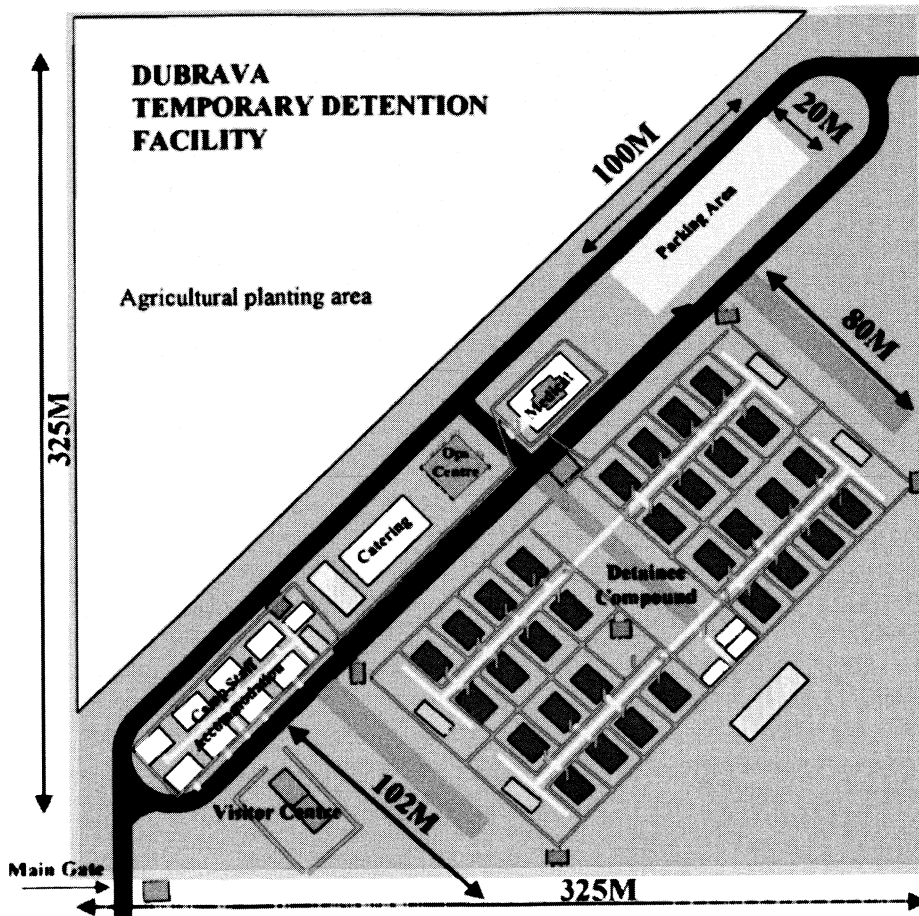
3. In operaties als de bovengenoemde verdient het aanbeveling dat een van de naties die troepen leveren de rol van leidende natie op zich neemt ten aanzien van detentie. Die natie zou dan vroegtijdig alle gevoelige kwesties kunnen oplossen. Zij wijst de commandant van het geplande detentiekamp aan, zorgt voor MP- en bewakingseenheden, waaronder waakhonden en soldaten die in staat zijn geweren met gummikogels te gebruiken. In toekomstige *Peace Support Operaties* zal de nogal gevoelige kwestie detentie op die wijze op een meer professionele manier kunnen worden aangepakt en opgelost.

⁴⁰⁾ *Peace Operations - Crossing the Rubicon? Pas encore*, William H. Lewis, *Mediterranean Quaterly*: winter 2000, bladzijde 19.

Bijlage A:



Bijlage B:



Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loep:

Het ontslag van rechtswege

door

Prof. mr. G.L. Coolen

Een bijdrage, waarin wordt voorgesteld een streep te zetten door de rechtsfiguren ontslag van rechtswege en eindiging van aanstelling van rechtswege, beide voorkomend in het Algemeen militair ambtenarenreglement.)*

Inleiding

Beroepsmilitairen worden als zodanig aangesteld en, aan het einde van hun dienstverband, als zodanig ontslagen. Aan elke aanstelling ligt, omdat het Algemeen militair ambtenarenreglement dit eist, een (schriftelijk) besluit van een bestuursorgaan ten grondslag.) Dit geldt niet voor elk ontslag. Naast ontslag krachtens een besluit van een bestuursorgaan komt in het Algemeen militair ambtenarenreglement de rechtsfiguur ontslag van rechtswege voor. Ook komt de aanduiding eindiging van aanstelling van rechtswege voor. Zo bepaalt artikel 5 lid 2 Amar dat, indien op de laatste dag van de proeftijd niet aan alle voorwaarden voor aanstelling is voldaan, "de aanstelling van rechtswege eindigt".²⁾

Ontslag van rechtswege

Het ontslag van militaire ambtenaren vindt regeling in hoofdstuk 6 van het Algemeen militair ambtenarenreglement.³⁾ Het eerste artikel van dit hoofdstuk (artikel 38) bepaalt dat officieren worden ontslagen bij koninklijk besluit (lid 1) en niet-officieren bij besluit van de Minister van Defensie (lid 2). Naast dit ontslag krachtens een besluit van een bestuursorgaan komt, zoals gezegd, ontslag van rechtswege voor. Ingevolge artikel 53 Amar is een militair van rechtswege ontslagen:

- zodra hij het Nederlanderschap verliest;
- zodra een tegen hem gewezen vonnis, waarbij de bijkomende straf van ontzetting van het recht om bij de gewapende macht te dienen onvoorwaardelijk is opgelegd, in kracht van gewijsde is gegaan.

*) Deze bijdrage is de eerste van een reeks, waarin steeds een bepaald onderwerp uit het Algemeen militair ambtenarenreglement wordt besproken.

¹⁾ Zie artikel 4 Amar. Ingevolge dit artikel geschiedt aanstelling òf bij koninklijk besluit (lid 2 en 4) òf bij schriftelijke besluit van de Minister van Defensie (lid 3).

²⁾ Tot 1 januari 2000 kwam in het Wetboek van Militair Strafrecht ook nog de aanduiding "verbreking van het dienstverband van rechtswege" voor. Artikel 42 WvMS bepaalde: "Indien een minderjarige militair bij rechterlijk gewijsde ter beschikking van de regering is gesteld, gaat de verbreking van het militaire dienstverband daarmee van rechtswege gepaard."

³⁾ Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat ook de Militaire Ambtenarenwet 1931 een bepaling inzake ontslag bevat. Art. 12g lid 2 luidt: "Aan de militaire ambtenaar kan eervol ontslag worden verleend, indien hij op grond van het bepaalde in artikel 5, derde lid, of artikel 10, tweede lid, van de Wet veiligheidsonderzoeken uit een vertrouwensfunctie moet worden ontheven."

In welke gevallen het Nederlandschap verloren gaat, is bepaald in de Rijkswet op het Nederlandschap (Stb. 1984, 628).⁴⁾ In welke gevallen de bijkomende straf van ontzetting van het recht om bij de gewapende macht te dienen kan worden opgelegd, valt te lezen in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Militair Strafrecht.⁵⁾ De straf kan ook worden opgelegd aan militairen.

Ontslag van rechtswege wegens verlies van het Nederlandschap

Ingevolge artikel 53 Amar dient de militair, die van rechtswege is ontslagen omdat hij het Nederlandschap heeft verloren, door de Minister van Defensie schriftelijk van dit feit in kennis te worden gesteld. Tevens dient hem de datum, waarop het ontslag is ingegaan, te worden medegedeeld. In de nota van toelichting (Stb. 1982, 279) wordt met betrekking tot dit laatste opgemerkt dat de datum, waarop het ontslag ingaat, "uiteraard steeds zal zijn de datum van verlies van het Nederlandschap". Omdat het echter voorstelbaar is dat eerst later blijkt dat een militair het Nederlandschap heeft verloren, "moet zowel aan betrokkene zelf als aan de interne diensten die datum medegedeeld worden".

Het kan dus voorkomen dat een militair met ingang van een bepaalde datum van rechtswege is ontslagen (dus de hoedanigheid van militair heeft verloren), zonder dat hijzelf of de defensieorganisatie dit weet. Dit kan allerlei ongewenste gevolgen hebben. De van rechtswege ontslagen militair oefent bijvoorbeeld bevoegdheden uit, die alleen aan militairen toekomen. Ook kan het voorkomen dat de militair zelf wel weet dat hij van rechtswege is ontslagen (hij weet dat hij het Nederlandschap heeft verloren), maar dat de defensieorganisatie of de commandant hiervan niet op de hoogte is. Ook dit kan tot ongewenste gevolgen leiden. De van rechtswege ontslagen militair weigert bijvoorbeeld (elke) dienst. Deze (en andere) ongewenste gevolgen kunnen eenvoudig worden voorkomen door, ook in geval van het verlies van het Nederlandschap, te kiezen voor de gewone weg, dus voor ontslag bij koninklijk besluit of bij besluit van de Minister van Defensie.

Indien wordt gekozen voor de gewone weg, wordt in de eerste plaats bereikt dat, zolang het ontslagbesluit niet is genomen, de militair niet uit de dienst is ontslagen. Bezwaarlijk hoeft dit niet te zijn. Op grond van het Algemeen militair ambtenarenreglement kunnen immers ook *niet-Nederlanders* de hoedanigheid van militair ambtenaar bezitten.⁶⁾ In de tweede plaats wordt de mogelijkheid geopend om in het ontslagbesluit een andere ingangsdatum van het ontslag te bepalen dan de datum van het verlies van het Nederlandschap. Dit kan onder omstandigheden gewenst zijn.

Ontslag wegens het in kracht van gewijsde gaan van de straf van ontzetting van het recht om bij de gewapende macht te dienen

De bijkomende straf van ontzetting van het recht om bij de gewapende macht te dienen

⁴⁾ Vroeger bepaalde de (thans vervallen) Wet op het Nederlandschap (Stb. 1892, 268), dat het Nederlandschap verloren ging indien men zich zonder toestemming van de Kroon in vreemde krijgs- of staatsdienst begaf. Een soortgelijke bepaling komt in de nieuwe Rijkswet niet voor. Dit houdt verband met het feit dat het (ook door Nederland goedgekeurde) Verdrag van New York tot beperking van staatloosheid (Trb. 1967, 124) het ontnemen van nationaliteit, indien dit staatloosheid ten gevolge heeft, slechts in een beperkt aantal gevallen toelaat. In overeenstemming hiermee bepaalt artikel 14 lid 2 Rijkswet: "Geen verlies van Nederlandschap uit welken hoofde ook heeft plaats indien staatloosheid het gevolg zou zijn."

⁵⁾ Zo kan ingevolge artikel 35 lid 1 WvMS ontzetting van het recht om bij de gewapende macht te dienen worden uitgesproken bij elke veroordeling wegens een opzettelijk gepleegd, in het Wetboek van Militair Strafrecht omschreven misdrijf.

⁶⁾ Zie artikel 11 lid 2 Amar, dat bepaalt dat in geval van tijdelijke aanstelling kan worden afgeweken van de (in gewone gevallen geldende) voorwaarden voor aanstelling.

kan voor onbepaalde tijd ("voor het leven") of voor een bepaalde tijd worden opgelegd; zie artikel 31 lid 1 WvSr. Ook kan de straf onvoorwaardelijk of voorwaardelijk worden opgelegd; zie artikel 14a lid 3 WvSr. *Onvoorwaardelijk* wil zeggen dat de straf kan worden ten uitvoer gelegd zodra het vonnis van de rechter in kracht van gewijsde is gegaan.) Is de straf *voorwaardelijk* opgelegd, dan is tenuitvoerlegging niet eerder mogelijk dan nadat de rechter, op vordering van het Openbaar Ministerie, de tenuitvoerlegging heeft gelast. In beide gevallen gaat, ingevolge artikel 31 lid 2 WvSr, de ontzetting in "op de dag waarop de rechterlijke uitspraak kan worden ten uitvoer gelegd".

Veelal zal een militair, indien hij zich schuldig heeft gemaakt aan gedrag dat aanleiding vormt hem de bijkomende straf van ontzetting van het recht om bij de gewapende macht te dienen op te leggen, reeds voordat het vonnis is gewezen of in kracht van gewijsde is gegaan, door het bestuur uit de dienst zijn ontslagen." Is dit niet geschied, dan zal de tenuitvoerlegging van de rechterlijke uitspraak in alle gevallen gepaard dienen te gaan met het ontslag van de militair uit de dienst. Het een vloeit voort uit het ander. Ook komt als ingangsdatum van het ontslag slechts de dag in aanmerking waarop (ook) de ontzetting ingaat.

Het ligt dan ook voor de hand om, indien een militair van het recht om bij de gewapende macht te dienen is ontzet, te kiezen voor de rechtsfiguur van ontslag van rechtswege. Evenzeer ligt het echter voor de hand de bepaling, dat de tenuitvoerlegging van de bijkomende straf van ontzetting van het recht om bij de gewapende macht te dienen, indien opgelegd aan een militair, van rechtswege gepaard gaat met ontslag uit de dienst, op te nemen in het Wetboek van Strafrecht, en *niet* in het Algemeen militair ambtenarenreglement. Het ontslag is immers een rechtstreeks en onmiddellijk gevolg van een door de strafrechter opgelegde straf?)

Eindiging van aanstelling van rechtswege

In het Algemeen militair ambtenarenreglement komt niet alleen de aanduiding ontslag van rechtswege voor, maar ook de aanduiding eindiging van aanstelling van rechtswege; zie artikel 5 lid 2 en artikel 11 lid 3. Artikel 5 lid 2 Amar opent de mogelijkheid om in bijzondere gevallen, wanneer aan een aanstelling een proeftijd is verbonden, af te wijken van de in artikel 5 lid 1 voor aanstelling gestelde voorwaarden. Dit kan, indien in redelijkheid

⁷⁾ Onder "gewijsde" wordt verstaan een rechterlijke beslissing waartegen geen gewoon rechtsmiddel meer openstaat. Zie hieromtrent artikel 557 lid 1 WvSv: "Voorzover niet anders bepaald, mag geen beslissing worden ten uitvoer gelegd, zolang daartegen nog enig gewoon rechtsmiddel openstaat en, zo dit is aangewend, totdat het is ingetrokken of daarop is beslist."

⁸⁾ Zie in dit verband CRvB 14 maart 1989, TAR 1989, nr. 102: "De Raad wil niet uitsluiten dat bijzondere redenen in een voorkomend geval aanleiding kunnen geven het verloop van een strafrechtelijke procedure en het vonnis, waarin die procedure resulteert, af te wachten. Als algemene beleidslijn acht de Raad een dergelijke gang van zaken echter, met name ook gelet op de gescheiden verantwoordelijkheden van de strafrechter enerzijds en van het tot hanteren van tuchtrechtelijke maatregelen bevoegde gezag anderzijds, onaanvaardbaar."

⁹⁾ Overigens is artikel 53 Amar niet juist geformuleerd. Het artikel bepaalt dat een militair van rechtswege is ontslagen, "zodra een tegen hem gewezen vonnis waarbij de bijkomende straf van ontzetting van het recht om bij de gewapende macht te dienen is opgelegd zonder dat daarbij is bepaald dat deze straf geheel of gedeeltelijk niet ten uitvoer zal worden gelegd, in kracht van gewijsde is gegaan". In het artikel wordt dus geen rekening met het feit dat de bijkomende straf van ontzetting ook voorwaardelijk kan worden opgelegd. Indien zou worden besloten de bepaling in het Algemeen militair ambtenarenreglement te handhaven, dient de aangehaalde zinsnede te worden vervangen door: zodra een tegen hem gewezen vonnis, waarbij de bijkomende straf van ontzetting van het recht om bij de gewapende macht te dienen is opgelegd, kan worden ten uitvoer gelegd.

mag worden verwacht dat vóór het einde van de proeftijd wel aan de voorwaarden zal zijn voldaan. In aansluiting op deze bepaling zegt de slotzin van artikel 5 lid 2 dat, indien op de laatste dag van de proeftijd niet aan alle voorwaarden is voldaan, "de aanstelling met ingang van die dag van rechtswege eindigt". Artikel 11 lid 3 Amar bepaalt dat, indien een tijdelijk aangestelde militair van zijn functie wordt ontheven, "de aanstelling met ingang van de dag van die ontheffing van rechtswege eindigt".

Artikel 5 lid 2 Amar

Artikel 5 lid 2 (slotzin) Amar luidt: "Indien op de laatste dag van de proeftijd niet is voldaan aan alle voorwaarden voor aanstelling, eindigt met ingang van die dag de aanstelling van rechtswege."¹⁰⁾ Met "de aanstelling" in deze bepaling kan, gelet op de context, slechts zijn bedoeld: het dienstverband. Eindiging van de aanstelling van rechtswege is dus (gewoon) een synoniem van ontslag van rechtswege.

Het Algemeen militair ambtenarenreglement bevat twee bepalingen die zich tegen eindiging van aanstelling van rechtswege met ingang van een vooraf bepaalde datum ("de laatste dag van de proeftijd") verzetten. De eerste bepaling, artikel 47 lid 5 Amar, opent de mogelijkheid om de ingangsdatum van een reeds verleend ontslag *in tijden van nood* op te schorten.") De tweede bepaling, artikel 49 lid 2 Amar, luidt: "Het ontslag van de militair die om redenen van dienst buiten Nederland verblijft, gaat eerst in op een datum gelegen na het tijdstip van zijn terugkeer in Nederland."

Beide bepalingen gelden onverkort, ook tijdens de proeftijd. De nota van toelichting (Stb. 1989, 386) vermeldt met betrekking tot de eerste bepaling (artikel 47 lid 5) dat in de in de bepaling bedoelde omstandigheden "behoefte bestaat aan handhaving van zoveel mogelijk personeel". Met betrekking tot de tweede bepaling (artikel 49 lid 2) wordt opgemerkt dat in de bepaling "het beginsel is neergelegd, dat een militair die om redenen van dienst buiten Nederland verblijft, tijdens dat verblijf de status van militair ambtenaar niet kan worden ontnomen". Beide overwegingen gelden ook ten aanzien van militairen die zijn aangesteld zonder dat aan alle voorwaarden voor aanstelling is voldaan. Om toepassing van de bepalingen op deze militairen mogelijk te maken, dienen de slotwoorden van artikel 5 lid 2 Amar ("eindigt met ingang van die dag de aanstelling van rechtswege") te worden vervangen door: wordt de militair met ingang van die dag ontslagen. Tevens zal de bepaling dienen te verhuizen naar hoofdstuk 6, Ontslag, van het Algemeen militair ambtenarenreglement.

Artikel 11 lid 3 Amar

Artikel 11 lid 3 Amar bepaalt dat, indien een tijdelijk aangestelde militair van zijn functie

¹⁰⁾ Niet is bepaald dat in voorkomend geval van de eindiging van de aanstelling (dus van het ontslag) aan de militair mededeling moet worden gedaan. Dit zal echter wel dienen te geschieden. Zie hieromtrent CRvB 14 februari 1985, TAR 1985, nr. 75: "In het algemeen zal het uit een oogpunt van goed personeelsbeleid op de weg van een administratief orgaan liggen een betrokkene voor of omstreeks het tijdstip van het intreden van een ontslag van rechtswege, als hier aan de orde, op dat intreden te wijzen en, al dan niet expliciet, te vermelden dat het dienstverband niet in enigerlei vorm zal worden gecontinueerd."

¹¹⁾ Dit kan: (1) in geval van buitengewone omstandigheden in de zin van de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden; (2) gedurende de tijd dat de militair is ingedeeld bij een eenheid waaraan de bekendmaking, bedoeld in artikel 71 WvMS, is gedaan; en (3) gedurende de tijd waarin naar het oordeel van de Minister van Defensie, in overeenstemming met het gevoelen van de Raad van Ministers, het landsbelang vordert dat geen ontslag wordt verleend. Artikel 71 WvMS bepaalt dat voor een gedeelte van de krijgsmacht "tijd van oorlog" aanwezig wordt geacht, indien aan het gedeelte op de door de Kroon bepaalde wijze is bekendgemaakt dat het door het militair gezag is aangewezen voor een van de in het artikel omschreven taken.

wordt ontheven, de aanstelling met ingang van de dag van de ontheffing van rechtswege eindigt. Ook in deze bepaling is, gelet op de context, eindiging van de aanstelling van rechtswege slechts een synoniem van ontslag van rechtswege. In feite ontslaat dus de autoriteit, die het besluit tot ontheffing neemt, tevens de tijdelijk aangestelde militair uit de dienst. Het een is immers een rechtstreeks en onmiddellijk gevolg van het ander. Dit betekent een doorbreking van het stelsel, waarvoor in het Algemeen militair ambtenarenreglement is gekozen en dat inhoudt dat de autoriteiten, die bevoegd zijn tot ontheffing uit een functie, niet dezelfde zijn als de autoriteiten die bevoegd zijn tot ontslag. Tot ontheffing is ingevolge artikel 19 lid 1 Amar $\text{\textcircled{O}}$ de Minister van Defensie bevoegd (indien aan de functie een vlag- of een opperofficiersrang is verbonden), $\text{\textcircled{D}}$ de bevelhebber van het krijgsmachtdeel (in alle andere gevallen), terwijl ingevolge artikel 38 Amar (alle) officieren door de Kroon worden ontslagen en (alle) niet-officieren door de Minister van Defensie.

Aan dit bezwaar kan tegemoet worden gekomen door de tekst van artikel 11 lid 3 Amar te vervangen door: "Indien een als zodanig tijdelijk aangestelde militair wordt ontheven van zijn functie, wordt hij met ingang van de dag van ontheffing uit de dienst ontslagen." Ook deze bepaling zal naar hoofdstuk 6, Ontslag, van het Algemeen militair ambtenarenreglement dienen te verhuizen.

Slotopmerking

Artikel 12f MAW 1931 bepaalt dat een militair, aan wie eervol ontslag is verleend en die op het tijdstip van ingang van het ontslag ten minste vijftien jaar tot het beroeps- of reservepersoneel heeft behoord, de status van militair behoudt "ten aanzien van door Onze Minister te bepalen voorrechten". Dit geldt niet, indien de militair van rechtswege is ontslagen (of indien hij zich uit Nederlands nationaal oogpunt beschouwd onwaardig heeft gedragen). Indien het ontslag van rechtswege in het Algemeen militair ambtenarenreglement wordt geschrapt, zal ook deze bepaling aangepast dienen te worden.

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 16 augustus 2001
9816154 MAW + 9816156 MAW

Voorzitter: Mr. H.A.A.G. Vermeulen; leden: Mr. M.M. van der Kade en Mr. K. Zeilemaker.

De verschillend bezoldigde medische specialisten

Twee militaire artsen, beiden als specialist werkzaam in de Krijgsmacht Hospitaal Organisatie (KHO), verzochten de Staatssecretaris van Defensie aan ieder van hen vijf extra weddetellende dienstjaren toe te kennen, dan wel een passende (andere) maatregel te treffen, dit teneinde de ongelijkheid in bezoldiging, die bestond als gevolg van de toekenning van extra dienstjaren aan enkele later in dienst getreden en eveneens in de KHO werkzame collega-specialisten, op te heffen. Toen deze verzoeken werden afgewezen, stelden beiden tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) afwijzing beroep in. De eerste rechter verklaarde beide beroepen ongegrond. In de onderhavige uitspraak bevestigt de Centrale Raad van Beroep de uitspraak van de eerste rechter. Met betrekking tot de stelling van beide specialisten dat sprake is van strijd met het beginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden gelijk moet worden gehonoreerd, overweegt de Raad dat de staatssecretaris genoegzaam heeft duidelijk gemaakt dat het destijds, gelet op de situatie op de arbeidsmarkt, noodzakelijk was de eerste wedde van bedoelde collega-specialisten vast te stellen met toekenning van een extra aantal dienstjaren. Ook stelt de Raad het standpunt van beide specialisten, dat de eerste rechter ten onrechte is voorbijgegaan aan de vraag of de ontstane inkomensverschillen wel sociaal-maatschappelijk wenselijk zijn, niet te delen. Het is niet aan de rechter, aldus de Raad, om in opvattingen over de sociaal-maatschappelijke (on)wenselijkheid van inkomensverschillen een grond te vinden om aan die verschillen een einde te maken.

(Regeling Inkomsten Militairen; gelijkheidsbeginsel)

UITSPRAAK

in het geding tussen A., wonende te B., en C. wonende te D., appellanten, en de Staatssecretaris van Defensie, de gedaagde.

I. Ontstaan en loop van de gedingen

Appellant 1 heeft op bij beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage van 16 juni 1998, nr. 96106471 MAWKMA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Op bij aanvullend beroepschrift (met bijlage) aangevoerde gronden heeft appellant 2 hoger beroep ingesteld tegen de door de Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage op 16 juni 1998 onder nr. 96112555 MAWKLA gegeven uitspraak, waarnaar hierbij eveneens wordt verwezen.

Namens gedaagde is in elk van beide hoger beroepen afzonderlijk van verweer gediend.

De gedingen zijn gevoegd behandeld ter zitting van 12 juli 2001. Appellant 1 en appellant 2 (hierna ook: appellanten) zijn in persoon verschenen. Appellant 1 heeft zich laten bijstaan door mr. H.J. Weekers, verbonden aan ARAG Rechtsbijstand. Gedaagde heeft zich in het geding betreffende appellant 1 laten vertegenwoordigen door mr. M.C.J.

Varkevisser-vanden Brekel en in het geding betreffende appellants 2 door mr. A.P.J. Hesen, die evenals de evengenoemde gemachtigde werkzaam is bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. Onder verwijzing overigens naar de in de aangevallen uitspraken weergegeven, voor deze gedingen relevante feiten en omstandigheden, volstaat de Raad met het volgende.

1.1. Appellanten, als militair-artsneuroloog, respectievelijk militair-artsorthopaedisch chirurg in dienst van het Ministerie van Defensie, zijn in juni 1990 bij gelegenheid van de oprichting van de Krijgsmacht Hospitaal Organisatie (hierna: KHO) bevorderd tot respectievelijk kapitein ter zee en kolonel. Beiden zijn vervolgens bezoldigd met inachtneming van het bepaalde bij en krachtens de op hen toepasselijke bezoldigingsvoorschriften, met inbegrip van de bepalingen betreffende het in aanmerking te nemen aantal zogenaamde dienstjaren.

1.2. Bij afzonderlijke aanvragen van 24 mei 1995 hebben appellanten gedaagde verzocht aan hen vijf extra wedde-tellende dienstjaren toe te kennen, dan wel een passende maatregel te treffen om de ongelijkheid in bezoldiging op te heffen die bestaat als gevolg van de toekenning van extra dienstjaren aan sinds 1 juni 1990 in militaire dienst getreden en in de KHO werkzame collega-specialisten.

1.3. Gedaagde heeft op deze verzoeken afwijzend beslist en hij heeft die beslissing ook na bezwaar gehandhaafd. Daarbij heeft hij aangegeven dat de verschillen in honorering ten opzichte van de zogenaamd horizontaal ingestroomde specialisten hun verklaring vinden in het (arbeids)marktmechanisme waar het de vaststelling van de wedde bij aanvang van de militaire aanstelling betreft en dat voorts van belang zijn aspecten als de vrijstelling die appellanten genoten hebben ten behoeve van hun opleiding tot arts/specialist en de aanzienlijk betere pensioenopbouw.

1.4. Bij de aangevallen uitspraken zijn de beroepen van appellanten ongegrond verklaard.

2. Appellanten kunnen zich met die uitspraken niet verenigen en hebben daartegen onder meer aangevoerd dat sprake is van een niet te rechtvaardigen ongelijkheid. Zij zijn van mening dat sprake is van strijd met het beginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden gelijk moet worden gehonoreerd. De rechtbank is naar hun opvatting ten onrechte voorbijgegaan aan de vraag of het veroorzaakte inkomensverschil wel sociaal-maatschappelijk wenselijk is in een homogene groep; er is sprake van scheve en willekeurige inkomensverhoudingen die een nadelig effect hebben op het werken in teamverband in een ziekenhuis. Weliswaar wordt de toepassing van de bezoldigingsvoorschriften als zodanig niet betwist, maar gewezen is op de mogelijkheid om in bepaalde omstandigheden extra salaristellende dienstjaren dan wel bepaalde toelagen toe te kennen. Ter zitting is gewezen op twee categorieën van horizontale instromers, namelijk degenen die zijn ingestroomd vóór mei 1992 en degenen die na die datum zijn ingestroomd.

3. De Raad overweegt als volgt.

3.1. Hij onderschrijft de overweging van de rechtbank dat in de toepasselijke bezoldigingsvoorschriften geen grondslag aanwezig was om anders dan bij de eerste wedde-vaststelling aan appellanten extra dienstjaren toe te kennen. De door appellanten bedoelde wijziging van de Regeling Inkomsten Militairen in mei 1992 heeft dit niet veranderd. Het is steeds slechts bij het ontstaan van de aanspraak op wedde mogelijk geweest af te wijken van de voorgeschreven toekenning van dienstjaren. De toekenning van dienstjaren aan appellanten bij de aanvang van hun aanspraak op wedde is niet (apert) onjuist geweest.

Anders dan is gesteld, zijn appellanten in juni 1990 niet herbenoemd.

3.2. Appellanten en de door hen bedoelde en genoemde collega-specialisten die eerst in 1990 of later zijn aangesteld als militair, zijn allen bezoldigd overeenkomstig de bij de functie van militair-specialist in de KHO behorende schaal, die bestaat uit een in bezoldigingsregelingen gebruikelijk aantal opklimmende bedragen (periodieken). Appellanten zien in het inkomensverschil tussen de bedragen van die periodieken geen strijd met het door hen bedoelde gelijkheidsbeginsel. Zij achten echter geen objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig voor het inkomensverschil dat is ontstaan als gevolg van de toekenning aan collega's - anders dan bij hen beiden het geval is geweest - van extra dienstjaren bij aanstelling in verband met de (arbeids)marktsituatie.

De Raad kan appellanten hierin niet volgen. Gedaagde heeft genoegzaam duidelijk gemaakt dat het voor hem zowel in de situatie van de burgerspecialisten die in juni 1990 als militair-specialist zijn aangesteld in de KHO, als bij de latere horizontale instromers, teneinde te kunnen voorzien in de behoefte aan medische specialisten, noodzakelijk was om op grond van de situatie op de arbeidsmarkt de eerste wedde van de betrokken specialisten vast te stellen met toekenning van een extra aantal dienstjaren. De daardoor ontstane verschillen in bezoldiging die zullen voortduren totdat het maximumbedrag in de schaal is bereikt, zijn aldus redelijk en objectief gerechtvaardigd. Gegeven deze conclusie kan en zal de Raad in het midden laten wat er zij van de andere aspecten die gedaagde van belang heeft geacht ter rechtvaardiging van het verschil in bezoldiging.

3.3. Het is tot slot niet aan de rechter om in opvattingen over de sociaal-maatschappelijke (on)wenselijkheid van inkomensverschillen als hier aan de orde of om in de door appellanten gestelde nadelige effecten van die verschillen op het vereiste teamwork een grond te vinden om aan die verschillen een einde te maken.

4. Op grond van het onder 3 overwogene komt de Raad tot de slotsom dat de aangevalnen uitspraken waarbij de bestreden besluiten in stand zijn gelaten, bevestigd moeten worden.

5. Gelet op het vorenstaande en omdat de Raad geen termen aanwezig acht voor toepassing van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht, wordt beslist als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevalnen uitspraken.

Centrale Raad van Beroep
Uitspraak van 17 augustus 2001
9818235 MAW

Voorzitter: Mr. W. van den Brink; *leden:* Mr. J.C.F. Talman en Mr. K. Zeilemaker.

De gehandhaafde restitutieverplichting

Aan een officier-arts, op wie wegens de door hem op rijkskosten gevolgde opleiding tot anesthesioloog nog een dienverplichting rustte, werd op diens verzoek, bij wijze van hoge uitzondering, ontslag uit de dienst verleend. Tevens werd hem door de Staatssecretaris van Defensie een restitutieverplichting opgelegd ten bedrage van f. 160.444,16. Dit bedrag

omvatte alleen de tijdens de opleiding gemaakte salariskosten; de overige opleidingskosten werden door de staatssecretaris, met toepassing van artikel 17a Amar, buiten beschouwing gelaten. Toen de officier-arts tegen het (na bezwaar gehandhaafde) besluit van de staatssecretaris beroep instelde, verklaarde de eerste rechter het beroep ongegrond. In de onderhavige uitspraak vernietigt de Centrale Raad van Beroep de uitspraak van de eerste rechter, echter uitsluitend omdat ter zitting bleek dat bij de vaststelling van het restitutiebedrag een rekenfout was gemaakt. Met betrekking tot het standpunt van de officier-arts dat de staatssecretaris in verdergaande mate gebruik had moeten maken van de hem in artikel 17a Amar toegekende bevoegdheid tot matiging, overweegt de Raad dat hij zich, alles afwegend, niet met dit standpunt kan verenigen.

(ROMKL 1990; art. 17a Amar)

UITSpraak

in het geding tussen A., wonende te B., appellant, en de Staatssecretaris van Defensie, de gedaagde.

Z. Ontstaan en loop van het geding

Namens appellant is op de daartoe bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage van 15 oktober 1998, nr. AWB 981335 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 6 juli 2001, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. H.J.M.G.M. van der Meijden, advocaat te Nijkerk. Gedaagde heeft zich doen vertegenwoordigen door mr. A. Habets, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

ZZ. Motivering

1. Onder verwijzing overigens naar het in de aangevallen uitspraak gegeven overzicht van in dit geding relevante feiten en omstandigheden volstaat de Raad met het navolgende.

1.1. Appellant, toen kapitein-arts, is bij schrijven van 14 maart 1989 op zijn verzoek aangewezen om met ingang van 1 april 1989 de opleiding tot anesthesioloog te volgen. In verband met deze aanwijzing heeft appellant een verklaring ondertekend waarbij hij een verplichting tot nadienen en een restitutieplichting op zich heeft genomen overeenkomstig het bepaalde in hoofdstuk XIII van de Regeling opleidingen militairen Koninklijke Landmacht 1985 (ROMKL 1985). De opleiding tot anesthesioloog heeft appellant op 30 september 1993 afgerond.

1.2. Met ingang van 1 januari 1990 is de ROMKL 1985 ingetrokken en is de Regeling opleidingen militairen Koninklijke Landmacht 1990 (ROMKL '90) in werking getreden. Ingevolge artikel 52 van de ROMKL '90 werd met ingang van deze datum, voor zover hier van belang, de ROMKL '90 op appellant van toepassing.

2. Bij koninklijk besluit van 5 maart 1997 is appellant op diens verzoek met ingang van 1 juni 1997 eervol ontslag verleend. In een schrijven van gedaagde van 21 februari 1997 is daarbij tot uitdrukking gebracht dat appellant gelet op een rapport van de Maatschappelijke Dienst Defensie van 7 januari 1997 bij wijze van hoge uitzondering en in dit specifieke geval niet werd gehouden aan de dienverplichting welke nog tot 1 oktober

ber 2002 op hem rustte. Tevens is aangegeven dat appellant, aangezien zijn inverdienperiode nog niet was verstreken, in verband met zijn vroegtijdig ontslag verplicht was tot terugbetaling van hetgeen van rijkswege te zijnen behoeve in verband met zijn studie is betaald. De omvang van deze verplichting is daarbij vastgesteld op een bedrag van fl.160.444,16.

2.1. Appellant heeft tegen de effectuering van de restitutieverplichting bezwaar gemaakt.

2.2. Gedaagde heeft bij het thans in geding zijnde besluit van 16 december 1997 appellants bezwaar aangemerkt als te zijn gericht tegen de in het primaire besluit vervatte beslissing om slechts in beperkte mate - bij dat besluit waren slechts de salariskosten teruggevorderd en niet de overige opleidingskosten als bedoeld in bijlage 1 van de ROMKL '90 - toepassing te geven aan de hem ingevolge artikel 17a van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) toekomende bevoegdheid om appellant geheel of gedeeltelijk van de restitutieverplichting te ontheffen. Het bezwaar van appellant heeft voor gedaagde geen aanleiding gevormd om van zijn in het primaire besluit ingenomen standpunt terug te komen en gedaagde heeft dit bezwaar dan ook ongegrond verklaard.

2.3. Het namens appellant tegen dat besluit ingestelde beroep is door de rechtbank ongegrond verklaard.

3. In hoger beroep is namens appellant in de eerste plaats een beroep gedaan op het zogenoemde 'toedoensvereiste'. Daarmee wordt bedoeld op het gegeven dat in de ROMKL 1985 was vastgelegd dat een restitutieverplichting slechts ontstond, indien ontheffing van de opleiding, ontheffing uit de functie waarvoor was opgeleid of ontslag voortvloeide uit omstandigheden die naar het oordeel van de Minister van Defensie door eigen wil of toedoen van de betrokkene waren ontstaan. Die beperking was ook opgenomen in de verklaring die appellant ter gelegenheid van zijn aanwijzing voor de opleiding tot anesthesioloog heeft ondertekend.

3.1. De Raad kan hieraan niet die betekenis hechten die appellant daaraan toegekend wenst te zien. Hij overweegt daartoe dat de ROMKL '90, waarin evengenoemd 'toedoensvereiste' niet meer is opgenomen per 1 januari 1990 in werking is getreden en op de toen in gang zijnde opleiding van appellant van toepassing is geworden. Van strijd met de aan appellant toekomende rechtszekerheid is naar het oordeel van de Raad geen sprake, reeds omdat tegelijk met het vervallen van het 'toedoensvereiste' in de Regeling opleidingen de in artikel 17a van het AMAR opgenomen hardheidsclausule is geïntroduceerd, welke clausule ruimte biedt om rekening te houden met de concrete omstandigheden die bij het ontheffen van verplichtingen een rol spelen, tot welke omstandigheden de redenen welke tot ontheffing of ontslagverlening aanleiding hebben gegeven zeker moeten worden gerekend.

3.2. Tot de omstandigheden die bij de afweging van belangen waartoe artikel 17a van het AMAR noopt behoren echter ook andere factoren, in welk verband met name te noemen zijn het gegeven dat de organisatie niet gedurende de tijd waarvoor dat verwacht mocht worden heeft kunnen profiteren van de niet geringe investering die in de opleiding van appellant is gedaan, terwijl anderzijds appellant een maatschappelijk voordeel toevallt in die zin dat hij nog tot in lengte van jaren de vruchten kan plukken van de genoten opleiding. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden rekent gedaagde naar het oordeel van de Raad terecht ook het feit dat appellant is ontheven van de dienverplichting, omdat appellant juist daardoor in de gelegenheid is voor zichzelf een aanmerkelijk hoger inkomen te verwerven dan bij handhaving van die verplichting het geval zou zijn geweest.

3.3. Alles afwegende ziet de Raad in de door appellant naar voren gebrachte omstan-

digheden geen aanleiding voor het oordeel dat gedaagde tot de conclusie had moeten komen dat de billijkheid vorderde appellant ook gehele of gedeeltelijke ontheffing te verlenen van de restitutieplichting van de thans in geding zijnde salariskosten tijdens de opleidingsperiode. De Raad kan zich dan ook, evenmin als de rechtbank, verenigen met het door appellant ingenomen standpunt dat gedaagde in verdergaande mate gebruik had moeten maken van zijn in artikel 17a van het AMAR neergelegde bevoegdheid.

3.4. Met betrekking tot hetgeen namens appellant is opgemerkt over de onzekerheid die destijds bestond omtrent de voortgaande tewerkstelling van militaire anesthesiologen in burgerziekenhuizen en de wijziging van de wijze waarop zulks destijds geschiedde en thans geschiedt merkt de Raad op dat buiten twijfel is dat steeds ten aanzien van de op kosten van het Ministerie van Defensie opgeleide anesthesiologen is gewaarborgd dat dezen gedurende telkens terugkerende perioden voor uitzending als militair beschikbaar zouden blijven, terwijl juist de sociale bezwaarlijkheid van uitzending doorslaggevend is geweest voor ontheffing van appellant van zijn dienverplichting.

3.5. De Raad is ten slotte van oordeel dat de stelling van appellant dat gedaagde bij de vaststelling van de hoogte van de restitutieplichting rekening had moeten houden met het gegeven dat de tewerkstelling in een burgerziekenhuis niet gepaard is gegaan met het in rekening brengen aan dat ziekenhuis van een vergoeding voor door hem aan burgerpatiënten verleende diensten faalt. Het belang van gedaagde was en is gelegen in het op gezette tijden voor uitzending beschikbaar hebben van anesthesiologen die in de gelegenheid zijn geweest hun verworven vaardigheden te onderhouden. De Raad meent dat er zeker niet, zoals appellant doet, zonder meer van mag worden uitgegaan, dat in de verhouding tussen gedaagde en de betreffende burgerziekenhuizen daarnaast ruimte resteerde voor het door gedaagde bedingen van een vergoeding voor door appellant verrichte werkzaamheden, nog daargelaten de vraag of zodanige vergoeding dan rechtstreeks op de hier in geding zijnde restitutieplichting in mindering zou behoren te zijn gebracht. Voorts overweegt de Raad dat het in mindering brengen van het minimumloon op het vastgestelde bedrag van de restitutieplichting in overeenstemming is met het bepaalde in artikel 14, vierde lid van het AMAR, welke bepaling van dwingendrechtelijke aard is.

3.6. Niettegenstaande al het hiervoor overwogene is de Raad van oordeel dat het bestreden besluit niet in stand kan blijven. Ter zitting is namelijk op aangeven van appellant geconstateerd en ook namens gedaagde erkend, dat bij de vaststelling van het door appellant terug te betalen bedrag een rekenfout is gemaakt in die zin dat op het totaal van de restitutieplichting slechts over 48 van de 54 maanden gedurende welke appellant zijn opleiding heeft genoten het minimumloon in mindering is gebracht. De hoogte van het door appellant terug te betalen bedrag is dan ook onjuist vastgesteld en dient bij een nader door gedaagde te nemen besluit te worden gecorrigeerd.

4. Het onder 3.6. overwogene brengt met zich dat ook de aangevallen uitspraak niet in stand kan worden gelaten en leidt derhalve tot de in rubriek III neergelegde beslissing. Dit geeft tevens aanleiding om gedaagde met toepassing van artikel 8:75 te veroordelen in de proceskosten van appellant, welke zijn begroot op fl. 2.878,25 voor verleende rechtsbijstand in eerste aanleg en in hoger beroep.

5. Beslist wordt als volgt.

IIZ. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE

Vernietigt de aangevallen uitspraak en het bestreden besluit;

Bepaalt dat gedaagde een nieuw besluit op bezwaar neemt met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen;

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appellant tot een bedrag van f 2.878,25, te betalen door de Staat der Nederlanden;

Bepaalt dat de Staat der Nederlanden aan appellant het betaalde griffierecht van in totaal f 525,- vergoedt.

NASCHRIFT

1. Artikel 17a Amar bevat een hardheidsclausule. Het artikel luidde destijds: "De minister kan, indien de billijkheid dit vordert, een militair, op wie een verplichting rust als bedoeld in de artikelen 13, 14 en 15, geheel of gedeeltelijk van die verplichting ontheffen." De nota van toelichting (Stb. 1989, 386) vermeldt omtrent deze bepaling: "De in het artikel opgenomen hardheidsclausule is noodzakelijk met het oog op het laten vallen van het vereiste van eigen wil of toedoen voor het effectueren van terugbetalings- en dienverplichtingen, gekoppeld aan de diverse opleidingen." Per 1 januari 1998 is in artikel 17a Amar "de minister" vervangen door: de bevelhebber:

2. Zie in dit verband tevens CRvB 11 november 1999, MRT 2000, p. 339 (De gehandhaafde terugbetalingsverplichting). Ook in die uitspraak kon de Raad de stelling van appellant dat, gelet op alle bijzonderheden van het geval, de billijkheid eiste dat tot kwijtschelding dan wel matiging van de terugbetalingsverplichting zou worden overgegaan, niet onderschrijven.

G.L.C.

Centrale Raad van Beroep
Uitspraak van 11 oktober 2001
98/5726 MAW

Voorzitter: Mr. J.C.F. Talman; leden: Mr. T. Hoogenboom en Mr. J.H. van Kreveld.

De niet toegekende herinneringsmedaille

Een onderofficier; die van 11 maart t/m 2 mei 1995 deel had uitgemaakt van het Nederlandse contingent mariniers dat deelnam aan de UN Mission in Haïti, kwam niet in aanmerking voor de Herinneringsmedaille VN-vredesoperaties: hij voldeed niet aan de geldende diensttijdeis van 90 dagen. Toen hij de Minister van Defensie verzocht om hem, gelet op de bijzonderheden van het geval, toch de herinneringsmedaille toe te kennen, wees de minister dit verzoek af. De rechtbank verklaarde het tegen deze afwijzing ingestelde beroep ongegrond. In de onderstaande uitspraak bevestigt de Centrale Raad van Beroep de uitspraak van de eerste rechter: De Raad komt tot de slotsom dat niet is gebleken van uitzonderlijke omstandigheden die de minister zouden nopen, in afwijking van het gevoerde vaste beleid, in het geval van de onderofficier een uitzondering te maken op de geldende diensttijdeis.

(Besluit Herinneringsmedaille VN-Vredesoperatie 1992)

UITSpraak

in het geding A., wonende te B. appellant, en de Minister van Defensie, gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Appellant heeft op bij twee aanvullende beroepschriften aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage van 25 juni 1998, nr. AWB 97112633 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend, waarop door appellant schriftelijk is gereageerd. Appellant heeft naderhand nog drie maal stukken ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 30 augustus 2001, waar appellant, zoals tevoren bericht, niet is verschenen. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. H. Silberberg, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. Op grond van de gedingstukken en het verhandelde ter zitting gaat de Raad uit van de volgende voor dit geding van belang zijnde feiten.

1.1. Appellant, destijds adjudant der [X.], heeft van 31 oktober 1994 tot 11 maart 1995 deelgenomen aan de multinationale vredesoperatie in Haïti. Aansluitend heeft hij van 11 maart 1995 tot en met 2 mei 1995 deel uitgemaakt van het Nederlandse contingent (mari-niers) dat deelnam aan de United Nations Mission in Haïti.

1.2. Vanwege zijn deelname aan laatstgenoemde missie is van de zijde van het korps mariniers getracht om appellant in aanmerking te doen brengen voor de Herinnerings-medaille VN-Vredesoperaties. Zulks heeft geen resultaat gehad omdat appellant voor zijn tweede periode in Haïti niet voldeed aan de diensttijdeis van 90 dagen.

1.3. Bij rekest van 26 november 1995 heeft appellant aan gedaagde verzocht om wegens bijzondere omstandigheden, in relatie tot zijn inzet en bereidwilligheid, voor hem een uitzondering op de 90-dageneis te maken en hem de Herinneringsmedaille VN-Vredesoperaties in Haïti toe te kennen. Bij besluit van 20 maart 1996 is dit rekest afge-wezen, welke afwijzing, na bezwaren van appellant, bij het thans bestreden besluit van 30 oktober 1997 is gehandhaafd. De rechtbank heeft het door appellant hiertegen inge-stelde beroep bij de aangevallen uitspraak ongegrond verklaard.

2. Naar aanleiding van de stellingen van appellant in hoger beroep overweegt de Raad het volgende.

2.1. Het besluit tot het niet toekennen aan appellant van de Herinneringsmedaille VN-Vredesoperaties is genomen met toepassing van artikel 6 van het (thans vervallen) Besluit van 4 september 1992, houdende hernieuwde vaststelling van het besluit tot instelling van de Herinneringsmedaille VN-Vredesoperaties (Stb. 514), hierna: het Besluit. Op grond van dit artikel kon gedaagde, indien niet werd voldaan aan de in dat Besluit gestelde diensttijdeis van tenminste drie maanden, bij uitzondering de herinneringsmedaille toch toekennen, mits werd voldaan aan de overige gestelde eisen, waarmee onder meer werd bedoeld op het vereiste dat in alle opzichten een goede plichtsbetrachting en een goed gedrag moest zijn betoond.

2.2. Om bij de toepassing van voormeld artikel 6 enige normering aan te brengen heeft gedaagde een beleid ontwikkeld dat erop neerkomt dat in het algemeen slechts uitzonde-ringen op de diensttijdeis worden gemaakt in gevallen waarin de deelname aan een ope-ratie geheel door van buiten komende omstandigheden of anderszins volstrekt onvoor-zienbaar vroegtijdig beëindigd moest worden, bijvoorbeeld als gevolg van opgelopen ver-wondingen dan wel overlijden of bij het vervroegd eindigen van een gehele operatie.

Volgens gedaagde is toepassing van artikel 6 van het Besluit in de situatie van appelland niet aangewezen. Hoewel hij dit spijtig vindt voor appelland, staat naar zijn opvatting de beperkte duur van appellands tweede uitzending aan toekenning in de weg, nu deze beperkte duur voor alle betrokkenen voorzienbaar was, terwijl zijns inziens de omstandigheden die appelland aanvoert ook anderszins niet dermate bijzonder zijn dat daardoor van de diensttijdeis zou moeten worden afgeweken.

2.3. De Raad stelt voorop dat het gedaagde vrij stond om bij de uitoefening van de in artikel 6 van het Besluit vervatte discretionaire bevoegdheid een beleid te voeren. Met betrekking tot het in de praktijk gevoerde beleid is de Raad van oordeel dat niet kan worden gezegd dat gedaagde, door in beginsel alleen in de aangeduide situaties van onvoorzienbaarheid een uitzondering op de diensttijdeis te maken, niet is gebleven binnen de grenzen van een redelijke beleidsbepaling. De omstandigheid, dat gedaagde hangende het hoger beroep inmiddels naar aanleiding van het advies van de commissie "Toekomst Decoraties van de Minister van Defensie" (aangaande het gebruik en de betekenis van decoraties die onder zijn verantwoordelijkheid vallen) de Herinneringsmedaille VN-operaties en de Herinneringsmedaille Multinationale Vredesoperaties heeft vervangen door één nieuwe Herinneringsmedaille Vredesoperaties waarvoor een diensttijdeis van 30 dagen geldt, betekent niet dat het ten tijde in geding geldende beleid geen stand meer kan houden.

2.4. In concrete gevallen mocht gedaagde overeenkomstig het destijds geldende beleid handelen, tenzij de uitkomst daarvan voor de betrokkene wegens bijzondere omstandigheden strijdig was met enige regel van geschreven of ongeschreven recht. Anders dan appelland aangeeft, is de Raad niet gebleken dat gedaagde zijn beleid op inconsistente wijze heeft toegepast en daarvan meermalen is afgeweken. De situatie van de collega van appelland die vroegtijdig uit Cambodja diende terug te keren verschilt wezenlijk van die van appelland nu onvoorzienbaar was dat betrokkene de werkrelatie in Cambodja zou schaden en dat om deze reden zijn uitzending vroegtijdig moest worden beëindigd. Ook wat betreft de door appelland genoemde Angola-gangers was het voor gedaagde destijds niet voorzienbaar dat zij vanwege de ontstane risico's ter plaatse vroegtijdig zouden moeten terugkeren. De Raad ziet evenmin in de twee gevallen die appelland overigens in hoger beroep heeft genoemd aanleiding om te concluderen dat sprake is van willekeur bij de toepassing van artikel 6 van het Besluit. In deze gevallen ging het om een militair die (wel) voldeed aan de drie maandeneis en om een militair die als kwartiermaker met directe inzet voor de desbetreffende missie al in het aangewezen gebied verbleef, waardoor gedaagde zich ten aanzien van hem begrijpelijkerwijs op het standpunt heeft gesteld dat deze omstandigheid opweegt tegen het feit dat de missie formeel nog niet was aangevangen. De Raad acht de genoemde gevallen, tegen de achtergrond van gedaagdes vaste beleid, geen reden om te oordelen dat sprake was van onzorgvuldige of inconsistente toepassing van het beleid. Dat in twee van deze gevallen wellicht niet in alle opzichten een goede plichtsbetrachting of goed gedrag is betoond kan, wat daar ook van zij, appelland niet baten. Gezien het verschil tussen de door appelland aangevoerde gevallen en zijn eigen situatie, kan de Raad het bestreden besluit voorts niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel achten.

2.5. Evenmin is de Raad gebleken van andere uitzonderlijke omstandigheden die gedaagde zouden nopen in afwijking van zijn vaste beleid in appellands geval een uitzondering op de diensttijdeis te maken. Het feit dat appelland goed en lovenswaardig heeft gefunctioneerd en geconfronteerd is met een onverwachte verlenging van zijn verblijf om een dringende reden leverde niet een dergelijke uitzonderlijke omstandigheid op. De Raad kan appelland dan ook niet volgen in zijn stelling dat het bestreden besluit in strijd met het

zorgvuldigheidsbeginsel is of op een ontoereikende motivering berust.

2.6. De Raad deelt voorts niet de opvatting van appellant dat de rechtbank appellants grieven in eerste aanleg onvoldoende heeft onderzocht.

2.7. Al het vorenoverwogene brengt mee dat de aangevallen uitspraak wordt bevestigd. De Raad ziet daarbij geen aanleiding om toepassing te geven aan het bepaalde in artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht.

Beslist wordt derhalve zoals in rubriek III vermeld.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

Centrale Raad van Beroep
Uitspraak van 18 oktober 2001
9817463 MAW

Voorzitter: Mr. J.C.F. Talman; *leden:* Mr. M.M. van der Kade en Mr. K. Zeilemaker.

Het achteraf belasten met de waarneming van een functie

Een kapitein werd door de Staatssecretaris van Defensie achteraf, over de periode van 1 februari 1993 t/m 18 maart 1994, belast met de (volledige) waarneming van de functie van commandant [X]. Toen hij de staatssecretaris verzocht hem ook achteraf over de periode van 19 maart 1994 t/m 31 oktober met de waarneming van deze functie te belasten, wees de staatssecretaris dit verzoek, gelet op het gevoerde beleid, af. De rechtbank verklaarde het tegen deze afwijzing ingestelde beroep ongegrond. In de onderstaande uitspraak bevestigt de Centrale Raad van Beroep de uitspraak van de eerste rechter: De Raad komt tot de slotsom dat de staatssecretaris op goede gronden het standpunt heeft ingenomen dat de kapitein gedurende de periode van 19 maart 1994 t/m 31 oktober 1994 de functie van commandant [X] niet feitelijk (volledig) heeft waargenomen. Daarvan uitgaande oordeelt de Raad dat de staatssecretaris bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen.

(Artikel 25 Amar)

UITSpraak

in het geding A., wonende te B. appellant, en de Staatssecretaris van Defensie, gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Namens appellant is op de daartoe bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage van 9 september 1998, nr. AWB 9715726 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 6 september 2001, waar appellant in persoon is

verschenen, en waar gedaagde zich heeft laten vertegenwoordigen door mr. A.J.M. van Daal, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1.1. Voor een uitgebreidere weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. De Raad volstaat met het volgende.

1.2. Met ingang van 1 juli 1992 was aan appelland de functie van officier toegevoegd [X.] toegewezen, in de rang van kapitein. Nadat appelland door zijn functionele commandant met ingang van 1 februari 1993 tot nader order was belast met de waarneming van het commando [X.], heeft deze commandant appelland op 17 maart 1994 meegedeeld dat alle contacten en correspondentie via hem dienden te lopen. Voorts heeft de commandant in zijn detachementsorder van 18 maart 1994 doen weten dat de waarneming door appelland met onmiddellijke ingang is beëindigd.

1.3. Overeenkomstig de respectievelijke verzoeken van de administratieve commandant van appelland heeft gedaagde bij besluit van 18 februari 1994 respectievelijk bij besluit van 2 december 1994 appelland voor de periode van 1 februari 1993 tot en met 22 november 1993 respectievelijk voor de periode van 23 november 1993 tot en met 18 maart 1994 belast met de volledige waarneming van de functie commandant [X.], waaraan de rang van majoor was verbonden. Op basis daarvan is aan appelland een waarnemingstoelage toegekend.

1.4. Op 18 januari 1996 heeft appelland bij gedaagde een verzoek ingediend, ertoe strekkende alsnog belast te worden met de volledige waarneming van laatstgenoemde functie voor de periode van 19 maart 1994 tot en met 31 oktober 1994. Gedaagde heeft dat verzoek bij besluit van 30 juli 1996 afgewezen. Bij het thans bestreden besluit van 11 april 1997 heeft gedaagde, voorzover hier van belang, het bezwaar van appelland tegen deze afwijzing ongegrond verklaard. De rechtbank heeft vervolgens bij de aangevallen uitspraak het daartegen door appelland ingestelde beroep ongegrond verklaard.

2.1. Ingevolge artikel 15 van de Regeling functietoewijzing en bevordering Koninklijke landmacht 1990 (hierna: de Regeling), dat is vastgesteld ter nadere regeling van de waarneming als bedoeld in artikel 25 van het Algemeen militair ambtenarenreglement, kan om redenen van organisatiebelang een militair tijdelijk worden belast met de volledige waarneming van een functie. Appelland heeft, naar het oordeel van de Raad, terecht aangevoerd - en overigens is ook gedaagde de opvatting toegedaan - dat de hiervoor weergegeven bevoegdheid om een tot de Koninklijke landmacht behorende militair met volledige waarneming te belasten, uitsluitend gedaagde toekomt. In dat kader moet de Raad dan vervolgens constateren dat gedaagde appelland niet voorafgaand aan de thans van belang zijnde periode met de volledige waarneming van de betrokken functie heeft belast.

2.2. Hoewel uitsluitend gedaagde de bevoegdheid toekomt om een militair van de Koninklijke landmacht met de volledige waarneming te belasten, is gedaagde onder omstandigheden bereid om achteraf van de hem ingevolge artikel 15 van de Regeling toekomende bevoegdheid gebruik te maken, indien gebleken is dat een militair door een functionele autoriteit feitelijk met de volledige waarneming van een functie is belast. Bij de besluitvorming of hij achteraf van zijn voormelde bevoegdheid gebruik zal maken neemt gedaagde derhalve de feitelijke situatie in beschouwing, zoals deze zich heeft voorgedaan ten gevolge van beslissingen die door een functionele autoriteit zijn genomen, hetgeen de Raad niet een onaanvaardbare beleidslijn acht.

2.3. Gegeven de hiervoor onder 1.2. genoemde brief aan appelland van 17 maart 1994

en de detachementsorder van 18 maart 1994, heeft gedaagde op goede gronden het standpunt ingenomen dat appelland gedurende de periode van 19 maart 1994 tot en met 31 oktober 1994 de bewuste functie van commandant niet volledig heeft waargenomen. Daarvan uitgaande is de Raad van oordeel dat gedaagde bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid heeft kunnen besluiten om ten aanzien van appelland over die periode geen gebruik te maken van de hem in artikel 15 van de Regeling gegeven bevoegdheid.

3. Gezien het vorenstaande en omdat de Raad geen termen aanwezig acht om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht dient de aangevallen uitspraak te worden bevestigd.

Beslist wordt als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. Indien een functie vacant komt, staan twee mogelijkheden open: of de functie wordt aan een militair toegewezen, of een militair wordt met de waarneming van de functie belast. In het eerste geval moet de militair; indien aan de functie een hogere rang is verbonden dan hij bekleedt, tot die hogere rang worden bevorderd. Dit is bepaald in artikel 27 lid 4 Amar: "Aan de militair die een functie is toegewezen waaraan een hogere rang is verbonden dan de rang die hij bekleedt, wordt op de datum van ingang van functievervulling die hogere rang toegekend." In het tweede geval dient bevordering achterwege te blijven. Zie hieromtrent CRvB 11 maart 1994, MRT 1996, p. 364, m.nt. G.L.C.: "Mede gelet op de nota van toelichting bij het Algemeen militair ambtenarenreglement, waarin is vermeld dat artikel 27 de kembepaling bevat dat bevordering is gerelateerd aan een functie waaraan een hogere klasse of rang is verbonden dan die welke de militair tot dan toe bekleedt, moet het ervoor worden gehouden dat het systeem van artikel 27 inhoudt dat bevordering en functietoewijzing wel degelijk onlosmakelijk zijn verbonden, behoudens de in artikel 27 en 28 Amar limitatief opgesomde (...) specifieke uitzonderingsgevallen. Het Algemeen militair ambtenarenreglement biedt derhalve geen ruimte voor de door eiser gewenste bevordering."

2. Juist omdat in geval van waarneming bevordering achterwege dient te blijven, gelden strenge eisen. In de eerste plaats kan het belasten met de (volledige) waarneming van een functie slechts geschieden voor een periode van ten hoogste twaalf maanden. Zie artikel 25 lid 1 Amar. Ook moet, zoals in de nota van toelichting (Stb. 1989, 386) valt te lezen, sprake zijn van onvoorziene of uitzonderlijke omstandigheden.

3. Een militair die is belast met de waarneming van een functie waaraan een hogere rang is verbonden dan hij bekleedt, wordt dus niet bevorderd. Hij ontvangt wel een toelage. Artikel 11 lid 1 Inkomstenbesluit militairen (IBM) bepaalt: "De militair; die is belast met de volledige waarneming van een functie, bedoeld in artikel 25, eerste lid, van het Algemeen militair ambtenarenreglement, heeft, indien aan die functie een hogere rang is verbonden, voor de duur van de waarneming aanspraak op een waarnemingstoelage." Het bedrag van de toelage is gelijk aan het verschil tussen de bezoldiging waarop de militair aanspraak heeft en de bezoldiging waarop hij aanspraak zou hebben indien hij tot de aan de functie verbonden rang zou zijn bevorderd (art. 11 lid 3 IBM).

4. De (in artikel 25 lid 1 Amar geregelde) waarneming wordt binnen de krijgsmacht ook

gebruikt als beleidsinstrument indien een militair is geselecteerd voor een functie waaraan een hogere rang is verbonden dan hij bekleedt, maar hij nog niet de voor de functie vereiste niveauopleiding heeft gevolgd. De functie wordt dan niet aan de militair toegewezen (hij voldoet immers nog niet aan de eisen), maar hij wordt met de waarneming van de functie belast. Vervolgens wordt hij zo spoedig mogelijk in aanmerking gebracht voor het volgen van de vereiste niveau-opleiding, waarna toewijzing van de functie volgt, alsmede bevordering tot de aan de functie verbonden rang. Dit beleid heeft de instemming van de Centrale Raad van Beroep. Zie hieromtrent CRvB 2 december 1999, MRT 2000, p. 415, m.nt. G.L.C.: "De Raad acht dit beleid evenmin als de rechtbank onredelijk en ook geenszins in strijd met het bepaalde in artikel 25 Amar, met name nu ten tijde van de waarneming nog niet wordt voldaan aan de voor de waargenomen functie geldende opleidingseisen."

5. Toen in de onderhavige zaak het bestreden besluit werd genomen, berustte de bevoegdheid tot het belasten van een militair met de waarneming van een functie bij de staatssecretaris. De kapitein was echter aanvankelijk met de waarneming van de functie belast door zijn functionele commandant. Indien vaststond dat een militair door een functionele autoriteit feitelijk met de volledige waarneming van een functie was belast, toonde de staatssecretaris zich echter onder omstandigheden bereid om achteraf van de hem toekomende bevoegdheid gebruik te maken. "Bij de besluitvorming of hij achteraf van zijn voormelde bevoegdheid gebruik zal maken neemt gedaagde derhalve de feitelijke situatie in beschouwing, zoals deze zich heeft voorgedaan ten gevolge van beslissingen die door een functionele autoriteit zijn genomen", aldus de Raad. Deze beleidslijn achtte de Raad "niet onaanvaardbaar".

6. Verwezen wordt in dit verband naar CRvB 20 februari 1997, MRT 1997, p. 182, m.nt. G.L.C. In die uitspraak overwoog de Raad: "Functietoewijzing staat, ingeval zich een vacature voordoet, voorop; van waarneming kan alleen in bijzondere gevallen sprake zijn. Teneinde een strikte en consequente toepassing van dit stelsel te verzekeren is uitdrukkelijk bepaald dat uitsluitend de plaatsingsautoriteit (lees thans: de bevelhebber) bevoegd is te besluiten tot waarneming. Daarmee verdraagt zich niet dat de plaatsingsautoriteit door toedoen van een compagniescommandant of een andere leidinggevende militair - achteraf - voor een voldongen feit wordt gesteld." Van dit standpunt is de Raad dus in zoverre teruggekomen dat thans de functionele autoriteit de bevelhebber in zekere zin wel voor een voldongen feit kan stellen.

G.L.C.

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 22 november 2001
99/5146 MAW

Voorzitter: Mr. H.A.A.G. Vermeulen; leden: Mr. A. Beuker-Tilstra en Mr. J.H. van Kreveld

De vacant gelaten functie

Een majoor werd met ingang van 20 februari 1997 belast met de waarneming van de functie van hoofd van de sectie [X]; aanvankelijk tot 1 mei 1997, later tot (uiteindelijk) 19 februari 1998. Omdat aan de functie de rang van luitenant-kolonel was verbonden, werd aan de majoor een waarnemingstoelage toegekend. Op 25 mei 1998 deelde de functione-

le chef van de majoor hem schriftelijk mede dat hij met ingang van 1 juni 1998 van de waarneming werd ontheven. Bij besluit van 1 juli 1998 werd de majoor vervolgens door de Staatssecretaris van Defensie formeel tot 1 juni 1998 met de waarneming van de functie belast. Toen de majoor, na bezwaar, tegen het door de staatssecretaris gehandhaafde besluit beroep instelde, verklaarde de rechtbank het beroep ongegrond. In de onderstaande uitspraak vernietigt de Centrale Raad van Beroep de uitspraak van de rechtbank en het bestreden besluit "voorzover deze betrekking hebben op de waarneming vanaf 20 februari 1998". Tevens bepaalt de Raad dat de rechtsgevolgen van zowel het bestreden als het primaire besluit in stand zullen blijven. Met betrekking tot de stelling van de majoor dat krachtens de voorschriften een waarneming niet langer dan twaalf maanden kan duren, overweegt de Raad: "Gegeven de omstandigheid dat de termijn mede is bedoeld om te voorkomen dat het normale carrièreverloop van de betrokken militair wordt verstoord, had het bezwaar van appellant aanleiding behoren te zijn voor gedaagde (de staatssecretaris) om zijn besluit van 1 juli 1998 niet te handhaven." De vraag of de functie (dus) na twaalf maanden aan de majoor had dienen te worden toegewezen, beantwoordt de Raad, evenals de rechtbank, echter ontkennend. "Daartoe neemt de Raad als uitgangspunt dat de enkele omstandigheid dat een functie langer is waargenomen dan gedurende de toegestane maximum periode van twaalf maanden nog geen aanspraak op functietoewijzing geeft." Ook in het onderhavige geval behoeft de functie niet aan de majoor te worden toegewezen. De staatssecretaris heeft (voldoende) gemotiveerd aangegeven dat de functie om bedrijfsorganisatorische redenen tijdelijk niet zou worden toegewezen, aldus de Raad. In de periode waarin de majoor de functie waarnam was duidelijk geworden dat er in de toekomst geen behoefte (meer) zou zijn aan een sectiehoofd in de rang van luitenant-kolonel.

(Artikel 25 Amar)

UITSPRAAK

in het geding A., wonende te B. appellant, en de Staatssecretaris van Defensie, gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Appellant heeft op bij beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage van 27 augustus 1999, nr. AWB 9819670 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 11 oktober 2001, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. M.A. de Jonge, werkzaam bij VBM/NOV. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. A. Habets, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1.1. Onder verwijzing overigens naar het in de aangevallen uitspraak gegeven overzicht van in dit geding relevante feiten volstaat de Raad met het volgende.

1.2. Met ingang van 2 januari 1996 was aan appellant de functie toegewezen van plaatsvervangend hoofd [X.] [Y.], in de rang van majoor bij het wapen der infanterie.

1.3. Appellant is met ingang van 20 februari 1997 belast met de waarneming van de functie van hoofd van genoemde sectie, aanvankelijk tot 1 mei 1997. Aan deze functie was de rang van luitenant-kolonel verbonden. Op basis daarvan is aan appellant een waarnemingstoelage toegekend.

1.4. Nadien is deze waarneming verlengd tot 1 november 1997 en daarna is zij nogmaals verlengd (nadat appelllant tegen de eerder vastgestelde datum van 1 maart 1998 bezwaar had gemaakt) tot 19 februari 1998. Na deze datum is appelllant de functie feitelijk blijven waarnemen.

1.5. Bij brief van 25 mei 1998 heeft zijn functionele commandant aan appelllant medegedeeld dat hij met ingang van 1 juni 1998 werd ontheven van de waarneming. In deze brief is als motivering gegeven dat zich in het afgelopen jaar veranderingen hadden voorgedaan in de hoogte van de werklust en in de aard van de werkzaamheden van de sectie. Het aantal projecten dat door de sectie begeleid moest worden bleef lager dan verwacht. Voor de toekomst werd door de functionele commandant geen behoefte aan een sectiehoofd in de rang van luitenant-kolonel voorzien. In verband daarmee zou door hem een verzoek worden ingediend om de functie tot januari 1999 vacant te laten. Hij heeft appelllant verzocht een deel van de taken, behorende bij de vacante functie, naast zijn eigen functie te blijven uitvoeren. Bij besluit van 1 juli 1998 is appelllant formeel door gedaagde tot 1 juni 1998 met volledige waarneming belast. Daarbij is vermeld dat deze waarneming geen bevordering kon inhouden.

1.6. Bij het thans bestreden besluit van 20 november 1998 heeft gedaagde appelllants bezwaar tegen het besluit van 1 juli 1998 ongegrond verklaard.

De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak het daartegen door appelllant ingestelde beroep ongegrond verklaard.

2.1. In beroep en in hoger beroep heeft appelllant aangevoerd dat een waarneming niet langer dan twaalf maanden kan duren. Appelllant stelt zich op het standpunt dat de functie hem na afloop van deze termijn had moeten worden toegewezen, aangezien er op dat moment geen intentie was om sollicitanten voor de desbetreffende functie op te roepen, noch sprake was van een voornemen om de functie op te heffen. Appelllant wijst erop dat hij destijds bekwaam en geschikt was voor de door hem waargenomen functie, alsook zijn voorkeur voor de functie had kenbaar gemaakt, en dat er geen organisatiebelang was om de functie niet aan hem toe te wijzen.

3.1. De Raad overweegt dienaangaande het volgende.

3.2. Op grond van artikel 25, eerste lid, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) kan de militair voor een periode van maximaal twaalf maanden worden belast met de volledige waarneming van een functie.

Ingevolge artikel 15 van de Regeling functietoewijzing en bevordering [Y.] 1990 (hierna: de Regeling), welk artikel is vastgesteld ter nadere regeling van de waarneming als bedoeld in artikel 25 van het AMAR, kan een militair met de volledige waarneming van een functie worden belast, indien om redenen van organisatiebelang een plotseling ontstane vacature zo spoedig mogelijk moet worden vervuld en er (nog) geen geschikte militair beschikbaar is. Deze waarneming geschiedt ingevolge dit artikel in beginsel voor een periode van ten hoogste zes maanden, doch kan in zeer bijzondere gevallen tot ten hoogste twaalf maanden worden uitgebreid.

3.3. De Raad stelt vast dat het besluit van 1 juli 1998 door appelllant is aangevochten om rechtspositionele redenen die samenhangen met zijn belang om bevorderd te worden. Vanuit dat gezichtspunt bezien is de Raad van oordeel dat appelllant terecht heeft aangevoerd dat gedaagde de maximale waarnemingstermijn van twaalf maanden bij dat besluit heeft overschreden. Overigens is ook gedaagde het blijkens het bestreden besluit met deze stelling eens. Gegeven de omstandigheid dat de termijn mede is bedoeld om te voorkomen dat het normale carrièreverloop van de betrokken militair wordt verstoord, had het bezwaar van appelllant aanleiding behoren te zijn voor gedaagde om zijn besluit van 1 juli

1997 niet te handhaven. Hieruit vloeit voort dat het hoger beroep in zoverre doel treft.

3.4. De Raad ziet zich vervolgens gesteld voor de vraag of gedaagde bij het bestreden besluit, gezien appellants standpunt dat hem onder de gegeven omstandigheden na twaalf maanden de functie van sectorhoofd had moeten worden toegewezen, op goede gronden heeft besloten om hem deze functie niet toe te wijzen. Evenals de rechtbank beantwoordt de Raad die vraag bevestigend. Daartoe neemt de Raad als uitgangspunt dat de enkele omstandigheid dat een functie langer is waargenomen dan gedurende de toegestane maximum periode van twaalf maanden nog geen aanspraak op functietoewijzing geeft. De van toepassing zijnde regelgeving biedt daartoe geen grondslag. Ook in het onderhavige geval behoeft gedaagde geen aanleiding te zien om aan appellant de door hem gedurende twaalf maanden waargenomen functie toe te wijzen. Gedaagde heeft gemotiveerd aangegeven dat de functie om bedrijfsorganisatorische redenen tijdelijk niet werd toegewezen en dat de situatie van degene die de functie enkele jaren voordien wel toegewezen kreeg verschilde van die van appellant, aangezien pas in de periode waarin appellant de functie waarnam duidelijk werd dat er in de toekomst geen behoefte zou zijn aan een sectiehoofd in de rang van luitenant-kolonel. Het bestreden besluit kan reeds om deze reden niet in strijd worden geacht met het gelijkheidsbeginsel. Evenmin is de Raad gebleken van uitzonderlijke omstandigheden die gedaagde zouden nopen om de functie aan appellant toe te wijzen. De omstandigheid dat appellant beschikte over het kennis- en ervaringsniveau dat vereist was voor het vervullen van de functie en de omstandigheid dat hij blijkens een toegekende gratificatie lovenswaardig heeft gefunctioneerd vormen niet dergelijke uitzonderlijke omstandigheden in een situatie waarin gedaagde de functie tijdelijk vacant wilde laten. Uit hetgeen appellant in dit kader heeft aangevoerd kan de Raad voorts niet opmaken dat het bestreden besluit in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel is genomen. Dit brengt mee dat het hoger beroep in zoverre ongegrond is.

3.5. Gezien het vorenstaande zal de Raad het bestreden besluit vernietigen, voorzover daaruit volgt dat appellant de door hem waargenomen functie ook vanaf 20 februari 1998 nog zou moeten waarnemen. De Raad zal voorts in zoverre de aangevallen uitspraak vernietigen en in zoverre het inleidend beroep alsnog gegrond verklaren. Tevens zal de Raad, zelf in de zaak voorziende, het primaire besluit van 1 juli 1998 vernietigen.

Nu appellant feitelijk uitvoering heeft gegeven aan deze besluiten, acht de Raad termen aanwezig om te bepalen dat de rechtsgevolgen daarvan in stand blijven.

3.6. De Raad ziet aanleiding om gedaagde op grond van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht te veroordelen in de proceskosten van appellant in eerste aanleg ten bedrage van f 1.420,- en in hoger beroep ten bedrage van f 710,-.

Beslist wordt derhalve zoals in rubriek III vermeld.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak en het bestreden besluit van 20 november 1998 voorzover deze betrekking hebben op de waarneming vanaf 20 februari 1998;

Verklaart het inleidend beroep in zoverre alsnog gegrond;

Bevestigt de aangevallen uitspraak voor het overige;

Vernietigt het primaire besluit van 1 juli 1998;

Bepaalt dat de rechtsgevolgen van het bestreden besluit, alsmede van het primaire besluit van 1 juli 1998 in stand blijven;

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appellant tot een bedrag van in totaal

f 2.130,-, te betalen door de Staat der Nederlanden;

Bepaalt dat de Staat der Nederlanden aan appellant het door hem betaalde griffierecht in beroep en hoger beroep van in totaal f 550,- vergoedt.

NASCHRIFT

Indien een functie vacant komt, staan twee mogelijkheden open: òf de functie wordt aan een militair toegewezen, òf een militair wordt met de waarneming van de functie belast. Zie hieromtrent CRvB 18 oktober 2001, MRT 2002, p. 209, m.nt. G.L.C. Belasten met de waarneming is ingevolge artikel 25 Amar slechts mogelijk voor een periode van ten hoogste twaalf maanden. Verlenging van deze periode is, zoals ook de onderhavige uitspraak leert, niet mogelijk. Dit betekent dat, indien een militair is belast met de waarneming van een functie, na twaalf maanden zal moeten worden beslist of de functie hem wel of niet zal worden toegewezen. In de onderhavige zaak was om bedrijfsorganisatorische redenen tot niet-toewijzing besloten: gedurende de periode van waarneming was duidelijk geworden dat er in de toekomst geen behoefte meer zou zijn aan een sectorhoofd in de rang van luitenant-kolonel. De Raad kon met deze beslissing instemmen.

G.L.C.

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 29 november 2001

9915238 + 9915239 MAW

Voorzitter: Mr. H.A.A.G. Vermeulen; leden: Mr. A. Beuker-Tilstra en Mr. R.P.Th. Elshoff

Het hoger beroep is gericht tegen een algemeen verbindend voorschrift

Aan een officier werd eervol ontslag verleend. Tevens werd hem medegedeeld dat hij, in aansluiting op het ontslag, aanspraak had op een uitkering overeenkomstig het bepaalde in artikel 3a van de Militaire Wachtgeldregeling 1961. Toen later aan het licht kwam dat de officier over de jaren 1995 en 1996 een te hoge uitkering had genoten, werden de teveel betaalde bedragen van hem teruggevorderd. De rechtbank verklaarde het tegen deze terugvordering ingestelde beroep ongegrond. In de onderstaande uitspraak verklaart de Centrale Raad van Beroep het tegen de uitspraak van de rechtbank ingestelde hoger beroep niet-ontvankelijk. "Anders dan in bezwaar en beroep in eerste aanleg heeft appelland in hoger beroep slechts bezwaren geuit tegen de inhoud van de Militaire Wachtgeldregeling 1961", aldus de Raad. Dit betekent dat het hoger beroep is gericht tegen een algemeen verbindend voorschrift, hetgeen, gelet op het bepaalde in artikel 8:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), slechts tot niet-ontvankelijkheid kan leiden.

(Art. 8:2 onder a Awb)

UITSpraak

in het geding A., wonende te B. appelland, en de Staatssecretaris van Defensie, gedaagde.

I. Ontstaan en loop van de gedingen

Appelland heeft op bij (aanvullend) beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep

ingesteld tegen de door de Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage op 22 september 1999, onder de nummers AWB 99101378 MAWKLA en AWB 99104625 MAWKLA gegeven uitspraak, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde zijn verweerschriften ingediend.

De gedingen zijn behandeld ter zitting van 25 oktober 2001, waar appellant in persoon is verschenen. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. M.H.J. Geldof-van Doorn, werkzaam bij USZO Diensten B.V.

II. Motivering

1.1. Aan appellant, gewezen eerste luitenant van de [X.] met een aanstelling voor bepaalde tijd, is met ingang van 31 oktober 1994 eervol ontslag verleend. In verband met dit ontslag is appellant bij besluit van 17 november 1994 medegedeeld dat hij in aansluiting op zijn ontslag, overeenkomstig het bepaalde in artikel 3a van de Militaire Wachtgeldregeling 1961 (hierna: de Wachtgeldregeling), aanspraak heeft op een uitkering tot 14 september 1996.

1.2. Nadat gedaagde, onder meer aan de hand van informatie van de Belastingdienst, had vastgesteld dat appellant over het jaar 1996 te veel uitkering had genoten, heeft gedaagde bij besluit van 22 september 1998 over dit jaar een bedrag van f 7.581,65 van appellant teruggevorderd. Het tegen dat besluit gemaakte bezwaar is bij besluit van 21 januari 1999 gegrond verklaard. Daarbij heeft gedaagde het terug te vorderen bedrag nader vastgesteld op f 6.395,80.

1.3. Nadat appellant had vastgesteld dat appellant over het jaar 1995 eveneens te veel uitkering had genoten, heeft gedaagde bij besluit van 2 februari 1999 over dit jaar een bedrag van f 9.679,41 van appellant teruggevorderd. Het tegen dit besluit gemaakte bezwaar is bij besluit van 7 mei 1999 ongegrond verklaard.

2. De door appellant tegen de voormelde besluiten van 21 januari 1999 en 7 mei 1999 ingestelde beroepen zijn door de rechtbank ongegrond verklaard.

3. De Raad overweegt het volgende.

3.1. Anders dan in bezwaar en beroep in eerste aanleg heeft appellant in hoger beroep slechts bezwaren geuit tegen de inhoud van de Wachtgeldregeling. Naar zijn mening is deze regeling sterk verouderd en sluit deze niet meer aan bij de huidige arbeidsomstandigheden. Het hoger beroep van appellant is derhalve gericht tegen de Wachtgeldverordening als zodanig, zijnde een algemeen verbindend voorschrift.

Ingevolge het bepaalde in artikel 8:2, aanhef en onder a, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is het echter niet mogelijk (hoger) beroep in te stellen tegen een algemeen verbindend voorschrift, hetgeen betekent dat appellant in zijn hoger beroep niet kan worden ontvangen.

4. De Raad acht geen termen aanwezig om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Awb.

Beslist moet worden als volgt.

II. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Verklaart het hoger beroep niet-ontvankelijk.

NASCHRIFT

1. Artikel 6:5 lid 1 onder d Awb bepaalt dat een beroepschrift de gronden dient te bevatten waarop het beroep steunt. Indien degene die beroep instelt op dit punt in gebreke blijft,

kan dit ingevolge artikel 6:6 Awb tot niet-ontvankelijkheid van het beroep leiden. Krachtens artikel 6:24 Awb zijn beide bepalingen van overeenkomstige toepassing indien hoger beroep wordt ingesteld.

2. Ingevolge artikel 8:2 onder a Awb kan geen beroep (en dus ook geen hoger beroep) worden ingesteld tegen een algemeen verbindend voorschrift. Wie in beroep of hoger beroep dus slechts bezwaren uit, gericht tegen het aan het bestreden besluit ten grondslag liggende algemeen verbindend voorschrift, voldoet niet aan de eis die artikel 6:5 Awb op dit punt stelt. Hij vermeldt immers niet welke bezwaren hij tegen het bestreden besluit zelf heeft. Hij kan dan ook, zoals de onderhavige uitspraak leert, in zijn (hoger) beroep niet-ontvankelijk worden verklaard.

3. Niet alleen tegen een algemeen verbindend voorschrift, ook tegen een (op verzoek gegeven) schriftelijke uitleg van een (bepaling van een) algemeen verbindend voorschrift staat geen beroep open. Zie hieromtrent CRvB 28 juni 2001, MRT 2002, p. 128, m.nt. G.L.C.

G.L.C.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Boeken en tijdschriften

Neue Zeitschrift fur Wehrrecht

Chr. Tietje / K. Nowrot, Völkerrechtliche Aspekte militärischer Maßnahmen gegen den internationalen Terrorismus, NZWehrr 44 (2002), p. 1-18

Prof. Christian Tietje en Karsten Nowrot, beiden werkzaam aan de Martin Luther Universitat Halle-Wittenberg, vangen hun beschouwing aan met een beschrijving van de belangrijkste besluiten die in de jaren negentig door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties en de Veiligheidsraad zijn genomen met betrekking tot de bestrijding van terrorisme. Vervolgens bezien zij, uitgaande van het in art. 51 van het Handvest van de Verenigde Naties neergelegde zelfverdedigingsrecht, de door de Verenigde Staten geleide militaire acties in en rond Afghanistan. Omdat een 'gewapende aanval' voorwaarde is voor het uitoefenen van het zelfverdedigingsrecht bezien zij met name de eisen die gesteld moeten worden voor "die Zurechenbarkeit im Fall aktiver staatlicher Unterstützung" en ook voor de toerekening indien een staat enkel het verblijf van een terroristische organisatie heeft toegelaten. Ook analyseren zij nadere eisen die voortvloeien uit het zelfverdedigingsrecht en van belang zijn voor de bestrijding van daden van internationaal terrorisme.

E-R. Hönes, Schutz von Kulturgut als internationales Problem - 100 Jahre Haager Konventionen-, NZWehrr 44 (2002), p. 19-37

Prof. Ernst-Rainer Hönes, Ministerialrat a.D., beschrijft de bescherming van culturele goederen vanaf 1899. Aanleiding voor de beschouwing is geweest de ondertekening in Den Haag, in maart 1999, van het Tweede Protocol bij het Verdrag voor de bescherming van culturele goederen in geval van een gewapend conflict uit 1954 (Culturele goederenverdrag). In 1899 werd voor het eerst een bepaling over de bescherming van culturele goederen in een oorlogsrechtelijk verdrag opgenomen (art. 56 van het Landoorlogsreglement). Hönes besteedt in de eerste plaats aandacht aan de uitwerking in Duitsland van het Culturele goederenverdrag uit 1954. Daarnaast beschrijft hij de internationale initiatieven die op dit gebied zijn ontwikkeld in het laatste decennium van de vorige eeuw naar aanleiding van de gebeurtenissen in het voormalig Joegoslavië. Het artikel wordt afgesloten met een overzicht van de belangrijkste punten van het Tweede Protocol dat in 1999 is ondertekend.

N.B. Dit Protocol is nog niet door Nederland geratificeerd.

Mr. G.F. Walgemoed

Arresting War Criminals

Deze in december 2001 verschenen uitgave van de Koninklijke Marechaussee (ISBN 90-5850-019-5) bevat vrijwel alle toespraken en workshopdiscussies tijdens het op 10 mei

2001 in het Vredespaleis gehouden symposium ter gelegenheid van het 25-jarig bestaan van de Brigade Speciale Beveiligingsopdrachten van de Kmar, en ook nog een aantal afzonderlijke geproduceerde artikelen die verband houden met het thema van het symposium. Het is een verzameling geworden die van grote waarde is voor wie meer wil weten over de juridische en praktische obstakels waarmee de arrestatie van oorlogsmisdaden verdachte personen op het grondgebied van vreemde, soevereine staten gepaard gaat. Want, om een van de sprekers, Gavin F. Ruxton (Senior Legal Advisor, Office of the Prosecutor ICTY) te citeren: *"The arrest process lies at the very heart of the criminal justice process: unless the accused are taken into custody, we will have no trials; no development of the law by the courts; and ultimately, no international justice."*

Mr. A. J. T. Dörenberg

Auteursaanwijzingen

Bijdragen voor het Militair Rechtelijk Tijdschrift worden aangeleverd op schrift alsmede zo mogelijk op diskette met gebruikmaking van het WP-programma of Microsoft Word. Auteurs worden verzocht om de volgende richtlijnen in acht te nemen:

Géén afbreekstreepjes gebruiken.

Geen tabs, inspringingen of verschillende lettertypes gebruiken.

Zo weinig mogelijk 'opmaken' van de tekst, doch zoveel mogelijk achter elkaar door typen.

Slechts bij het begin van een nieuwe alinea 'Enter' gebruiken.

REDACTIECOMMISSIE:

Voorzitter	Mr A.J.T. Dorenberg, Generaal-majoor Klu b.d.
Secretaris/penningmeester	Mr J.F. Stinissen, Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst;
Leden:	
voor de Koninklijke landmacht:	Mr A. C. Zuidema, Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke luchtmacht:	Mr S. van Groningen, Commodore der Koninklijke luchtmacht;
voor de Koninklijke marine:	Mr P.J. Schreuder, Kapitein ter zee van administratie;
voor de Centrale Organisatie:	Mr J.J. Buirma, Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Mr G.L. Coolen,	Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Prof. Dr. T.D. Gill	Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht en bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Mr N. Jörg,	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden;
Prof. Mr Th. A. de Roos.	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden;
Mr W.J. Schmitz,	Hoofd Procesondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van het ABP;
Mr G.F. Walgemoed,	Kolonel van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	NAPO 801-MS12, 3509 VP Utrecht

VASTE MEDEWERERS:

- Mr Th. J. Clarenbeek, Oud-Coördinerend-vice-president van de Arrondissementsrechtbank te Utrecht, res. Kolonel van de Militair Juridische Dienst b.d.;
- Prof. Mr N. Keijzer, Raadsheer in buitengewone dienst van de Hoge Raad der Nederlanden en em. hoogleraar Internationaal Strafrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant.
- Prof. Dr R.A. Lawson, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.

WIJZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt in 10 afleveringen per jaar

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1 2002 E 35. Men abonneert zich voor tenminste één jaargang bij de Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, 's-Gravenhage, of bij zijn boekhandelaar. Losse afleveringen zijn verkrijgbaar tegen de prijs van E 3,93. Tevens zijn verzamelbanden te verkrijgen tegen de prijs van E 20,45. Nadere informatie omtrent bestellingen: Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, afdeling abonnementen, telefoon 070-3789887.

De schrijvers van bijdragen van meer dan 1 pagina ontvangen een honorarium van E 35 per pagina tot een maximum van E 230 per aflevering, benevens 5 present-exemplaren van de desbetreffende aflevering van het Tijdschrift. Het auteursrecht wordt met de publicatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Kennisgeving van adreswijziging (uitsluitend betalende abonnees) te richten tot Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, Postbus 20014, 2500 EA 's-Gravenhage. Telefoon (070) 3789887, fax (070) 3789783. Zij die het tijdschrift van rijkswege verstrekt krijgen dienen zich voor kennisgeving van adreswijziging te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren.

Dit tijdschrift, sedert mei 1903 verschenen onder de titel „Militaire Jurisprudentie”, wordt sedert juli 1905, met onderbreking van juli 1943 tot januari 1946, uitgegeven onder de titel „Militair-Rechtelijk Tijdschrift”

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCV

Juni 2002

Aflevering

6

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

Targeting en collateral damage, een Amerikaanse benadering; door Luitenant-kolonel mr Ben Klappe.....	221
Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loep: De tijdelijke aanstelling; door Prof. Mr. G.L. Coolen.....	225

Bestuursrechtspraak

CRvB 01.11.01	Laakbaar gedrag kan leiden tot ontslag wegens ongeschiktheid Het oordeel dat de officier op grond van laakbaar gedrag ongeschikt is in de zin van art. 39 lid 2 onder j Amar berust op goede gronden. Premie en uitkering terecht geweigerd. (Naschrift G.L.C.).....	229
CRvB 20.12.01	Het afgewezen functiewaardingsonderzoek Het verzoek aan de staatssecretaris om over te gaan tot een functiewaardingsonderzoek is, gelet op de bijzonderheden van het geval, terecht afgewezen. Beroep ongegrond.....	232
CRvB 20.12.01	Of twee jaar of ten hoogste vijf Van een gewezen BBT-er werd hetgeen hem onverschuldigd was betaald teruggevorderd. Beroep ongegrond. Bevestiging vaste jurisprudentie op dit punt. (Naschrift G.L.C.).....	234
Rb Rotterdam 27.12.01	De ontslagen aalmoezenier Een vlootaalmoezenier wordt ontslagen wegens het verlies van een vereiste voor benoembaarheid. Beroep ongegrond. (Naschrift G.L.C.).....	237

Burgerlijke rechtspraak

HR 21.12.01	Kernwapens Collectieve vorderingen tegen de Staat waarbij een verklaring voor recht wordt verlangd dat bepaalde handelingen met betrekking tot de inzet van kernwapens verboden zijn als in strijd met de beginselen van humanitair oorlogsrecht en een verbod van die handelingen wordt gevorderd. In cassatie gaat het slechts om de ontvankelijkheid. Indien op voorhand blijkt dat de handelingen op een zodanige wijze zijn omschreven dat zij niet alle of niet onder alle omstandigheden onrechtmatig zijn, en de vraag of zij al dan niet onrechtmatig zijn ook niet aan de hand van de omstandigheden van het geval kan worden onderzocht, is de verlangde verklaring voor recht onvoldoende omschreven. Ten aanzien van de gevorderde verboden van toekomstige handelingen is voor de ontvankelijkheid van de vorderingen voorts vereist dat er een reële dreiging is dat de handelingen, die eisers verboden willen zien, zullen worden verricht. (Naschrift F.F. Langemeijer).....	243
-------------	--	-----

Wetgeving

Overzicht tot stand gekomen en aanhangige wetgeving; door Mr. J.B. Miete.....	255
---	-----

Opmerkingen en mededelingen

Toch een K.B. voor een tijdelijke kapitein?!; door Mr. H.J.J. Talsma.....	258
Erratum.....	260

De met een * gemerkte uitspraken zijn voor commandanten van belang voor de dagelijkse praktijk.

Annotatoren:	C.	- Mr Th. J. Clarenbeek
	G.L.C.	- Prof. mr G.L. Coolen
	M.M.D	- Mr M.M. Dolman
	J.R.G.J.	- Mr J.R.G. Jofriet
	N.J.	- Mr N. Jörg
	de R.	- Prof. mr Th. A. de Roos
	W.J.S.	- Mr W.J. Schmitz
	W.H.V.	- Mr W.H. Vermeer
	G.F.W.	- Mr G.F. Walgemoed

BIJDRAGEN

Targeting en collateral damage, een Amerikaanse benadering

door

LUITENANT-KOLONEL MR BEN KLAPPE

'Van het hoogste (politieke) niveau tot en met de planners en uitvoerders ('targeters') bestaat er verwarring over de strategische mogelijkheden en internationaalrechtelijke beperkingen van het luchtwapen'

Tijdens de eerste nacht van operatie 'Enduring Freedom', kwamen Amerikaanse inlichtingendiensten een colonne voertuigen op het spoor op weg naar Kandahar, waarin zich, naar men aannam, Mullah Omar bevond, leider van de Taliban. Vervolgens werd toestemming gevraagd voor een aanval. Commander in Chief US Central Command (CENTCOM) in zijn hoofdkwartier te Tampa, Florida, Generaal Franks, weigerde deze toestemming omdat zijn stafjurist hem negatief adviseerde: *"the JAG (Judge Advocate General) doesn't like this"*. In een artikel in 'The New Yorker', constateert een verslaggever, dat Omar ontkwam als gevolg van politieke correctheid en concludeert dat het incident symbolisch is voor de beperkingen die de regering de laatste tien jaar oplegt aan het militaire vermogen om oorlog te voeren. In de 'Washington Post' bericht een andere verslaggever over Amerikaanse luchtmachtofficiëren die melding maken van veelvuldige tegenwerking bij het uitvoeren van aanvallen op Taliban en Al Qaeda leden als gevolg van het niet verkrijgen van toestemming. Ook hier wordt de CENTCOM JAG ten tonele gevoerd en het onderwerp werd samengevat als een vraag over "hoeveel belang te hechten aan het voorkomen van burgerslachtoffers").

Zoveel is duidelijk, het betreft hier een van de kernvragen van moderne oorlogvoering, in het bijzonder bij de inzet van geavanceerde wapensystemen, echter voorkomen moet worden dat de nadruk teveel gelegd wordt op de rol van de militair jurist. Het probleem is niet het recht evenmin vormen de juristen het probleem; het draait om het vinden van de balans tussen het te bereiken militaire doel en de te treffen maatregelen om slachtoffers onder de burgerbevolking te voorkomen.

Toepassing van het oorlogsrecht

Oorlogsrecht of 'internationaal humanitair recht' is een overlappende verzameling normen en wetten die haar oorsprong vindt in vele oude culturen en die met name de laatste honderd jaar vastere vorm heeft aangenomen in de vorm van internationale verdragen. Oorlogsrecht stelt onder meer regels ten aanzien van het uitvoeren van militaire operaties, de bescherming van burgers en de behandeling van zieken, gewonden en gevangenen in tijd van oorlog.

Gelet op het de pleitzuchtige karakter van de Amerikaanse samenleving, moet het geen verrassing zijn dat de Amerikaanse strijdkrachten beschikken over grote aantallen juristen. In een artikel voor dit tijdschrift, "Soldiers who happen to be lawyers"²⁾, heb ik onder meer aangegeven dat alleen al het Amerikaanse leger beschikt over ruim 1500 juristen, nog

¹⁾ William M. Arkin, Washington Post, 14 december 2001.

²⁾ Militair Rechtelijk Tijdschrift, Oktober 1999.

afgezien van de honderden *'paralegals'*. Ook de Amerikaanse luchtmacht en marine beschikken over vergelijkbare aantallen. Militair juristen maken deel uit van het planingsproces en zien toe op doelkeuze en toepassing van de *Rules of Engagement*. Zelfs op het niveau van het Witte Huis buigt een juridisch adviseur zich over te verwachten nevenschade aan civiele objecten. Specifieke *Rules of Engagement* worden verder ontwikkeld door de politieke leiding van het Defense Department, in nauwe samenspraak met de Joint Chiefs of Staff en stafjuristen.

In negenennegentig procent van de gevallen is 'wat te bombarderen' niet het onderwerp van discussie. Het internationaal recht is tamelijk helder, zelfs in de moderne wijze van oorlogvoering; vrijwel altijd sprake is van consensus. De rode draad wordt gevormd door enkele kernartikelen van de Conventies van Genève en het Aanvullend Protocol I, welke inmiddels kunnen worden beschouwd als gewoonterecht. Ook hebben diverse organisaties³⁾ en landen⁴⁾ aangegeven dat ook in situaties waarin geen sprake is van een internationaal conflict, maar er wel feitelijke gevechtshandelingen plaatsvinden, de beginselen van het oorlogsrecht dienen te worden gevolgd. De commandant wordt tijdens het maken van plannen, behalve met de grondbeginselen van het gevecht, ook geconfronteerd met de hiervoor bedoelde beginselen van het oorlogsrecht zoals onderscheid⁵⁾ en proportionaliteit⁶⁾. Hij treft daarbij terminologie aan die zich uitstekend leent voor een op maat te snijden interpretatie. Hierover merkte Generaal Eisenhower, in 1944 al op: "*I don't want the expression 'military necessity' to hide laxity or indifference: it is often used in situations in which it would be more correct to speak of 'military convenience' or even 'personal convenience'*". Vandaag de dag zien de diverse internationale gerechtsinstanties in toenemende mate en nauwlettend toe op een wat al te vrije uitleg van de beginselen.

In de resterende één procent van de gevallen zijn het politieke overwegingen of besluiten van een commandant die het selecteren van doelen overnemen van de *'targeteers'*. Als de politieke hiërarchie twijfelt, genieten computermodellen een buitenproportionele invloed en worden militair juristen verbannen naar de achtergrond. Wanneer er echte verschillen van mening ontstaan of indien er zich doelen aandienen op de grens van het internationaal rechtelijk toelaatbare, beslist een kerngroep op regeeringsniveau⁷⁾ of het Pentagon. Politieke doelen, zoals het beïnvloeden van de (internationale) publieke opinie

³⁾ Zie bijv.: UN Secretary-General's bulletin 'Observance by United Nations forces of international humanitarian law, 6 Aug 1999, ST/SGB/1999/13.

⁴⁾ Zie bijv.: USA Department of defence: "The Armed Forces of the United States shall comply with the law of war in the conduct of military operations and related activities in armed conflict, however such conflicts are characterized"; Department of Defence Directive 5100.77, DOD Law of War Program, 9 December 1998.

⁵⁾ "Ten einde te verzekeren, dat de burgerbevolking en burgerobjecten worden ontzien en beschermd, dienen de partijen bij het conflict te allen tijde onderscheid te maken tussen de burgerbevolking en combattanten en tussen burgerobjecten en militaire doelen en dienen zij derhalve hun operaties uitsluitend tegen militaire doelen te richten" (API, Artikel 48) .

⁶⁾ "Zij die een aanval voorbereiden of tot een aanval besluiten dienen (...) af te zien van enige aanval die naar kan worden verwacht mede bijkomend verlies van mensenlevens onder de burgerbevolking, verwonding van burgers, schade aan burgerobjecten of een combinatie daarvan zal veroorzaken, in een mate welke buitensporig zou zijn in verhouding tot het te verwachten tastbare en rechtstreekse militaire voordeel"; (...) (API, Artikel 57 lid, 2 sub b).

⁷⁾ Tijdens de Vietnamoorlog bevond President Nixon zich in tweestrijd over het al dan niet opdracht geven tot het vernietigen van een elektriciteitscentrale welke tevens voor militaire doeleinden werd gebruikt. Abusievelijke vernietiging van de nabij gelegen dam, zou door overstroming het leven kunnen kosten aan 30.000 burgers. Na geïnformeerd te zijn over de toentertijd moderne laser-geleide bom met een faal-risico van 15 % , gaf Nixon opdracht de centrale te vernietigen. De bom trof doel.

of het handhaven van de coalitie, worden subjectief gemeten en binnenlandse uitwerking van gevoelige besluiten wordt ingeschat.

'High-tech' wapens en Targeting

Meer dan 70 procent van de munitie, afgeworpen boven Afghanistan, was *'precision-guided'* (in Kosovo 30 procent en in de Golfoorlog 10 procent)⁸⁾. Favoriet: *de Joint Direct Attack Munition*, geleid met behulp van GPS-satellieten en ingevlogen met de nog uit het Vietnam-tijdperk stammende B-52 langeafstandsbommenwerper. Om het beeld compleet te maken: een *'Special Forces'* soldaat, het doel in het vizier en geknield boven zijn laptop, beslist of een hoeveelheid digitale informatie en coördinaten met een druk op de knop naar de B-52 wordt gezonden. Binnen enkele minuten vinden honderden dodelijke wapens hun weg naar het doel tot op enkele meters.

Tijdens een in San Remo gehouden seminar, met als onderwerp "Targeting and International Humanitarian Law" werd door een Amerikaanse luchtmachtjurist⁹⁾ duidelijk gemaakt, dat sedert de Golfoorlog, de methode om kwetsbaarheid van de burgerbevolking in te schatten (het *'Tier-System'*) aanzienlijk is verfijnd. De methode wordt gebruikt om een risico-inschatting te maken van nevenschade bij een aanval op een zeker doel. Een classificatie I tot IV wordt vastgesteld door de nauwkeurigheid van een specifiek wapen te koppelen aan de afstand van inslagpunt tot aan het punt waar munitieresten nog schade kunnen aanrichten. Een *'Tier I classificatie'* geeft bijvoorbeeld aan dat er geen risico voor nevenschade is in een cirkel met een diameter van 3000 *foot* (ruim 900 meter). Indien er zich binnen dat gebied iets bevindt dat een probleem kan opleveren is een *'Tier II'* analyse vereist. *Tier II*, is een berekening van *'fragmentation fly out distances'* een meer specifieke benadering, om een kleinere cirkel te construeren die het gebied van nevenschade aangeeft bij gebruik van specifieke munitie. Wapeneffecten, afleveringskarakteristieken en afwerphoogte worden in de berekening meegenomen. Indien een bouwwerk binnen de cirkel een probleem kan vormen, wordt het doel beschouwd als een doel met een *'high collateral damage'* risico.

Alsdan wordt een *Tier III* analyse uitgevoerd. De afstand over welke een munitietype het doel kan missen maar nog steeds kan beschadigen wordt berekend om de mogelijke nevenschade vast te stellen. Indien te verwachten schade in de omtrek nog steeds zorgvuldig is, wordt het doel bestempeld als *'high value-high risk'* en een *Tier IV* analyse wordt uitgevoerd. Een dergelijke analyse wordt uitgevoerd met behulp van computermodellen van bouwwerken die het doel omgeven. Het deelt de mogelijke niveaus van voorzienbare nevenschade in, variërend van glasbreuk tot complete ineenstorting. Ook worden specifieke richtpunten nader beschouwd. Het betreft hier een kostbaar en tijdrovend proces, uitgevoerd door het Joint Warfare Analyses Center (JWAC).

De overwinning op zich is ook een humanitair doel.

Hoewel betoogd kan worden dat het *'Tier System'* slechts een hulpmiddel is, gebaseerd op gemiddelden, is dit *'targeting'* proces een redelijk zelfstandig leven gaan leiden. Vandaag de dag wordt geen beslissing genomen over een aanval op een verstedelijkt gebied zonder een *'Tier analyse'*. Dit heeft echter geleid tot wellicht een te ruime aandacht voor het denken over burgerslachtoffers in termen van aantallen doden en gewonden dat

⁸⁾ "War in the Computer age", Joseph Fitchett, International Herald Tribune, 28 December 2001.

⁹⁾ Colonel Al Ringgenberg, USAFE, tijdens Seminar "Targeting and International Humanitarian Law", International Institute of Humanitarian Law, San Remo, Oktober 2000.

veroorzaakt zou kunnen worden, een denktrant die in feite een rationele discussie over welke doelen aan te vallen om politieke en militaire doelen te bereiken, heeft verzwakt.

Vraag die overblijft bij toepassing van het steeds verfijnder JWAC *system* en het voortdurend slimmer worden van wapens, is, of aantallen burgerslachtoffers en schade aan burgerobjecten alléén bepalend moeten zijn voor het al dan niet uitvoeren van een aanval, of dat deze schade gewoon één van de aspecten is om vast te stellen òf buitenproportionele schade wordt toegebracht ter bereiking van het militaire voordeel. Hoe exacter en onaan-tastbaarder een methode lijkt, des te buitenproportioneler haar invloed.

Waarom moeten aantallen burgerslachtoffers niet de enige bepalende factor zijn? De kosten van het niet treffen van het doel (bijvoorbeeld Mullah Omar gedurende de eerste nacht van operatie 'Enduring Freedom') - de kosten van het niet nemen van risico's - hebben met enige regelmaat een gunstiger militaire uitkomst belemmerd. In een interne US Airforce notitie van 2001 aangaande de rol van de legal advisor wordt gesteld: "*in the end the assessment of potential collateral damage must come to this: a balance of obvious humanitarian concerns with the need to jight effectively; victory, too, must be validated as a humanitarian goal in itself*". Hoewel op de inhoud wat valt af te dingen, is hier de onder-toon relevant. De stelling is te verklaren als een reactie op de doorgeslagen aandacht gedurende de laatste jaren van politici en media voor '*collateral damage*', ongeacht de omvang en oorzaken daarvan.

Korte besluitcyclus

Zoals oorlogen in Irak, Somalië en Afghanistan laten zien, is het extreem moeilijk om individuen te traceren, of ze zich nu in bergen of bevolkingscentra schuilhouden. Gegevens over verdachte personen komen voortdurend binnen en de informatie lijkt soms klip en klaar voor de uitvoerders. Met nagenoeg '*real-time*' gegevens en precisiemunitie wordt de besluitcyclus voortdurend korter. Tijdens de eerste nacht van operatie 'Enduring Freedom' konden inlichtingenofficieren van CENTCOM niet met zekerheid vaststellen wie deel uitmaakte van het konvooi. Zoals met veel controversiële acties, komen verschillende personen met verschillende lezingen van de gebeurtenissen. Pentagon vertegenwoordigers beweren dat een aantal individuen een moskee in Kandahar was binnengegaan, maar gelet op de onzekerheid rond hun identiteit zou niemand een aanval goedkeuren. Anderen rapporteren dat later groen licht werd gegeven (er was geen sprake van een negatief advies van de militair jurist) maar of het Mullah Omar was of niet, zal nooit bekend worden.

Het zou kunnen zijn dat de USA niet de meest efficiënte en humane militaire strategie nastreeft waar het betreft de inzet van het luchtwapen, maar juristen zijn daar nauwelijks op aan te kijken. Van het hoogste (politieke) niveau tot en met de planners en uitvoerders ('*targeters*') bestaat er verwarring over de strategische mogelijkheden en internationaal-rechtelijke beperkingen van het luchtwapen. Daarnaast is er een niet afnemende druk van de publieke opinie, verwoord door media en humanitaire organisaties, waarbij aan landen die beschikken over technologisch hoogwaardige precisiewapens en munitie, soms hogere eisen lijken te worden gesteld t.a.v. het voorkomen van '*collateral damage*', dan aan opposenten die zich bedienen van 'klassieke wapenvarianten'.

Vaststaat in elk geval, dat de inzet van het luchtwapen in de voortdurende strijd tegen het internationaal terrorisme vele strategische en juridische leermomenten heeft opgeleverd en nog zal opleveren.

Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loep:

De tijdelijke aanstelling

door

Prof. mr. G.L. Coolen

Een bijdrage, waarin wordt voorgesteld enkele verbeteringen aan te brengen in de regeling inzake tijdelijke aanstelling, neergelegd in hoofdstuk 2 van het Algemeen militair ambtenarenreglement.

inleiding

Artikel 11 Amar opent de mogelijkheid om Nederlanders, en ook buitenlanders, *tijdelijk* aan te stellen als militair. Artikel 11 is lang een dode letter geweest. Sinds een aantal jaren wordt het artikel echter met enige regelmaat toegepast.

De regeling inzake tijdelijke aanstelling bevat enkele onvolkomenheden. Deze hangen voor een deel samen met de enigszins ongelukkig gekozen plaats die de regeling in het Algemeen militair ambtenarenreglement heeft gekregen.

Drie vormen van aanstelling

De aanstelling als militair vindt regeling in hoofdstuk 2 van het Algemeen militair ambtenarenreglement. De eerste bepaling van dit hoofdstuk (artikel 4 lid 1) zegt dat aanstelling bij zowel het beroeps- als het reservepersoneel kan plaatsvinden, *of* voor onbepaalde tijd *of* voor een bepaalde tijd. Een aanstelling voor *onbepaalde* tijd is een aanstelling in vaste dienst. Wie voor onbepaalde tijd is aangesteld, kan in beginsel in dienst blijven totdat hij de voor zijn categorie geldende ontslagleeftijd heeft bereikt. Ook een aanstelling voor een *bepaalde* tijd is een aanstelling in vaste dienst. Wie voor een bepaalde tijd is aangesteld, wordt echter in beginsel ontslagen, zodra de tijd, waarvoor aanstelling is geschied, is verstreken.

Artikel 4 lid 1 Amar wekt de indruk een limitatieve opsomming te geven. Nadere raadpleging van hoofdstuk 2 leert echter dat ook *tijdelijke* aanstelling als militair mogelijk is. Artikel 11 lid 1 Amar bepaalt: "Wegens en voor de duur van de vervulling van een functie die niet door reeds in werkelijke dienst verblijvende militairen kan worden vervuld, kan in bijzondere gevallen tijdelijke aanstelling als militair bij het beroepspersoneel plaatsvinden." In de nota van toelichting (Stb. 1989, 386) wordt met betrekking tot deze bepaling opgemerkt dat de tijdelijke aanstelling in een afzonderlijk artikel is geregeld (en niet in artikel 4 Amar), omdat de tijdelijke aanstelling niet moet worden gezien "als een vorm van aanstelling die dient voor de reguliere personeelsvoorziening van de krijgsmacht". Tijdelijke aanstelling is (dan ook) niet een aanstelling in vaste dienst. Aanstelling geschiedt voor de duur van de vervulling van een bepaalde functie. Zodra de tijdelijk aangestelde militair van deze functie wordt ontheven, eindigt de aanstelling van rechtswege. Dit is bepaald in artikel 11 lid 3 Amar.

Het Algemeen militair ambtenarenreglement bevat dus drie te onderscheiden vormen van aanstelling:

- aanstelling voor onbepaalde tijd, bij zowel het beroeps- als het reservepersoneel;
- aanstelling voor een bepaalde tijd, eveneens bij zowel het beroeps- als het reservepersoneel;

- tijdelijke aanstelling, uitsluitend bij het beroepspersoneel.

Wie is bevoegd tot tijdelijke aanstelling?

Ingevolge artikel 4 Amar geschiedt aanstelling bij koninklijk besluit indien bij de aanstelling een officiersrang wordt toegekend (lid 2) of de aanstelling een lid van het Koninklijk Huis betreft (lid 4). In alle andere gevallen geschiedt aanstelling door de Minister van Defensie (lid 3). Gelet op de plaats van deze bepalingen is met "aanstelling" in de leden 2, 3 en 4 bedoeld: een aanstelling in de zin van lid 1 van artikel 4; dus een aanstelling voor onbepaalde dan wel een bepaalde tijd bij het beroeps- of het reservepersoneel. Dit betekent dat in artikel 4 Amar niet is geregeld wie (welk gezag) bevoegd is in geval van *tijdelijke* aanstelling. Dit is evenmin geregeld in artikel 11 Amar of in enig ander artikel. Het Algemeen militair ambtenarenreglement vertoont op dit punt dus een leemte.

De meest eenvoudige oplossing om in deze leemte te voorzien is de inhoud van artikel 11 lid 1 Amar over te brengen naar artikel 4, als een nieuw lid 2. Hetgeen in artikel 4 is bepaald inzake de bevoegdheid tot aanstelling, is dan vanzelf ook van toepassing op de tijdelijke aanstelling.

Kan in geval van tijdelijke aanstelling een dienverplichting worden opgelegd?

Ingevolge artikel 7 lid 1 en 3 Amar is aan een aanstelling voor onbepaalde tijd bij zowel het beroeps- als het reservepersoneel de verplichting verbonden dat de aangestelde militair gedurende ten minste een door de minister te bepalen tijd deel blijft uitmaken van het beroeps- onderscheidenlijk het reservepersoneel. Een soortgelijke verplichting is verbonden aan een aanstelling voor een bepaalde tijd bij het beroeps- of het reservepersoneel (artikel 7 lid 2 en 3). Men spreekt in dit verband gewoonlijk van de *dienverplichting*.

Artikel 7 Amar zegt niet dat ook aan een tijdelijke aanstelling een dienverplichting is of kan worden verbonden. Ook elders in het Algemeen militair ambtenarenreglement is dit niet bepaald. Dit betekent, mede gelet op het ingrijpende karakter van de dienverplichting, dat de vraag of in geval van tijdelijke aanstelling een dienverplichting kan worden opgelegd, slechts ontkennend kan worden beantwoord.¹⁾ Indien dus behoefte bestaat aan het (kunnen) opleggen van een dienverplichting aan ook *tijdelijk* aangestelde militairen, zal artikel 7 Amar moeten worden aangepast.

Kan aan een tijdelijke aanstelling een proeftijd worden verbonden?

Artikel 9 Amar bepaalt: "Aan een aanstelling kan door het op grond van artikel 4 bevoegde gezag een proeftijd van ten hoogste twaalf kalendermaanden worden verbonden." Een proeftijd werkt naar twee kanten. Enerzijds kan tijdens de proeftijd een aanvraag om ontslag niet worden afgewezen. Anderzijds kan aan een militair tijdens de proeftijd ook ontslag worden verleend op een niet in de voorschriften (uitdrukkelijk) genoemde grond.

Gelet op de verwijzing in artikel 9 naar artikel 4 Amar (en ook op de plaats van het artikel in hoofdstuk 2) zien de woorden "een aanstelling" in artikel 9 slechts op een aanstelling voor onbepaalde dan wel een bepaalde tijd, en *niet* op een tijdelijke aanstelling. Dit betekent dat de vraag of naar geldend recht aan een tijdelijke aanstelling een proeftijd kan worden verbonden, ontkennend dient te worden beantwoord.

Aan een proeftijd bestaat in geval van een tijdelijke aanstelling in de regel ook geen

¹⁾ Zie in dit verband CRvB 1 mei 2000, MRT 2001, p. 32, m.nt. G.L.C. (De niet met zoveel woorden opgelegde dienverplichting).

behoefte. Indien een tijdelijk aangestelde militair niet aan de verwachtingen beantwoordt, kan hij van de functie die hij bekleedt worden ontheven, hetgeen ingevolge artikel 11 lid 3 Amar inhoudt dat de aanstelling met ingang van de dag van ontheffing van rechtswege eindigt. Indien de tijdelijk aangestelde militair zelf zich in zijn verwachtingen teleurgesteld voelt, kan hij ontslag aanvragen, welke aanvraag, zolang op hem geen dienverplichting rust, niet kan worden afgewezen.

Bijkomende gevolgen van verplaatsing van artikel 11 lid 1 naar artikel 4 Amar

Verplaatsing van het bepaalde in artikel 11 lid 1 Amar naar artikel 4 (zoals voorgesteld) heeft in de eerste plaats tot gevolg dat, na verplaatsing, onder "aanstelling" in artikel 9 Amar (dat verwijst naar artikel 4) ook een tijdelijke aanstelling valt. Dit betekent dat, na verplaatsing, ook aan een tijdelijke aanstelling een proeftijd kan worden verbonden.

Verplaatsing heeft in de tweede plaats gevolgen voor artikel 8 Amar. Dit artikel bepaalt: "Aan de militair wordt door het op grond van artikel 4 bevoegde gezag bij aanstelling een rang of stand en klasse toegekend." Ook in deze bepaling ziet "aanstelling" (thans), gelet op de context, slechts op een aanstelling voor onbepaalde dan wel een bepaalde tijd; en niet op een tijdelijke aanstelling. Ook in deze leemte wordt vanzelf voorzien indien de inhoud van artikel 11 lid 1 Amar wordt overgebracht naar artikel 4.

Waarheen met de leden 2 en 3 van artikel 11 Amar?

Artikel 11 Amar bevat drie leden. Als de inhoud van lid 1 wordt overgebracht naar artikel 4 Amar, zullen ook de leden 2 en 3 een andere plaats dienen te krijgen.

Artikel 11 lid 2 Amar bepaalt dat in geval van tijdelijke aanstelling kan worden afgeweken van de voorwaarden voor aanstelling die in gewone gevallen gelden. Welke voorwaarden dit zijn, is bepaald in artikel 5 lid 1 Amar. Het ligt dan ook voor de hand de inhoud van artikel 11 lid 2 over te brengen naar artikel 5 (en wel, gelet op het bepaalde in artikel 5 lid 2, als een nieuw lid 3).²⁾

Artikel 11 lid 3 Amar bepaalt dat, indien een tijdelijk aangestelde militair van zijn functie wordt ontheven, de aanstelling met ingang van de dag van de ontheffing van rechtswege eindigt. Met betrekking tot deze bepaling vallen twee opmerkingen te maken. In de eerste plaats is "eindiging van aanstelling van rechtswege", gelet op de context, slechts een synoniem van ontslag van rechtswege. In feite ontslaat dus de autoriteit, die het besluit tot ontheffing neemt, tevens de tijdelijk aangestelde militair uit de dienst. Het een is immers een rechtstreeks en onmiddellijk gevolg van het ander. Dit betekent een doorbreking van het stelsel, waarvoor in het Algemeen militair ambtenarenreglement weloverwogen is gekozen en dat inhoudt dat het gezag dat bevoegd is tot aanstelling (en *niet* het gezag dat bevoegd is tot ontheffing) bij uitsluiting bevoegd is tot ontslag.³⁾ In de tweede plaats hoort eindiging van aanstelling *van rechtswege*, evenmin als ontslag van rechtswege, in de voorschriften die de rechtspositie van de militair bepalen thuis. Militairen dienen, om onzekerheden te voorkomen, de hoedanigheid van mili-

²⁾ Artikel 5 lid 2 luidt: "Wanneer aan de aanstelling een proeftijd is verbonden, kan in bijzondere gevallen worden afgeweken van de bij en krachtens het eerste lid, onder a, b en d, gestelde voorwaarden, indien in redelijkheid mag worden verwacht dat vóór het einde van de proeftijd wel aan de voorwaarden is voldaan."

³⁾ Tot ontheffing is ingevolge artikel 19 lid 1 Amar of de Minister van Defensie bevoegd (indien aan de functie een vlag- of een opperofficiersrang is verbonden), of de bevelhebber van het krijgsmachtdeel (in alle andere gevallen).

tair slechts te verliezen krachtens een (schriftelijk) besluit van het tot ontslag bevoegde gezag.⁴⁾

Aan beide bezwaren kan tegemoet worden gekomen door de bepaling, vervat in artikel 11 lid 3 Amar, over te brengen naar hoofdstuk 6, Ontslag, van het Algemeen militair ambtenarenreglement en de tekst te vervangen door: "Indien een als zodanig tijdelijk aangestelde militair wordt ontheven van zijn functie, wordt hij met ingang van de dag van ontheffing uit de dienst ontslagen."

⁴⁾ Zie hieromtrent nader G.L. Coolen, *Ontslag van rechtswege*, MRT 2002, p. 195-199. Zie ook CRvB 28 juni 2001, MRT 2002, p. 155, m.nt. G.L.C. (De tijdelijk aangestelde en vervolgens weer ontslagen kapitein).

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 1 november 2001

9814050 MAW

Voorzitter: Mr. G.P.A.M. Garvelink-Jonkers; leden: Mr. J.H. van Kreveld en Mr. R. Kooper.

Laakbaar gedrag kan leiden tot ontslag wegens ongeschiktheid

Een officier (een BBT-er) meldde zich na afloop van het hem verleende vakantieverlof niet bij zijn dienstonderdeel terug. Hij bleek, op vakantie in Kroatië, door de politie te Zagreb te zijn aangehouden en vervolgens in voorlopige hechtenis te zijn gesteld: in de kofferbak van zijn auto was een aanzienlijke hoeveelheid drugs aangetroffen. Op grond van deze feiten werd de officier, met toepassing van artikel 39 lid 2 onder j Amar, wegens ongeschiktheid uit de dienst ontslagen. Tevens werd hem medegedeeld dat hij, aangezien het ontslag aan eigen schuld was te wijten, geen aanspraak kon maken op de (eerder in het vooruitzicht gestelde) aanstellingspremie, noch in aanmerking kwam voor wachtgeld (of een overeenkomstige uitkering). Toen de officier tegen dit (na bezwaar gehandhaafde) besluit beroep instelde, verklaarde de rechtbank het beroep ongegrond. In de onderstaande uitspraak bevestigt de Centrale Raad van Beroep de uitspraak van de eerste rechter: De Raad komt tot de slotsom dat de Kroon op goede gronden tot het standpunt is gekomen dat ten aanzien van de officier sprake was van ongeschiktheid als bedoeld in artikel 39 lid 2 onder j Amar. De Raad wijst er daarbij op dat aan een officier zeer hoge eisen mogen worden gesteld "betreffende normbesef en integriteit". Voorts is de Raad van oordeel dat de staatssecretaris terecht heeft geweigerd de aanstellingspremie aan de officier uit te betalen: de uit de aanstelling voortvloeiende dienverplichting is immers niet volbracht wegens een aan de officier zelf te wijten oorzaak. Ook onderschrijft de Raad het standpunt van de staatssecretaris dat de officier verwijtbaar werkloos is geworden; hem is dus terecht een uitkering geweigerd.

(Art. 39 lid 2 onder j Amar; Premiereregeling beroepsmilitairen)

UITSPRAAK

in het geding A., wonende te B. appellant, en de Staatssecretaris van Defensie, mede handelend als vertegenwoordiger van de Kroon, gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Namens appellant is op de daartoe bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Arrondissementsrechtbank's-Gravenhage van 6 mei 1998, nr. AWB 97110032 MAWKLU, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 20 september 2001, waar appellant niet is verschenen. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door J.B.J. Driessen, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. Voor een uitgebreidere weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. De Raad volstaat met het volgende.

1.1. Appellant was ten tijde hier van belang aangesteld - voor bepaalde tijd - als kapi- tein bij de Koninklijke Luchtmacht. In de periode van 6 juni 1995 tot 5 december 1995 is hij uitgezonden geweest naar Kroatië als United Nations Military Observer, standplaats Zagreb. Op 3 februari 1996 is appellant tijdens een vakantieverlof door de Kroatische politie van Zagreb aangehouden en in voorlopige hechtenis gesteld. Bij zijn aanhouding is een niet onaanzienlijke hoeveelheid drugs, waaronder 125 stuks XTC-tabletten, in de koffer- bak van zijn auto aangetroffen. Als gevolg van zijn detentie heeft appellant zich aan het einde van zijn verlof niet bij zijn dienstonderdeel gemeld.

1.2. Appellant is bij brief van 31 mei 1996 medegedeeld dat hij door zijn gedrag en han- delen, alsmede zijn langdurige ongeoorloofde afwezigheid niet langer geschikt wordt geacht om als officier bij de Koninklijke Luchtmacht of enig ander krijgsmachtsdeel te dienen, en dat hij om die reden bij Hare Majesteit de Koningin zal worden voorgedragen voor ontslag met ingang van 1 september 1996. Voorts is hem bij die brief medegedeeld dat de voortijdige beëindiging van zijn aanstelling bij de Koninklijke Luchtmacht geheel aan zijn eigen schuld moet worden geweten, waardoor hij niet in aanmerking komt voor een uitkering als bedoeld in het Werkloosheidsbesluit beroepsmilitairen bepaalde tijd, en hij geen aanspraak heeft op de aanstellingspremie als bedoeld in de Premiereregeling en aan- vullende voorzieningen beroepsmilitairen krijgsmacht 1982. Vervolgens is appellant bij koninklijk besluit van 7 augustus 1996 met toepassing van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder j, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) met ingang van 1 september 1996 eervol ontslagen. Bij brief van 4 september 1996 heeft gedaagde dit koninklijk besluit aan appellant bekend gemaakt. Gedaagde heeft daaraan toegevoegd dat, aangezien het ontslag aan eigen schuld of toedoen van appellant moet worden geweten, diens aanspraak op premie vervalt en appellant niet in aanmerking komt voor een wacht- geld of overeenkomstige uitkering. Tegen deze besluiten heeft appellant bezwaar gemaakt. Bij brief van 6 augustus 1997 (hierna: het bestreden besluit) heeft gedaagde appellant in kennis gesteld van de ongegrondverklaring van de bezwaren.

1.3. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het namens appellant tegen het besluit van 6 augustus 1997 ingestelde beroep ongegrond verklaard.

2. In hoger beroep heeft appellant volhard in zijn standpunt dat hij onschuldig is en dat de drugs die in zijn kofferbak zijn gevonden daar zijn neergelegd door een nieuwe kennis, genaamd Nico, aan wie hij in goed vertrouwen zijn autosleutels had meegegeven. Voorts heeft appellant naar voren doen brengen dat de ongeoorloofde afwezigheid van zijn dienst- onderdeel is voortgevloeid uit zijn detentie en derhalve moet worden aangemerkt als een vorm van overmacht, waardoor het ontslag disproportioneel is. Tot slot stelt appellant dat hij gelet op zijn, tot op het moment van het onderhavige incident, onberispelijke staat van dienst aanspraak maakt op (achterstallig) wachtgeld en aanstellingspremie.

3. De Raad overweegt als volgt.

3.1. Op grond van de aanwezige gedingstukken is naar het oordeel van de Raad genoeg- zaam vast komen te staan dat appellant bij zijn aanhouding door de politie van Zagreb in het bezit was van een niet onaanzienlijke hoeveelheid drugs. Voor appellants stelling dat deze drugs door anderen opzettelijk in zijn kofferbak zijn neergelegd met het doel hem in een val te lokken, heeft appellant geen enkel concreet bewijs aangedragen. Die stelling is ook onaannemelijk, nu appellant ten tijde van zijn arrestatie in gezelschap van een

UNPROFOR-militair - niet zijnde Nico - van de auto vandaan kwam en deze UNPROFOR-militair zich, naar de betrokken politieambtenaren hebben vastgesteld, bij de arrestatie trachtte te ontdoen van een pil met dezelfde kenmerken als de in de kofferbak aangetroffen XTC-pillen. Aan de door appelland gegeven voorstelling van zaken, als zou hij niet hebben geweten dat zich verdovende middelen in de kofferbak bevonden, kan in dit licht geen geloof worden gehecht.

3.2. Het vorenstaande betekent dat de Raad van oordeel is dat gedaagde op goede gronden tot het standpunt is gekomen dat ten aanzien van appelland sprake is van onbekwaamheid of ongeschiktheid voor de door hem beklede functie, anders dan op grond van ziels- of lichaamsgebreken. De Raad wijst er daarbij op dat gedaagde aan een functionaris als appelland, officier van de Koninklijke Luchtmacht, zeer hoge eisen mag stellen betreffende normbesef en integriteit. In casu zijn de Raad geen omstandigheden gebleken op grond waarvan in het geval van appelland in redelijkheid geen gebruik gemaakt had mogen worden van de bevoegdheid tot het verlenen van ontslag.

3.3. Uit het vorenstaande volgt dat de Raad het standpunt van gedaagde onderschrijft dat appelland verwijtbaar werkloos is geworden en dat appelland derhalve terecht een uitkering in de zin van het Werkloosheidsbesluit beroepsmilitairen is geweigerd. Voorts is de Raad van oordeel dat gedaagde terecht heeft geweigerd de aanstellingspremie aan appelland uit te betalen aangezien appelland gelet op de voortijdige beëindiging, de uit die aanstelling voortvloeiende (dien)verplichting niet heeft volbracht wegens een aan hemzelf te wijten oorzaak.

4. Gelet op het vorenoverwogene kan het hoger beroep niet slagen en dient de aangevallen uitspraak te worden bevestigd.

5. De Raad acht geen termen aanwezig om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht.

6. Derhalve wordt beslist als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. *Laakbaar gedrag kan niet alleen leiden, zoals in de onderhavige zaak, tot ontslag wegens ongeschiktheid (artikel 39 lid 2 onder j Amar), maar ook tot ontslag wegens verregaande nalatigheid in de vervulling van plichten (artikel 39 lid 2 onder k Amar). Zie bijvoorbeeld CRvB 10 februari 1995, MRT 1995, p. 322. Ook kan laakbaar gedrag leiden tot ontslag wegens wangedrag (artikel 39 lid 2 onder l Amar). Zie bijvoorbeeld CRvB 15 juni 1995, MRT 1996, p. 122, m.nt. G.L.C.*

2. *De aanhef van artikel 39 lid 2 Amar luidt: "Aan de militair kan verder uitsluitend ontslag worden verleend enz." Echter, naast artikel 39, bevatten ook artikel 40 Amar en artikel 12 g lid 2 MAW 1931 een grond voor ontslag. Het woord "uitsluitend" in artikel 39 lid 1 dient dan ook te worden geschrapt.*

G.L.C.

Centrale Raad van Beroep
Uitspraak van 20 december 2001
991534 MAW

Voorzitter: Mr. J.C.F. Talman; leden: Mr. G.J.H. Doornewaard en Mr. R. Kooper

Het afgewezen functiewaarderingsonderzoek

Een kapitein verzocht de Staatssecretaris van Defensie met terugwerkende kracht tot (her)waardering van de door hem beklede functie over te gaan. Hij hoopte aldus met terugwerkende kracht tot de rang van majoor te (kunnen) worden bevorderd. Toen dit verzoek werd afgewezen, stelde de kapitein tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) afwijzing beroep in. De rechtbank verklaarde het beroep ongegrond, welke uitspraak door de Centrale Raad van Beroep werd bevestigd. Naar het oordeel van de Raad kon de staatssecretaris niet de bevoegdheid worden ontzegd om aan een functie, ook bij een score hoog in het bandbreedte, "om redenen van organisatie" toch de (toegestane) lagere mng te verbinden. Hierbij mocht worden meegewogen dat de kapitein het verzoek om over te gaan tot een functiewaarderingsonderzoek enkel en alleen had gedaan om alsnog voor bevordering tot majoor in aanmerking te kunnen komen. Van een essentiële wijziging van de functie die tot het instellen van een functiewaarderingsonderzoek met terugwerkende kracht noodzaakte, was niet gebleken.

(Functiewaardering)

UITSpraak

in het geding A., wonende te B. appellent, en de Staatssecretaris van Defensie, gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Namens appellent is op de daartoe bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage van 18 december 1998, nr. AWB 9712260 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend en desgevraagd een nader stuk aan de Raad toegezonden .

Namens appellent is nog een reactie, met een bijlage, ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 8 november 2001, waar appellent in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. P.M. Groenhart, werkzaam bij de ACOM, en waar gedaagde zich heeft doen vertegenwoordigen door mr. W. Baron en ir. H. van Velzen, beiden werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. Voor een uitgebreidere weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. De Raad volstaat met het volgende.

1.1. Appellant, sedert 1988 in de rang van kapitein werkzaam als functie-analist, heeft in het kader van het per 1 januari 1990 voor militairen ingevoerde zogenoemde nieuwe personeelsbeleid de functie toegewezen gekregen van functie-analist met de organieke rangcode 560, kapitein. Op 1 juli 1993 heeft hij de militaire dienst met functioneel leeftijdsontslag verlaten.

1.2. Een verzoek van appellant, gedateerd 29 juni 1993, dat onder meer strekte tot het instellen van een functiewaarderingsonderzoek met ingang van 1 januari 1990 teneinde alsnog met terugwerkende kracht de rang van majoor te verkrijgen, is bij besluit van 22 februari 1994 afgewezen, waarna het daartegen gemaakte bezwaar bij besluit van 26 augustus 1994 niet-ontvankelijk is verklaard. De rechtbank heeft deze niet-ontvankelijkverklaring bij uitspraak van 15 oktober 1996 vernietigd, hetgeen de Raad bij uitspraak van 14 mei 1998 heeft bevestigd. In deze uitspraak heeft de Raad voorts, op uitdrukkelijk verzoek van appellant, de beslissing op het beroep tegen het, ter uitvoering van de uitspraak van de rechtbank, door gedaagde genomen nadere besluit van 17 januari 1997 verwezen naar de rechtbank.

1.3. De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak het beroep van appellant tegen het bestreden besluit van 17 januari 1997 ongegrond verklaard.

2.1. Wat betreft het karakter van het primaire afwijzende besluit van 22 februari 1994, welke afwijzing bij het thans bestreden besluit van 17 januari 1997 is gehandhaafd, verwijst de Raad naar hetgeen daaromtrent is overwogen in zijn hiervoor genoemde uitspraak van 14 mei 1998, inhoudende dat dit besluit een reactie betreft op een verzoek om met terugwerkende kracht tot functiewaardering over te gaan, waardoor de in dat besluit gelegen weigering kan worden aangemerkt als een weigering om terug te komen van een rechs onaanastbaar geworden besluit of als een besluit dat het karakter heeft van een dergelijke weigering.

2.2. Een dergelijke weigering dient, in aanmerking genomen dat het verzoek is gedaan juist voordat appellant de militaire dienst verliet, overeenkomstig 's Raads jurisprudentie te worden geëerbiedigd, tenzij aan het eerdere besluit dusdanige gebreken kleven dan wel zich dusdanige omstandigheden hebben voorgedaan, dat het bestuursorgaan in redelijkheid niet had kunnen weigeren dat eerdere besluit ongedaan te maken. Volgens deze rechtspraak ligt het daarbij, voorzover hier van belang, op de weg van de betrokken (gewezen) ambtenaar die van het bestuursorgaan verlangt dat het van een dergelijk besluit terugkomt, feiten en omstandigheden aan te dragen, die bij de eerdere besluitvorming geen rol hebben gespeeld, dan wel de evidente onjuistheid van dat besluit aan te tonen.

2.3. Appellant heeft erop gewezen dat de waardering van zijn functie indertijd op 313 punten uitkwam, dat zijn functie sedertdien in velerlei opzichten is verzaamd, zodat zonder meer het zogeheten midpoint van 318 punten wordt bereikt, in welk geval volgens hem aanspraak bestaat op de rang van majoor. Appellant heeft voorts aangevoerd dat zijn functionele taakuitoefening gelijk was aan die van de functie-analist in de rang van majoor.

2.4. De Raad overweegt dienaangaande dat de bandbreedte, ook geheten het bracket, voor de rang van kapitein loopt van 222 tot en met 350 punten, terwijl die van majoor loopt van 286 tot en met 460 punten. In dit verband heeft de rechtbank met juistheid opgemerkt dat gedaagde niet de bevoegdheid kan worden ontzegd aan een functie, ook bij een score hoog in het overgangsbracket, om redenen van organisatie toch de lagere rang te verbinden. De stelling van appellant dat een waardering van 318 punten zonder meer aanspraak geeft op de rang van majoor is door gedaagde dan ook met recht terzijde geschoven. De Raad merkt hierbij op dat gedaagde in zijn besluitvorming heeft mogen laten meewegen dat appellant zijn verzoek om over te gaan tot een functiewaarderingsonderzoek enkel en alleen heeft gedaan om alsnog voor bevordering tot majoor in aanmerking te komen. Dit betekent dat gedaagde redelijkerwijs het standpunt kon innemen dat alleen een essentiële wijziging van de functie noodzaakte tot het instellen van een functiewaarderingsonderzoek met terugwerkende kracht. Van een dergelijke wijziging is niet gebleken. Dat de waardering van appellants functie bij benadering zou uitkomen boven het voor het

overstijgen van de rang van kapitein vereiste aantal punten van 350 dan wel in aanzienlijke mate het oorspronkelijke waarderingsresultaat te boven zou gaan is in geen enkel opzicht gebleken.

2.5. Appellant heeft voorts wel gesteld dat bij de verdeling van de taken geen rekening werd gehouden met de rang van functie-analist, maar de, met verklaringen van leidinggevenden onderbouwde, stelling van gedaagde dat de moeilijkere, meer gecompliceerde opdrachten werden opgedragen aan de (ervaren) functie-analisten in de rang van majoor heeft appellant niet afdoende weerlegd.

3. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen is de Raad van oordeel dat het bestreden besluit van 17 januari 1997 in rechte stand houdt, zodat de aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

4. De Raad acht geen termen aanwezig om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht.

Beslist wordt derhalve als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 20 december 2001

99/593 MAW

Voorzitter: Mr. J.C.F. Talman; *leden:* Mr. G.J.H. Doornewaard en Mr. R. Kooper

Of twee jaar of ten hoogste vijf

Van een gewezen BBT-er werd door de Staatssecretaris van Defensie een bedrag teruggevorderd van f 27.062,94 wegens teveel uitbetaalde premie. De rechtbank verklaarde het tegen dit besluit ingestelde beroep ongegrond. Later verklaarde de staatssecretaris zich bereid, gelet op de bijzonderheden van het geval, de hoogte van het teruggevorderde bedrag terug te brengen tot f 20.000,=. De gewezen BBT-er achtte deze matiging echter onvoldoende. Hij wist niet, zo stelde hij, en kon ook niet weten dat hij te veel had ontvangen. Zoals in onderstaande uitspraak valt te lezen, deelt de Centrale Raad van Beroep het standpunt van de rechtbank: appellant kon in ieder geval redelijkerwijs weten dat hij te veel had ontvangen. Ook kon de staatssecretaris naar het oordeel van de Raad, bij afweging van alle in aanmerking komende belangen, in redelijkheid een bedrag van f 20.000,= wegens onverschuldigd betaalde premie van de gewezen BBT-er terugvorderen.

(Terugvordering van hetgeen onverschuldigd is betaald)

UITSpraak

in het geding A., wonende te B., appellant, en de Staatssecretaris van Defensie, gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Appellant heeft op bij beroepschrift (met bijlagen) aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage van 28 december 1998, nummer AWB 98105204 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is te kennen gegeven dat hetgeen door appellant in diens beroepschrift is aangevoerd hem geen aanleiding geeft tot het uitbrengen van een verweerschrift.

Het geding is behandeld ter zitting van 8 november 2001. Appellant is in persoon verschenen en gedaagde heeft zich doen vertegenwoordigen door mr. F. van der Meyden, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1.1. Appellant is van 1 april 1990 tot en met 31 maart 1995 aangesteld geweest als beroepsmilitair voor een bepaalde tijd. Na afloop daarvan had hij recht op een premie van 15% over de door hem gedurende de eerste vier jaren genoten wedde en van 25% over de door hem gedurende het vijfde jaar genoten wedde, uit te betalen binnen twee maanden na 31 maart 1995. Blijkens een salarisafrekening van 19 januari 1996 is aan appellant een premie van f 42.874,59 + f 15.404,00 = f 58.278,59 bruto toegekend. Op verzoek van appellant is aan hem bij besluit van 2 februari 1996 over de periode van 1 juni 1995 tot 1 februari 1996 een vergoeding van f 2.136,89 wegens verdragingsrente toegekend.

1.2. Bij besluit van 16 december 1997, gehandhaafd bij het bestreden besluit van 27 mei 1998, is vastgesteld dat appellant recht heeft op f 31.215,65 bruto aan premie en is een bedrag van f 27.062,94 wegens onverschuldigde betaling van appellant teruggevorderd.

1.3. De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak het door appellant tegen het bestreden besluit ingestelde beroep ongegrond verklaard.

2. Ter zitting van de Raad is namens verweerder meegedeeld dat met het oog op de weinig voortvarende handelwijze van zijn kant de hoogte van het teruggevorderde bedrag wordt teruggebracht tot f 20.000,-. Deze matiging brengt met zich dat het bestreden besluit niet langer wordt gehandhaafd en dat het bestreden besluit zowel als in het voetspoor daarvan de aangevallen uitspraak geheel dient te worden vernietigd.

3. Appellant heeft te kennen gegeven die matiging nog onvoldoende te achten. Gelet hierop zal de Raad nagaan of er aanleiding bestaat om, ter finale beslechting van het geschil, gebruik te maken van de hem op grond van artikel 21, eerste lid, van de Beroepswet, gelezen in samenhang met artikel 8:72, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), toekomstige bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien.

4.1. Naar vaste jurisprudentie van de Raad is een bestuursorgaan als gedaagde op grond van het algemeen rechtsbeginsel, dat hetgeen onverschuldigd is betaald kan worden teruggevorderd, bevoegd om tot terugvordering van de ten onrechte betaalde premie over te gaan, tenzij andere algemene rechtsbeginselen zich daartegen verzetten. In een situatie waarin de militaire ambtenaar wist of redelijkerwijs had kunnen weten dat hij te veel ontving, kan een bestuursorgaan in beginsel hetgeen aan de betrokken ambtenaar onverschuldigd is betaald gedurende twee jaren na de dag van uitbetaling terugvorderen. Deze termijn kan tot vijf jaren worden verlengd, indien de gemaakte fout door toedoen van de ambtenaar is ontstaan.

4.2. Appellant heeft zich op het standpunt gesteld dat hij niet wist en ook niet redelijkerwijs kon weten dat hij te veel heeft ontvangen. De Raad is met de rechtbank van oordeel dat appellant, zo hij het al niet wist, in ieder geval redelijkerwijs kon weten dat hij te veel had ontvangen. Uit de gedingstukken blijkt dat appellant bekend was met de hoogte van de voor hem geldende premiepercentages, terwijl hij voorts bekend kon zijn met de

hoogte van zijn wedde. Een ruwe schatting kon appellant tot geen andere conclusie brengen dan dat het hem toegekende bedrag aan premie zijn aanspraak in aanmerkelijke mate te boven ging.

4.3. Appellant heeft voorts aangevoerd dat zich aan de kant van gedaagde herhaalde malen slordigheden en fouten hebben voorgedaan, en dat pas in een laat stadium tot terugvordering is overgegaan. Naar het oordeel van de Raad kan gedaagde, bij afweging van alle in aanmerking komende belangen, in redelijkheid een bedrag van f 20.000,- wegens onverschuldigd betaalde premie van appellant terugvorderen. Dat de hele gang van zaken weinig gelukkig is te achten wordt door gedaagde erkend, maar gedaagde behoefde daarin redelijkerwijs geen aanleiding te zien om over te gaan tot een verdergaande matiging dan al is gedaan. De Raad neemt hierbij in aanmerking dat de gemaakte fout bij een interne controle is ontdekt en dat vervolgens is overgegaan tot terugvordering, en wel op een tijdstip dat gelegen is binnen twee jaren na de datum van uitbetaling.

5. De Raad acht gezien het vorenstaande termen aanwezig om zelf in de zaak te voorzien door, in zoverre onder herroeping van het primaire besluit van 16 december 1997, te bepalen dat de hoogte van het bedrag dat gedaagde van appellant terugvordert wordt vastgesteld op f 20.000,-.

6. De Raad acht tot slot termen aanwezig om gedaagde op grond van artikel 8:75 van de Awb te veroordelen in de proceskosten van appellant. Deze kosten worden begroot op f 53,50 wegens reiskosten in eerste aanleg en f 53,50 wegens reiskosten in hoger beroep, derhalve in totaal f 107,-.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP;

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Vernietigt het bestreden besluit van 27 mei 1998;

Bepaalt dat appellant aan gedaagde een bedrag van f 20.000,- dient terug te betalen;

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appellant tot een bedrag van f 107,-, te betalen door de Staat der Nederlanden;

Bepaalt dat de Staat der Nederlanden het door appellant in eerste aanleg en in hoger beroep betaalde griffierecht van in totaal f 525,- aan appellant vergoedt.

NASCHRIFT

Zoals in de onderhavige uitspraak valt te lezen is een bestuursorgaan naar vaste jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep - op grond van het algemeen rechtsbeginsel dat hetgeen onverschuldigd is betaald kan worden teruggevorderd - bevoegd om tot terugvordering van de ten onrechte betaalde bedragen over te gaan, tenzij andere rechtsbeginselen zich tegen terugvordering verzetten. Dit betekent dat in een situatie waarin een militair wist of redelijkerwijs had kunnen weten dat hij te veel ontving, in beginsel hetgeen onverschuldigd is betaald gedurende twee jaar na de dag van uitbetaling kan worden teruggevorderd. Indien de door het bestuursorgaan gemaakte fout door toedoen van de militair is ontstaan, kan de termijn van twee jaar worden verlengd tot vijf jaar.

G.L.C.

Arrondissementsrechtbank Rotterdam

Uitspraak van 27 december 2001
AW 9912874-BOS; AW 99/2875-FW

Enkelvoudige kamer: Mr. E.I. van den Bos-Boomsma

De ontslagen aalmoezenier

Een vlootaalmoezenier werd door de Kroon met ingang van 1 februari 1997 uit de dienst ontslagen: de ordinarius militaris van de rooms-katholieke kerk had de eerder verleende kerkelijke goedkeuring tot aanstelling per 1 november 1996 definitief ingetrokken. Dit betekende het verlies van een (krachtens de voorschriften geldend) aanstellingsvereiste. Toen de vlootaalmoezenier tegen het besluit tot ontslag bezwaar maakte, verklaarde de Staatssecretaris van Defensie, daartoe gemachtigd door de Kroon, het bezwaar ongegrond. In de onderstaande uitspraak beantwoordt de rechtbank de vraag of het bestreden besluit de rechterlijke toetsing kan doorstaan, bevestigend. "Het standpunt van verweerder dat het niet wenselijk is een geestelijke verzorgers te handhaven die de steun van zijn eigen kerkelijke instantie ontbeert, komt de rechtbank niet onredelijk voor:"

(Besluit van 17 januari 1967, Stb. 1967, 91)

UITSpraak

in het geding tussen A., wonende te B., eiser, en de Staatssecretaris van Defensie, verweerder.

1. Ontstaan en loop van de procedure

Bij brief van 28 oktober 1999 heeft de gemachtigde van eiser beroep ingesteld tegen de weigering van verweerder een nieuw besluit op bezwaar te nemen na vernietiging door de rechtbank van het besluit op bezwaar van 24 juli 1997.

Bij besluit van 25 november 1999 (hierna: het bestreden besluit) heeft verweerder alsnog een besluit op bezwaar genomen en eisers bezwaren tegen het koninklijk besluit van 16 januari 1997, waarbij eiser met ingang van 1 februari 1997 eervol ontslag is verleend als vlootaalmoezenier bij de Koninklijke marine, ongegrond verklaard.

Bij brief van 30 december 1999 heeft de gemachtigde van eiser medegedeeld dat het bestreden besluit niet aan eisers grieven tegemoet komt.

Verweerder heeft bij brief van 27 januari 2000 een verweerschrift ingediend.

Het beroep is behandeld ter zitting van de meervoudige kamer van de rechtbank op 11 september 2000. Aanwezig waren eiser en zijn gemachtigde. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr drs E.M. Schelkers-Breed.

Ingevolge het bepaalde in artikel 8:10, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) heeft de meervoudige kamer van de rechtbank de verdere behandeling van het beroep verwezen naar de enkelvoudige kamer van de rechtbank.

Bij beslissing van 10 oktober 2000 heeft de rechtbank het onderzoek heropend.

De rechtbank heeft gebruik gemaakt van de haar gegeven bevoegdheid ingevolge artikel 8:44 van de Awb en verweerder opgeroepen te verschijnen teneinde de rechtbank nadere inlichtingen te verstrekken. De comparitie is op 14 december 2000 gehouden.

Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr drs E.M. Schelkers-Breed. Eiser is verschenen met zijn gemachtigde.

Met toestemming van partijen heeft de rechtbank bepaald dat het nader onderzoek ter zitting achterwege blijft en heeft zij het onderzoek gesloten.

2. Overwegingen

2.1 Fictieve weigering

De gemachtigde van eiser heeft op 12 februari 1997 bezwaar gemaakt tegen het koninklijk besluit van 16 januari 1997 waarbij eiser met ingang van 1 februari 1997 eervol ontslag is verleend als vlootaalmoezenier bij de Koninklijke marine.

Bij besluit van 24 juli 1997 heeft verweerder de bezwaren van eiser ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit heeft eiser beroep ingesteld. Dit beroep is bekend onder nummer AW 981655-R6.

Bij uitspraak van 6 juli 1999 heeft de rechtbank het beroep van eiser gegrond verklaard en het besluit van 24 juli 1997 van verweerder vernietigd onder de overweging dat het besluit op het bezwaar van eiser inzake zijn ontslag met ingang van 1 februari 1997 niet bevoegdlijk is genomen.

Vervolgens heeft de gemachtigde van eiser op 28 oktober 1999 beroep ingesteld tegen de weigering van verweerder om na de vernietiging een nieuw besluit op bezwaar te nemen.

Op 25 november 1999 heeft verweerder alsnog een beslissing op bezwaar genomen.

Ingevolge artikel 6:20, aanhef en onder b, van de Awb wordt voor de toepassing van de wettelijke voorschriften over bezwaar en beroep met een besluit gelijkgesteld, het niet tijdig nemen van een besluit. Krachtens artikel 6:20, eerste lid, van de Awb blijft het bestuursorgaan verplicht een besluit op bezwaar te nemen. Ingevolge het vierde lid van dit artikel wordt het beroep tegen het niet tijdig beslissen geacht mede te zijn gericht tegen het besluit op bezwaar tenzij dat besluit aan het bezwaar of beroep geheel tegemoet komt.

Tussen partijen is niet in geschil, en ook de rechtbank is daarvan gebleken, dat verweerder eerst 20 weken na vernietiging door de rechtbank van het besluit op bezwaar van 24 juli 1997 een nieuw besluit heeft genomen. Daarmee is komen vast te staan dat verweerder heeft verzuimd tijdig een nieuw besluit op bezwaar te nemen.

Nu eiser op de voet van 8:73 van de Awb om schadevergoeding heeft verzocht, is de rechtbank van oordeel dat eiser zijn procesbelang bij zijn beroep gericht tegen de weigering van verweerder na vernietiging een besluit op bezwaar te nemen, niet heeft verloren. Het beroep dient in zoverre gegrond te worden verklaard.

Terzake van het verzoek om schadevergoeding overweegt de rechtbank dat eiser niet heeft onderbouwd welke schade hij heeft geleden als gevolg van verweerdere trage besluitvorming. De rechtbank wijst derhalve het verzoek om schadevergoeding af.

Gemachtigde van eiser heeft aangegeven dat het bestreden besluit niet geheel aan de bezwaren van eiser tegemoet komt. Ook de rechtbank heeft dit geconstateerd. Hieruit volgt dat het beroep van eiser gericht tegen het de weigering van verweerder om na vernietiging een nieuw besluit op bezwaar te nemen mede gericht wordt geacht tegen het besluit van 25 november 1999.

2.2 Bestreden besluit

In dit geding dient de rechtbank de vraag te beantwoorden of het bestreden besluit in stand kan blijven.

Namens eiser is in beroep aangevoerd dat het bestreden besluit niet bevoegd is genomen, nu het besluit op bezwaar dient te worden genomen door de Kroon en deze bevoegd-

heid niet rechtsgeldig kan worden overgedragen. Bovendien, als al wettelijk is toegelaten dat een machtiging een dergelijk bevoegdheid kan overdragen, dan nog is sprake van een bevoegdheidsgebrek nu de machtiging niet bij koninklijk besluit is genomen. Gemachtigde van eiser heeft betoogd dat door de mandatering aan de directeur personeel van de Koninklijke marine het ontslag van eiser weer wordt getrokken in de kring van personen die zijn ontslag wenselijk achten.

Verweerder heeft zich op het standpunt gesteld dat het bestreden besluit bevoegd is genomen, nu verweerder daartoe is gemachtigd door de Kroon. Tijdens de comparitie is namens verweerder gesteld dat het reële besluit door verweerder is genomen en is getekend door de directeur personeel van de Koninklijke marine. Voorts is namens verweerder in dit verband aangegeven dat verweerder bij de intern geldende mandaatregelingen zijn aldaar specifieke genoemde personele bevoegdheden, waaronder de mogelijkheid om op bezwaar te beslissen, heeft gemandateerd aan de Bevelhebber der Zee strijdkrachten die deze bevoegdheden vervolgens heeft ondergemandateerd aan de directeur personeel van de Koninklijke marine.

De rechtbank overweegt dienaangaande het volgende.

Het bestreden besluit is namens verweerder, die daartoe een machtiging van de Kroon heeft verkregen, door de directeur personeel van de Koninklijke marine genomen. De rechtbank merkt hierbij op dat zij de opmerking van gemachtigde van verweerder tijdens de comparitie dat verweerder het besluit zou hebben genomen en de directeur personeel van de Koninklijke marine dit besluit vervolgens heeft getekend niet kan volgen, nu uit de brief van 11 september 2000 van de directeur personeel van de Koninklijke marine en de brief van 30 oktober 2000 (met bijlage) blijkt dat de directeur personeel van de Koninklijke marine heeft beslist op eisers bezwaren inzake zijn ontslag.

De rechtbank is gebleken, hetgeen door verweerder niet bestreden is, dat het mandaatsbesluit uitvoerende bevoegdheden Algemeen militair ambtenarenreglement (hierna: AMAR) en het ondermandaatsbesluit Bevelhebber Zee strijdkrachten uitvoerende bevoegdheden AMAR geen bevoegdheid geeft aan de directeur personeel van de Koninklijke marine om het besluit op bezwaar inzake het ontslag van eiser te nemen: immers het mandaatsbesluit en het ondermandaatsbesluit zien op de bevoegdheid tot ontslag aan militairen met een rang beneden de rang van luitenant ter zee 3^e klasse/tweede luitenant, of stand en klasse, als bedoeld in artikel 38, tweede lid, AMAR, terwijl eiser in rang is gelijkgesteld met luitenant ter zee der 1^e klasse.

Bij brief van 30 oktober 2000 heeft verweerder de directeur personeel Koninklijke Marine alsnog medegedeeld dat gelet op de inhoud en strekking van onder meer het mandaatsbesluit van 24 november 1998 hij ten rechte namens verweerder kon beslissen op het bezwaarschrift van eiser.

De rechtbank is van oordeel dat verweerder hiermee het bestreden besluit voor zijn rekening heeft genomen.

Voor de inhoudelijke beoordeling van het bestreden besluit gaat de rechtbank uit van de volgende feiten en omstandigheden.

Op 21 september 1987 heeft de Bisschop voor de Nederlandse Strijdkrachten zijn goedkeuring verleend tot aanstelling van eiser als geestelijk verzorger in dienst van het Ministerie van Defensie.

Bij koninklijk besluit van 24 december 1987 is eiser met ingang van 1 februari 1988 benoemd tot reserve-vlootaalmoezenier bij de dienst van de rooms-katholieke geestelijke verzorging bij de Koninklijke marine voor een periode van twee jaar. Bij koninklijk besluit van 26 oktober 1989 is eiser met ingang van 1 februari 1990 benoemd tot vlootaalmoeze-

nier in vaste dienst.

Verweerder heeft bij brief van 30 oktober 1996 aan eiser medegedeeld dat de intrekking van de kerkelijke goedkeuring per 1 november 1996 gelijk staat aan het verlies van een aanstellingsvereiste tot vlootgeestelijke bij de Koninklijke marine en dat als gevolg hiervan het voornemen is eiser per 1 februari 1997 ontslag uit 's Rijks zeedienst te verlenen.

Bij koninklijk besluit van 16 januari 1997 (het ontslag KB) is eiser met ingang van 1 februari 1997 eervol ontslag verleend als vlootaalmoexenier bij de Koninklijke marine. Bij brief van 6 februari 1997 heeft verweerder het ontslag KB aan eiser doen toekomen.

Verweerder heeft het door eiser hiertegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard bij besluit van 14 juli 1997.

Na vernietiging van dit besluit door deze rechtbank heeft verweerder bij het bestreden besluit de bezwaren van eiser tegen zijn eervol ontslag met ingang van 1 februari 1997 wederom ongegrond bevonden.

Verweerder heeft aan dit besluit ten grondslag gelegd dat nu eisers kerkelijke zending door de Ordinarius Militaris van de rooms-katholieke kerk per 1 november 1996 definitief is ingetrokken dit het verlies van een aanstellingsvereiste tot vlootgeestelijke van de Koninklijke marine inhoudt. Verweerder heeft hierbij aangegeven dat naar vast beleid alleen die geestelijke verzorgers worden aangesteld die van de rooms-katholieke kerk (hierna: RK kerk) een machtiging hebben gekregen. Verweerder heeft zich op het standpunt gesteld dat de procedure die heeft geleid tot intrekking van de machtiging het prerogatief vormt van de kerkelijke instantie die de geestelijke verzorgers voordraagt voor benoeming.

Namens eiser is in beroep - kort weergegeven - aangevoerd dat het enkel wegvallen van de goedkeuring van de RK kerk tot aanstelling bij het Ministerie van Defensie niet automatisch had mogen leiden tot ontslagverlening. Verweerder heeft nagelaten het besluit zorgvuldig voor te bereiden en daarbij alle partijen en van belang zijnde personen te horen en kennis te nemen van alle van belang zijnde stukken en verklaringen. Verweerder had daarbij een zelfstandige onderzoeksplicht ten aanzien van de stellingen waarop de Ordinarius Militaris zijn intrekking van de goedkeuring heeft gebaseerd. Voorts had verweerder de belangen van eiser bij instandhouding van zijn aanstelling en de gevolgen van zijn ontslag in ogenschouw dienen te nemen.

Van toepassing is het koninklijke besluit van 17 januari 1967, houdende bepalingen betreffende het ontslag van de geestelijke verzorgers in de krijgsmacht.

Artikel I, onderdeel D, aanhef en sub 7, luidt als volgt:

Een geestelijke verzorger kan niet worden ontslagen dan:

Ter zake van het verlies van een vereiste voor de benoembaarheid, door het bevoegd gezag gesteld bij een regeling aan de benoeming voorafgegaan, tenzij het vereiste alleen voor de aanvang van het ambt geldt;

De rechtbank ziet zich gesteld voor het beantwoorden van de vraag of verweerder in redelijkheid gebruik heeft kunnen maken van zijn bevoegdheid om eiser te ontslaan wegens het verlies van een vereiste voor benoembaarheid, zonder daarbij zelf onderzoek te doen naar de redenen voor het verlies daarvan. De rechtbank beantwoordt deze vraag bevestigend en heeft daartoe het volgende overwogen.

De rechtbank onderschrijft het standpunt van verweerder dat in het onderhavige geval het hanteren van de ontslaggrond inzake het verlies van een vereiste voor benoembaarheid was aangewezen en dat het beoordelen van de bekwaamheid of geschiktheid van eiser in zijn pastoraal functioneren en de daarmee samenhangende ontslaggrond om die reden buiten beschouwing dienen te blijven.

De rechtbank kan verweerder volgen in zijn standpunt dat het niet op zijn weg ligt te beoordelen of de kerkrechtelijke rechtsgang die eiser ter zake van het verlies van de kerkelijke goedkeuring ter beschikking stond, is aan te merken als een met voldoende waarborgen omklede procedure. Daarmee is gegeven dat verweerder ook geen afweging behoeft te maken of door een eigen onderzoek alsnog vermeende gebreken in de kerkrechtelijke rechtsgang zouden moeten worden gecompenseerd.

Het oordeel van de civiele rechter in de door eiser tegen de Ordinarius voor de Nederlandse strijdkrachten aangespannen procedure maakt dit voor verweerder niet anders.

De rechtbank is van oordeel dat verweerder door de uitkomst van de kerkrechtelijke rechtsgang af te wachten alvorens tot het ontslag over te gaan voldoende recht heeft gedaan aan zijn verplichting om de belangen van eiser af te wegen tegen het organisatiebelang. Het standpunt van verweerder dat het niet wenselijk is een geestelijk verzorger te handhaven die de steun van zijn eigen kerkelijke instantie ontbeert komt de rechtbank niet onredelijk voor. Een andersluidend standpunt zou immers inhouden dat verweerder verantwoordelijkheid gaat dragen voor de inhoudelijke invulling van de geestelijke verzorging, hetgeen nadrukkelijk niet de bedoeling is van de constructie waarin om rechtspositionele redenen het aanstellen van geestelijk verzorgers als burgerpersoneel in dienst van het Ministerie van Defensie is geregeld.

Ook in de zorgplicht ten aanzien van eiser op het punt van bijscholing en bemiddeling is verweerder naar het oordeel van de rechtbank niet in gebreke gebleven.

Gezien het bovenstaande is de rechtbank van oordeel dat het bestreden besluit de rechterlijke toetsing kan doorstaan. Het beroep hiertegen dient dan ook ongegrond te worden verklaard.

De rechtbank ziet aanleiding verweerder te veroordelen in de kosten die eiser in verband met de behandeling van het beroep tegen de bestreden besluiten tot aan deze uitspraak redelijkerwijs heeft moeten maken. De rechtbank bepaalt de proceskosten op f 355,- aan kosten van door een derde beroepsmatige verleende rechtsbijstand. Van overige kosten waarop een veroordeling in de proceskosten in verband met het beroep tegen de bestreden besluiten betrekking kan hebben, is de rechtbank niet gebleken. Wel dient verweerder het betaalde griffierecht aan eiser te vergoeden.

3. *Beslissing*

DE RECHTBANK,

RECHT DOENDE:

verklaart het beroep tegen het niet tijdig beslissen van verweerder op de uitspraak van de rechtbank van 6 juli 1999 gegrond,

verklaart het beroep tegen het bestreden besluit ongegrond,

bepaalt dat de Staat der Nederlanden aan eiser het door hem betaalde griffierrecht van f 225,- vergoedt,

veroordeelt verweerder in de proceskosten tot een bedrag van f 355,- en wijst de Staat der Nederlanden aan als de rechtspersoon die deze kosten aan eiser moet vergoeden.

NASCHRIFT

1. De krijgsmacht kent geestelijke verzorgers: aalmoezeniers, predikanten, humanistische raadsliden en rabbijnen. Geestelijke verzorgers doen dienst onder dezelfde omstandigheden als militairen. Bovendien gaan zij in uniform gekleed en dragen, evenals militairen, rangonderscheidingstekens. Toch bezitten geestelijke verzorgers bij de krijgsmacht

niet de hoedanigheid van militair: Zij bezitten deze hoedanigheid niet omdat zij niet als militair, maar uitdrukkelijk als burgerambtenaar worden aangesteld. Dit betekent dat op hen het Burgerlijk ambtenarenreglement defensie van toepassing is; en niet het Algemeen militair ambtenarenreglement. Wel is, uit praktische overwegingen, een groot aantal bepalingen van het Algemeen militair ambtenarenreglement op geestelijke verzorgers van overeenkomstige toepassing verklaard. Tot deze bepalingen behoren echter niet de bepalingen inzake ontslag (hoofdstuk 6). Zie hieromtrent artikel 1 lid 5 Amar.

2. Welke ontslagregels op geestelijke verzorgers van toepassing zijn is bepaald in het Besluit van 17 januari 1967, houdende bepalingen betreffende het ontslag van geestelijke verzorgers in de krijgsmacht (Stb. 1967, 91). Artikel I, lid D onder 7°, van deze regeling zegt dat een geestelijk verzorger kan worden ontslagen: "ter zake van het verlies van een vereiste voor benoembaarheid, door het bevoegd gezag gesteld bij een regeling aan de benoeming voorafgegaan, tenzij het vereiste alleen voor de aanvang van het ambt geldt". In de onderhavige zaak was een vereiste voor benoembaarheid verloren gegaan doordat de eerder verleende kerkelijke goedkeuring tot aanstelling door de rooms-katholieke kerk was ingetrokken, terwijl de tegen deze intrekking aangespannen kerkrechtelijke rechtszaak niet tot ongedaanmaking van de intrekking had geleid.

3. De ontslagen aalmoezenier stelde zich op het standpunt dat de staatssecretaris had nagelaten het besluit tot ontslag zorgvuldig voor te bereiden: alvorens tot ontslag over te gaan had de staatssecretaris zelf een onderzoek dienen in te stellen. Zoals in de onderhavige uitspraak valt te lezen deelt de rechtbank deze opvatting van de ontslagen aalmoezenier niet. De rechtbank kan de staatssecretaris (verweerder) volgen in diens standpunt dat het niet op zijn weg ligt te beoordelen of de kerkelijke rechtsgang, die de aalmoezenier ter zake van het verlies van de kerkelijke goedkeuring ter beschikking stond, is aan te merken als een met voldoende waarborgen omklede procedure. "Daarmee is gegeven dat verweerder ook geen afweging behoeft te maken of door een eigen onderzoek alsnog vermeende gebreken in de kerkelijke rechtsgang zouden moeten worden gecompenseerd", aldus de rechtbank.

4. Overigens worden geestelijke verzorgers oorlogsrechtelijk wel tot de strijdkrachten gerekend. Dit betekent dat zij, in geval van een gewapend conflict, op dezelfde wijze door het recht van Genève worden beschermd als militairen. Zij bezitten echter niet de status van combattant en zijn dus niet gerechtigd rechtstreeks aan de vijandelikheden deel te nemen. Geestelijke verzorgers, die in handen van de tegenstander vallen, verkrijgen dan ook niet de status van krijgsgevangene. Zij kunnen echter wel worden aangehouden en ingezet om aan krijgsgevangenen hulp en bijstand te verlenen.

G.L.C.

BURGERLIJKE RECHTSPRAAK

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest van 21 december 2001

President: Mr. Neleman (vice-pres.); *raadsheren:* Mrs. Jansen, Aaftink, O. de Savornin Lohman en Hammerstein.

Kernwapens

Collectieve vorderingen tegen de Staat waarbij enkele organisaties en een groot aantal particuliere personen een verklaring voor recht verlangen dat bepaalde handelingen met betrekking tot de inzet van kernwapens verboden zijn als in strijd met de beginselen van humanitair oorlogsrecht en een verbod van die handelingen vorderen. In cassatie gaat het slechts om de ontvankelijkheid van deze vorderingen.

Indien op voorhand blijkt dat de desbetreffende handelingen op een zodanige wijze zijn omschreven dat zij niet alle of niet onder alle omstandigheden onrechtmatig zijn, en de vraag of zij al dan niet onrechtmatig zijn ook niet aan de hand van de omstandigheden van het geval kan worden onderzocht, is de verlangde verklaring voor recht onvoldoende omschreven.

Ten aanzien van de gevorderde verboden van toekomstige handelingen is voor de ontvankelijkheid van de vorderingen voorts vereist dat er een reële dreiging is dat de handelingen, die eisers verboden willen zien, zullen worden verricht.

Verwijzing naar Internationaal Gerechtshof 8 juli 1996, MRT 1996 p. 401 e.v.

(BW art. 3:303; art. 6:162;

Verdrag inzake de niet-verspreiding van kernwapens (Trb. 1968, 126) art. 2 en 3).

ARREST

in de zaak van: de VERENIGING VAN JURISTEN VOOR DE VREDE, gevestigd te Utrecht, de STICHTING MILJOENEN ZIJN TEGEN, gevestigd te Amsterdam, alsmede de rechtspersonen en natuurlijke personen vermeld in de bijgevoegde lijst, eisers tot cassatie, advocaat: mr. B.D.W. Martens, tegen de STAAT DER NEDERLANDEN, (Ministerie van Buitenlandse Zaken en Ministerie van Defensie), gevestigd te 's-Gravenhage, verweerder in cassatie, advocaat: mr. G.J.H. Houtzagers.

1. Het geding in feitelijke instanties

Eisers tot cassatie - verder te noemen: VJV c.s. - hebben bij exploit van 14 mei 1992 verweerder in cassatie - verder te noemen: de Staat - gedagvaard voor de Rechtbank te 's-Gravenhage en gevorderd, kort samengevat: te verklaren voor recht dat is verboden, alsmede te verbieden:

- iedere Nederlandse medewerking aan daadwerkelijke inzet van kernwapens in het algemeen;
- het beschikbaar stellen van Nederlandse overbrengingsmiddelen voor de daadwerkelijke inzet van kernwapens;
- het uitvoeren van nucleaire bombardementen met Nederlandse F 16-vliegtuigen, dan wel het anders dan met behulp van F 16-vliegtuigen overbrengen van een equivalent nucleair vermogen;
- iedere vorm van Nederlandse medewerking aan of instemming met de inzet van stra-

tegische kernwapens in het kader van de NAVO-strategie;

- iedere vorm van Nederlandse medewerking aan of instemming met de inzet van strategische kernwapens tegen bevolkingscentra;

- iedere inzet van elk nucleair vermogen, groter dan of gelijk aan het laagste explosief vermogen, waarvan de effecten zijn beschreven in de inleidende dagvaarding, tegen militaire doelen in bevolkte gebieden van de tegenstander;

- militairen en (buitengewoon) dienstplichtigen bevelen op te leggen die rechtstreeks of indirect gericht zijn op het gebruik van kernwapens;

- met subsidiaire vorderingen, die zich richten tegen een "first-use"-inzet van kernwapens.

Voorts hebben VJV c.s. gevorderd de Staat te gebieden van dit vonnis openbare kennisgeving te doen door middel van publicatie hiervan in de Staatscourant.

De Staat heeft de vorderingen bestreden.

Na een ingevolge een tussenvonnissen van 28 april 1993 op 8 september 1993 gehouden comparitie van partijen heeft de Rechtbank bij tussenvonnissen van 13 december 1995 een deskundigenbericht gelast en iedere verdere beslissing aangehouden.

Tegen het tussenvonnissen van 13 december 1995 hebben VJV c.s. hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage. In hoger beroep hebben VJV c.s. hun eis gewijzigd. De Staat heeft incidenteel hoger beroep ingesteld tegen beide tussenvonnissen van de Rechtbank.

Bij arrest van 20 mei 1999 heeft het Hof het bestreden vonnis vernietigd en, opnieuw rechtdoende, VJV c.s. hun vorderingen ontzegt.

2. Het geding in cassatie

(niet opgenomen, red.)

3. Beoordeling van het middel

3.1 In het onderhavige geding hebben VJV c.s. na wijziging van eis gevorderd, samen-gevat weergegeven en voor zover thans van belang:

- een verklaring voor recht dat de handelingen met betrekking tot de inzet van kernwapens, zoals telkens omschreven in de vorderingen onder I – III, verboden zijn als in strijd met de beginselen van humanitair oorlogsrecht, alsmede een verbod van die handelingen, met telkens als subsidiaire vordering een dienovereenkomstige verklaring voor recht en verbod voor het geval van eerst gebruik ("first use");

- een verklaring voor recht dat de instemming met, goedkeuring van en medewerking aan de plannen tot inzet van strategische kernwapens, zoals telkens omschreven in de vorderingen onder IV en V, moeten worden beschouwd als medewerking aan het voorbereiden van oorlogshandelingen die in strijd zijn met de beginselen van humanitair oorlogsrecht, alsmede een bevel die handelingen te staken, met telkens als subsidiaire vordering een dienovereenkomstige verklaring voor recht en bevel voor het geval van eerst gebruik ("first use");

- een verklaring voor recht dat de inzet van kernwapens, waarbij een nucleair vermogen wordt gebruikt als omschreven in de vordering onder VI, is verboden als in strijd met de beginselen van humanitair oorlogsrecht, alsmede een verbod van die handelingen, met telkens als subsidiaire vordering een dienovereenkomstige verklaring voor recht en verbod voor het geval van eerst gebruik ("first use");

- een verbod van bepaalde categorieën van eisers te verlangen dat opdrachten met betrekking tot de inzet van kernwapens als omschreven in de vordering onder VII, worden

nagekomen, alsmede een verbod hun terzake bevelen te geven, met als subsidiaire vordering een verbod voor het geval van eerst gebruik ("first use").

3.2.1 In haar tussenvonnis van 28 april 1993 heeft de Rechtbank overwogen dat VJV c.s. in deze procedure uitsluitend de vraag aan de orde stellen of de daadwerkelijke inzet van 'Nederlandse' kernwapens al dan niet in strijd is met rechtstreeks werkende beginselen van humanitair oorlogsrecht, te weten: (a) het verbod de burgerbevolking als zodanig doelwit van een aanval te maken, (b) het verbod militaire doelen aan te vallen, indien daarbij onevenredige schade aan de burgerbevolking zou worden toegebracht, en (c) het beginsel dat strijdende partijen onderscheid dienen te maken tussen combattanten en non-combattanten (rov. 2). Zij hebben naar de vaststelling van de Rechtbank hun vordering gegrond op onrechtmatig handelen van de Staat, omdat door de daadwerkelijke inzet van kernwapens, in de context van het NAVO-bondgenootschap, deze beginselen worden geschonden (rov. 3). VJV c.s. hebben dit een en ander in hoger beroep niet bestreden.

De Rechtbank heeft bij tussenvonnis van 13 december 1995 een deskundigenbericht bevolen met betrekking tot de vragen of de beginselen van humanitair oorlogsrecht, die VJV c.s. aan hun vorderingen ten grondslag hebben gelegd, tot het dwingend volkenrecht behoren en, zo ja, of zij rechtstreekse werking hebben.

3.2.2 Het Hof heeft bij het bestreden arrest laatstgenoemd vonnis vernietigd en aan VJV c.s. hun vorderingen ontzegd. Daartoe heeft het Hof, samengevat weergegeven, het volgende overwogen.

De vorderingen van VJV c.s. zijn alle gebaseerd op de stelling dat betrokkenheid van de Staat bij de inzet van kernwapens in strijd is met humanitair oorlogsrecht. Wanneer veronderstellenderwijs ervan wordt uitgegaan dat de beginselen van humanitair oorlogsrecht rechtstreekse rechten voor burgers scheppen, dan is voor de ontvankelijkheid van de vorderingen van VJV c.s. tevens nodig dat sprake is van een voldoende concreet belang bij de toewijzing daarvan (rov. 3). Voor de ontvankelijkheid van de verbodsvorderingen is ten minste vereist dat sprake is van een reële en geconcretiseerde dreiging dat kernwapens zullen worden ingezet. Dat sprake is van een situatie waarin reëel gevaar bestaat dat kernwapens zullen worden gebruikt en waarbij de Staat betrokken zal zijn, is niet gesteld en daarvan is ook niet gebleken (rov. 4). Voor de ontvankelijkheid van de vorderingen tot verklaring voor recht is noodzakelijk dat de verklaringen voldoende concreet zijn (rov. 5). Naar het oordeel van het Hof hebben VJV c.s. onvoldoende concreet belang bij hun vorderingen en zijn deze vorderingen onvoldoende concreet omschreven, zodat VJV c.s. daarin niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard (rov. 6).

3.3 Bij de beoordeling van de middelen moet het volgende worden vooropgesteld.

VJV c.s. hebben aan hun vorderingen ten grondslag gelegd een (dreiging van) onrechtmatig handelen door de Staat. Dit brengt mee dat - zoals overigens in dit geding niet omstreden is - de burgerlijke rechter bevoegd is van deze vorderingen kennis te nemen (art. 112 Gw).

Daarnaast hebben de volgende uitgangspunten te gelden.

A. Het gaat in cassatie uitsluitend om de, door het Hof ontkennend beantwoorde vraag of VJV c.s. ontvankelijk zijn in hun vorderingen. De vraag of de in de vorderingen omschreven handelingen al dan niet als onrechtmatig moeten worden aangemerkt, is derhalve als zodanig niet aan de orde. Niettemin kunnen aspecten van de onrechtmatigheid wel een rol spelen bij de vraag in hoeverre VJV c.s. ontvankelijk zijn in hun vorderingen. Met name voor zover het gaat om de in dit geding gevorderde verklaringen voor recht dat handelingen die nog niet zijn verricht, maar die de Staat naar de stellingen van VJV c.s. in de toekomst zou kunnen verrichten, als onrechtmatig moeten worden aangemerkt, zal moe-

ten worden getoetst of zij op zodanige wijze zijn geformuleerd dat in alle daardoor bestreden gevallen sprake is van onrechtmatigheid. Indien reeds op voorhand blijkt dat de handelingen waarvan in dit geding wordt gevorderd deze verboden te verklaren, op zodanige wijze zijn omschreven dat zij niet alle of niet onder alle omstandigheden onrechtmatig zijn, en de vraag of zij al dan niet onrechtmatig zijn, anders dan in geval van in het verleden verrichte handelingen, ook niet aan de hand van de omstandigheden van het geval kan worden onderzocht, is de verklaring voor recht onvoldoende concreet omschreven. Opmerking verdient hierbij dat het niet tot de taak van de rechter behoort een vordering zodanig te herformuleren dat zij uitsluitend ziet op handelingen die onder alle omstandigheden als onrechtmatig moeten worden beschouwd. Voor zover het betreft een geding als het onderhavige zou dit immers erop neerkomen dat van de burgerlijke rechter een antwoord in algemene zin wordt verlangd op de vraag onder welke omstandigheden het gebruik van kernwapens ongeoorloofd is, met betrekking tot welke vraag ook het Internationaal Gerechtshof blijkens zijn advies van 8 juli 1996 niet tot een definitief oordeel is kunnen komen.

Dit een en ander brengt mee dat een vordering te verklaren voor recht dat in de toekomst te verrichten handelingen als de onderhavige onrechtmatig zijn, indien zij in de hiervoor bedoelde zin onvoldoende concreet zijn omschreven, nimmer voor toewijzing in aanmerking komt, zodat een eiser onvoldoende belang heeft bij een zodanige vordering en derhalve daarin niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Hetzelfde geldt op overeenkomstige wijze voor de onvoldoende concreet omschreven vorderingen strekkende tot een verbod van die handelingen of tot een bevel die handelingen te staken.

B. Aan zijn door het Hof in rov. 5 van het bestreden arrest weergegeven conclusie E heeft het Internationaal Gerechtshof in zijn advies van 8 juli 1996 onder meer de volgende overwegingen ten grondslag gelegd:

"90. Ofschoon de toepasselijkheid van de beginselen en regels van humanitair recht en van het beginsel van neutraliteit op kernwapens nauwelijks wordt bestreden, zijn aan de andere kant de conclusies die uit deze toepasselijkheid worden getrokken controversieel.

91. Volgens het ene standpunt betekent het feit dat het gebruik van kernwapens onderworpen is aan en gereguleerd wordt door het oorlogsrecht, niet noodzakelijkerwijs dat zulk gebruik als zodanig is verboden. (...)

92. Een andere opvatting is dat het gebruik van kernwapens nooit verenigbaar kan zijn met de beginselen en regels van humanitair recht en derhalve verboden is. (...)

93. (...)

94. Het Hof zou willen opmerken dat geen van de staten die de rechtmatigheid van het gebruik van kernwapens in bepaalde omstandigheden bepleiten, (...) heeft aangegeven wat (...) de precieze omstandigheden zouden zijn die zulk gebruik rechtvaardigen (...). Zodoende is het Hof van mening dat het geen voldoende basis heeft om te beslissen over de geldigheid van deze opvatting.

95. Evenmin kan het Hof de geldigheid bepalen van de opvatting dat het gebruik van kernwapens in iedere omstandigheid onrechtmatig zou zijn vanwege de inherente en volledige onverenigbaarheid van deze wapens met het recht dat van toepassing is gedurende gewapend conflict. Zoals het Hof reeds heeft aangegeven, is zeker dat de beginselen en regels van het recht dat van toepassing is gedurende gewapend conflict - met als kern de doorslaggevende overweging van menselijkheid - tot gevolg hebben dat gewapende vijandelijkheden onderworpen zijn aan een aantal strikte vereisten. Zo zijn methoden en middelen van oorlogvoering verboden die enigerlei onderscheid tussen civiele en militaire doelen uitsluiten of die zouden resulteren in onnodig lijden voor de combattanten. Met

het oog op de unieke eigenschappen van kernwapens (...) lijkt het gebruik van dergelijke wapens nauwelijks verenigbaar met de inachtneming van dergelijke vereisten. Niettemin is het Hof van mening dat deze factoren onvoldoende zijn om met zekerheid te kunnen concluderen dat het gebruik van kernwapens in iedere omstandigheid noodzakelijkerwijs onverenigbaar zou zijn met de beginselen en regels van het recht dat van toepassing is in gewapende conflicten.

96. Voorts kan het Hof niet het fundamentele recht op overleven van iedere staat uit het oog verliezen en dus zijn recht tot zelfverdediging, in overeenstemming met artikel 51 van het Handvest, wanneer het overleven van de staat op het spel staat.

Evenmin kan het Hof de praktijk negeren, aangeduid met de "politiek van afschrikking", die gedurende vele jaren door een aanzienlijk deel van de internationale gemeenschap is aangehangen. (...)"

Uit deze overwegingen moet worden afgeleid dat het Internationaal Gerechtshof niet tot het oordeel is kunnen komen dat het gebruik van kernwapens, zelfs als dit in het algemeen in strijd zou zijn met de door VJV c.s. als zodanig aangeduide beginselen van humanitair oorlogsrecht, onder alle omstandigheden ongeoorloofd is.

C. In verband met de vraag of en wanneer het gebruik van kernwapens, indien dit in strijd zou zijn met het oorlogsrecht, ongeoorloofd is, verdient nog aantekening dat de in het onderhavige geding ingestelde vorderingen betrekking hebben op vragen betreffende het beleid van de Staat op het gebied van buitenlandse politiek en defensie, welk beleid in sterke mate zal afhangen van politieke afwegingen in verband met de omstandigheden van het geval. Dit betekent dat de burgerlijke rechter een grote mate van terughoudendheid aan de dag zal moeten leggen bij de beoordeling van vorderingen, als in het onderhavige geding ingesteld, die ertoe strekken handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van buitenlands beleid en defensie, die in de toekomst zouden kunnen worden verricht, reeds thans als onrechtmatig en derhalve als verboden aan te merken. Het is immers niet aan de burgerlijke rechter om deze politieke afwegingen te maken. Bovendien dient de burgerlijke rechter aan de daartoe geroepen organen van de Staat op voorhand voldoende ruimte te laten voor het maken van deze politieke afwegingen aan de hand van, thans niet te voorziene, concrete omstandigheden van het geval, en deze ruimte zo min mogelijk op voorhand te beperken door het opleggen van een verbod waarbij deze omstandigheden niet in aanmerking kunnen worden genomen. Dit geldt niet alleen met betrekking tot de vraag of dergelijke vorderingen al dan niet voor toewijzing vatbaar zijn, maar ook, in het verlengde daarvan en op overeenkomstige gronden als hiervoor onder A vermeld, met betrekking tot de vraag van de ontvankelijkheid.

D. Ten aanzien van de gevorderde verboden van toekomstige handelingen is voor ontvankelijkheid van de vorderingen voorts vereist dat een concreet belang bestaat, in die zin dat er een reële dreiging is dat de handelingen die VJV c.s. verboden willen zien, zullen worden verricht. Bij afwezigheid van een concrete en reële dreiging zou het debat in een burgerlijk geding slechts kunnen gaan over de geoorloofdheid in abstracto. Of een zodanige reële dreiging bestaat is een vraag van feitelijke aard, die dient te worden beantwoord door de rechter die over de feiten oordeelt. In cassatie kan niet worden onderzocht of het door de feitenrechter gegeven antwoord op deze vraag juist is, maar slechts of dit begrijpelijk en toereikend gemotiveerd is.

Tegen deze achtergrond overweegt de Hoge Raad met betrekking tot de voorgestelde middelen het volgende.

3.4.1 Onderdeel 1 van middel I keert zich tegen rov. 3 van het bestreden arrest, en met name tegen de samengevatte weergave door het Hof van de vorderingen van VJV c.s., in-

houdende dat deze vorderingen zijn gebaseerd op de stelling dat betrokkenheid van de Staat bij de inzet van kernwapens in strijd is met humanitair oorlogsrecht. Het onderdeel verwijt het Hof met deze samenvatting te hebben miskend dat de vorderingen geen betrekking hebben op de inzet van kernwapens in het algemeen, maar enkel op de inzet van kernwapens zoals in de vorderingen telkens is aangegeven, waarbij het, zoals het onderdeel nader specificceert, uitsluitend gaat om de inzet van kernwapens, al dan niet als eerst gebruik, in dichtbevolkt Europees gebied.

In de bestreden overweging heeft het Hof niet een omschrijving van de vorderingen van VJV c.s. gegeven, maar de grondslag van deze vorderingen, strijd met humanitair oorlogsrecht, aangegeven. Zoals blijkt uit rov. 1 van zijn arrest, heeft het Hof onderkend dat de vorderingen betrekking hebben op bepaalde daarin omschreven handelingen. Het onderdeel mist derhalve feitelijke grondslag.

3.4.2 Onderdeel 2 van middel I bestrijdt met een rechts- en een motiveringsklacht het oordeel van het Hof dat voorwaarde voor de ontvankelijkheid van VJV c.s. is dat de beginselen van humanitair oorlogsrecht rechtstreekse rechten voor burgers scheppen. Het onderdeel kan bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden, aangezien het Hof veronderstellenderwijs ervan is uitgegaan dat aan deze voorwaarde is voldaan.

3.4.3 Het Hof heeft in rov. 3 van zijn arrest - in cassatie terecht niet bestreden - geoordeeld dat voor ontvankelijkheid van de vorderingen van VJV c.s. tevens nodig is dat sprake is van een voldoende concreet belang bij toewijzing daarvan. Het heeft dit oordeel hierop doen steunen dat het gaat om vorderingen tot verklaring voor recht en tot het verbieden van handelingen waarvan vaststaat dat de Staat deze nog nooit heeft verricht. Onderdeel 3 van middel I bestrijdt dit laatste als onjuist althans onbegrijpelijk, nu het in de vorderingen onder IV, V en VII gaat om handelingen (onder IV en V: instemming met, goedkeuring van en medewerking aan de voorbereide inzet van kernwapens, resp. onder VII: het eisen dat opdrachten worden nagekomen) die reeds nu worden verricht. Kennelijk heeft het Hof geoordeeld dat het bij deze vorderingen gaat om de voorbereiding van resp. opdrachten met betrekking tot handelingen die nooit zijn verricht, en waarvan thans niet kan worden gezegd dat zij zonder meer en onder alle omstandigheden onrechtmatig zijn, hetgeen meebrengt dat VJV c.s. niet-ontvankelijk zijn in hun vorderingen te verklaren voor recht dat die handelingen onrechtmatig zijn en die handelingen te verbieden. Door te oordelen dat dan ook onvoldoende concreet belang bestaat bij een verklaring voor recht dat de voorbereidingen van die handelingen resp. de opdrachten daartoe onrechtmatig zijn en bij een bevel die voorbereidingen te staken resp. die opdrachten te verbieden, heeft het Hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Dit oordeel is ook niet onbegrijpelijk. Het onderdeel faalt derhalve.

3.5.1 In rov. 4 van zijn arrest heeft het Hof overwogen dat voor de ontvankelijkheid van de verbodsvorderingen ten minste nodig is dat "sprake is van een reële en geconcretiseerde dreiging dat kernwapens zullen worden ingezet". Zoals volgt uit hetgeen hiervoor in 3.3 onder D is overwogen is het Hof aldus uitgegaan van de juiste maatstaf. Anders dan onderdeel 1 van middel II betoogt, heeft het Hof bij de toepassing van deze maatstaf niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. De omstandigheid dat, zoals het onderdeel aanvoert, de "dreiging van daadwerkelijk kernwapengebruik concreet is" en "kernwapens behoren tot de inzetbare wapens" behoefde het Hof niet te leiden tot de slotsom dat sprake is van een reële en geconcretiseerde dreiging. Zoals nader zal blijken bij de bespreking van onderdeel 2 van het middel, waarnaar het onderhavige onderdeel verwijst, heeft het Hof kennelijk en niet onbegrijpelijk de stellingen van VJV c.s. niet aldus verstaan dat sprake is van een dreiging dat kernwapens zullen worden ingezet. Onderdeel 1 van middel II

faalt derhalve.

3.5.2 Onderdeel 2 van middel II klaagt over onbegrijpelijkheid en onvoldoende motivering van 's Hofs overweging dat VJV c.s. niet hebben gesteld dat sprake is van "een situatie waarin reëel gevaar bestaat dat kernwapens zullen worden gebruikt en waarbij de Staat betrokken zal zijn". Dat het Hof in de in feitelijke aanleg door VJV c.s. aangevoerde stellingen, waarnaar de toelichting op deze klacht verwijst, niet een betoog als even weergegeven heeft gelezen, berust op een aan het Hof als rechter die over de feiten oordeelt voorbehouden uitleg van de gedingstukken en is niet onbegrijpelijk. Noch de in het onderdeel aangehaalde passage uit het pleidooi in eerste aanleg - waarin uit de omstandigheid dat het gaat om "inzetbare wapens" wordt afgeleid dat een juridisch relevante dreiging bestaat dat deze wapens zullen moeten worden gebruikt - noch de overige passages waarnaar het onderdeel verwijst, noopten het Hof ertoe aan te nemen dat in deze stellingen niet alleen werd gedoeld op de mogelijkheid van het gebruik van kernwapens maar dat daarin ook besloten lag een verwijzing naar een concrete situatie waarin reëel *gevaar* bestaat dat kernwapens *zullen* worden gebruikt.

Dat het Hof de stellingen van VJV c.s. inderdaad heeft opgevat zoals hiervoor is weergegeven, blijkt ook uit zijn overweging dat de functie van kernwapens bij de NAVO-strategie vooral de afschrikkende werking is die van de mogelijkheid van het gebruik ervan uitgaat. Het onderdeel bestrijdt weliswaar met een reeks van argumenten dat dit een goede en gewenste strategie zou zijn, maar betoogt niet dat het Hof aldus de NAVO-strategie onjuist heeft weergegeven.

Het onderdeel is derhalve tevergeefs voorgesteld.

3.5.3 Met de slotzin van rov. 4 heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat niet is gebleken van meer dan een mogelijkheid dat kernwapens worden gebruikt, alsmede dat het niet aannemelijk acht dat gebruik van kernwapens daadwerkelijk wordt overwogen. Met dit laatste is het Hof ingegaan op de andersluidende stelling van VJV c.s., welke stelling, blijkens hetgeen onderdeel 4 daaromtrent aanvoert, hierop berust dat plannen voor het gebruik van kernwapens worden overwogen en dat met het oog op dat gebruik wordt geoefend, maar niet ook inhoudt dat een situatie bestaat waarin overwogen wordt kernwapens in een gewapend conflict feitelijk te gebruiken. Dit een en ander is niet onbegrijpelijk noch onvoldoende gemotiveerd. In zoverre falen de onderdelen 3 en 4 van middel II derhalve.

Voor zover onderdeel 4 zich met een rechtsklacht keert tegen de opvatting dat pas van ontvankelijkheid sprake zou zijn aan de vooravond van een daadwerkelijke inzet van kernwapens, is het eveneens tevergeefs voorgesteld. Voor zover het onderdeel bedoelt dat voor ontvankelijkheid vereist is dat een concrete en reële dreiging bestaat dat kernwapens zullen worden gebruikt, omdat in die lezing de bestreden opvatting juist is, en voor zover het onderdeel iets anders bedoelt, omdat het feitelijke grondslag mist, nu het Hof niet is uitgegaan van de opvatting dat andere, strengere vereisten voor de ontvankelijkheid gelden.

3.6.1 In rov. 5 van zijn arrest heeft het Hof de vraag onder ogen gezien of de gevorderde verklaringen voor recht voldoen aan het vereiste dat zij voldoende concreet zijn. Het heeft bij de beantwoording van deze vraag mede betekenis gehecht aan het advies van het Internationaal Gerechtshof van 8 juli 1996, en met name aan het in conclusie E daarvan opgenomen voorbehoud dat voor een extreme situatie, zoals nader omschreven, geen definitieve conclusie kan worden getrokken met betrekking tot de vraag of bedreiging met of gebruik van kernwapens rechtmatig of onrechtmatig zou zijn. Het Hof heeft dit aldus samengevat dat het Internationaal Gerechtshof het gebruik niet onder alle omstandigheden onrechtmatig acht, hetgeen, aldus het Hof, "de noodzaak van de beoordeling van de vorderingen in een concrete situatie onderstreept".

Met dit een en ander heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat ook in de situaties waarop de vorderingen van VJV c.s. betrekking hebben, het gebruik van kernwapens niet altijd en zonder meer onrechtmatig is. In de gedachtegang van het Hof kan zich ook binnen de categorieën van situaties die in de vorderingen van VJV c.s. zijn omschreven, een concreet geval voordoen waarin sprake is van een extreme situatie als door het Internationaal Gerechtshof bedoeld, en waarin dus niet zonder meer kan worden gezegd dat gebruik van kernwapens onrechtmatig is. Het oordeel van het Hof komt derhalve erop neer dat bij de beantwoording van de vraag of het gebruik van kernwapens onrechtmatig is, de omstandigheden van het concrete geval een belangrijke rol vervullen, en dat daarom de verklaringen voor recht die zien op categorieën van gevallen onvoldoende concreet zijn.

Deze gedachtegang en de daarop gebaseerde slotsom van het Hof geven, naar blijkt uit hetgeen hiervoor in 3.3 onder A is overwogen, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn niet onbegrijpelijk. Onderdeel 1 van middel III faalt derhalve.

3.6.2 Met de samenvattende zinswending dat het Internationaal Gerechtshof het gebruik van kernwapens niet onder alle omstandigheden onrechtmatig acht, heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat zich een situatie kan voordoen waarin niet zonder meer kan worden gezegd dat gebruik van kernwapens altijd onrechtmatig is. Dit strookt met hetgeen het Internationaal Gerechtshof heeft overwogen, zodat ook onderdeel 2 faalt. Voor zover dit onderdeel uitgaat van een andere lezing van 's Hofs arrest, mist het feitelijke grondslag.

3.6.3 Onderdeel 3 van middel III gaat ervan uit dat als juist wordt aangenomen dat het gebruik van kernwapens niet onder alle omstandigheden onrechtmatig is, en betoogt dat het Hof eraan is voorbijgegaan dat in beginsel elke in de vorderingen van VJV c.s. omschreven modaliteit van kernwapengebruik reeds aanstonds als onrechtmatig moet worden aangemerkt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt.

Het onderdeel ziet eraan voorbij dat de in de vorderingen omschreven modaliteiten van het gebruik van kernwapens niet zijn toegespitst op een of meer concrete gevallen, maar categorieën van situaties betreffen, en dat niet kan worden gezegd dat dit gebruik in elke onder deze categorieën begrepen situatie onder alle omstandigheden onrechtmatig is.

3.7.1 In rov. 6 van zijn arrest heeft het Hof zijn oordelen op grond van rov. 4 en 5 aldus samengevat, dat VJV c.s. onvoldoende belang hebben bij hun vorderingen en dat deze onvoldoende concreet omschreven zijn. Voor zover de onderdelen 1 en 2 van middel IV deze slotsom van het Hof bestrijden op grond van de, hiervoor ongegrond bevonden, klachten tegen rov. 4 en 5, zijn zij eveneens tevergeefs voorgesteld.

Ook indien juist zou zijn, zoals onderdeel 2 betoogt, dat het Internationaal Gerechtshof in de tweede zin van zijn door het Hof aangehaalde overweging te kennen heeft gegeven niet voor de daar bedoelde situatie tot een oordeel over de onrechtmatigheid te kunnen komen, doet dit niet eraan af dat het Hof hieraan een argument heeft kunnen ontleen voor zijn oordeel dat de gevorderde verklaringen voor recht concreet omschreven dienen te zijn.

De Hoge Raad voegt hieraan nog toe dat de burgerlijke rechter niet, evenmin als het Internationaal Gerechtshof, in staat is te beoordelen of in de extreme situatie van zelfverdediging het gebruik van kernwapens steeds rechtmatig dan wel onrechtmatig zou zijn. Het antwoord op die vraag zal immers in sterke mate afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval. Dit betekent dat een verklaring voor recht die niet met deze omstandigheden rekening houdt, als onvoldoende concreet omschreven moet worden aangemerkt. Dit wordt niet anders nu VJV c.s. volgens het onderdeel hun vorderingen hebben afgebakend in die zin dat zij betrekking hebben op inzet van kernwapens met een fors nucleair vermogen in dichtbevolkt Europees gebied, reeds omdat die beperkingen niet een

zodanige concretisering opleveren dat kan worden geoordeeld dat VJV c.s. voldoende belang bij deze vordering hebben.

Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat ook onderdeel 3 faalt.

3.7.2 De in onderdeel 4 van middel IV vermelde belangen van de onderscheiden eisers doen niet af aan het vereiste dat voor een verbod een concrete dreiging moet bestaan dat onrechtmatig gehandeld zal worden. Is van zodanige dreiging geen sprake, dan bestaat onvoldoende concreet belang bij het gevorderde verbod. Dit belang is het belang waarop het Hof in rov. 6 van zijn arrest heeft gedoeld. Het onderdeel faalt derhalve bij gebrek aan feitelijke grondslag.

3.8.1 Onderdeel 1 van middel V richt zich tegen de gegrondbevinding door het Hof van de eerste appelgrief van de Staat. Deze grief was gericht tegen rov. 5 van het eerste tussenvonniss van de Rechtbank en strekte ten betoge dat de enkele omstandigheid dat de beginselen van humanitair oorlogsrecht rechtstreekse rechten voor burgers scheppen, nog niet meebrengt dat een burger een voldoende processueel belang heeft bij een daarop gebaseerde vordering. Met haar rov. 5 heeft de Rechtbank een vereiste voor ontvankelijkheid van VJV c.s. vooropgesteld, maar, zoals het onderdeel ook zelf met juistheid veronderstelt, dit betekent niet dat, als dit vereiste is vervuld, voor ontvankelijkheid niet ook nog aan andere vereisten zou moeten zijn voldaan. Zulks blijkt ook uit het bestreden arrest van het Hof: het Hof gaat immers veronderstellendenvijs ervan uit dat aan het door de Rechtbank vooropgestelde vereiste is voldaan, maar komt niettemin op andere gronden tot niet-ontvankelijkheid.

Anders dan het onderdeel aanvoert, vloeit hieruit niet voort dat de Staat niet-ontvankelijk is in zijn hoger beroep. Het stond de Staat vrij van het tussenvonniss van de Rechtbank in hoger beroep te gaan en aan het Hof de vraag voor te leggen of de Rechtbank niet reeds op andere gronden tot niet-ontvankelijkheid van VJV c.s. in hun vorderingen had moeten komen.

3.8.2 Onderdeel 2 van middel V kan bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden, nu de door het onderdeel aangevallen kwalificatie "algemeen en abstract" niet door het Hof is gebruikt. Dit wordt niet anders doordat het Hof de appelgrief van de Staat, waarin deze kwalificatie wel voorkomt, gegrond heeft bevonden. Gegrondbevinding van deze grief betekent niet dat het Hof alle daarin gebruikte formuleringen overneemt.

3.9 Middel VI heeft betrekking op de vordering onder VII, die strekt tot het opleggen van een verbod aan de Staat om aan de eisers in het onderhavige geding die een militaire hoedanigheid hebben, bevelen te geven die zijn gericht op een nader omschreven inzet van kernwapens, of de verplichting op te leggen zodanige bevelen te gehoorzamen. Deze vordering veronderstelt dat de inzet van kernwapens, zoals daar nader omschreven, onder alle omstandigheden onrechtmatig is, voor welke veronderstelling naar uit het vorenoverwogene volgt onvoldoende grond bestaat. Zoals blijkt uit de tweede alinea van rov. 6 van het bestreden arrest, heeft ook het Hof kennelijk geoordeeld dat deze vordering afstuit op hetgeen het met betrekking tot de overige vorderingen had overwogen, welke overwegingen in cassatie tevergeefs zijn bestreden. Het onderdeel faalt derhalve.

3.10 Middel VII heeft geen zelfstandige betekenis en behoeft derhalve geen afzonderlijke behandeling.

4. Beslissing

DE HOGE RAAD:
verwerpt het beroep.

NASCHRIFT

Voor de tweede maal is een poging ondernomen om aan de burgerlijke rechter een uitspraak te ontlokken over de toelaatbaarheid van handelingen ter voorbereiding van het gebruik van kernwapens. De eerste maal, HR 10 november 1989, NJ 1991, 248 m.nt. P.H. Kooijmans (MRT 1990, p. 213 e.v.), betrof een concreet voornemen van de Nederlandse regering om medewerking te verlenen aan de plaatsing van Amerikaanse kruisvluchtwapens op Nederlands grondgebied. De regering had daartoe een overeenkomst gesloten met de Verenigde Staten. In een groepsactie van de Stichting Verbiedt de Kruisraketten en een groot aantal anderen tegen de Staat der Nederlanden werd gevorderd voor recht te verklaren dat de voorgenomen plaatsing onrechtmatig was jegens de eisers. Tevens werd een verbod gevorderd om tot plaatsing van de kruisvluchtwapens over te gaan. In hoger beroep werd de vordering op inhoudelijke gronden afgewezen. De Hoge Raad verwierp destijds het cassatieberoep tegen die beslissing. Van het arrest uit 1989 wordt in herinnering gebracht rechtsoverweging 3.6: "De stelling dat het voorhanden hebben van met kernkoppen uitgeruste kruisvluchtwapens reeds op zich zelf in strijd is met een of meer volkenrechtelijke regels, kan niet als juist worden aanvaard". Zie ook rechtsoverweging 3.7: "Evenmin kan als juist worden aanvaard de stelling dat het voorhanden hebben van met kernkoppen uitgeruste kruisvluchtwapens als voorbereidingshandeling voor het in tijd van oorlog eventueel inzetten van die wapens onrechtmatig is omdat gebruik van die wapens in strijd is met een of meer regels van internationaal recht. Niet kan worden gezegd dat het huidige volkenrecht elk gebruik van wapens als de onderhavige verbiedt."

In 1992 werd een nieuwe collectieve vordering ingesteld door diverse organisaties en enkele duizenden particulieren. Zij hebben niet volstaan met vorderen van een algemeen verbod, maar hebben aangevoerd dat het gebruik van kernwapens in bepaalde situaties in strijd is met de beginselen van humanitair oorlogsrecht. Voor elk van deze situaties afzonderlijk vorderden zij een verklaring voor recht en een verbod. Deze wijze van benaderen bood de eisers enerzijds meer kansen: indien in het recht onvoldoende steun te vinden is voor een algemeen verbod van het gebruik van kernwapens, dan is er mogelijk wel steun te vinden voor een beperkt geformuleerd verbod. Anderzijds bood zij de eisers minder kansen. Het heeft geen zin denkbeeldige situaties ter beslissing aan een rechter voor te leggen: de rechter geeft dan niet thuis. Wat voor situaties werden aan de rechter voorgelegd? Vordering I had betrekking op iedere Nederlandse medewerking aan de daadwerkelijke inzet van kernwapens in het kader van de huidige of toekomstige (NAVO)strategie en de daarop gebaseerde militair-operationele plannen. Vordering II zag op het ter beschikking stellen van Nederlandse overbrengingsmiddelen voor de daadwerkelijke inzet van kernwapens in een situatie van militaire confrontatie. Vordering III zag op het uitvoeren van nucleaire bombardementen of nucleaire raketbeschietingen met behulp van Nederlandse F 16-vliegtuigen dan wel het inzetten van een gelijkwaardig nucleair vermogen met behulp van andere Nederlandse overbrengingsmiddelen. Vordering IV keerde zich tegen iedere vorm van Nederlandse instemming met of medewerking aan de inzet van strategische kernwapens in het kader van de huidige of toekomstige (NAVO)strategie en daarop gebaseerde operationele plannen. Vordering V herhaalde vordering IV, maar dan beperkt tot de inzet van kernwapens tegen bevolkingscentra. Vordering VI had betrekking op de inzet van kernwapens in een situatie van militaire confrontatie waarbij meer dan een bepaald nucleair vermogen wordt ingezet tegen militaire doelen in bevolkte gebieden van de tegenstander: Vordering VII wilde doen verbieden in vredetijd (subsidiar: in tijd van een militaire confrontatie) aan militairen bevelen te geven of verplichtingen op te leggen die gericht zijn op de inzet van kernwapens waarbij meer dan een bepaald nucleair ver-

mogen wordt ingezet. Aan elke vordering hebben de eisers een subsidiaire variant toegevoegd, waarin de vordering zich telkens beperkte tot "first use" van kernwapens.

De Haagse rechtbank, die als eerste moest beslissen, besloot een rapportage door deskundigen te vragen. Die rapportage is er niet gekomen. In de fase van het hoger beroep was inmiddels het oordeel van het Internationaal Gerechtshof over de rechtmatigheid van het gebruik door een Staat van nucleaire wapens in een gewapend conflict beschikbaar. Dit advies, op 8 juli 1996 op verzoek van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties uitgebracht, is gepubliceerd in *MRT* 1996 p. 401 e.v. m.nt. T.D. Gill (het advies is ook besproken door S. Chesterman in *Netherlands International Law Review* 1997 p. 149 e.v.; door C. Flinterman in *NJB* 1996 p. 1153 e.v.; door H.H.G. Post in *NJB* 1996 p. 1637 e.v. en door I.F. Dekker en N.J. Schrijver in *AA-katern* 1996 p. 2914 e.v. ; zie ook C.F. Amerasinghe in *Leyden Journal of International Law* 1997 p. 525 e.v.). Het Internationaal Gerechtshof heeft op de algemene vraag geantwoord dat het internationaal verdrags- en gewoonterecht niet de dreiging met en het gebruik van kernwapens toestaat, maar evenmin de dreiging met of het gebruik van kernwapens als zodanig verbiedt. Het hof heeft in dit verband wel gewezen op de regels en beginselen van internationaal humanitair recht en op bijzondere verdragsverplichtingen, die aan de dreiging met of het gebruik van kernwapens in de weg kunnen staan. Het hof besloot zijn advies als volgt: "It follows from the above-mentioned requirements that the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law. However, in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat of use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake."

Wanneer zelfs het Internationaal Gerechtshof zich niet in staat acht in abstracto een uitspraak te doen over de rechtmatigheid van het dreigen met of het gebruik van kernwapens als zodanig, zal het de lezer niet verbazen dat het gerechtshof te 's-Gravenhage zich daartoe evenmin geroepen voelde. Het hof heeft het kort gehouden: voor de ontvankelijkheid van de gevorderde verboden is "tenminste nodig dat sprake is van een reële en geconcretiseerde dreiging dat kernwapens zullen worden ingezet". Daarvan was volgens het hof hier geen sprake. De gevorderde verklaringen voor recht werden bovendien als onvoldoende concreet beschouwd. De Hoge Raad heeft alle bezwaren tegen deze beslissing afgewezen. Ook dat oordeel behoeft niet te verbazen. De burgerlijke rechter kan op grond van art. 3:296 BW degene die jegens een ander verplicht is iets te doen of na te laten, op vordering van de gerechtigde, daartoe veroordelen. Zonder voldoende belang echter komt niemand een rechtsvordering toe (zie art. 3:303 BW). Wanneer zich een reële en concrete dreiging voordoet dat zijn recht zal worden aangetast, heeft een gerechtigde voldoende belang om zich tot de burgerlijke rechter wenden; niet eerder. Een reële en concrete dreiging is tevens voldoende om zich tot de rechter te wenden: de gerechtigde behoeft niet te wachten tot het spreekwoordelijke kalf verdronken is.

De Hoge Raad is ditmaal dus niet toegekomen aan een inhoudelijk oordeel over de kernwapenproblematiek. Hoe nu verder met de discussie? Deze zal moeten plaatsvinden binnen de internationale politieke fora in onderhandelingen over nucleaire ontwapening. Er zijn reeds verdragen over de niet-verspreiding van kernwapens (Trb. 1968, 126), de plaatsing van kernwapens op de zeebodem (Trb. 1971, 116) en het houden van kernproeven (Trb. 1997, 62). Mocht, onverhoopt, in een toekomstig geval ooit sprake zijn van een reële en concrete dreiging, dan zal de nadruk waarschijnlijk niet komen te liggen op de

vorm waarin Nederland meewerkt aan de voorbereiding van het gebruik van kernwapens maar op het doel waarvoor de kernwapens zullen worden ingezet. Ofschoon "an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake" niet het enige criterium is, is het wel een belangrijke maatstaf. Hoe deze maatstaf, toegeschreven op individuele staten, zich verhoudt tot een verplichting tot collectieve zelfverdediging in een bondgenootschap is nog niet duidelijk. Evenmin is duidelijk of deze maatstaf onder alle omstandigheden een "first use" van kernwapens uitsluit. Omdat kernwapens door hun grote vernietigingskracht geen onderscheid maken tussen militaire doelen en burgerdoelen, zullen bij een ontkennend antwoord vraagstukken van proportionaliteit en subsidiariteit de discussie gaan beheersen.

Tenslotte een kanttekening naar nationaal recht. In dit geding is de burgerlijke rechter niet toegekomen aan de vraag of hij op voorhand kan verbieden dat bepaalde bevelen of voorschriften aan militairen worden gegeven. De meeste eisers in dit geding waren geen militairen: voor hen stond geen bestuursrechtelijke rechtsgang open. Voor militairen, die menen dat een aan hen gegeven bevel onrechtmatig is, staat een bijzondere beklagprocedure open: zie art. 9 Militaire Ambtenarenwet 1931 en art. 34 Kaderwet dienstplicht. Een verbod op voorhand kan langs die weg echter niet worden verkregen, zodat ook voor hen de burgerlijke rechter als zgn. "rest-rechter" overblijft. Het resultaat is wel, dat de rechtmatigheid van zulke bevelen aan de orde kan komen in een bestuursrechtelijke beklagprocedure, in een geding voor de burgerlijke rechter en/of in een strafrechtelijke procedure: zie o.m. art. 131 WvMSr en de art. 8 - 10 van de Wet oorlogsstrafrecht. Het valt te hopen dat al deze rechters bij de beoordeling van de rechtmatigheid van zulke bevelen zich door dezelfde criteria zullen laten leiden.

F.F. Langemeijer

WETGEVING

door

Mr. J.B. Miete

Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten

Zoals in het maartnummer van dit tijdschrift (blz. 131) is vermeld, werd over dit voorstel van rijkswet [inzake het verlenen van geweldbevoegdheid aan de Duitse bewakers van de binationale wacht van het 1 (Duits-Nederlands) Legerkorps] door de Eerste Kamer op 5 februari 2002 een omvangrijk en principieel verslag uitgebracht, waarin de PvdA met forse kritiek kwam. Op 9 april 2002 is door de Minister van Defensie de nota naar aanleiding van het verslag uitgebracht (kamerstukken I, 2001-2002, 27 624 (R 1677), nr. 207a).

De kritiek dat het voorstel van rijkswet in strijd zou zijn met artikel 97 van de Grondwet (dat bepaalt dat de regering het oppergezag over de krijgsmacht heeft) omdat een Nederlandse militair die in Duitsland wacht loopt in het kader van de binationale wacht, onder het uitsluitend gezag van Duitse meerderen zou staan, wordt als volgt weerlegd. Artikel 10 van het legerkorpsverdrag, dat de instelling van een binationale wacht betreft, heeft blijkens haar redactie uitsluitend betrekking op de feitelijke gezagsverhouding die zich tussen de betrokken militaire bewaker en zijn wachtsuperieur voordoet. De bepaling beoogt derhalve geenszins het "oppergezag over de krijgsmacht" van de regering, zoals dat in artikel 97, tweede lid, van de Grondwet tot uitdrukking komt, aan te tasten. De betekenis van artikel 97, tweede lid, is dat de krijgsmacht een apparaat is ten dienste van de regering en dat het optreden van de krijgsmacht valt onder politieke verantwoordelijkheid. In dit opzicht verschilt de krijgsmacht niet van andere onderdelen van het overheidsapparaat. Het "oppergezag over de krijgsmacht" moet niet worden verward met een militair gezag, zoals dat bij de uitvoering van bewakingstaken aan de orde is. In dit verband verwijst de minister tevens naar artikel 2, eerste lid, van het legerkorpsverdrag, waarin uitdrukkelijk is vastgelegd dat het oppergezag en het toezicht over het personeel, het materieel en de eenheden die aan het legerkorps zijn bijgedragen, een nationale verantwoordelijkheid blijven.

De constatering van de PvdA-fractie dat het verdrag dat aan de binationale wacht ten grondslag ligt, ten onrechte ter stilzwijgende goedkeuring aan de Staten-Generaal zou zijn voorgelegd (goedkeuring van een verdrag dat afwijkt van de Grondwet behoeft een meerderheid van twee derden van de uitgebrachte stemmen), is daarmee tevens ontzenuwd.

Ook de stelling dat een Duitse militair die in Nederland wacht loopt, slechts gehouden kan worden om de bevelen van een Nederlandse meerdere op te volgen indien inbreuk wordt gemaakt op de Duitse Grondwet, die een overdracht van bevoegdheden op dit punt niet zou toestaan, kan de Minister van Defensie niet onderschrijven. In de Bondsrepubliek berust het oppergezag over de krijgsmacht bij de Minister van Defensie en (in het geval dat de staat van verdediging wordt afgekondigd) bij de Bondskanselier. Het al eerder genoemde artikel 2, eerste lid, van het legerkorpsverdrag brengt mee dat er geen sprake is van overdracht van deze bevoegdheid aan een vreemde mogendheid. Er is dan ook volgens de minister geen reden om aan te nemen dat artikel 10 van het legerkorpsverdrag afwijkt van de bepalingen van het Grundgesetz. Bovendien is een dergelijk oordeel primair een Duitse aangelegenheid.

Vervolgens wilden de leden van de PvdA-fractie de vraag beantwoord zien op grond van welk voorschrift de Duitse militair onderworpen is aan de bevelen van een

Nederlandse wachtsuperieur. De minister antwoordt hierop dat tussen deze personen geen rechtstreekse hiërarchische verhouding bestaat. Er is dan ook in strikte zin geen sprake van een dienstbevel gegeven door een meerdere, zoals omschreven in artikel 125 van het Wetboek van Militair Strafrecht. Hieruit kan echter niet de conclusie worden getrokken dat het de Duitse militair vrijstaat om het militair gezag van de Nederlandse wachtsuperieur terzijde te schuiven. De leden van de PvdA-fractie wijzen zelf al op de Anweisung zur Zusammenarbeit en de plicht tot getrouwe dienstvervulling. Wat die dienstvervulling daadwerkelijk inhoudt wordt geconcretiseerd in dienstopdrachten, in dienstbevelen en in algemene of bijzondere dienstvoorschriften van de Duitse krijgsmacht. Langs die weg zal het gezag van de Nederlandse wachtsuperieur bij de uitvoering van de binationale bewakingstaken zeker worden gesteld.

In reactie op de vraagtekens die worden geplaatst bij de voorziene mogelijkheid een uitbreiding tot andere mogelijkheden dan Duitsland op het niveau van ministerieel besluit te realiseren, terwijl het - mede gezien de bewoordingen van artikel 97 van de Grondwet - meer voor de hand zou liggen een regeringsbesluit te eisen, antwoordt de minister als volgt. In de eerste plaats vindt de aanwijzing van de te bewaken en te beveiligen objecten eveneens op ministerieel niveau plaats. Ministeriële aanwijzing past dus in het systeem van de wet. Voorts is de bevoegdheid van de minister om buitenlandse militairen aan te wijzen gebonden aan de in artikel I van het wetsvoorstel opgenomen beperkingen. En tenslotte biedt de keuze voor het niveau van de minister een voldoende mate van slagvaardigheid.

Commissie opperbevelhebberschap

Op 19 april 2002 - anderhalve maand na de streefdatum voor oplevering - verscheen het advies van de Adviescommissie opperbevelhebberschap: "Van wankel evenwicht naar versterkte defensieorganisatie". Met het uitbrengen van dit advies beëindigt de commissie haar werkzaamheden en houdt de commissie ingevolge artikel 5 van haar instellingsbeschikking op te bestaan.

Wie het rapport inziet, zal het veelvuldig gebruik van de driehoeksvorm opvallen. In het advies speelt die driehoek een cruciale rol.

De hoofdpunten van het advies. Om met de deur in huis te vallen: de commissie ziet geen noodzaak tot of wenselijkheid van een opperbevelhebber in de Nederlandse krijgsmacht. Wel ziet de commissie reden voor versterking van de positie van de chef defensiestaf. Deze krijgt de eenhoofdige leiding bij de voorbereiding en uitvoering van operaties waaraan Nederland deelneemt. Daarvoor krijgt hij de beschikking over een nieuw, permanent, gezamenlijk, operationeel hoofdkwartier, waarnaar de taken van de Haagse staven die zijn belast met de operationele inzet van de krijgsmachtdelen, worden overgeheveld. De bevelhebbers blijven verantwoordelijk voor de zorg rond het uit te zenden personeel (beheer, gereedstelling, nazorg). Onderlinge samenwerking tussen de krijgsmachtdelen wordt sterk benadrukt. "Joint" heet dat in goed Nederlands. De chef defensiestaf komt onder de minister "de facto op gelijke voet" naast de secretaris-generaal te staan (daar is die driehoek). Zij zorgen gezamenlijk voor de integrale aansturing van de gehele defensieorganisatie. De chef defensiestaf krijgt het investeringsbudget. De inrichting van de krijgsmacht zal dus niet meer door de diverse krijgsmachtdelen worden bepaald. Beleid, uitvoering en toezicht worden gescheiden, waartoe onder andere een directoraat-generaal beleid in het leven wordt geroepen. Met deze veranderingen streeft de commissie naar extra waarborgen voor de ministeriële verantwoordelijkheid en naar verbetering van de aansturing van de defensieorganisatie.

Wellicht rijst de vraag of deze bijdrage wel thuis hoort in een wetgevingsrubriek. Welnu, de commissie vindt haar oorsprong in een stukje wetgeving (de instellingsbeschikking), en haar advies leidt - indien de adviezen worden overgenomen - eveneens tot wijziging van regelgeving. Zo meldt de commissie dat de positie van met name de bevelhebber der landstrijdkrachten in het staatsnoodrecht zal moeten worden herzien.

Maar ook de positionering van de chef defensiestaf op gelijke voet naast de secretaris-generaal heeft een wetgevingsinvalshoek. Over dit aspect heeft de commissie extern advies ingewonnen (gevoegd bij de bijlagen bij het advies). In dit advies wordt in de eerste plaats geconcludeerd dat de voorstellen van de commissie de politieke verantwoordelijkheid van de Minister van Defensie onaangetast laten. Terecht, maar daar gaat het eigenlijk niet om.

Vervolgens wordt geconstateerd dat de voorstellen niet in strijd komen met het koninklijk besluit van 18 oktober 1988 (Stb. 499) en de daarbij behorende nota van toelichting. Dit besluit bepaalt dat de secretaris-generaal van elk departement is belast "met de ambtelijke leiding van al hetgeen het ministerie betreft". In het extern advies wordt allereerst aangevoerd dat de chef defensiestaf wordt belast met de militaire leiding over uit te zenden eenheden. Vervolgens wordt gesteld dat de secretaris-generaal niet ondergeschikt wordt aan de chef defensiestaf. Maar de vraag die niet wordt beantwoord is of de chef defensiestaf ondergeschikt blijft aan de secretaris-generaal. Het extern advies gaat verder met de stelling dat de grens tussen beleid (secretaris-generaal) en militaire aangelegenheden (chef defensiestaf) niet scherp is te trekken en dat veel afhangt van interpersoonlijke verhoudingen. Twee kapiteins op één schip, die noodzakelijkerwijs goed met elkaar overweg moeten kunnen? Dat het advies niet in strijd komt met het besluit van 1988 moet betekenen dat de chef defensiestaf ambtelijk ondergeschikt blijft aan de secretaris-generaal. Dit besluit is immers duidelijk ("al hetgeen het ministerie betreft") en aanvulling van de toelichting bij het besluit zoals in het extern advies wordt gesuggereerd, brengt daarin in feite geen verandering. Een toelichting is immers "slechts" een toelichting, een verklaring, die geen wijziging kan brengen in het besluit.

Aan het slot van het extern advies zoals in de bijlage opgenomen wordt nog een aanzet tot discussie geponeerd. De extern adviseur oppert de wenselijkheid van een zelfstandige verantwoordingsplicht van de chef defensiestaf jegens het parlement. Inderdaad een prikkelende stelling na het aanvankelijke betoog dat de nieuwe voorstellen geen afbreuk doen aan de politieke verantwoordelijkheid van de Minister van Defensie. Immers, het parlement kan een minister naar huis sturen indien zijn beleid het parlement niet bevalt. De chef defensiestaf is evenwel een ambtenaar die door het parlement niet naar huis kan worden gestuurd. Mocht dit wel de bedoeling zijn van het extern advies, dan stijgt de chef defensiestaf verder door en staat hij niet meer op gelijke voet met de secretaris-generaal, maar met de minister en heeft defensie er in feite een tweede minister bij gekregen.

In het Staatsblad verschenen:

Stb. 2002, 148: Wet op de inlichtingen en veiligheidsdiensten

Zie voor een bespreking van deze wet het januarinumnummer (blz. 33) en het maartnummer (blz. 132) van dit tijdschrift. De inwerkingtreding van deze wet wordt nog nader bepaald.

Stb. 2002, 160: Zinstellingsbesluit curatorium Hogere Defensie Opleidingsinstellingen

Dit koninklijk besluit van 20 februari 2002 betreft de instelling van een gezamenlijk curatorium voor de drie instellingen die de vorming en opleiding tot officieren van de krijgsmacht ten doel hebben: de Koninklijke Militaire Academie (KMA), het Koninklijk Instituut voor de Marine (KIM), en het Instituut DefensieLeergangen (IDL). De instelling

van dit curatorium is de bevestiging van een intensievere samenwerking tussen deze drie onderwijsinstellingen. Het nieuwe curatorium vervangt de bestaande curatoria van KIM en KMA en de raad van advies van het IDL. Taak van het nieuwe curatorium is het toezicht op hoofdlijnen op beleid en kwaliteit van de onderwijsprocessen. Het besluit is met ingang van 5 april 2002 in werking getreden.

Stb. 2002, 161: Toekenning van een vaandel aan het eskader der Koninklijke marine

Een koninklijk besluit van 25 februari 2002 tot verlening van een vaandel voor een groot aantal krijgsverrichtingen van het eskader van de Koninklijke marine in diverse periodes, beginnend in 1597 en eindigend met de Tweede Wereldoorlog. Het besluit is met ingang van 19 april 2002 in werking getreden.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Toch een K.B. voor een tijdelijke kapitein?!

Reactie op het naschrift bij de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 28 juni 2001 (MRT 2002, 155 e.v.).

Aanleiding

In het aprilnummer van het MRT stond een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep onder de titel: "De tijdelijk aangestelde en vervolgens weer ontslagen kapitein". De zaak betrof een ambtenaar van het Ministerie van Buitenlandse Zaken, die in het kader van de geplande uitzending van een landmachtonderdeel naar Zaïre tijdelijk werd aangesteld als officier in de rang van kapitein. De tijdelijke aanstelling, op basis van artikel 11 van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR), geschiedde door middel van een brief van de Staatssecretaris van Defensie. Toen de uitzending van het onderdeel van de KL uiteindelijk niet doorging, werd de aanstelling weer beëindigd.

Bevoegdheid tot tijdelijke aanstelling

In de uitspraak van de CRvB komt onder meer de vraag aan de orde of de Staatssecretaris bevoegd was om het aanstellingsbesluit te nemen. Het antwoord is ontkennend: "De Raad moet dan vaststellen dat die bevoegdheid gedaagde niet toekwam, waar immers blijkens artikel 4, tweede lid, van het AMAR de aanstelling waarbij een officiersrang wordt toegekend (...) geschiedt bij koninklijk besluit" (K.B.). De Raad concludeert dan ook dat het bestreden aanstellingsbesluit niet in stand kan blijven.

In zijn naschrift bij de uitspraak gaat professor Coolen op deze bevoegdhedenkwestie in. Hij betoogt dan dat het AMAR een leemte vertoont omdat noch in artikel 4, noch in artikel 11 is geregeld wie de bevoegdheid heeft tot tijdelijke aanstelling van militairen. Coolen komt tot die conclusie op basis van een systematische interpretatie van het woord "aanstelling" in artikel 4 lid 2 AMAR. Hiermee kan volgens hem, gelet op de plaats van artikel 4 in het tweede hoofdstuk van het AMAR, slechts zijn bedoeld op een aanstelling als genoemd in het eerste lid van datzelfde artikel 4 AMAR. Dit zou betekenen dat geen K.B. nodig is voor een tijdelijke aanstelling als officier op basis van artikel 11 lid 1 AMAR.

Dit standpunt lijkt niet in overeenstemming met dat van de CRvB die er, zoals hierboven weergegeven, van uit gaat dat wel degelijk een K.B. noodzakelijk is. De grond die de Raad voor dit standpunt aanvoert, is naar mijn idee echter niet geheel zuiver. De Raad haalt namelijk de aanstelling voor bepaalde tijd, zoals vervat in artikel 4 lid 1 AMAR en de tijdelijke aanstelling als bedoeld in artikel 11 lid 1 AMAR door elkaar en stelt vast dat voor de eerste, waar het een officier betreft, een K.B. nodig is. In casu ging het echter om een aanstelling op basis van artikel 11 lid 1, door Coolen terecht aangemerkt als een aparte aanstellingsvorm.¹⁾

Tegen-stelling

Zonder op voorhand af te willen doen aan de systematische interpretatie van Coolen, denk ik toch dat ook de inhoudelijke conclusie van de CRvB, namelijk dat een K.B. nodig is, verdedigbaar is en wel op grond van een historische en teleologische interpretatie. Mijn stelling daarbij is: Voor de tijdelijke aanstelling van officieren is een K.B. nodig, voor die van niet-officieren een ministerieel besluit.

Historisch argument

Bij de totstandkoming van het AMAR in 1982 werd in het toenmalige artikel 4 lid 2 bepaald: "De aanstelling als officier geschiedt doordat de belanghebbende als zodanig door Ons wordt benoemd." Over de tijdelijke aanstelling, destijds geregeld in artikel 10, wordt in het eerste lid gesteld: "Wij behouden Ons voor (...) personen tijdelijk als officier aan te stellen wegens en voor de duur van plaatsing in een functie (...)."²⁾ In geval van oorlog was de Minister van Defensie op grond van het vierde lid bevoegd personen tijdelijk aan te stellen in andere dan officiersrangen. Uit de toelichting blijkt dat het woord "benoemd" slechts eenmalig is opgenomen om een koppeling aan te brengen met artikel 68 Grondwet, "volgens welk artikel de militaire officieren door de Kroon worden benoemd". Er wordt echter niets anders mee bedoeld dan met het begrip "aanstelling".³⁾

Uit het bovenstaande kan worden opgemaakt dat de tijdelijke aanstelling van officieren op dezelfde wijze verliep als de reguliere aanstelling van beroeps- en reserveofficieren voor een bepaalde of onbepaalde tijd, namelijk door middel van een daartoe strekkend koninklijk besluit. Voor tijdelijke aanstelling in andere dan officiersrangen gold eveneens een regime dat gelijk was aan dat voor reguliere aanstellingen, namelijk door middel van een ministerieel besluit. Uit de oorspronkelijke AMAR-tekst blijkt dus een duidelijke bevoegdhedentoeiding, zowel in artikel 4 als in het toenmalige artikel 10.

Teleologisch argument

In 1989 wordt onder andere het tweede hoofdstuk van het AMAR gewijzigd en krijgen de artikelen 4 en 11 de tekst zoals die nu nog steeds luidt. Zowel inhoudelijk als redactioneel ondergaat de tekst diverse wijzigingen, maar "Gehandhaafd is uiteraard wel het onderscheid in het tot aanstellen bevoegde gezag, afhankelijk van de rang die bij de aanstelling wordt toegekend."⁴⁾ De toelichting bij artikel 11 vermeldt onder andere dat de tijdelijke aanstelling niet moet worden beschouwd als een aanstellingsvorm die dient voor de reguliere personeelsvoorziening van de krijgsmacht. Om deze reden is gekozen voor

¹⁾ Vgl. Prof. mr. G.L. Coolen: *Militair en recht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1996, p. 107

²⁾ Vgl. Stb. 1982, 279, p. 3 en 6

³⁾ Stb. 1982, 279, p. 67 e.v.

⁴⁾ Stb. 1989, 386, p. 28

regeling in een afzonderlijke bepaling en heeft men afgezien van opname in artikel 4 AMAR.

Ook hieruit zijn enkele conclusies te trekken. Ten eerste kan worden vastgesteld dat met de wijziging uit 1989 niets veranderd is aan de bevoegdhedentoedeling zoals die in de oorspronkelijke tekst was vervat en zoals die hierboven is weergegeven. Voorts blijkt uit de geciteerde tekst van de toelichting - met name uit het woord "uiteraard"- dat het daarbij ging om een doelbewuste en vanzelfsprekende handhaving van de bestaande structuur. Hierin treffen wij een teleologisch argument aan; het was de bedoeling van de regelgever om de bestaande toedeling van bevoegdheden onveranderd te laten. Ten slotte blijkt naar mijn mening dat de artikelen 4 en 11 AMAR wel degelijk verband met elkaar houden, doordat de enige reden voor hun gescheiden bestaan, namelijk het voorkomen van verwarring, expliciet in de toelichting genoemd wordt. Met enige goede wil is dus zelfs een systematisch argument te ontdekken.

Slotsom

Voor een tijdelijke aanstelling geldt dezelfde bevoegdhedentoedeling als voor de andere aanstellingsvormen, die zijn opgenomen in artikel 4 lid 1 AMAR. Concreet betekent dit dat de tijdelijke aanstelling van officieren geschiedt per K.B. en dat militairen met een andere dan een officiersrang tijdelijk worden aangesteld via een ministerieel besluit. Het AMAR vertoont -althans op dit punt- naar mijn mening dan ook geen leemte en zo blijft de tijdelijke aanstelling een weinig gebruikt, maar niettemin bruikbaar instrument.

Mr. H.J.J. Talsma

Erratum

In het aprilnummer 2002 is een arrest geplaatst van het Internationale Gerechtshof van de Verenigde Naties van 14 februari 2002 in de zaak Congo tegen België (MRT 2002, 162 e.v.).

Helaas zit er een kleine doch storende fout in het naschrift van A. Bos en N. Keijzer. De zin, beginnend op de laatste regel op blz. 173, moet luiden: "Zeer onlangs bij een promotie in Tilburg luidde de eerste stelling bij het verdedigde proefschrift: Internationaal recht + strafrecht ≠ internationaal strafrecht."

In de afgedrukte tekst was het ≠ teken (is ongelijk aan) vervangen door het = teken (is gelijk aan).

Auteursaanwijzingen

Bijdragen voor het Militair Rechdelijk Tijdschrift worden aangeleverd op schrift alsmede zo mogelijk op diskette met gebruikmaking van het WP-programma of Microsoft Word. Auteurs worden verzocht om de volgende richtlijnen in acht te nemen:

Géén afbreekstreepjes gebruiken.

Geen tabs, inspringingen of verschillende lettertypes gebruiken.

Zo weinig mogelijk 'opmaken' van de tekst, doch zoveel mogelijk achter elkaar door typen.

Slechts bij het begin van een nieuwe alinea 'Enter' gebruiken.

REDACTIECOMMISSIE:

Voorzitter	Mr <i>A.J.T. Dörenberg</i> , Generaal-majoor Klu b.d.
Secretaris/penningmeester	Mr <i>J.F. Stinissen</i> , Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst;
Leden:	
voor de Koninklijke landmacht:	Mr <i>A. C. Zuidema</i> , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke luchtmacht:	Mr <i>S. van Groningen</i> , Commodore der Koninklijke luchtmacht;
voor de Koninklijke marine:	Mr <i>P.J. Schreuder</i> , Kapitein ter zee van administratie;
voor de Centrale Organisatie:	Mr <i>J.J. Buirma</i> , Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Mr <i>G.L. Coolen</i> ,	Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Prof. Dr. <i>T.D. Gill</i>	Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht en bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Mr <i>N. Jörg</i> ,	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden;
Prof. Mr <i>Th. A. de Roos</i> ,	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden;
Mr <i>W.J. Schmitz</i> ,	Hoofd Procesondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van het ABP;
Mr <i>G.F. Walgemoed</i> ,	Kolonel van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	NAPO 801-MS12. 3509 VP Utrecht

VASTE MEDEWERKERS:

- Mr *Th. J. Clarenbeek*, Oud-Coördinerend-vice-president van de Arrondissementsrechtbank Utrecht, res. Kolonel van de Militair Juridische Dienst b.d.;
- Prof. Mr *N. Keijzer*, Raadsheer in buitengewone dienst van de Hoge Raad der Nederlanden en em. hoogleraar Internationaal Strafrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant.
- Prof. Dr *R.A. Lawson*, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.

WIJZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt in 10 afleveringen per jaar.

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1 2002 E 35. Men abonnee zich voor tenminste één jaargang bij de Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, 's-Gravenhage, of bij zijn boekhandelaar. Losse afleveringen zijn verkrijgbaar tegen de prijs van E 3,93. Tevens zijn verzamelbanden te verkrijgen tegen de prijs van €20,45. Nadere informatie omtrent bestellingen: Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, afdeling abonnementen, telefoon 070-3789887.

De schrijvers van bijdragen van meer dan 1 pagina ontvangen een honorarium van € 35 per pagina tot een maximum van E 230 per aflevering, benevens 5 present-exemplaren van de desbetreffende aflevering van het Tijdschrift. Het auteursrecht wordt met de publikatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Kennisgeving van adreswijziging (uitsluitend betalende abonnees) te richten tot Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, Postbus 20014, 2500 EA 's-Gravenhage. Telefoon (070) 3789887, fax (070) 3789783. Zij die het tijdschrift van rijkswege verstrekten krijgen dienen zich voor kennisgeving van adreswijziging te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren.

Dit tijdschrift, sedert mei 1903 verschenen onder de titel „Militaire Jurisprudentie”, wordt sedert juli 1905, met onderbreking van juli 1943 tot januari 1946, uitgegeven onder de titel „Militair Rechtelijk Tijdschrift”

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCV

Juli/Augustus 2002

Aflevering

7

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

Over "de Geneefse Conventie", "unlawful combatants" en de kenbaarheid van het oorlogsrecht; door Mr. R.M.Eiting.....	261
Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loep: De tijdelijke bevordering; door Prof. mr. G.L. Coolen.....	272
Overzicht jurisprudentie Wetboek van Militair Strafrecht; door Prof. mr. G.L. Coolen.....	276

Strafrechtspraak

Ah 03.12.01	Dienstweigering? Toepassingsbereik van art. 139 WMSr. De rechtbank kwalificeert het bewezenverklaarde als dienstweigering: niet slechts bewezen dat verdachte weigerde dienstbevelen op te volgen, maar ook dat hij - in woord en geschrift - te kennen gaf dienst te weigeren en dat hij de daad bij het woord voegde door zijn uitrusting in te leveren. De rechtbank beziet verdachtes gedragingen in het licht van de omstandigheden: ten gevolge van zijn gedrag moest hij gepatriëerd worden. In die omstandigheid ligt zijn intentie tot dienstweigering besloten. (Naschrift M.M.D.).....	288
-------------	---	-----

Bestuursrechtspraak

Rb Den Haag 10.12.01	De parka, nat weer, geweld Een onderofficier wordt verplicht de door hem veroorzaakte schade te vergoeden. Beroep ongegrond. (Naschrift G.L.C.).....	292
CRvB 24.01.02	De gestelde ervaringseis Aan een adjudant-onderofficier wordt de door hem geambieerde functie niet toegewezen. Beroep ongegrond. (Naschrift G.L.C.).....	296

Opmerkingen en mededelingen

Een reactie op een reactie; door Prof. mr. G.L. Coolen.....	300
Seminar "Wehrrecht vor neuen Herausforderungen".....	300

Annotatoren:	C.	- Mr Th. J. Clarenbeek
	G.L.C.	- Prof. mr G.L. Coolen
	M.M.D.	- Mr M.M. Dolman
	J.R.G.J.	- Mr J.R.G. Jofriet
	N.J.	- Mr N. Jörg
	de R.	- Prof. mr Th. A. de Roos
	W.J.S.	- Mr W.J. Schmitz
	W.H.V.	- Mr W.H. Vermeer
	G.F.W.	- Mr G.F. Walgemoed

BIJDRAGEN

Over “de Geneefse Conventie”, “unlawful combatants” en de kenbaarheid van het oorlogsrecht

door

Mr R.M. Eiting

Kolonel van de Militair Juridische Dienst b.d.

1. Inleidende opmerkingen

Het recente gewapende conflict in Afghanistan heeft de status van combattant en de status van krijgsgevangene weer in de schijnwerpers geplaatst. Zo gingen beelden van door Amerikanen gevangengenomen geknielde, geboeide en geblinddoekte Taliban- en Al-Qaeda-strijders de wereld rond. Daarbij openbaarde zich in de media een controverse over de behandeling van deze gevangenen en over de vraag of hen wel of niet de status van krijgsgevangene toekwam.¹⁾

Politici in westerse landen en vertegenwoordigers van humanitaire organisaties toonden zich geschokt of ernstig verontrust en riepen om het hardst dat de gevangenen human dienden te worden behandeld. Sommige gezaghebbenden betoogden dat de behandeling moest voldoen aan alle eisen van humanitair recht. De Nederlandse minister van Buitenlandse Zaken en anderen waren van mening dat "de Geneefse Conventie" zeker behoorde te worden nageleefd. Amerikaanse autoriteiten waren aanvankelijk van mening dat de behandeling van de gevangenen wel degelijk de toets van humanitaire kritiek kon doorstaan, en dat overigens de gevangengenomen strijders moesten worden gekwalificeerd als “*unlawful combatants*” en dientengevolge niet in aanmerking kwamen voor de status van krijgsgevangene.

Getuige van dit mediaschouwspel ontkwam ik niet aan de indruk dat menigeen hier waarschijnlijk wel de “internationaalrechtelijke klok” had horen luiden, maar niet wist waar de “oorlogsrechtelijke klepel” hing. Een heldere voorstelling van het toepasselijke recht leek niet overal overtuigend aanwezig.

Toch is het van groot belang dat men weet waar men het over heeft, wanneer men uitspraken doet over status, rechten en plichten van gewapende strijders die gevangengenomen zijn in een gewapend conflict (zo verbiedt het oorlogsrecht bijvoorbeeld geenszins dat krijgsgevangenen om redenen van veiligheid tijdelijk worden geboeid en geblinddoekt). Men heeft het immers over betrokkenen, die als gevangene in een gewapend conflict kwetsbaar zijn en bescherming verdienen. Dat reeds rechtvaardigt telkens weer opnieuw goede aandacht voor het lot van deze betrokkenen, overigens zonder dat daardoor de gerechtvaardigde belangen van de gevangennemende c.q. -houdende mogendheid uit het oog behoeven te worden verloren.

Het is tegen die achtergrond dat deze bijdrage moet worden gezien. Mij staat daarbij een driedelig doel voor ogen. In de eerste plaats, aansluitend bij de actualiteit, beoog ik bij te dragen aan een beter begrip van de betekenis van de termen combattant, non-combattant

¹⁾ Voor wat betreft de buitenlandse media baseer ik mij in het bijzonder op de berichtgeving en commentaren in "The International Herald Tribune", "The Independent", "The Guardian" en "The Economist".

en "*unlawful combatant*" in oorlogsrechtelijke zin; termen die gecompliceerder zijn dan men op het eerste gezicht zou denken. In de tweede plaats zal ik aandacht vragen voor het belang van de kenbaarheid van het oorlogsrecht; deze kenbaarheid is problematisch. In de derde plaats, nadrukkelijk terugkerend naar de actualiteit en aansluitend bij de twee hoofd-thema's van deze bijdrage, zal ik aandacht vragen voor het belang van loyaliteit aan het internationaal recht in het algemeen en het oorlogsrecht in het bijzonder.

Deze bijdrage bestaat daartoe uit twee delen en een aanvullende aantekening. In het eerste gedeelte bespreek ik de genoemde begrippen. Ik beperk mij daarbij overigens tot enkele aspecten die mijns inziens onderbelicht zijn gebleven (zo zal ik slechts beperkt aandacht schenken aan het krijgsgevangenenvraagstuk in het Afghanistan-conflict; daarvoor verwijs ik naar de bijdragen van T.D. Gill en H.J.J. Talsma in het maartnummer van dit tijdschrift²⁾). Dit eerste gedeelte dient tevens als illustratie van de problematische inzichtelijkheid van het oorlogsrecht en vormt daarmee een opstap naar het tweede gedeelte. Het tweede gedeelte is als het ware een reflectie naar aanleiding van het eerste gedeelte en bevat een beschouwing over de problematische toegankelijkheid en kenbaarheid van het oorlogsrecht. Tot besluit volgt nog een aanvullende aantekening over loyaliteit aan het internationaal recht. Daarin staat centraal de houding van de Amerikaanse regering, zoals deze onder meer bleek tijdens het Afghanistan-conflict (zie ook T.D. Gill in zijn bovengenoemde bijdrage).

2. "*De Geneefse Conventie*" en "*unlawful combatants*"

Wanneer men iets te weten wil komen over de oorlogsrechtelijke status van combattant en krijgsgevangene moet men niet te rade willen gaan bij "de Geneefse Conventie", want de Geneefse Conventie bestaat niet. Men dient te rade te gaan bij het Haags Landoorlogsverdrag met bijbehorend Landoorlogsreglement van 1907 (hier ook afgekort tot LOV/LOR), het Derde Verdrag van Genève van 1949 inzake krijgsgevangenen (hier ook afgekort tot G III) en het Eerste Aanvullende Protocol van 1977 bij de Vier Verdragen van Genève van 1949 (afgekort AP I). Daarnaast zijn hier nog relevant, het Eerste, Tweede en Vierde Verdrag van Genève van 1949 (G I, G II, G IV) en het Tweede Aanvullende Protocol van 1977 bij de Vier Verdragen van Genève van 1949 (AP II).

Wanneer men iets wil weten over "*unlawful combatants*" (ik blijf de Engelse term gebruiken) zal men eerst een idee moeten hebben van wat onder "combattant" en "non-combattant" moet worden verstaan. Daarmee betreedt de geïnteresseerde overigens een terrein dat niet uitblinkt door overzichtelijkheid en inzichtelijkheid. Er zijn weinig oorlogsrechtelijke termen die (met name) in de driedimensionale context van politieke, militaire en juridische aangelegenheden tot zoveel misverstanden hebben geleid als de termen combattant en non-combattant ("militaire noodzaak" is een ander voorbeeld). Wat dan oorlogsrechtelijk te verstaan onder "combattant" en "non-combattant"?³⁾

In de eerste plaats moet er de aandacht op worden gevestigd dat deze begrippen een feitelijke en een juridische lading hebben. Feitelijk betekent "combattant" niet meer dan strijder (hij die aan de strijd deelneemt) en "non-combattant" betekent niet meer dan niet-strijder (hij die niet aan de strijd deelneemt). Oorlogsrechtelijk worden deze begrippen echter

²⁾ T.D. Gill, "De gedetineerden in Guantanamo en het Internationale Humanitaire Recht", MRT 2002, blz. 125 e.v.; H.J.J. Talsma, "Humanitair overwinnaarsrecht?!", MRT 2002, blz. 120 e.v.

³⁾ Voor uitgebreide beschouwingen, zie: K. Ibsen, "Combatants and non-combatants" in D. Fleck (editor), "The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts", Oxford 1995, blz. 65 e.v.; G.L. Coolen, "Humanitair oorlogsrecht", Deventer 1998, blz. 135 e.v.

in een juridische betekenis gebruikt. Met deze dubbele lading en de wijze waarop deze begrippen worden gebruikt beginnen de moeilijkheden.

In het oude Landoorlogsreglement (1907) wordt in artikel 3 een onderscheid gemaakt tussen combattanten en non-combattanten. Dit artikel bepaalt dat de strijdkrachten van de belligerente partijen (in een internationaal gewapend conflict! RME) mogen bestaan uit combattanten en non-combattanten. De beide termen worden in het Landoorlogsreglement verder niet gedefinieerd (noch in het Landoorlogsverdrag). Wat bedoeld is wordt echter duidelijk uit de ontstaansgeschiedenis van Verdrag en Reglement. Met non-combattanten waren uitsluitend bedoeld leden van de strijdkrachten die naar nationale regels niet waren bestemd om daadwerkelijk aan de strijd deel te nemen, zoals militaire rechters te velde, tolken, bepaald administratief personeel en dergelijke (overigens niet te verwarren met de categorie van zgn. legervolgingen; zie LOR art. 13, G III art. 4(4) en AP I art. 44.6). Oorlogsrechtelijk mochten zij echter wel worden aangevallen, en bij gevangenne hadden zij recht op de status van krijgsgevangene. Eigenlijk wordt er gezegd dat het oorlogsrechtelijk niet uitmaakt hoe men nationaalrechtelijk de leden van de krijgsmacht indeelt, zolang het maar om leden van de krijgsmacht gaat; een naar hedendaagse opvattingen merkwaaardige "nationale eend in de internationaalrechtelijke bijt" (voor die tijd echter minder merkwaaardig). Deze bepaling is in die betekenis thans dan ook niet meer van belang, want achterhaald door het moderne oorlogsrecht.⁴⁾

Sommige achterhaalde juridische opvattingen kunnen echter in de (niet-juridische) praktijk lang doorwerken. Het misverstand kan ontstaan dat nationaal ook andere categorieën dan militair geneeskundig personeel en geestelijke verzorgers kunnen worden aangemerkt als tot de strijdkrachten behorende non-combattanten in oorlogsrechtelijke zin (zie hierna). Het Landoorlogsreglement is als "oorlogsrechtelijke ster" nog niet gedoofd en geeft meer nablijvende straling af dan men wellicht geneigd is te denken.

In het contemporaine geschreven oorlogsrecht wordt de term combattant gedefinieerd in artikel 43 van het Eerste Aanvullende Protocol van 1977. De term non-combattant zal men daar echter niet tegenkomen. Combattant is degene die oorlogsrechtelijk gerechtigd is om (in een internationaal gewapend conflict) rechtstreeks aan de strijd (vijandelikheden) deel te nemen. "Non-combattant" is een in literatuur en praktijk gehanteerde verzamelnaam voor al diegenen die niet zijn gerechtigd rechtstreeks aan de strijd deel te nemen (dat zijn dus alle anderen dan combattanten), en daarmee een verzamelnaam voor zeer uiteenlopende categorieën niet-gerechtigden. Aan de status van combattant zijn nog twee belangrijke rechtsgevolgen verbonden: in de eerste plaats mag een combattant door vijandelijke combattanten worden aangevallen, en in de tweede plaats heeft een combattant bij gevangenne recht op de status van krijgsgevangene. De corresponderende rechtsgevolgen verbonden aan de "status" van non-combattant vormen het spiegelbeeld van die van de combattantenstatus: non-combattanten mogen niet worden aangevallen (tenminste zolang zij niet daadwerkelijk rechtstreeks deelnemen aan de strijd en daarmee hun status schenden) en zij verkrijgen (behoudens één uitzondering, zie hierna) bij gevangenne of internering niet de status van krijgsgevangene (hun bescherming in geval van een eventuele gevangenne of internering is in het oorlogsrecht anders geregeld, mede afhankelijk van de categorie waartoe men behoort).

Wie zich tot de categorie combattanten mogen rekenen treft men aan in artikel 43 van het Eerste Aanvullende Protocol van 1977 in samenhang met artikel 4 van het Derde Verdrag van Genève van 1949 (vergelijk ook LOR artt. 1, 2 en 3). Kort samengevat komt

⁴⁾ Zie K. Ibsen, a.w., blz. 66 t/m 68, blz. 81 t/m 86; zie G.L. Coolen, a.w., blz. 144 en 145.

het er op neer, dat deze status toekomt aan militairen en daarmee gelijkgestelden, behorende tot de strijdkrachten van een belligerente partij in een internationaal gewapend conflict, met uitzondering van militair geneeskundig personeel en in de strijdkrachten dienende geestelijke verzorgers (AP I art. 43.2). Zij die tot de laatstgenoemde twee categorieën behoren moeten dus als non-combattanten worden beschouwd.

De grote groep die gemeenlijk wordt aangeduid met "non-combattanten" is als zodanig onder die naam nergens in de contemporaine oorlogsrechtelijke verdragen geregeld en bestaat uit feitelijk en juridisch zeer uiteenlopende categorieën. In de eerste plaats zijn daar de al eerder genoemde categorieën militair geneeskundig personeel en geestelijke verzorgers der krijgsmacht (G III art. 33, AP I art. 43.2). Hoewel non-combattant, zijn zij (militair medisch personeel) gerechtigd tot persoonlijke zelfverdediging en nabijverdediging van de aan hun zorgen toevertrouwde zieke of gewonde militairen (vgl. G I art. 22; G II art. 35; AP I art. 8 jo art.12, jo art. 13). Zij mogen niet als krijgsgevangenen worden beschouwd noch behandeld, maar zij hebben wel tenminste recht op alle bescherming die het Derde Verdrag inzake krijgsgevangenen biedt (G III art. 33). In de tweede plaats zijn dat de zgn. legervolgelingen (bijvoorbeeld oorlogscorrespondenten). Ook al zijn zij non-combattant, zij hebben (onder zekere voorwaarden) recht op de status van krijgsgevangene (LOR art. 13; G III art. 4(4), AP I art. 44.6). Voorts zijn daar de spionnen die onder omstandigheden hun recht op de status van krijgsgevangene verspelen (LOR art. 29, 30 en 31; AP I art. 46), en huurlingen die expliciet het recht op de status van combattant en krijgsgevangene wordt onthouden (AP I art. 47). En dan natuurlijk de grootste groep, die van de burgerbevolking, waarvan de bescherming hoofdzakelijk is geregeld in het Vierde Verdrag van Genève van 1949, in deel 4 van het Eerste Aanvullende Protocol van 1977 en, voor wat betreft niet-internationale gewapende conflicten, het Tweede Aanvullende Protocol van 1977.

Hoewel het voorgaande al gecompliceerd genoeg is, ontkomen we er niet aan nog een verdere complicatie toe te voegen. Veel moderne gewapende conflicten zijn niet-internationale gewapende conflicten of zgn. gemengde gewapende conflicten met een internationale en een niet-internationale dimensie.) Het oorlogsrechtelijk begrip combattant geldt echter slechts voor internationale gewapende conflicten. Voor het niet-internationale gewapende conflict hanteert het oorlogsrecht, in het gemeenschappelijk artikel 3 van de Vier Verdragen van Genève van 1949 en het daarbij behorende Tweede Aanvullende Protocol, slechts feitelijke omschrijvingen van strijders, niet-strijders, buitengevechtgestelden en gevangenen. Men zal de term combattant daar niet aantreffen. Dat leidt met name in een zgn. gemengd gewapend conflict tot merkwaardige consequenties, omdat noodzakelijkerwijs juridische en feitelijke begrippen door elkaar gebruikt moeten worden.

Zo heeft in het gewapend conflict in Afghanistan een Taliban-strijder ten opzichte van Amerikaanse en Britse strijdkrachten de juridische status van combattant (de internationale dimensie), maar ten opzichte van de zgn. Noordelijke Alliantie "slechts" de feitelijke hoedanigheid van strijder die rechtstreeks aan de vijandelijkheden tussen binnenlandse belligerenten deelneemt; waarbij de juridische vraag of hij daartoe gerechtigd is, internationaalrechtelijk in het midden wordt gelaten (de niet-internationale dimensie). Eenzelfde kwestie doet zich voor terzake van gevangengenomen strijders in Afghanistan. Een door de Amerikanen gevangengenomen Taliban-combattant heeft de status van krijgsgevangene, maar als gevangene van de Noordelijke Alliantie heeft hij die niet.

⁹⁾ Hierover uitgebreid: M. Hess, "Die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts insbesondere in gemischten Konflikten", diss, Zurich 1985; zie ook mijn bijdrage in dit tijdschrift, "Joegoslavië en aspecten van oorlogsrecht", MRT 1993, blz. 209 e.v.

Dat laatste heeft overigens nog een zeer belangrijk gevolg. Het betekent dat, ingevolge artikel 12 van het Derde Verdrag van Genève van 1949, het de Amerikanen niet vrijstond hun Taliban-krijgsgevangenen aan de Noordelijke Alliantie over te dragen.⁶⁾

Hoe moeten we nu in dit verband de uitdrukking "unlawful combatant" plaatsen? Het is een term die in het oorlogsrecht niet voorkomt, maar in de literatuur wel.⁷⁾ Eigenlijk is er niet veel mis met deze term, want het betekent wat het zegt: een strijder die niet gerechtigd is rechtstreeks aan de vijandelijkheden deel te nemen, ware het niet dat deze term ten opzichte van het oorlogsrechtelijk begrip *combattant* een "contradictio in terminis" is. Een *combattant* is oorlogsrechtelijk immers per definitie "*lawful*".

De onvermijdelijke consequentie van deze definitiekwestie levert evenwel een volstrekt gekunsteld resultaat op. Immers binnen de totale groep van degenen die in een internationaal gewapend conflict niet gerechtigd zijn om rechtstreeks aan de vijandelijkheden deel te nemen, is er sprake van feitelijk onvergelykbare categorieën. Door de verzamelnaam "non-combattant" te gebruiken in een juridische betekenis, namelijk als iemand die oorlogsrechtelijk niet gerechtigd is rechtstreeks aan de strijd deel te nemen (het onvermijdelijke spiegelbeeld van het oorlogsrechtelijk begrip *combattant*), scheert men feitelijk onvergelykbare categorieën juridisch over één kam. Het mag juridisch correct zijn om zowel vreedzame burgers als huurlingen en terroristen non-combattanten te noemen, feitelijk is het ongeloofwaardig.) En dan spreken we nog niet over de situatie in een niet-internationaal of gemengd gewapend conflict.

Het probleem is echter niet eenvoudig oplosbaar omdat het geworteld is in de oorlogsrechtelijke definitie van "combattant". Deze definitie sluit niet aan bij een feitelijke hoedanigheid of feitelijke situatie waaraan rechtsgevolgen worden verbonden, maar omvat het primaire rechtsgevolg reeds in de definitie zelf. Men had ook kunnen kiezen voor andere begrippenparen; en wel:

- (feitelijk) strijder (*combattant*) - niet-strijder (*non-combattant*);
- (primair rechtsgevolg toegevoegd) legitiem strijder (*lawful combatant*) - illegitiem strijder (*unlawful combatant*).

Het zou de kwestie in bepaald opzicht inzichtelijker en begrijpelijker hebben gemaakt, maar dat is nu eenmaal niet gebeurd. We zullen het dus met de bestaande definities moeten doen.

Dat gezegd zijnde lijkt mij er weinig bezwaar tegen te bestaan de term "unlawful *combatant*" te gebruiken, mits dit op een zuivere wijze gebeurt. Dat houdt bijvoorbeeld in dat een *combattant* die strafbare feiten of zelfs oorlogsmisdrijven begaat, daardoor niet de status van *combattant* verliest en dus ook niet tot "unlawful combatant" mag worden bestempeld. Ook mag men langs die weg niet uit politieke motieven proberen categorieën strijders de oorlogsrechtelijke bescherming van de *combattanten*status en krijgsgevangenenstatus te ontnemen. Die risico's zijn niet denkbeeldig, maar moeten ook weer niet worden overschat. Maar het zij toegegeven, men kan er ook anders over denken.")

⁶⁾ De Noordelijke Alliantie kon in die fase immers niet worden beschouwd als het legitieme of feitelijk gezag in Afghanistan (noch intern, noch extern), maar moest worden beschouwd als een opstandelingenbeweging. Ik laat de complicatie van het omslagmoment hier buiten beschouwing.

⁷⁾ Vgl.: K. Ibsen, a.w., blz. 68, 69, 93.

⁸⁾ De commandant van een infanteriepeloton dat in een gewapend conflict wordt aangevallen door een bende gewapende terroristen, zal men er toch niet echt van kunnen overtuigen dat hij "slechts" werd aangevallen door non-combattanten. Juridisch taalgebruik kan niet te ver verwijderd geraken van de feitelijke werkelijkheid, op straffe van verlies aan geloofwaardigheid en effectiviteit.

⁹⁾ Vgl.: M. Boot, "Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International

Het antwoord op de vraag of in het Afghanistan-conflict Al-Qaeda-strijders aangemerkt moeten worden als combattanten in de zin van het oorlogsrecht, en hen diensgevolge de status van krijgsgevangene toekomt, of dat zij moeten worden aangemerkt als "non-combattant" of "*unlawful combatant*", laat ik hier verder in het midden. Daarvoor verwijs ik gaarne naar de beschouwingen van Gill en Talsma in hun eerder genoemde bijdragen. Overigens deel ik hun conclusie op dit punt.

Waar het mij hier naast verduidelijking vooral om gaat, is te illustreren hoe problematisch de inzichtelijkheid van het oorlogsrecht kan zijn. Dit reeds ten aanzien van kernbegrippen uit het oorlogsrecht zoals combattant en krijgsgevangene. Maar voordat men kan beginnen zich daarin te verdiepen moet men wel eerst het relevante rechtsgebied in het totale veld van het internationaal recht gevonden hebben. Dat is voor de niet-ingewijde geen probleemloze zoektocht. Men heeft richtingwijzers nodig. Als zodanig kan "de Geneefse Conventie" echter niet dienen.

Dat brengt mij op het onderwerp van de kenbaarheid van het oorlogsrecht. Het is een onderwerp van voortdurende zorg van het Internationaal Comité van het Rode Kruis. Maar ondanks de niet aflatende inspanningen van deze organisatie blijft het een problematische kwestie. Daarover gaat het tweede gedeelte van deze bijdrage.

3. Kenbaarheid en toegankelijkheid van het oorlogsrecht

In de inleidende opmerkingen heb ik gewag gemaakt van de "internationaalrechtelijke klok" en de "oorlogsrechtelijke klepel". Vervolgens hoop ik te hebben aangetoond dat het vormen van een goed begrip van de status van combattant en krijgsgevangene geen sinecure is. Het vergt tenminste dat wordt kennisgenomen van drie verdragen, waarvan alleen reeds het Derde Verdrag van Genève van 1949 (inzake krijgsgevangenen) 143 artikelen telt. Echter, zoals ik aan het slot van de vorige paragraaf reeds heb aangegeven, wanneer men tot zo'n verdrag wil doordringen, moet men eerst wel weten in welk rechtsgebied men het moet zoeken.

Het vinden van het juiste rechtsgebied in het totale veld van het internationaal recht is evenwel evenmin een sinecure. Wat wil men ook; internationaal humanitair recht (in gewapend conflict), humanitair recht, humanitair oorlogsrecht, oorlogsrecht, recht van oorlog en vrede, rechten van de mens, recht van de mensenrechten, recht in gewapend conflict, oorlogsmisdrijvenrecht, oorlogstrafrecht, internationaal strafrecht, het recht van Genève, het recht van Den Haag; het mag toch niet verbazen dat een niet-ingewijde hier geen touw meer aan kan vastknopen.

Wanneer men iets wil weten over status, bevoegdheden, rechten en plichten van combattanten, non-combattanten en krijgsgevangenen, zal men kennis moeten nemen van dat deel van het internationaal recht dat ziet op belligerente partijen en hun optreden in een gewapend conflict. Het gaat hier om een rechtsgebied dat een samenhangend geheel vormt van een aanzienlijk aantal verdragen, internationaal gewoonterecht en internationaalrechtelijke jurisprudentie.⁹⁾ Veel van wat in verdragen is vastgelegd geldt tevens als internationaal gewoonterecht; zodat staten en andere internationaalrechtelijke rechtssubjecten daaraan ook gebonden zijn zonder die verdragen te hebben geratificeerd. Wel moet er hieraan worden herinnerd, dat dit recht in zijn totaliteit alleen van toepassing is in internationale gewapende conflicten. Slechts een zeer beperkt deel (het gemeenschappelijk artikel 3

(Vervolg ⁹⁾ Criminal Court: Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes", diss, Antwerpen - Oxford - New York 2002, 7e stelling bij haar proefschrift.

¹⁰⁾ Voor een goed overzicht van de belangrijkste verdragen met toelichting, zie: A. Roberts en R. Guelff, "Documents on the Laws of War", Oxford 2001.

van de Vier Verdragen van Genève van 1949 en het daarbijbehorend Tweede Aanvullende Protocol van 1977) is van toepassing in niet-internationale gewapende conflicten (wel kunnen belligerente partijen in een dergelijk conflict vrijwillig verklaren ook andere delen van dat recht te zullen toepassen). Wij hebben het dan over het rechtsgebied dat bekend staat als internationaal humanitair recht (met eventueel de toevoeging: in gewapend conflict), humanitair oorlogsrecht en als oorlogsrecht (de klassieke benaming).

Dit recht (ook wel "ius in bello") moet goed worden onderscheiden van andere verwante rechtsgebieden. In de eerste plaats moet het worden onderscheiden van het recht van oorlog en vrede ("ius ad bellum"). Maar ook moet het worden onderscheiden van bijvoorbeeld het recht van de mensenrechten en het oorlogsstrafrecht.

Zo treffen wij dan een toestand aan, waarin het toepasselijke recht gecompliceerd is en als rechtsgebied niet gemakkelijk herkenbaar. Bovendien wordt de zoektocht door het terrein door de aanwezige richtingwijzers eerder bemoeilijkt dan vergemakkelijkt. Daardoor zou de neiging kunnen ontstaan "klok en klepel"-situaties hier maar te accepteren, ware het niet dat wij op onze weg door het juridisch ondoorzichtig terrein stuiten op een internationaalrechtelijk "waarschuwbord". Dat bord verwijst naar artikel 83 van het Eerste Aanvullende Protocol van 1977 bij de Vier Verdragen van Genève van 1949.

Artikel 83 van het Eerste Aanvullende Protocol gaat over verspreiding van oorlogsrechtelijk documentatiemateriaal en van kennis van het oorlogsrecht. Het artikel luidt als volgt:

1. De Hoge Verdragsluitende Partijen verbinden zich, zowel in vreedstijd als ten tijde van een gewapend conflict, de Verdragen en dit Protocol op zo ruim mogelijke schaal in hun onderscheiden landen te verspreiden, en in het bijzonder de bestudering ervan in de programma's van hun militaire opleiding op te nemen en de bestudering ervan door de burgerbevolking te stimuleren, zodat de strijdkrachten en de burgerbevolking van die akten op de hoogte kunnen zijn.

2. Alle militaire of burgerlijke autoriteiten die ten tijde van een gewapend conflict verantwoordelijkheid dragen met betrekking tot de toepassing van de Verdragen en dit Protocol dienen een volledige kennis van de tekst ervan te bezitten.

Voorlichting aan de burgerbevolking was ingegeven door de gedachte van positieve beïnvloeding van de publieke opinie. Daardoor zou het respect voor de rechten van de mens in gewapend conflict kunnen worden bevorderd, waardoor uiteindelijk het belang van de vrede zou zijn gediend.¹¹⁾ Als Verdragsluitende Partij is Nederland vanzelfsprekend verplicht gevolg te geven aan hetgeen in dit artikel is bepaald.

Over verspreiding van documentatiemateriaal en kennis van het oorlogsrecht onder militairen hoeft men zich niet zoveel zorgen te maken; dat is behoorlijk geregeld (althans dat mag men verwachten). Maar hoe staat dat met de burgerbevolking, en dan in het bijzonder met burgerlijke autoriteiten? Zo zou men zich kunnen afvragen wie van de ministers en staatssecretarissen en wie van de leden van het parlement iets van het oorlogsrecht afweten. Waarschijnlijk de ministers van Defensie en Buitenlandse Zaken, maar de anderen?

Nu moet men het belang van het verspreiden van oorlogsrechtelijke kennis onder de burgerbevolking ook weer niet overschatten. Het belangrijkste blijft mijns inziens dat deze

¹¹⁾ Zie: Y. Sandoz e.a. (editors), "Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949", ICRC publicatie, Genève 1987, blz. 959 e.v.

kennis ruimschoots aanwezig is in de krijgsmacht en dat militairen op elk niveau in staat zijn de belangrijkste beginselen en regels van oorlogsrecht op correcte wijze toe te passen. Daarnaast mag van zekere burgerlijke autoriteiten een behoorlijke kennis van het oorlogsrecht worden verlangd (doorgaans dezelfde waarvan een behoorlijke kennis van het staatsnoodrecht mag worden geëist). Van de burgerbevolking in zijn totaliteit behoeft in vredetijd niet te worden verlangd een kennis van het oorlogsrecht te hebben die vergelijkbaar is met bijvoorbeeld de vereiste kennis van het wegenverkeersrecht (nog afgezien van praktische realisatieproblemen). Men moet een en ander wel in het juiste perspectief blijven zien.

Dat het belang van kennisverspreiding onder de burgerbevolking niet moet worden overschat, wil echter aan de andere kant niet zeggen dat het zou mogen worden onderschat. Correcte voorlichting van de burgerbevolking over de belangrijkste beginselen en hoofdregels van het oorlogsrecht is reeds in vredetijd belangrijk. Daarbij gaat het in het bijzonder om het versterken van het respect voor de rechten van de mens en van het besef dat deze rechten ook in een gewapend conflict bescherming verdienen. Daarnaast kan het dienen tot het aankweken van een beter begrip onder de burgerbevolking voor de positie van militairen onder gewapend conflict-omstandigheden. Ook kan het geen kwaad dat (potentieel) leidinggevend in de burgersamenleving reeds in vredetijd over wat extra kennis beschikken.

Reeds in de Diplomatieke Conferentie over de vaststelling van de tekst van het Eerste Aanvullende Protocol worden daartoe enkele suggesties gedaan (Resolutie 21).¹²⁾ In de eerste plaats wordt aanbevolen de verantwoordelijke nationale autoriteiten aan te moedigen, waar nodig met steun van het Rode Kruis, regelingen te treffen waarbij de burgerbevolking wordt voorgelicht op een wijze die past bij de internationale toestand. In de tweede plaats wordt de verdragsluitende partijen aanbevolen de opleiding en training van daarvoor geschikte personen op zich te nemen. In de derde plaats wordt aanbevolen dat de geëigende autoriteiten het onderwijs in het internationaal humanitair recht aan universiteiten intensiveren. Tot slot wordt aanbevolen in het middelbaar onderwijs inleidende cursussen over dit recht te introduceren.

Ik wil daar nog een suggestie aan toevoegen. Deze betreft de vraag, wie in Nederland deze voorlichting aan de burgerbevolking op zich zou moeten nemen. Dat daarbij voor de media een belangrijke rol is weggelegd ligt voor de hand, maar dat is nog geen antwoord op de vraag. Belangrijk is welke deskundigen al dan niet via de media de beoogde voorlichting geven. Dat zouden bij voorkeur geen quasi-deskundigen moeten zijn die meer op grond van hun populariteit bij de media dan op grond van terzake doende materiedeskundigheid in beeld komen. Ook is het niet voldoende dat men de hoedanigheid van jurist bezit. Een strafrechtsspecialist is nog geen oorlogsrecht deskundige. Terzijde merk ik op, dat wanneer men het "schoenmaker blijf bij je leest"-principe uit het oog verliest, dit tot opmerkelijke misslagen kan leiden.) Wie dan wel? Natuurlijk kan men denken aan deskundigen van het Rode Kruis. Maar ook de rijksoverheid (met name Defensie en Buitenlandse Zaken), de universiteiten en andere geschikte instellingen voor wetenschappelijk onderzoek en onderwijs kunnen hier een belangrijke en "pro-actieve" rol spelen. Bezien zou kunnen worden, hoe het krijgsmacht- en universitair potentieel aan deskundigheid op het gebied van het oorlogsrecht, in voorlichtingsopzicht beter zou kunnen worden benut.

¹²⁾ Zie: Y. Sandoz e.a., a.w., blz. 965.

¹³⁾ De praktijk van de laatste tien jaar toont daarvan een aantal markante voorbeelden. Ik acht het echter hier niet opportuun daar verder op in te gaan.

Rest mij thans nog een tweede bescheiden suggestie. Het zal de lezer niet zijn ontgaan, dat ik het in deze bijdrage centraal gestelde rechtsgebied als regel heb aangeduid met de term oorlogsrecht. Dat is niet vanzelfsprekend, omdat het bewuste rechtsgebied doorgaans wordt aangeduid met "humanitair oorlogsrecht" of "internationaal humanitair recht" (al dan niet met de toevoeging "in gewapend conflict"). Echter ter bevordering van de toegankelijkheid en de duidelijkheid van het bedoelde recht, lijkt het mij gewenst dat gekozen wordt voor een eenduidige benaming. Ik pleit voor "eerherstel" van de klassieke benaming oorlogsrecht. Ik zal dat toelichten.

De term oorlogsrecht is na de Tweede Wereldoorlog meer en meer in onbruik geraakt (althans buiten de sfeer van de krijgsmacht). Benamingen als humanitair oorlogsrecht en internationaal humanitair recht traden op de voorgrond. Voor dit terreinverlies kan men meerdere oorzaken of redenen aangeven. Zo kan men meer of minder bewust uiteenlopende bezwaren hebben tegen de term oorlogsrecht.

Van deze bezwaren wil ik hier de mijns inziens vier belangrijkste noemen en wel drie functionele bezwaren en een gevoelsmatig bezwaar (overigens niet in volgorde van belangrijkheid). Een eerste functionele bezwaar houdt in, dat belligerenten in een gewapend conflict in de verleiding zouden kunnen komen de term oorlogsrecht oneigenlijk te gebruiken, om zo dit recht buiten toepassing te laten. Dit met het argument dat bij afwezigheid van een formele oorlogsverklaring geen staat van oorlog aanwezig is en derhalve het oorlogsrecht niet van toepassing is. Een tweede functionele bezwaar ziet op prioriteiten en accenten binnen het totale gebied van het oorlogsrecht. De nadruk behoort te liggen op de humanitaire bescherming van categorieën kwetsbare personen in een gewapend conflict, wat in de naam van het toepasselijk recht tot uitdrukking zou behoren te komen. Een derde functionele bezwaar betreft de wat moeizame toepassing van het oorlogsrecht in niet-internationale gewapende conflicten en bij VN-operaties. Tenslotte een gevoelsmatig bezwaar: het woord oorlog heeft een ongunstige bijklank, reden te meer om bij voorkeur maar niet meer over oorlogsrecht te spreken.

Geen van deze bezwaren acht ik thans nog steekhoudend (zo zij dat ooit geweest zijn). Er hoeft geen twijfel over te bestaan dat voor de toepasselijkheid van het oorlogsrecht niet een formele oorlogstoestand maar een feitelijke gewapend conflict-situatie beslissend is (het gemeenschappelijk artikel 2 van de vier Verdragen van Genève van 1949 en de artikelen 1 van de beide Aanvullende Protocolen zijn daarin volstrekt duidelijk). Vrees voor een oneigenlijk gebruik van de benaming oorlogsrecht lijkt mij dan ook bezwaarlijk nog te kunnen dienen als een argument voor het gebruik van synoniemen. De term internationaal humanitair recht mist onderscheidend vermogen en suggereert te veel. De term humanitair oorlogsrecht suggereert te veel of te weinig. Het suggereert te veel wanneer het mocht suggereren dat het totale oorlogsrecht slechts uit humanitaire beschermingsbepalingen zou bestaan. Het suggereert te weinig wanneer het mocht suggereren slechts op een deel van het oorlogsrecht te zien. Men moet hierbij in het oog houden dat enerzijds het oorlogsrecht meer omvat dan humanitaire bepalingen, maar dat anderzijds het humanitair recht in de ruimste zin van het woord meer omvat dan wat in het oorlogsrecht wordt geregeld.¹⁴⁾ Vervolgens kan ten aanzien van VN-operaties worden opgemerkt dat problemen met de toepasbaarheid van het oorlogsrecht op deze operaties niet onoverkomelijk zijn en zeker niet worden opgelost door een spel met woorden. Tenslotte, een gewapend conflict

¹⁴⁾ Zo bevat met name het oudere oorlogsrecht ook "spelregels" in eigenlijke zin voor de oorlogvoering, met als doel de oorlogvoering voor de belligerenten beheersbaar te houden, waarbij een notie van "fairness" op het gevechtsveld niet ontbreekt. Daarnaast treft men veel bepalingen aan met een procedurele en/of administratieve strekking.

is feitelijk een vorm van oorlog, en waarom zouden we het specifiek daarin geldende internationaal recht dan ook niet overeenkomstig noemen.

Vandaar mijn suggestie te kiezen voor de term oorlogsrecht. Deze benaming markeert beter dan andere benamingen het rechtsgebied waar we het over hebben. Ik Ineen dat de toegankelijkheid en de kenbaarheid van dat recht daarmee zou zijn gediend. De kans op misverstanden wordt daardoor kleiner. Bovendien past de term oorlogsrecht beter bij de militaire cultuur. Dat is niet zonder belang, aangezien immers militairen - en in het bijzonder officieren - tot de belangrijkste doelgroepen van het oorlogsrecht moeten worden gerekend.

4. Tot besluit

Verbeterde toegankelijkheid en betere kenbaarheid van het oorlogsrecht zou mooi zijn, maar het is niet genoeg. Evenzeer is belangrijk welk respect de spelers in het internationale veld weten op te brengen voor het internationaal recht in het algemeen en het oorlogsrecht in het bijzonder. Hoe loyaal is men aan de idee achter dat recht? Met name de houding en het voorbeeld van de hoofdrolspelers is hier van betekenis.

In een eerdere bijdrage aan dit tijdschrift herinnert Gill ons eraan, dat vanzelfsprekend alle staten juridisch gelijk zijn onder het VN-Handvest en in het algemeen volkenrecht, maar dat de belangrijkste staten, in termen van macht en invloed, een grotere invloed hebben op vorming en ontwikkeling van het internationaal recht dan andere staten.") Het getuigt niet alleen van realisme dat tot op zekere hoogte te accepteren, er hoeft juridisch ook niets mis mee te zijn. Dat veronderstelt echter wel dat een invloedrijke positie niet wordt misbruikt voor eigen doeleinden (dus ongeacht de belangen van anderen) maar tenminste mede wordt gebruikt voor de ontwikkeling van het internationaal recht ook in het belang van anderen.

Shaw wijst er (bijna ten overvloede) op, dat in het internationale veld van soevereine en gelijke staten aan die soevereiniteit grenzen zijn gesteld, zelfs aan die van de machtigste staten. Hij herinnert ons eraan dat, in de hedendaagse internationale politieke en economische samenleving van soevereine staten, de wederzijdse afhankelijkheid met zich mee brengt, dat bijna elke belangrijke actie van een staat repercussies kan hebben voor het geheel en voor de besluitvorming door andere staten. Die werkelijkheid versterkt, in het belang van de internationale orde en veiligheid, de noodzaak tot wereldwijde samenwerking op uiteenlopende gebieden als economische problemen, milieugevaren en de dreiging van terrorisme.¹⁶⁾

Een van de belangrijkste hoofdrolspelers in dit verband is de Verenigde Staten. Het is geen geheim dat het buitenlands beleid van de Verenigde Staten traditioneel georiënteerd is op de verwezenlijking van bepaalde politieke en sociale doelstellingen, ongeacht de politieke signatuur van de regering. Het internationaal recht wordt daarbij vooral gezien als een instrument om deze doelstellingen te bevorderen en te verwezenlijken (zie noot 15). Dat is niet verwerpelijk, zolang het respect voor het internationaal recht en loyaliteit aan de achterliggende ideeën zijn gewaarborgd. Het recente conflict in Afghanistan roept de vraag op in hoeverre dat respect en die loyaliteit bij de huidige Amerikaanse regering nog wordt aangetroffen.

Van het mediafront kwamen daarover verontrustende berichten (zie noot I). Daaruit blijkt van een houding en opvattingen van de Amerikaanse regering welke bezwaarlijk

¹⁵⁾ T.D. Gill, "Humanitaire interventie: rechtmatigheid, rechtvaardigheid en legitimiteit nader bekeken", MRT 2001, blz. 221 e.v. met name blz. 22f (a.w., noot 16, t.ä.p.).

¹⁶⁾ M.N. Shaw, "International Law", Cambridge 1999, blz. 99 e.v.

geruststellend kunnen worden genoemd. Ter illustratie (door middel van uiteenlopende voorbeelden) moge het volgende dienen: de Amerikaanse houding ten aanzien van verdragen op het gebied van de internationale bescherming van het milieu en op het gebied van kernwapens; de maatregelen ter bescherming van de Amerikaanse staalindustrie (een klap in het gezicht van de Wereldhandelsorganisatie); de houding ten aanzien van het Permanent Internationaal Strafhof (in wording) die in scherp contrast staat met de houding ten aanzien van het VN-Internationaal Tribunaal voor het voormalig Joegoslavië (op de geloofwaardigheid van beide instellingen is het nodige af te dingen, echter mij gaat het hier om het opportunistische meten met twee maten, RME); uitspraken van de Amerikaanse minister van Defensie die na de eerste gevechtshandelingen in Afghanistan publiekelijk laat weten dat de Amerikanen niet zitten te wachten op (krijgs)gevangenen, een uitspraak die op dat niveau gedaan bijna kan worden gezien als uitlokking van schendingen van het oorlogsrecht door ondergeschikten (uitspraken die bovendien in een schrijnend contrast staan met uitspraken tijdens de Golfoorlog van 1991 door de toenmalige Amerikaanse Chef Defensie Staf generaal Powell, die ook nu weer een matigende factor lijkt); de poging om aan Taliban-strijders de status van krijgsgevangene te onttrekken (onder buitenlandse maar vooral binnenlandse druk werd die status alsnog toegekend, doch slechts uit opportunistische overwegingen - namelijk de behandeling van eventueel gevangengenomen Amerikaanse militairen - niet uit diep respect voor het oorlogsrecht); de ook in de Verenigde Staten scherp bekritiseerde wetgevende maatregelen van de minister van Justitie na "de elfde september", scherp bekritiseerd omdat zelfs een staatsnoodrechtelijk perspectief niet een schending van de Amerikaanse Grondwet rechtvaardigt (het vermoeden bestaat dat de betrokken minister "de elfde september" gebruikt om een al bestaande agenda door te voeren die op onderdelen op gespannen voet staat met de rechtsstaatidee).

Wat uit deze en andere voorbeelden blijkt is een houding die als een rode draad door al deze voorbeelden heen loopt en als rode draad meer zegt dan elk voorbeeld afzonderlijk. Het is een houding waaruit weinig of geen respect spreekt voor het internationaal recht, om over loyaliteit aan dat recht nog maar te zwijgen. Ook een gerechtvaardigde en doeltreffende gewapende bestrijding van het terrorisme kan daarvoor niet als verontschuldiging dienen. De huidige regering der Verenigde Staten lijkt hier als hoofdrolspeler op het internationaal toneel een slecht voorbeeld te geven, dat geen navolging verdient.

Nu verdient het niet de voorkeur definitieve oordelen te baseren op berichten en commentaren in de media; ook niet wanneer het daarbij om gezaghebbende media gaat. Hier past een zekere mate van terughoudendheid. Het is immers niet uitgesloten dat later zal blijken dat we ons geheel of gedeeltelijk in de Amerikaanse houding hebben vergist, dat een meer genuanceerd oordeel op zijn plaats is. Niettemin geldt ook hier, waar rook is, is (doorgaans) vuur. Het zou uiterst betreurenswaardig zijn, wanneer de geloofwaardigheid van het oorlogsrecht zou gaan smeulen. Dus oplettendheid lijkt mij geboden, niet in het minst bij de NAVO bondgenoten.

Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loep:

De tijdelijke bevordering

door

Prof. mr. G.L. Coolen

Een bijdrage, waarin wordt voorgesteld de regeling inzake bevordering, neergelegd in hoofdstuk 4 van het Algemeen militair ambtenarenreglement, aan te vullen met een bepaling die tijdelijke bevordering mogelijk maakt indien aan een militair een (organisatorisch) tijdelijke functie wordt toegewezen.

Inleiding

Een sergeant der mariniers werd uitgezonden in het kader van een vredesoperatie; hem werd een functie toegewezen bij het detachement Koninklijke Marine Bosnië-I. Toen hij verzocht om te worden bevorderd tot de aan de functie verbonden rang van sergeant-majoor, willigde de Staatssecretaris van Defensie dit verzoek slechts in zoverre in, dat hij *tijdelijk* tot de door hem gewenste rang bevorderd. De onderofficier stelde tegen dit (na bezwaar gehandhaafde) besluit beroep in. De rechtbank verklaarde het beroep ongegrond: de staatssecretaris had voldoende aannemelijk gemaakt dat op het tijdstip van toewijzing van de functie aan de functie (slechts) de rang van sergeant was verbonden. In hoger beroep werd echter duidelijk dat ook op het tijdstip van toewijzing aan de functie de rang van sergeant-majoor was verbonden. Op grond hiervan verklaarde de Centrale Raad van Beroep zowel de aangevallen uitspraak als het bestreden besluit nietig. Met betrekking tot het standpunt van de staatssecretaris dat hij *effectieve* bevordering op basis van een tijdelijke bemanningslijst, geënt op een (in de regel kortdurende) vredesoperatie, ongewenst achtte, overwoog de Raad dat het imperatief gestelde artikel 27 lid 4 Amar op dit punt geen keus liet. De Raad toonde wel begrip voor de wens van de staatssecretaris "om aan toewijzing van een functie in het kader van een kortstondige bijzondere militaire operatie, alleen dan een effectieve bevordering te verbinden wanneer vaststaat dat de betrokkene na afloop van die bijzondere operatie in aanmerking komt voor een verticale functietoewijzing".')

Bevordering en functietoewijzing

Artikel 27 lid 4 Amar bepaalt dat, indien aan een militair een functie wordt toegewezen waaraan een hogere rang is verbonden dan hij bekleedt, hij (effectief) *moet* worden bevorderd.) Het Algemeen militair ambtenarenreglement maakt geen uitzondering voor het geval dat aan een militair een *tijdelijke* functie wordt toegewezen, ook niet indien de tijdelijke functie is ingesteld met het oog op een bepaalde (naar verwachting kortdurende) vredesoperatie. Is een militair eenmaal bevorderd, dan behoudt hij de nieuwe rang, ook als

¹⁾ CRvB 19 november 1998, MRT 1999, p. 172, m.nt. G.L.C.

²⁾ Artikel 27 lid 4 Amar luidt: "Aan de militair die een functie is toegewezen waaraan een hogere rang is verbonden dan de rang die hij bekleedt, wordt op de datum van ingang van functievervulling die hogere rang toegekend. Het toekennen van die rang kan tevens, voor een korte periode van voorbereiding, daaraan voorafgaand geschieden."

hem later een functie wordt toegewezen waaraan een lagere rang is verbonden dan hij bekleedt. Dit is bepaald in artikel 30 lid 2 Amar: "De militair aan wie een functie wordt toegewezen waaraan een lagere dan de door hem beklede rang is verbonden (...), behoudt zijn rang." Ook op deze regel wordt geen uitzondering gemaakt voor het geval dat de hogere rang is toegekend op grond van een tijdelijke functie.

Militairen kunnen ook *tijdelijk* worden bevorderd. Artikel 27 lid 5 Amar bepaalt: "In afwijking van het vierde lid kan aan de militair in bijzondere gevallen tijdelijk een hogere rang worden toegekend dan die welke hij bekleedt, indien het gewenste optreden van de betrokken militair daartoe noodzaakt en het optreden een wezenlijk onderdeel vormt van zijn functie." Met deze bepaling is, gelet op de context, bedoeld dat tijdelijke bevordering mogelijk is, indien bijzondere omstandigheden eisen dat een hogere rang wordt toegekend dan de rang die organisatorisch aan de functie is verbonden. Dit is ook het standpunt van de Centrale Raad van Beroep. Zie hieromtrent CRvB 19 november 1998, MRT 1999, p. 172: "De Raad verstaat dat artikelonderdeel (artikel 27 lid 5 Amar) aldus dat het - met instandlating van de in lid 4 neergelegde kernbepaling dat bevordering is gerelateerd aan het vervullen van een functie waaraan een hogere rang is verbonden - in bepaalde omstandigheden een mogelijkheid biedt om, bij handhaving van de aan de betreffende functie normaliter verbonden rang, tijdelijk aan een militair een hogere rang toe te kennen." Een tijdelijke rang gaat *wel* verloren indien de militair van de functie, die tot toekenning heeft geleid, wordt ontheven. "Wanneer de reden tot het toekennen van de hogere rang vervalt, keert (de militair) van rechtswege terug tot de rang of klasse die hij daarvoor bekleedde", aldus artikel 27 lid 5 (slotzin) Amar.³⁾

Kan tijdelijke bevordering een oplossing bieden?

De staatssecretaris achtte in de hierboven aangehaalde zaak effectieve bevordering ongewenst, omdat dit een verstoring zou hebben op de aan het (reguliere) functiebestand gekoppelde opbouw van rangen. Is een militair eenmaal effectief bevorderd, dan behoudt hij immers de hem toegekende hogere rang, ook als hem later een functie wordt toegewezen waaraan een lagere rang is verbonden. *Tijdelijke* bevordering heeft dit (door de staatssecretaris gevreesde) effect niet. Een tijdelijk toegekende rang gaat *wel* verloren, zodra de militair van de functie die tot toekenning heeft geleid wordt ontheven. Tijdelijke bevordering tot een rang, die organisatorisch aan een functie is verbonden, is echter niet mogelijk, ook niet indien de functie die wordt toegewezen (slechts) een tijdelijke functie is. "(Artikel 27 lid 5 Amar) biedt geen grondslag om een militair slechts tijdelijk te bevorderen tot een bij een door hem te vervullen functie behorende rang", aldus (ook) de Centrale Raad van Beroep.⁴⁾

Het vorenstaande betekent dat de vraag of tijdelijke bevordering in geval van toekenning van een tijdelijke functie een oplossing kan bieden, slechts ontkennend kan worden beantwoord.

³⁾ Gelet op het feit dat dit terugkeren van rechtswege geschiedt, is met het vervallen van de reden tot het toekennen van de hogere rang kennelijk bedoeld: het verlies van de functie die tot het toekennen van de hogere rang heeft geleid. Anders ligt het (precieze) tijdstip van terugkeer tot de oorspronkelijke rang niet vast.

⁴⁾ CRvB 19 november 1998, MRT 1999, p. 172, m.nt. G.L.C.

Kan belasten met waarneming een oplossing bieden?

Militairen kunnen ook worden belast met de *waarneming* van een functie. Dit is bepaald in artikel 25 lid 1 Amar: "In afwijking van artikel 19, eerste lid, kan de militair voor een periode van maximaal 12 maanden worden belast met de volledige waarneming van een functie." Een militair, die is belast met de waarneming van een functie waaraan een hogere rang is verbonden dan hij bekleedt, behoeft *niet* te worden bevorderd.⁵⁾ Hij ontvangt wel een aanvullende toelage.⁶⁾

Belasten met de waarneming van een functie is slechts mogelijk indien sprake is van onvoorziene of uitzonderlijke omstandigheden. "Met nadruk zij erop gewezen dat hier een voorziening is gecreëerd voor uitzonderlijke omstandigheden", aldus de nota van toelichting (Stb. 1989,386). "Gedacht moet bijvoorbeeld worden aan situaties waarin een functie wegens ziekte voor een bepaalde periode niet vervuld zal worden en waarbij continuering van de functievervulling noodzakelijk wordt geacht. Ook kan het (geval) zich voordoen dat voor een functie tijdelijk geen geschikte kandidaat beschikbaar is."

Indien niet van onvoorziene of uitzonderlijke omstandigheden kan worden gesproken, dient de functie in voorkomende gevallen aan de militair te worden *toegewezen*. Dit is ook het standpunt van de rechter. Zie hieromtrent ArrRb Den Haag 11 januari 1995, MRT 1995, p. 280: "Zowel uit de verwijzing naar artikel 19, eerste lid (...), in het eerste lid van artikel 25 Amar, als uit de toelichting op deze bepaling blijkt dat waarneming van een functie geldt als uitzondering op de hoofdregel: functietoewijzing. Deze uitzondering, voor een maximale periode van twaalf maanden, is blijkens de toelichting bedoeld voor uitzonderlijke situaties."

Het vorenstaande betekent dat ook de vraag of het belasten met waarneming, indien het om een tijdelijke functie gaat, een oplossing kan bieden, ontkennend dient te worden beantwoord.

Het standpunt van de rechtbank Den Haag

Een kapitein werd uitgezonden in het kader van de vredesoperatie UNTAES (United Nations Transitional Administration for Eastern Slavonia). Gelet op de inhoud van de hem toegewezen functie werd hij tijdelijk bevorderd tot de rang van majoor. Toen hij, veel later, verzocht hem met terugwerkende kracht *effectief* tot majoor te bevorderen, werd dit verzoek afgewezen. Tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) afwijzing kwam de officier in beroep. De staatssecretaris stelde zich op het standpunt dat artikel 27 lid 4 Amar niet van toepassing was "aangezien het hier geen functie betreft die is omschreven binnen reguliere formatie van de Koninklijke Landmacht". Naar het oordeel van de officier kon *wel* van een reguliere functie worden gesproken, hetgeen inhield dat hij, gelet op artikel 27 lid 4 Amar, niet slechts tijdelijk, maar effectief tot de rang van majoor diende te worden bevorderd. De rechtbank koos de zijde van de staatssecretaris en verklaarde het beroep ongegrond. "Uitzending naar een functie bij een internationale staf of onderdeel van een inter-

⁵⁾ Hij kan zelfs niet worden bevorderd. Artikel 27 lid 4 Amar houdt niet alleen in dat een militair, aan wie een functie is toegewezen waaraan een hogere rang is verbonden dan hij bekleedt, moet worden bevorderd, maar ook dat, indien aan een militair *niet* een zodanige functie is toegewezen, bevordering achterwege dient te blijven (tenzij elders in het Algemeen militair ambtenarenreglement anders is bepaald). Zie hieromtrent CRvB 11 maart 1994, MRT 1996, p. 364, m.nt. G.L.C.

⁶⁾ Zie artikel 11 lid 1 IBM: "De militair, die is belast met de volledige waarneming van een functie, bedoeld in artikel 25, eerste lid, van het Algemeen militair ambtenarenreglement, heeft, indien aan die functie een hogere rang is verbonden, voor de duur van de waarneming aanspraak op een waarnemingsstoeelage."

nationale vredesmacht, waarbij de betrokkene geen deel blijft uitmaken van een onderdeel van de Nederlandse defensieorganisatie, kan niet worden beschouwd als een reguliere functietoewijzing waarop artikel 27 lid 4 Amar van toepassing is", aldus de rechtbank. "Indien aan een dergelijke functie door de leiding van die internationale organisatie bij de oprichting daarvan een bepaalde rang is verbonden, indicatief of zelfs verplichtend, schept uitzending naar en toewijzing van die functie naar de Nederlandse defensieorganisatie toe geen aanspraak op effectieve bevordering tot die rang." ⁷⁾

Voor "aan een functie verbonden (hogere) rang" in artikel 27 lid 4 Amar leest de rechtbank dus: aan een functie *door het bevoegde gezag* verbonden (hogere) rang. Dit standpunt is verdedigbaar. Echter, op welke grond (met toepassing van welke bepaling) werd de kapitein in de onderhavige zaak dan (tijdelijk) tot majoor bevorderd? Aan dit punt gaat de rechtbank in de uitspraak voorbij. Ook biedt het standpunt van de rechtbank geen oplossing voor het geval dat wel door het bevoegde gezag aan een tijdelijke functie een (hogere) rang is verbonden.

Conclusie

De Staatssecretaris van Defensie acht effectieve bevordering op basis van een tijdelijke bemanningslijst, geënt op een (in de regel kortdurende) vredesoperatie, ongewenst omdat dit een verstoring effect heeft op de (aan het reguliere functiebestand gekoppelde) opbouw van rangen. Dit standpunt is alleszins redelijk. Voor het standpunt bestaat ook begrip bij de Centrale Raad van Beroep. Zie hieromtrent CRvB 19 november 1998, MRT 1999, p. 172. Om in gevallen als bedoeld verstoringseffecten te kunnen voorkomen, is aanpassing van het Algemeen militair ambtenarenreglement noodzakelijk. Twee mogelijkheden staan open: òf de bepaling dat een militair, aan wie een functie wordt toegewezen waaraan een lagere rang is verbonden dan hij bekleedt, zijn (hogere) rang behoudt, wordt geschrapt; òf in het reglement wordt een nieuwe bepaling opgenomen die tijdelijke bevordering mogelijk maakt indien de functie die wordt toegewezen organisatorisch een tijdelijke functie is. De eerste mogelijkheid biedt wel een oplossing, maar is niet reëel. In feite blijft dus slechts één oplossing over: de tweede.

⁷⁾ ArrRb Den Haag 17 mei 2001, TAR 2001, nr. 101.

Overzicht jurisprudentie Wetboek van Militair Strafrecht

door

Prof. mr. G.L. Coolen

Inleiding

Deze bijdrage bevat een overzicht van de jurisprudentie van de strafrechter, voorzover betrekking hebbend op het Wetboek van Militair Strafrecht. Van vrijwel alle (nog) belangrijke uitspraken is in het kort de kern weergegeven. Dit is zoveel mogelijk geschied in de vorm van een letterlijk, tussen aanhalingstekens geplaatst, citaat. Enkele keren is de kern van de uitspraak in eigen woorden weergegeven, zonder gebruik te maken van aanhalingsstekens. Ook zijn hier en daar aan een letterlijk citaat, ter verduidelijking, enkele woorden toegevoegd. Deze woorden zijn steeds tussen haakjes geplaatst.

Deze bijdrage volgt, wat indeling betreft, het Wetboek van Militair Strafrecht (WvMS).

Eerste boek, Algemene bepalingen, Inleiding

Artikel 2:

- "Voorzover het middel betoogt dat, indien een strafbaar feit valt zowel onder enige bepaling van het Wetboek van Militair Strafrecht als onder enige bepaling van het gemeene strafrecht, de bepaling van het Wetboek van Militair Strafrecht in beginsel steeds als de bijzondere bepaling dient te worden toegepast, miskent het dat het gemeene strafrecht in zijn volle omvang voor de militair van kracht is, behoudens afwijkingen bij het Wetboek van Militair Strafrecht bepaald." (HR 23 december 1980, MRT 1981, p. 300, m.nt. W.H.V.)

- Zie ook HMG 28 juni 1966, MRT 1966, p. 412, m.nt. W.H.V., vermeld bij artikel 163 WvMS.

Eerste boek, Algemene bepalingen, titel IX, Betekenis van sommige in het wetboek voorkomende uitdrukkingen. Uitbreiding der toepasselijkheid van sommige bepalingen

Artikel 60:

- "Dat (aalmoezenier) B. niet geacht kan worden te behoren tot hen, die naar luid van artikel 60 (aanhef en onder 1^o) van genoemd Wetboek als militairen worden beschouwd uit hoofde van een vrijwillig dienstverband bij de krijgsmacht dat tot doorlopende werkelijke dienst verplicht, noch tot de in dat artikel (aanhef en onder 2^o) bedoelde andere vrijwilligers bij de krijgsmachten dienstplichtigen; dat immers B.'s dienstverband als majoor-aalmoezenier hem niet verplicht tot het verrichten van militaire diensten, zodat dit dienstverband niet is een zodanig als waarop in voornoemd artikel 60 wordt gedoeld, en evenmin te zijnen aanzien sprake is van een hoedanigheid van vrijwilliger bij de krijgsmacht, welke slechts toekomt aan degenen, die vrijwillig militaire dienst doen onder militair bevel, aan welke maatstaf de werkzaamheden van een geestelijke verzorger niet beantwoorden, zijnde tenslotte uitgesloten de mogelijkheid dat B., die als bedienaar van den godsdienst krachtens de Dienstplichtwet vrijstelling van den dienstplicht geniet, als dienstplichtige tot de in artikel 60 WvMS bedoelde militairen zou behoren." (HR 27 okto-

ber 1953, MRT 1953, p. 680, m.nt. W.H.V.)

Artikel 60 onder 2°:

- De woorden "alsmede wanneer zij buiten werkelijke dienst (...) een der feiten plegen omschreven in de artikelen 109 en 110 van dit Wetboek" in artikel 60 onder 2° WvMS houden niet in dat een dienstplichtige, die een van beide feiten pleegt "daarmede grootverlofganger af en weer militair wordt, zodat hij daardoor alleen weer aan de militaire rechtsmacht is onderworpen, maar enkel dat, wat het plegen van deze feiten betreft, niet de gewone rechter van een dienstplichtige-grootverlofganger (de burgerlijke rechter), maar de militaire rechter hem zal hebben te berechten". (HMG 19 mei 1931, MRT 1932133, p. 77.)

Artikel 61:

- In een in 1960 aan het Ambtenarengerecht Den Haag voorgelegde zaak diende klager feitelijk als militair bij de marine. Een verbintenisbiljet was echter nimmer ondertekend, noch was een akte van aanstelling opgemaakt. Het Gerecht overwoog dat niettemin de omstandigheden de conclusie wettigden dat klager op 8 mei 1940 in dienstverhouding tot het Rijk was komen te staan. "Dat toch met ingang van die datum aan alle materiële vereisten was voldaan om te komen tot het door beide partijen beoogde dienstverband en met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid kan worden aangenomen, dat binnen korte tijd ook aan de formele vereisten, te weten het tekenen van het verbintenisbiljet en het opmaken en uitreiken van de akte van aanstelling, zou zijn voldaan, indien dit niet als gevolg van het uitbreken van de oorlog achterwege was gebleven." (Ambtenarengerecht Den Haag 25 april 1960, MRT 1961, p. 36.)

- In gelijke zin CRvB 5 juni 1984, MRT 1984, p. 383, m.nt. G.L.C.

Artikel 62 onder 1°:

- "De opvatting van het middel, dat het enkele op de plaats van bestemming arriveren van een voor de werkelijke dienst opgeroepen dienstplichtige militair niet meebrengt dat de betrokkene geacht kan worden in werkelijke dienst te zijn, vindt geen steun in het recht, in het bijzonder niet in artikel 62 WvMS." (HR 19 maart 1996, MRT 1996, p. 277, m.nt. M.M.D.)

Artikel 62 onder 4°:

- "Overwegende dat (...) een dienstplichtige, die met groot verlof is, steeds geacht wordt in werkelijke dienst te zijn zolang hij uniformkleding draagt, onverschillig of hij daarbij al of niet handelt in strijd met administratieve voorschriften." (HMG 7 november 1950, MRT 1951, p. 172.)

Tweede boek, Misdrijven, titel II, Schending van krijgsplichten, zonder oogmerk om de vijand hulp te verlenen of de Staat tegenover de vijand te benadelen

Artikel 89:

- Zie voor de betekenis van de woorden "rechtstreeks en onmiddellijk": HR 22 december 1992, MRT 1993, p. 86 (vermeld bij artikel 107 WvMS).

Tweede boek, Misdrijven, titel III, Misdrijven waardoor de militair zich aan de vervulling van dienstverplichtingen onttrekt

Artikel 96:

- Zie voor de betekenis van de woorden "rechtstreeks en onmiddellijk" in het bepaalde onder 1^o: HR 22 december 1992, MRT 1993, p. 86 (vermeld bij artikel 107 WvMS).
- Zie ook de jurisprudentie, vermeld bij artikel 98 WvMS.

Artikel 98:

- "Dat ter terechtzitting in hoger beroep is komen vast te staan dat beklagde weliswaar van 28 december 1981 tot 13 januari 1982 afwezig is geweest van zijn onderdeel, doch dat hem te voren verlof was verleend van 6 januari 1982 tot en met 11 januari 1982, derhalve gedurende een deel van eerstgenoemde periode; dat niet is gebleken dat aan beklagde enigerlei mededeling is gedaan dat het hem verleende verlof was ingetrokken; dat in geen enkel voorschrift of order is vastgelegd dat een aan een militair verleend verlof van rechtswege komt te vervallen, zodra die militair ongeoorloofd afwezig is en dat verlof valt in of aansluit op die periode van afwezigheid; dat (...) mitsdien moet worden geconcludeerd dat beklagde niet ongeoorloofd afwezig is geweest van 6 tot en met 11 januari 1982 (...)." (HMG 29 augustus 1984, MRT 1984, p. 371, m.nt. W.H.V.)

- "Beklaagde heeft het buitengewoon verlof gebruikt voor een andere bestemming, te weten vakantieverlof, dan waarvoor het verlof is gegeven. Beklaagde had dus geen toestemming om voor het genieten van vakantie afwezig te zijn van zijn onderdeel en was mitsdien ongeoorloofd afwezig." (HMG 12 oktober 1988, MRT 1990, p. 179). Beroep in cassatie verworpen (HR 13 maart 1990, MRT 1990, p. 182, m.nt. W.H.V.)

- "Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat een opzettelijke ongeoorloofde afwezigheid eerst een einde neemt op het moment dat de betrokkene zich op zijn onderdeel terugmeldt dan wel ter beschikking komt van de Koninklijke Marechaussee, ook indien hij eerder op weg is gegaan voor terugkeer bij zijn onderdeel, doch deze terugkeer - door omstandigheden die binnen de risicosfeer van de betrokkene liggen - niet eerder is geëffectueerd, zoals in het onderhavige geval." (Hof Arnhem 31 juli 1991, MRT 1992, p. 39, m.nt. C.)

- "Het hof is met de eerste rechter van oordeel dat ADV- dan wel compensatieverlof in het kader van de bepalingen inzake werk- en rusttijden moet worden gezien als bewegingsvrijheid, bestemd voor het inhalen van niet genoten rusttijd. Die bewegingsvrijheid doet de opzettelijke ongeoorloofde afwezigheid niet eindigen of onderbreken." (Hof Arnhem 18 mei 1994, MRT 1995, p. 261, m.nt. M.M.D.)

- Zie ook de jurisprudentie, vermeld bij artikel 7 Wet militair tuchtrecht, in: G.L. Coolen, Overzicht jurisprudentie Wet militair tuchtrecht, MRT 1997, p. 241 e.v.

Artikel 100 lid 1 onder 1^o:

- Een beroepsmilitair keert op 26 april 1971, na herstel van een ziekte, opzettelijk niet naar zijn eenheid terug. Hij blijft opzettelijk ongeoorloofd afwezig, totdat hij op 23 mei 1971 wordt aangehouden. Hij verklaart dat hij zich tijdens zijn afwezigheid naar Italië heeft begeven en aldaar het besluit heeft genomen zich voorgoed aan zijn dienstverplichtingen te onttrekken. Volgt: veroordeling wegens desertie gepleegd in tijd van vrede. (Krijgsraad Den Bosch 8 september 1971, MRT 1972, p. 147, m.nt. W.H.V.)

Artikel 100 lid 1 onder 2^o:

- Een dienstplichtig soldaat keert op 7 januari 1974 opzettelijk niet naar zijn eenheid

terug. Hij blijft ongeoorloofd afwezig tot 4 maart 1974. Volgt: veroordeling wegens desertie gepleegd in tijd van vrede. (HMG 4 december 1974, MRT 1975, p. 147, m.nt. W.H.V.)

Artikel 100 lid 1 onder 3°:

- Een dienstplichtig soldaat, ingedeeld bij de Nederlands Nieuw-Guinea Compagnie van het regiment Van Heutz en gelegerd te Oirschot, keert op 2 april 1962, na ommekomst van een hem verleend verlof, opzettelijk niet naar zijn eenheid terug. Hem was, voordat hij met verlof vertrok, uitdrukkelijk opgedragen om op 2 april in de legerplaats Oirschot terug te zijn, teneinde op 3 april per vliegtuig naar Nederlands Nieuw-Guinea te kunnen vertrekken. Hij blijft ongeoorloofd afwezig, totdat hij op 5 april 1962 door de Koninklijke Marechaussee wordt aangehouden. Volgt: veroordeling wegens desertie gepleegd in tijd van oorlog. (KrtV Zuid 21 juni 1962, MRT 1962, p. 544.)

Artikel 106:

- Een dienstplichtig soldaat, ingedeeld bij het Nederlandse VN Verbindingsbataljon en dienend in het voormalig Joegoslavië, valt tijdens een hem opgedragen nachtdienst in het VN-verbindingscentrum Belgrado, enkele malen opzettelijk in slaap. Ten gevolge hiervan kunnen inkomende berichten niet op tijd konden worden verwerkt. Volgt: veroordeling wegens het zich opzettelijk onttrekken aan de vervulling van een bepaalde soort van dienstverplichtingen, waardoor schade is te duchten voor de gereedheid tot het daadwerkelijk uitvoeren van een operatie van enig onderdeel van de krijgsmacht. (ArrRb Arnhem 13 april 1993, MRT 1993, p. 222.)

Artikel 107:

- "Blijkens de memorie van antwoord (...) is met de in artikel 107 WvMS voorkomende woorden 'rechtstreeks en onmiddellijk' tot uitdrukking gebracht dat voormeld artikel ziet op schade, die direct en onmiddellijk, en niet eerst op een langere termijn, voelbaar wordt." (HR 22 december 1992, MRT 1993, p. 86.)

- Het hof acht bewezen, dat verdachte het tenlastegelegde feit heeft begaan, "met dien verstande dat verdachte als militair op 24 februari 1991, te Den Helder, belast met wachtdienst op het verbindingsbureau, opzettelijk zich heeft onttrokken aan een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid, door toen en daar opzettelijk zich zo ver van het verbindingsbureau te verwijderen dat zijn aanwezigheid ter plaatse binnen een half uur na oproeping onmogelijk is gemaakt, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade te duchten is geweest voor de gereedheid tot het daadwerkelijk uitvoeren van een operatie of oefening van enig onderdeel van de krijgsmacht, hierin bestaande dat verwerking van dringend berichtenverkeer niet heeft kunnen geschieden." (Hof Arnhem 4 november 1992, MRT 1994, p. 153, m.nt. A.E.M.-V.)

Artikel 109:

- "Uit het verhandelde er terechtzitting is niet aannemelijk geworden dat de druk waaronder verdachte stond van zodanige aard was dat het een beroep op psychische overmacht zou kunnen rechtvaardigen. Naar het oordeel van de rechtbank had verdachte direct na oproeping een beroep kunnen doen op de Wet gewetensbezwaren militaire dienst en had hij niet stil moeten blijven zitten totdat hij op herhalingsoefeningen moest. Verdachte had een andere weg kunnen bewandelen vóór hij het feit gepleegd had. Er was dus geen overmacht." (ArrRB Arnhem 11 februari 1992, MRT 1992, p. 305, m.nt. A.E.M.-V.)

Artikel 114:

- "Uit de verklaring (...) en uit het rapport valt niet af te leiden dat beschuldigde gedurende de tenlastegelegde 2½ uur de militaire plaats (in casu de kazerne) heeft verlaten, maar wel dat hij is weggegaan van de werkplek (waar hij werkzaamheden diende te verrichten), zodat er van een ongeoorloofde afwezigheid geen sprake is, maar wel van onttrekken aan dienstverplichtingen." (ArrRb Arnhem 13 juni 1995, MRT 1996, m.nt. G.L.C.)

- "De nieuwe regeling 'Invoering sociaal medische begeleiding bij ziekteverzuim militair personeel KL' van 28 maart 1995, nr. KL 14.199/T, is vastgesteld door de Directeur Personeel KL. De rechtbank constateert dat deze regeling niet door of namens de minister voornoemd is vastgesteld, zodat in de thans aan de orde zijnde zaak niet gesproken kan worden van ongeoorloofde afwezigheid in de zin van artikel 114 lid 3 WvMS (...). Het betreffende delictsbestanddeel kan derhalve niet bewezen worden geacht." (ArrRb Arnhem 26 juli 1996, MRT 1997, p. 118, m.nt. A.M.v.G.)

Tweede boek, Misdrijven, titel IV, Misdrijven waardoor de militair het functioneren van de krijgsmacht belemmert

Artikel 115:

- "Naar het oordeel van het hof is voor handelen in strijd met het bepaalde in artikel 115 WvMS niet vereist - anders dan namens verdachte is betoogd - dat het opzet van de dader is gericht op het belemmeren van het functioneren van de krijgsmacht, waaronder mede onderdelen van de krijgsmacht moeten worden begrepen. Van strafbaar handelen in de zin van deze bepaling is sprake wanneer het opzet is gericht op het niet nakomen van dienstverplichtingen op een wijze en in een mate dat van stelselmatige gedragingen kan worden gesproken en diensgevolge het functioneren van de krijgsmacht wordt belemmerd. De bedoeling om dienstverplichtingen stelselmatig niet na te komen kan onder meer worden afgeleid uit de continuïteit in de desbetreffende gedragingen." (Hof Arnhem 21 oktober 1992, MRT 1993, p. 91, m.nt. A.E.M.-V.)

- "Blijkens de verklaring van verdachte ter zitting vloeiden de hem verweten gedragingen, waardoor hij zijn dienstverplichtingen niet nakwam, alle voort uit een bij hem levende negatieve grondhouding ten opzichte van de militaire dienst. Gelet verder op de frequentie van die gedragingen in een betrekkelijk kort tijdsbestek (waardoor een zekere continuïteit daarvan ontstond) en de samenhang van die gedragingen, is naar het oordeel van de rechtbank komen vast te staan dat verdachte zijn dienstverplichtingen stelselmatig niet nakwam als bedoeld in artikel 115 WvMS." (ArrRb Arnhem 24 november 1992, MRT 1994, p. 156, m.nt. A.E.M.-V.)

- "5.1. Voorzover het middel erover klaagt dat het hof ten onrechte artikel 115 WvMS niet onverbindend heeft verklaard wegens strijd met artikel 16 Grondwet, miskent het dat het de rechter niet vrijstaat een in een formele wet neergelegde bepaling te toetsen aan de Grondwet.

5.2.1. Voorzover het middel de klacht bevat dat toepassing van artikel 115 ten deze in strijd is met artikel 7, eerste lid eerste volzin, EVRM faalt het eveneens.

5.2.2. In artikel 115 WvMS wordt strafbaar gesteld 'de militair die door het stelselmatig niet nakomen van dienstverplichtingen het functioneren van de krijgsmacht belemmert'. De aard en inhoud van de aan deze strafbaarstelling ten grondslag liggende norm maakt enerzijds een zekere vaagheid in de delictomschrijving onvermijdelijk, terwijl anderzijds die tot de militair gerichte norm voldoende concreet is om deze in staat te stellen zijn

gedrag daarop af te stemmen.

5.3. Het middel is derhalve vruchteloos gesteld." (HR 8 maart 1994, MRT 1995, p. 255, m.nt. M.M.D.)

Artikel 116:

- "Uit het onderzoek ter terechtzitting is komen vast te staan dat door het niet op de afgesproken tijd en plaats aanwezig zijn van verdachte en zijn mededader(s) de aanvang van de oefening gestoord verliep en opnieuw een oefening georganiseerd diende te worden, waardoor het functioneren van de krijgsmacht werd belemmerd. Anders dan de raadsman is de rechtbank voorts van oordeel dat in de onderhavige zaak gesproken kan worden dat het tenlastegelegde feit in gezamenlijk verband met andere militairen is gepleegd, nu uit het onderzoek ter terechtzitting is komen vast te staan dat verdachte en zijn mededader(s) - (...) nadat een ieder wellicht individueel had besloten om zich te onttrekken aan de oefening - gezamenlijk hebben besloten om weg te gaan, c.q. weg te blijven." (ArrRb Arnhem 17 juni 1992, MRT 1993, p. 18, m.nt. W.H.V.)

Tweede boek, Misdrijven, titel V, Schending van het dienstbevel

Artikel 125:

- Naar aanleiding van de overweging van het Hoog Militair Gerechtshof dat bij het geven van een dienstbevel de bewoordingen waarin het bevel wordt gegeven niet van wezenlijk belang zijn, mits aan de mindere, tot wie het bevel is gericht, duidelijk is dat hem een bevel wordt gegeven en wat van hem wordt verlangd, overweegt de Hoge Raad: "Aldus heeft het hof aan de in artikel 114 (lees thans: 125) WvMS voorkomende begrip 'dienstbevel' een juiste betekenis toegekend." (HR 17 juni 1986, MRT 1987, p. 93, m.nt. W.H.V.)

- "Het bevel van opperwachtmeester Jongh aan beklaagde om de verdere avond en nacht in de kazerne te blijven, was - blijkens de uitvoerige toelichting - onmiskenbaar gericht op de handhaving van de krijgstucht. Op grond van beklaagdes overvloedig gebruik van alcoholhoudende drank en het onkrijgstuchtelijk gedrag waaraan de groep, waartoe beklaagde behoorde, zich even te voren had schuldig gemaakt, kon genoemde meerdere redelijkerwijs van oordeel zijn dat het alleen maar terugbrengen van de groep militairen, waaronder beklaagde, naar de kazerne op zich geen voldoende waarborg zou zijn om verder onkrijgstuchtelijk gedrag te voorkomen. Onder deze omstandigheden was het bevel van opperwachtmeester Jongh een dienstbevel dat beklaagde verplicht was op te volgen." (HMG 12 april 1989, MRT 1989, p. 237, m.nt. C.)

- "De rechtbank is van oordeel dat de mededeling van het hoofd interne dienst op de dienstlijst, inhoudende: 'koelkast en drankkoelkast ontdooien en reinigen', een dienstopdracht inhield, waaraan beschuldigde uitvoering had moeten geven. Dat beschuldigde bij aanvang van zijn dienst niet op die dienstlijst heeft gekeken, is hem verwijtbaar." (ArrRb Arnhem 8 november 1994, MRT 1995, p. 85, m.nt. G.L.C.)

Artikel 127:

- Een kanonnier volgt het hem tijdens een schietoefening gegeven dienstbevel om naar zijn stuk M 109 terug te keren opzettelijk niet op. Dit betekent dat dit stuk, omdat de vereiste bezetting ontbreekt, enige tijd niet daadwerkelijk aan de oefening kan deelnemen. De militaire kamer acht bewezen dat als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg van de niet-opvolging van het bevel schade te duchten is geweest voor de gereedheid tot het daad-

werkelijk uitvoeren van een oefening van enig onderdeel van de krijgsmacht. (ArrRb Arnhem 23 oktober 1991, MRT 1992, p. 208; bevestigd bij arrest Hof Arnhem 25 maart 1992.)

- Een onderofficier weigert, terwijl hij dienst doet in het voormalig Joegoslavië, tot tweemaal toe gevolg te geven aan het dienstbevel om terug te keren naar de Maarschalk Tito-kazerne te Sarajevo teneinde aldaar een verbindingscentrum in te richten. Hij wordt voor deze weigering in hoger beroep veroordeeld tot een militaire detentie voor de duur van vier maanden. Hij stelt beroep in cassatie in. Met betrekking tot de vraag of als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg van de weigering schade is ontstaan voor de gereedheid tot het daadwerkelijk uitvoeren van een operatie overweegt de Hoge Raad: "Dat als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg van de bewezenverklaarde weigering de in de bewezenverklaring vermelde schade is ontstaan voor de gereedheid tot het daadwerkelijk uitvoeren van een operatie van enig onderdeel van de krijgsmacht, heeft het hof - anders dan in de toelichting op het (tweede) middel onder g wordt betoogd - uit de gebezigde bewijsmiddelen kunnen afleiden (...)." (HR 11 januari 1994, MRT 1994, p. 182, m.nt. De R.)

Artikel 131:

- Op 11 augustus 1947 weigert een sergeant van de mariniers tijdens de eerste politio-nale actie in Indonesië het bevel van zijn commandant om een strook van de kampong Soetodjaja plat te branden, op te volgen. Hij weigert, omdat het platbranden zijns inziens als een - naar de regels van het oorlogsrecht niet geoorloofde - represaillemaatregel moet worden beschouwd. Het Hoog Militair Gerechtshof van Nederlands-Indië beschouwt het platbranden, gelet op alle aanwezige omstandigheden, echter wel als een geoorloofde (dus rechtmatige) daad en acht opzettelijke ongehoorzaamheid gepleegd in tijd van oorlog, bewezen. (HMG NI 24 maart 1948, MRT 1948, p. 335, m.nt. W.H.V.)

- Een onderofficier weigert, terwijl hij dienst doet in het voormalig Joegoslavië, tot tweemaal toe gevolg te geven aan het dienstbevel om terug te keren naar de Maarschalk Tito-kazerne te Sarajevo en aldaar opnieuw een verbindingscentrum te ontplooiën. Hij wordt voor deze weigering in hoger beroep veroordeeld tot een militaire detentie voor de duur van vier maanden. Met betrekking tot het betoog van de raadsman dat de onderofficier van rechtsvervolgning dient te worden ontslagen omdat hij uit psychische overmacht heeft gehandeld, dan wel in noodtoestand, overweegt het hof: "Het hof verwerpt het verweer in beide onderdelen, nu naar het oordeel van het hof uit het onderzoek ter terechtzitting geen feiten of omstandigheden aannemelijk zijn geworden die de conclusie rechtvaardigen dat de ondergane beschieting op 20 augustus 1992 en de door verdachte gevoelde verantwoordelijkheid voor het welzijn van zijn ondergeschikten vanuit zijn functie als commandant van de verbindingseenheid zodanig grote (psychische) druk op hem hebben gelegd, dat hij daaraan geen weerstand heeft kunnen en behoeven te bieden." (Hof Arnhem 2 juli 1993, MRT 1994, p. 189, m.nt. de R.)

Artikel 133:

- Zie de jurisprudentie, vermeld bij artikel 7 Wet militair tuchtrecht, in: G.L. Coolen, Overzicht jurisprudentie Wet militair tuchtrecht, MRT 1997, p. 241 e.v.

Artikel 134:

- "Beklaagde heeft voorts ter terechtzitting in hoger beroep verklaard dat het hem duidelijk was dat de beide in uniform geklede en met pistool bewapende militairen van de Koninklijke Marechaussee met een controle bezig waren. Onder deze omstandigheden

heeft beklaagde als ervaren onderofficier, door te weigeren aan de opdracht gevolg te geven, zich in ieder geval willens en wetens blootgesteld aan de niet te verwaarlozen kans dat het hier een militaire patrouille betrof en de opdrachtgever mitsdien zijn meerdere was." (HMG 1 maart 1989, MRT 1990, p. 263)

Tweede boek, Misdrijven, titel VI, Schending van het dienstvoorschrift

Artikel 135:

- "(De Handleiding militair tuchtrecht) is, zoals op het voorblad reeds wordt gesteld, geen dienstvoorschrift als bedoeld in artikel 135 WvMS, doch bedoeld als een hulpmiddel voor commandanten." (ArrRb Arnhem 17 mei 1991, MRT 1991, p. 258.)

- "De rechtbank is van oordeel dat de bepaling uit de Vaste Order, waarop de commandant kennelijk zijn beslissing heeft gebaseerd, geen duidelijk ge- of verbod inhoudt, maar veeleer een instructienorm gericht aan het kader." (ArrRb Arnhem 22 mei 1992, MRT 1992, p. 286, m.nt. C.)

- "Om te kunnen vaststellen of de in de tenlastelegging genoemde voorschriften VS 9-845 en IK 2-25 ten aanzien van de verdachte moeten worden aangemerkt als dienstvoorschriften, dient toetsing plaats te vinden aan het bepaalde in artikel 135 WvMS, het daarop gebaseerde artikel 9 van het Besluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht en het op dit laatste artikel gebaseerde artikel 6 van de Uitvoeringsregeling militair straffen en tuchtrecht. Beide voorschriften (VS 9-845 en IK 2-25) zijn, blijkens de erin/erop geplaatste aanduiding, vastgesteld door de Directie Materieel Koninklijke Landmacht. Noch uit artikel 9 van het Besluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht, noch uit artikel 6 van de Uitvoeringsregeling militair straf- en tuchtrecht blijkt dat de bevoegdheid tot vaststelling van dienstvoorschriften toekomt aan de Directie Materieel Koninklijke Landmacht. (...). De verklaring ter terechtzitting afgelegd door de getuige-deskundige Van R. dat de voorschriften zijn vastgesteld onder verantwoordelijkheid van de bevelhebber, doet (...) niet af aan het vorenstaande. De voorschriften VS 9-845 en IK 2-25 zijn derhalve geen dienstvoorschriften, zodat vrijspraak moet volgen van hetgeen primair is ten laste gelegd." (ArrRb Arnhem 27 november 1996, MRT 2000, p. 67, m.nt. M.M.D.)

- "De rechtbank is van oordeel dat noch het Reglement verkeersregels en verkeerstekens noch de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersovertradingen een dienstvoorschrift is (in de zin van artikel 135 WvMS)." (ArrRb Arnhem 26 april 1999, MRT 2001, p. 62, m.nt. A.M.v.G.)

Artikel 136:

- De rechtbank acht bewezen "dat verdachte als militair (...) opzettelijk het (thans vervallen) dienstvoorschrift VS 2-1350, Handboek voor de soldaat (...), waarin was voorgescreven dat het zonder noodzaak richten op mensen verboden is, niet heeft opgevolgd, hierin bestaande dat hij een pistool Browning FN 9 mm geladen en gespannen heeft door een magazijn met scherpe patronen in het pistool te plaatsen en vervolgens de slede naar achteren te halen en vervolgens het wapen op het lichaam van P.J.C. te richten, terwijl daarvan levensgevaar voor een ander, te weten P.J.C., te duchten is geweest." Volgt: veroordeling wegens het misdrijf omschreven in artikel 136 onder 3° WvMS. (ArrRb Arnhem 31 mei 1994, MRT 1995, p. 74.)

Artikel 137:

- Een militair strooit op het shelterplatform en op de rolbaan van de vliegbasis

Leeuwarden bouten en moeren rond. Aldus handelt hij in strijd met het dienstvoorschrift Order van Blijvende Aard LW/BV-8. Dit levert het misdrijf op: "Als militair aan zijn schuld te wijten dat hij een dienstvoorschrift niet opvolgt, terwijl daardoor gemeen gevaar voor goederen (te weten de motoren van straaljagers) ontstaat." (Hof Arnhem 4 november 1992, MRT 1993, p. 114.)

- "Uit de enkele omstandigheid dat het (in strijd met het dienstvoorschrift Vaste Order 1 NL VN-Verbindingsbataljon) voorhanden hebben van een vuurwapen en munitie, zoals onder 1 genoemd, heeft plaatsgevonden, zonder dat deze op afdoende wijze beveiligd waren, in ruimten die als legeringskamer en als bar/huiskamer in gebruik waren, is de rechtbank van oordeel dat daardoor gemeen gevaar voor goederen en levensgevaar voor een ander is ontstaan." (ArrRb Arnhem 26 januari 1993, MRT 1993, p. 196, m.nt. C.)

Tweede boek, Misdrijven, titel VIII, Misdrijven tegen de persoon

Artikel 140:

- Het hof acht bewezen "dat verdachte als militair (...) opzettelijk sergeant R.M.J.G.J. (...), die toen militair was, feitelijk heeft bedreigd met geweld door toen en daar opzettelijk die meerdere bij de jas te pakken en te duwen onder het uiten van de woorden: Kom maar een mee naar de Alfa-leeszaal, dan zal ik jou wel eventjes in elkaar slaan." (Hof Arnhem 17 juni 1991, MRT 1992, p. 281.)

- De rechtbank acht bewezen "dat verdachte als militair (...) opzettelijk korporaal H.R.R., die toen militair was, feitelijk heeft bedreigd met geweld door toen en daar opzettelijk korporaal R. toe te voegen: 'Als ik kogels heb, schiet ik jullie allemaal neer en jou als eerste', daarbij wijzend met zijn, verdachtes, Fall-geweer in de richting van die R." (ArrRb Arnhem 22 oktober 1991, MRT 1992, p. 43.)

- "De rechtbank acht (...) niet bewezen dat verdachte de sergeant der 1^o klasse R.J.E. feitelijk heeft bedreigd of aangerand, nu ter terechtzitting nergens uit is gebleken waaruit deze feitelijkheid bestond. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 140 WvMS blijkt immers duidelijk dat 'feitelijk bedreigen' verder dient te gaan dan het uitsluitend uiten van mondelinge dreigementen tegen bedreigde." (ArrRb Arnhem 22 oktober 1991, MRT 1992, p. 43.)

- De rechtbank acht bewezen "dat verdachte als militair (...) opzettelijk (ziekenverpleegster) C.G.J., die toen militair was, feitelijk heeft aangerand door toen en daar opzettelijk die C.G.J. met beide handen vast te pakken. (ArrRb Arnhem 5 november 1991, MRT 1993, p. 93; bevestigd door hof; beroep in cassatie verworpen.)

- "Zoals in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5.2 is weergegeven duidt het begrip 'feitelijke aanranding' volgens de wetsgeschiedenis van artikel 140 WvMS op alle in geweld bestaande misdrijven tegen de persoon." (HR 9 mei 2000, MRT 2001, p. 6.)

Tweede boek, Misdrijven, titel IX, Ambtsmisdrijven

Artikel 148:

- De krijgsraad acht bewezen dat verdachte als sergeant "opzettelijk heeft nagelaten om - toen soldaat F.F.S., die zoals hem, beklaagde, bekend was enige tijd te voren gedeserteerd was, hem, beklaagde, in zijn woning te Heerlen kwam opzoeken - tegen genoemde deserteur de door het belang van de zaak gevorderde maatregelen van geweld naar vermogen aan te wenden, hebbende hij immers genoemde S. uit zijn huis laten vertrekken, zonder hem aan te houden of hem bij zijn onderdeel te doen terugkeren of enige andere

maatregelen tegen hem te nemen." Volgt: veroordeling wegens het misdrijf omschreven in artikel 143 (oud) WvMS. (KrtV Oost 17 juni 1954, MRT 1954, p. 681.)

Tweede boek, Misdrijven, titel X, Misdrijven tegen de openbare orde

Artikel 153:

- Enkele dienstplichtigen, de redactie vormend van een in de legerplaats Oirschot verschijnende blad, plaatsen in een aflevering een opruiend artikel en verspreiden de aflevering vervolgens binnen de kazerne. Het artikel is een ingezonden stuk, dat niet de naam van de schrijver vermeldt. Als de redactieleden wegens opruiing worden vervolgd, verweeren zij zich door te stellen, dat niet van opzet kan worden gesproken omdat onder het stuk stond vermeld: Dit stuk is ingezonden en dus niet voor verantwoording van de redactie. Het Hoog Militair Gerechtshof verwerpt dit verweer "reeds op grond hiervan, dat het bedoelde onderschrift in geen enkel opzicht blijkt geeft van afkeuring van de inhoud en strekking van het daarboven opgenomen stuk". Volgt: veroordeling wegens het "bij geschrift een militair opruien tot enig misdrijf in het Wetboek van Militair Strafrecht omschreven". (HMG 9 september 1970, MRT 1971, p. 87, m.nt. W.H.V.)

Tweede boek, Misdrijven, titel XI, Misdrijven met betrekking tot goederen

Artikel 155:

- "De raadsman voerde tevens als verweer aan dat er geen sprake was van diefstal. Doordat de verdachte belast was met de bewaking van het complex te Woerden, vielen de sleutels van de kluis en de zich daarin bevindende wapens, feitelijk onder het beheer van verdachte. De rechtbank verwerpt dit verweer. Uit hetgeen hierboven is overwogen volgt al dat verdachte niet bevoegd was de kluis te openen en derhalve niet geacht kan worden de inhoud van de kluis onder zich te hebben. Het enkele feit dat de kluis mede onder zijn bewaking was geplaatst is daartoe tevens onvoldoende." Volgt veroordeling wegens het misdrijf omschreven in artikel 155 WvMS. (ArrRb Arnhem 6 april 1993, MRT 1994 p. 110, m.nt. W.H.V.)

Tweede boek, Misdrijven, titel XII, Verkeersmisdrijven

Artikel 163:

- "Dat naar 's hofs oordeel de in het Wetboek van Militair Strafrecht opgenomen verkeersmisdrijven en verkeersovertredingen strafbepalingen zijn, alleen toepasselijk op militair verkeer (te land, te water of in de lucht) en/of op gedragingen van aan de militaire rechtsmacht onderworpen personen, voorzover voor dat verkeer of die gedragingen geen normen zijn gesteld in een toepasselijke Nederlandse strafwet of op een Nederlandse strafwet steunende uitvoeringsregeling, dan wel schending van die normen wordt bedreigd met een lager strafmaximum, dan waarmee de hogergenoemde verkeersmisdrijven en verkeersovertredingen zijn strafbaar gesteld." (HMG 28 juni 1966, MRT 1966, p. 412, m.nt. W.H.V.)

- In gelijke zin HR 23 december 1980, MRT 1981, p. 300, m.nt. W.H.V.

Artikel 166:

- Een dienstplichtig soldaat, vanwege een oefening in Duitsland verblijvend, begeeft zich in de late avond van 28 januari 1970 van de kazerne, waarin hij is gelegerd, naar een

in de buurt gelegen café. Hij neemt, zonder toestemming, de Landrover mee waarvan hij, tijdens de oefening, als vaste chauffeur optrad. Hij wordt voor dit feit veroordeeld. De kwalificatie van het bewezenverklaardeluidt: "Als aan de militaire rechtsmacht onderworpen persoon opzettelijk wederrechtelijk enig motorrijtuig gebruiken dat bij de krijgsmacht in gebruik is." (MobKr Duitsland KL 11 juni 1970, MRT 1971, p. 217.)

- Een dienstplichtig soldaat, als chauffeur in een Landrover op weg naar Harderwijk, wijkt af van de hem opgedragen route door in de buurt van Harderwijk in het terrein te gaan rijden. Hij wordt voor dit feit veroordeeld. De kwalificatie luidt: "Opzettelijk wederrechtelijk enig motorrijtuig gebruiken, dat bij de krijgsmacht in gebruik is." (ArrRb Arnhem 8 november 1991, MRT 1992, p. 105, m.nt. C.). In gelijke zin ArrRb Arnhem 26 april 1994, MRT 1995, p. 70, m.nt. C.

- "Het hof acht (...) bewezen dat het door verdachte gebruikte motorrijtuig, dat deel uitmaakte van het rijdend materieel, ingedeeld bij 555 Parkcompagnie, en stond geparkeerd op een (...) met een afrastering omgeven kazerneterrein, behoorde tot het materieel van de krijgsmacht en derhalve in gebruik is bij de krijgsmacht. Dat het onderhavige motorrijtuig al dan niet inmiddels zou zijn afgeschreven en mogelijk aan de beheerder der Domeinen zou worden overgedragen, doet daaraan naar het oordeel van het hof niet af, nu van een dergelijke overdracht niet is gebleken." (Hof Arnhem 26 februari 1992, MRT 1992, p. 278.)

- "(Vast is komen te staan) dat verdachte samen met zijn mededaders het reisdoel heeft bepaald, hij met het oog op het plegen van joyriding kasten heeft opengebroken om zwaailichten voor de tank te vinden, om stofbrillen voor gebruik in de tank te vinden en om batterijen voor de draagbare radio in de tank te vinden, dat hij het hek heeft opgeknipt, dat hij samen met een van zijn mededaders een geschikte tank heeft uitgezocht, dat hij vervolgens de tank uit de loods heeft gegidst en gedurende de reis - zittende op de plaats van de tankcommandant - op de uitkijk heeft gezeten. Uit het vorenstaande vloeit voort dat verdachte als niet-bestuurder van het voertuig dusdanige gedragingen heeft verricht dat van een zeer nauwe betrokkenheid bij het gebruiken van dit voertuig kan worden gesproken, zodat gezegd kan worden dat hij het in artikel 166 WvMS omschreven misdrijf heeft medegepleegd in de zin van artikel 47 WvS." (ArrRb Arnhem 2 juli 1991, MRT 1992, p. 41, m.nt. C.)

- "Ambtshalve merkt de rechtbank op dat onder 'gebruik van een motorrijtuig', binnen de militair context, ook moet worden verstaan het doen gebruiken van een voertuig door degene die beslissingsbevoegdheid heeft over de inzet van het voertuig en de bestuurder." (ArrRb Arnhem 26 april 1994, MRT 1995, p. 70, m.nt. C.)

- Zie ook de jurisprudentie, vermeld bij artikel 163 WvMS.

Artikel 169 WvMS:

- "Dat door beklagdes raadsman is aangevoerd dat onder de in artikel 167 (lees thans: 169) WvMS bedoelde weggebruikers niet zouden zijn begrepen degenen, die andere dan bij de krijgsmacht in gebruik zijnde (motor)rijtuigen in het verkeer bezigen, doch dat het hof dit verweer verwerpt, nu noch uit de duidelijke bewoordingen van het artikel, noch uit de geschiedenis van de totstandkoming daarvan valt af te leiden, dat de wetgever bedoeld heeft enige categorie van weggebruikers, zoals in casu de bestuurder van een particulier motorvoertuig, daarbij uit te zonderen." (HMG 18 augustus 1971, MRT 1971, p. 533.)

- "Nu gesteld noch gebleken is dat bij de uitvoering van de blaastest en de bloedproef gehandeld is in strijd met de toepasselijke Duitse voorschriften en het rijden met een bloedalcoholgehalte van tussen 0,8 en 1,3 promille als Ordnungswidrigkeit in de

Bondsrepubliek strafbaar is gesteld, is artikel 169 WvMS door verdachte geschonden. Het verweer dat artikel 169 (...) in deze gevallen alleen van toepassing is wanneer een verdachte vanwege te grote afstand niet aan de dichtbijzijnde brigade van de Koninklijke Marechaussee kan worden overgedragen, vindt geen steun in de wet." (ArrRb Arnhem 14 december 1993, MRT 1994, p. 86.)

- Een huzaar, gelegerd in Duitsland, rijdt in de gemeente Winsen/Aller binnen de bebouwde kom in een particuliere auto met een snelheid van 92 km per uur, terwijl ter plaatse, krachtens § 3 Strassenverkehrsordnung, een maximumsnelheid geldt van 50 km per uur. Hij wordt voor dit feit in hoger beroep veroordeeld tot een geldboete van f. 150, subsidiair drie dagen hechtenis. Naar het oordeel van het hof levert het bewezenverklaarde de overtreding op, omschreven in artikel 169 WvMS. (Hof Arnhem 27 februari 1991, MRT 1991, p. 189.)

- De rechtbank kan zich verenigen met het standpunt van de officier van justitie, die opmerkte: "De vraag in kwestie is of het hier gaat om een overtreding van de Verkeersregeling militaire terreinen, die volgens de considerans regels geeft 'eenvormig voor de gehele krijgsmacht, gelet op artikel 169 WvMS', of dat het hier een overtreding betreft van de Parkeerregeling particuliere motorvoertuigen op de legerplaats Seedorf, een dienstvoorschrift. (...). Laatstgenoemde regeling is door de kazernecommandant vastgesteld ten behoeve van de goede orde op de kazerne en een zorgvuldige verdeling van de beschikbare parkeerruimte, waarbij is gekozen voor een vergunningenstelsel. Deze regeling moet dan ook geheel los worden gezien van de toepasbaarheid van de wegenverkeerswetgeving en dus ook van artikel 169 WvMS." (ArrRb Arnhem 21 augustus 1992, MRT 1993, p. 58.)

- "De rechtbank verwerpt het verweer van de vertrouwensman dat terzake geen tucht-recht van toepassing is, doch het strafrecht. De rechtbank is van oordeel dat het parkeren van voertuigen (op militair terrein) buiten de als zodanig aangeduide parkeerplaatsen valt onder de strafwettelijke bepalingen, namelijk de Regeling verkeer militaire terreinen. Daarvan is echter in casu geen sprake: beschuldigde heeft de interne orde geschonden (door zijn auto ongeoorloofd te parkeren op een bezoekersparkeerplaats) en komt daarmee binnen de werkingssfeer van het militaire tucht-recht." (ArrRb Arnhem 21 januari 1994, MRT 1994, p. 162, m.nt. C.)

- Zie ook de jurisprudentie, vermeld bij artikel 163 WvMS.

Derde boek, Overtredingen, titel II, Feiten strafbaar gesteld in de buitenlundse wet

Artikel 170:

- Een dienstplichtig soldaat, geplaatst in Duitsland, legt in een legeringskamer van de luchtmachtkazerne in strijd met de Duitse wetgeving (Gesetz uber Fernmeldeanlagen) een radio-elektrische zendingrichting aan en gebruikt deze daadwerkelijk. In hoger beroep wordt hij veroordeeld wegens: "Als aan de militaire rechtsmacht onderworpen persoon buiten het Koninkrijk een feit begaan, dat niet met straf wordt bedreigd door enige inge- volge het Wetboek van Militair Strafrecht toepasselijke strafbepaling, doch waarvoor hij ingevolge enige op hem toepasselijke wet van het land waar het feit wordt begaan, straf- baar is." (HMG 14 februari 1979, MRT 1979, p. 273, m.nt. W.H.V.).

STRAFRECHTSPRAAK

Arrondissementsrechtbank te Arnhem

Militaire kamer

Vonnissen van 3 december 2001

Voorzitter: Mr. Crol, *Lid:* Mr. Vrijhoeven, *Militair lid:* Luitenant-kolonel Mr. van Gorp.

Dienstweigerings?

Toepassingsbereik van art. 139 WMSr. De rechtbank kwalificeert het bewezenverklarde terecht als dienstweigerings. Zij verklaart immers niet slechts bewezen dat verdachte weigerde dienstbevelen op te volgen, maar ook dat hij - in woord en geschrift - te kennen gaf dienst te weigeren en dat hij de daad bij het woord voegde door zijn uitrusting in te leveren. Bovendien beziet de rechtbank verdachtes gedragingen niet op zichzelf, maar in het licht van de omstandigheden: ten gevolge van zijn gedrag moest verdachte gerepatriëerd worden. In die omstandigheid ligt zijn intentie tot dienstweigerings besloten.

(WMSr art. 139)

VERKORT VONNIS

in de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen: J.S., geboren op [...] te C., adres: [...], D. Raadsman: mr P. Reitsma, advocaat te Nijkerk.

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan de verdachte is ten laste gelegd dat:

hij als militair op of omstreeks 6 april 2000, te of nabij Suva Reka (Kosovo), in elk geval in voormalig Joegoslavië, heeft geweigerd en/of opzettelijk heeft nagelaten iedere dienst, van welke soort ook, te verrichten, immers heeft verdachte toen en daar, opzettelijk een of meerdere malen, te kennen gegeven aan eerste luitenant P.I.J.V. (commandant van de stafverzorgingsbatterij 41e afdeling veldartillerie, bij welk onderdeel hij, verdachte, was ingedeeld) dat hij weigerde diensten te draaien (van welke aard dan ook) en/of door toen aldaar een verklaring te ondertekenen (opgesteld door genoemde luitenant) waarin hij, verdachte, verklaarde alle diensten te weigeren voor de Koninklijke Luchtmacht voor de duur van de uitzending KFOR-2, terwijl hij, verdachte, onder bevel stond van genoemde eerste luitenant P.I.J.V. en/of dat verdachte toen aldaar zijn wapen, munitie en toebehoren heeft ingeleverd bij zijn batterijleiding en/of door, nadat eerste luitenant V. hem, verdachte, een of meerdere malen en dienstopdracht had gegeven door tegen hem, verdachte, te zegen: "Korporaal S., ik geef u hierbij de opdracht uw wapen en munitie op te halen en de u opgedragen diensten uit te voeren tot en met einde uitzending", althans woorden van gelijke aard en strekking, tegen die eerste luitenant V. (telkens) te antwoorden "Nee", althans door ontkennend te antwoorden en te weigeren de hem, verdachte, opgedragen diensten uit te voeren.

Voor zover er in de tenlastelegging kennelijke taal- en/of schrijffouten voorkomen, zijn die fouten verbeterd. Verdachte is daardoor niet in zijn verdediging geschaad.

2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is laatstelijk op 19 november 2001 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr P. Reitsma, advocaat te Nijkerk.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het ten laste gelegde zal worden veroordeeld tot militaire detentie voor de duur van 6 maanden geheel onvoorwaardelijk.

De officier van justitie heeft te kennen gegeven er geen bezwaar tegen te hebben dat de militaire kamer in plaats van onvoorwaardelijke militaire detentie het verrichten van onbetaalde arbeid te algemene nutte oplegt.

Verdachte en zijn raadsman hebben het woord ter verdediging gevoerd.

3. De beslissing inzake het bewijs

De militaire kamer acht wettig en overtuigend bewezen dat verdachte het ten laste gelegde heeft begaan, met dien verstande dat bewezen wordt geacht dat:

hij als militair op 6 april 2000, te of nabij Suva Reka (Kosovo), heeft geweigerd en opzettelijk heeft nagelaten iedere dienst, van welke soort ook, te verrichten, immers heeft verdachte toen en daar, opzettelijk meerdere malen, te kennen gegeven aan eerste luitenant P.I.J.V. (commandant van de stafverzorgingsbatterij 41e afdeling veldartillerie, bij welk onderdeel hij, verdachte, was ingedeeld) dat hij weigerde diensten te draaien (van welke aard dan ook) en door toen aldaar een verklaring te ondertekenen (opgesteld door genoemde luitenant) waarin hij, verdachte, verklaarde alle diensten te weigeren voor de Koninklijke Luchtmacht voor de duur van de uitzending KFOR-2, terwijl hij, verdachte, onder bevel stond van genoemde eerste luitenant P.I.J.V. en dat verdachte toen aldaar zijn wapen, munitie en toebehoren heeft ingeleverd bij zijn batterijleiding en door, nadat eerste luitenant V. hem, verdachte, meerdere malen een dienstopdracht had gegeven door tegen hem, verdachte, te zegen: "Korporaal S., ik geef u hierbij de opdracht uw wapen en munitie op te halen en de u opgedragen diensten uit te voeren tot en met einde uitzending", tegen die eerste luitenant V. (telkens) te antwoorden "Wèe" en te weigeren de hem, verdachte, opgedragen diensten uit te voeren.

Hetgeen verdachte meer of anders is ten laste gelegd, is niet bewezen. Verdachte moet daarvan worden vrijgesproken.

De beslissing dat verdachte het bewezen verklaarde heeft begaan, is gegrond op feiten en omstandigheden die in de bewijsmiddelen zijn vervat.

Anders dan de raadsman heeft gesteld is de militaire kamer van oordeel dat de gedragingen van de verdachte uitingen waren die op dat moment, tijdens de operatie waaraan de verdachte met zijn onderdeel deelnam, de gezindheid hadden om iedere vorm van dienst na te laten. Op grond daarvan voldoen die gedragingen aan de ratio van de bepaling van artikel 139 van het Wetboek van Militair Strafrecht.

De bewijsmiddelen zullen worden uitgewerkt in die gevallen waarin de wet aanvulling van het vonnis vereist en zullen dan in een aan dit vonnis te hechten bijlage worden opgenomen. [Nu geen hoger beroep werd ingesteld ontbreken de bewijsmiddelen. - Red.]

4. De strafbaarheid van het bewezen verklaarde

Het bewezen verklaarde levert op:

"als militair weigeren en opzettelijk nalaten iedere dienst, van welke soort ook, te verrichten".

Het feit is strafbaar.

5. De strafbaarheid van verdachte

Over de verdachte is een rapport opgemaakt door drs I. Hazemeijer, arts, en kolonel-arts R.J.M. Mooren, psychiater en hoofd afdeling Forensische en sociale psychiatrie te

Amersfoort, gedateerd 25 juli 2001, waarin zij concluderen:

"Betrokkene is lijdende aan een gebrekkige ontwikkeling die in diagnostische zin het best kan worden omschreven als een zich ontwikkelende persoonlijkheidsstoornis met psychopathe, anti-sociale, borderline en narcistische trekken. Uit ons onderzoek zijn geen aanwijzingen naar voren gekomen dat er sprake is van een ziekelijke stoornis. Ook ten tijde van het ten laste gelegde was er sprake van bovengenoemde persoonlijkheidstrekken.

Betrokkene heeft ten tijde van het plegen van het hem ten laste gelegde feit de ongeoorloofdheid kunnen inzien en is in dezelfde mate als de gemiddeld normale mens in staat geweest zijn wil in vrijheid, overeenkomstig een dergelijk besef, te bepalen. Betrokkene was ten tijde van het hem ten laste gelegde weliswaar lijdende aan een gebrekkige ontwikkeling van zijn geestvermogens, maar dit feit kan hem, indien bewezen, volledig worden toegerekend."

De militaire kamer verenigt zich met die conclusie en maakt die tot de hare.

Overeenkomstig deze conclusie kan niet worden gezegd dat verdachte niet strafbaar is. Er is ook overigens geen omstandigheid aannemelijk geworden die de strafbaarheid van verdachte geheel uitsluit. Verdachte is dus strafbaar.

6. De motivering van de sanctie(s)

Bij de beslissing over de straf heeft de militaire kamer rekening gehouden met:

- de aard en de ernst van het bewezen verklaarde en de omstandigheden waaronder dit is begaan;

- de persoon en de persoonlijke omstandigheden van verdachte, waarbij onder meer is gelet op:

- het uittreksel uit het algemeen documentatieregister betreffende verdachte, gedateerd 29 september 2001;

- het hiervoor onder 5 vermelde rapport betreffende verdachte, opgemaakt door drs I. Hazemeijer, arts, en kolonel-arts R.J.M. Mooren, psychiater en hoofd afdeling Forensische en sociale psychiatrie te Amersfoort, gedateerd 25 juli 2001.

Verdachte heeft als beroepsmilitair tijdens een militaire operatie in internationaal verband alle militaire diensten geweigerd. Dit is een ernstig feit dat rechtstreeks en onmiddellijk schade toebrengt aan de gereedheid tot het daadwerkelijk uitvoeren van deze operatie. In beginsel is voor een dergelijk ernstig feit oplegging van een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf als door de officier van justitie gevorderd een passende bestraffing.

De militaire kamer overweegt, gezien alle omstandigheden, oplegging van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van 4 maanden. Aangezien verdachte thans niet meer in werkelijke militaire dienst is, heeft de militaire kamer de door de officier van justitie gevorderde militaire detentie vervangen door voornoemde gevangenisstraf.

Verdachte heeft ter zitting aangeboden in plaats van het ondergaan van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf onbetaalde arbeid te algemene nutte te verrichten. De militaire kamer ziet, gelet op verdachtes persoonlijke omstandigheden en het feit dat zij onbetaalde arbeid een passender sanctie acht, mede omdat zij daarmee verdachte confronteert met zijn verantwoordelijkheden jegens de maatschappij, geen aanleiding dit aanbod af te wijzen en zal daarom in plaats van de onvoorwaardelijke gevangenisstraf het verrichten van onbetaalde arbeid te algemene nutte opleggen voor de duur van 180 uren.

Daarnaast zal een voorwaardelijke gevangenisstraf van 2 maanden worden opgelegd. De voorwaardelijke straf die zal worden opgelegd dient als waarschuwing voor verdachte om zich voortaan van het plegen van delicten te onthouden. De militaire kamer ziet, gelet op verdachtes persoonlijke omstandigheden, aanleiding aan de voorwaardelijk gevangene-

nisstraf de bijzondere voorwaarde te verbinden dat verdacht zich zal houden aan de aanwijzingen van de reclassering, ook als dat inhoudt het voltooien van de behandeling bij Kairos te Nijmegen.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is gegrond op de artikelen 10, 14a, 14b, 14c, 14d, 22b, 22c, 22d en 91 van het Wetboek van Strafrecht en op de artikelen 4 en 139 van het Wetboek van Militair Strafrecht.

[Volgt: Veroordeling tot gevangenisstraf voor de duur van twee maanden, voorwaardelijk een een proeftijd van twee jaar, met de bijzondere voorwaarde dat de veroordeelde zich gedraagt naar de aanwijzingen van de reclassering en tot onbetaalde arbeid te algemene nutte gedurende honderdtachtig uur, in plaats van vier maanden onvoorwaardelijke gevangenisstraf. - Red.]

NASCHRIFT

In deze zaak gaat het om het toepassingsbereik van art. 139 WMSr: wanneer is sprake van 'totaalweigeren'? Uit de bewezenverklaring blijkt dat verdachte te kennen gaf geen diensten te willen draaien - hij ondertekende zelfs een schriftelijke verklaring van die strekking - en de daad bij het woord voegde door zijn uitrusting in te leveren. Een dienst-opdracht zijn uitrusting op te halen en de hem opgedragen diensten uit te voeren weigerde verdachte op te volgen.

Naar aanleiding van een namens verdachte gevoerd verweer oordeelt de rechtbank dat uit verdachtes gedragingen zijn intentie bleek om iedere vorm van dienst na te laten. Daartoe verwijst de rechtbank naar de context van die gedragingen: toen en daar - verdachte was in het kader van KFOR-2 naar Bosnië uitgezonden - weigerde verdachte iedere dienst. Gelet op de ratio van art. 139 WMSr moeten verdachtes gedragingen derhalve als dienstweigeren worden beschouwd.

Art. 139 WMSr is ingevoegd bij de algehele herziening van het militaire strafrecht van 1990; voordien werd dienstweigeren beschouwd als een vorm van opzettelijke ongehoorzaamheid (art. 114 WMSr [oud]).' Dat delict zag echter op het nalaten van dienstverrichtingen dat op zichzelf strafbaar is, terwijl de intentie tot dienstweigeren ook uit strafrechtelijk onverschillige gedragingen kan blijken. Van dienstweigeren is evenzeer sprake als betrokkene zich niet bereid toont dienstopdrachten te vervullen zonder dat dit de in de artt. 126 en 127 WMSr bedoelde gevolgen heeft.' Vanwege de intentie alle dienst te weigeren wordt dienstweigeren in art. 139 WMSr met straf bedreigd; in zoverre is het delict verwant aan het stelselmatig niet nakomen van dienstverplichtingen (art. 115 WMSr).¹⁾

De rechtbank kwalificeert het bewezenverklarde terecht als dienstweigeren. Zij verklaart immers niet slechts bewezen dat verdachte weigerde dienstbevelen op te volgen, maar ook dat hij - in woord en geschrift - te kennen gaf dienst te weigeren en dat hij de daad bij het woord voegde door zijn uitrusting in te leveren. Uit die omstandigheden kon de rechtbank genoegzaam afleiden dat verdachte alle dienst weigerde. Bovendien beziet

¹⁾ Volgens art. 114 (oud) WMSr was strafbaar de militair die weigerde of opzettelijk naliet aan enig dienstbevel te gehoorzamen of die zodanig dienstbevel 'eigendunkelijk' overschreed. Bij de algehele herziening zijn de artt. 126 - 128 ervoor in de plaats gekomen.

²⁾ Kamerstukken II, 1985 - 1986, 16 813 (R 1165), nr. , p. 36 - 37 (MvA): omdat het opzettelijk opzettelijk nalaten dienst te verrichten niet uit anderen hoofde strafbaar behoeft te zijn is dit naast de weigeren dienst te verrichten strafbaar gesteld in art. 139 WMSr.

³⁾ Kamerstukken II, 1980 - 1981, 16 813 (R 1165), nr. S, p. 82 (MvT).

de rechtbank verdachtes gedragingen niet op zichzelf, maar in het licht van de omstandigheden: ten gevolge van zijn gedrag moest verdachte gerepatriëerd worden. In die omstandigheid ligt zijn intentie tot dienstweigering besloten.⁴⁾

M.M.D.

⁴⁾ De noodzaak van repatriëring onderscheidt dit geval van bijv. de weigering aan een meerdaagse oefening deel te nemen; vgl. Van den Bosch, Militair straf- en tuchtrecht, aant. 6 op art. 139.

BESTUURSRECHTSPRAAK

Arrondissementsrechtbank Den Haag

Uitspraak van 10 december 2001

AWB 011958 MAW

Enkelvoudige kamer: Mr. L.P. Bosma

De parka, nat weer, gewild

Aan een sergeant van het wapen der genie was - ter zake van vermissing van een parka, nat weer - de verplichting tot schadevergoeding opgelegd ten bedrage van f 170,-. Toen de sergeant tegen dit (na bezwaar gehandhaafde) besluit beroep instelde, verklaarde de rechtbank het beroep ongegrond: door de parka, een gewild artikel, vanaf vrijdag rond het middaguur tot maandagmorgen zonder toezicht te laten hangen in de garderobe van een (op het kazerneterrein gelegen) school, die gedurende de overige middaguren van vrijdag niet was afgesloten, had de sergeant niet de nodige (grote) oplettendheid en zorgvuldigheid betracht ten aanzien van de hem ter beschikking gestelde parka. Ook beschikte de sergeant over voldoende andere, veiliger, mogelijkheden om de parka op te bergen. Door deze mogelijkheden niet te benutten heeft eiser verwijtbaar gehandeld, aldus de rechtbank.

(Art. 145 Amar)

UITSPRAAK

in het geding tussen S., wonende te L., eiser, en de Staatssecretaris van Defensie, verweerder.

Ontstaan en loop van het geding

Eiser, sergeant van het wapen der genie, heeft op vrijdag 12 mei 2000 de aan hem in bruikleen gegeven 'parka nat weer' (verder: parka) aan de kapstok gehangen in de hal van het gebouw van de Bruggenschool. Op maandag 15 mei 2000 bleek bij aanvang van de werkzaamheden dat de parka verdwenen was. Van deze vermissing heeft eiser diezelfde dag aangifte gedaan bij de Koninklijke Marechaussee, waar een proces-verbaal van aangifte is opgemaakt.

Bij besluit van 22 juni 2000, heeft de commandant OR [X.], met betrekking tot de vermiste parka aan eiser een te betalen schadevergoeding van f 170,- opgelegd.

Tegen dit besluit heeft eiser bij brief van 20 juli 2000 een bezwaarschrift ingediend. Eiser is omtrent zijn bezwaren gehoord door verweerder op 25 augustus 2000.

Bij besluit van 5 maart 2001, verzonden op gelijke datum, heeft verweerder de bezwaren van eiser ongegrond verklaard. Tegen dit besluit heeft eiser bij brief van 13 maart 2001, ingekomen bij de rechtbank op 16 maart 2001, beroep ingesteld.

Verweerder heeft de op de zaak betrekking hebbende stukken overgelegd en tevens bij brief van 4 april 2001 een verweerschrift ingediend.

Het beroep is op 26 juni 2001 ter zitting behandeld.

Eiser is in persoon verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde mr. B. Damen

Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. G.J. Tummers.

Ter zitting heeft de rechtbank het onderzoek geschorst, teneinde verweerder de gelegenheid te geven nog nader onderzoek naar een aspect te doen. Eiser is in de gelegenheid gesteld te reageren op de bevindingen van het nader onderzoek. Partijen hebben voorts toestemming verleend zonder nadere zitting uitspraak te doen.

Motivering

Ter beoordeling staat de vraag of verweerder op goede gronden zijn besluit om aan eiser een te betalen bedrag ad f 170,- aan schadevergoeding voor de vermiste parka op te leggen, heeft gehandhaafd.

Artikel 145 van de AMAR luidt als volgt:

1. Onze Minister kan de militair verplichten tot geheel of gedeeltelijke vergoeding van de door de dienst geleden schade:

a. indien deze schade in het kader van de vervulling van aan de militair opgedragen diensten en werkzaamheden is ontstaan door opzet of bewuste roekeloosheid van de militair, dan wel

b. indien deze schade buiten het kader van aan de militair opgedragen diensten en werkzaamheden is ontstaan door verwijtbaar handelen van de militair.

2. Wanneer de schade is veroorzaakt door meerdere personen gezamenlijk is in beginsel ieder hoofdelijk aansprakelijk.

Artikel 145 van de AMAR is uitgewerkt in de Beleidsregel inzake schadeverhaal defensiepersoneel (hierna: Beleidsregel).

Ingevolge artikel 1 van de Beleidsregel wordt verstaan onder schades:

Alle vormen van schade door Defensie geleden, veroorzaakt door handelen of nalaten van handelen door de militair of de burgerambtenaar. Onder de hiervoor bedoelde vormen van schade wordt mede inbegrepen schade als gevolg van fraude, diefstal, verduistering, alsmede schade geleden door derden voor zover Defensie tot betaling van die schade gehouden is.

Ingevolge artikel 4 van de beleidsregel wordt de omvang van de schade aan goederen vastgesteld naar redelijkheid en billijkheid. Hierbij dient rekening te worden gehouden met de staat en ouderdom van het goed. De omvang van de schade bedraagt ten hoogste 75% van de noodzakelijke kosten van vervanging.

Artikel 6 van de beleidsregel bepaalt dat het bevoegd gezag kan besluiten dat, indien de persoonlijke omstandigheden hiertoe aanleiding geven, een deel van het vastgestelde schadebedrag niet wordt verhaald op de militair of burgerambtenaar.

Eiser stelt in beroep - kort samengevat - dat de commandant OR [X.] niet bevoegd was het besluit van 22 juni 2000 te nemen. Daarnaast is de bestreden beslissing ten onrechte genomen door verweerder, terwijl dat de bevelhebber der landstrijdkrachten had moeten zijn. Aan de bevelhebber der landstrijdkrachten is door de minister van Defensie mandaat gegeven om de bevoegdheid ex artikel 145 uit te oefenen, welke bevoegdheid de bevelhebber schriftelijk kan doormandateren. Of de bevelhebber schriftelijk ondermandaat

heeft verleend heeft eiser niet kunnen achterhalen. Eiser stelt voorts dat hem niet verweten kan worden dat hij de parka heeft achtergelaten in de garderobe. Hierover waren met de instructeurs afspraken gemaakt en het was de gewoonte parka, helm en werkschoenen achter te laten in de garderobe bij gebrek aan kasten om de uitrusting in op te bergen. Eiser voert verder aan dat hij in eerste instantie slechts schriftelijk zijn standpunten uiteen heeft mogen zetten. Hij meent dat hij direct zijn verhaal had moeten kunnen doen en niet eerst tijdens de hoorzitting van 25 augustus 2000. Voorts geeft eiser aan dat hij het bedrag van f 170,- erg hoog vindt voor een kostwinner van een gezin.

Verweerder voert - kort samengevat - aan dat het gedurende een heel weekend achterlaten van een uitrusting in de garderobe van een gebouw als nalatig dient te worden gekwalificeerd. Eventueel gemaakte afspraken hierover ontslaan eiser niet van de verantwoordelijkheid over zijn uitrusting. Verweerder is van mening correct en zorgvuldig te hebben gehandeld door eiser naar aanleiding van de tenlastelegging om een mondelinge of schriftelijke reactie te vragen.

Voorts voert verweerder aan dat hij tijdens de hoorzitting heeft aangeboden het op te leggen schadevergoedingsbedrag te verlagen. Eiser is hierop echter niet ingegaan.

De rechtbank overweegt als volgt.

De rechtbank staat voor de vraag of het primaire en het bestreden besluit bevoegd is (lees: zijn-red.) genomen, of verweerder in de bezwaarfase gehandeld heeft conform de bepalingen van de Awb, of het achterlaten van de parka in de garderobe van het kantinegebouw een verwijtbare handeling is van eiser en of verweerder alsdan in redelijkheid eiser heeft kunnen verplichting (lees: verplichtingen-red.) het bedrag ad f 175,- aan hem te vergoeden.

Met het mandaatsbesluit van 14 september 2000 van de (waarnemend) commandant Genie Opleidingscentrum is ten aanzien van de uit artikel 145 van het AMAR voortvloeiende bevoegdheid ondermandaat verleend aan de commandant Opleidingsrichting [X.]. Strikt genomen was de commandant OR [X.] ten tijde van het nemen van het primaire besluit niet daartoe bevoegd. Echter, bij uitspraak van 15 maart 2001 (TAR 2001, 71) heeft de Centrale Raad van Beroep overwogen dat een besluit niet onbevoegd is genomen, indien met terugwerkende kracht alsnog aan dat bestuursorgaan de bevoegdheid is toegekend. Bij het besluit van 22 juni 2000 is dan wel in strijd met artikel 10:10 van de Awb niet vermeld namens welk bestuursorgaan het besluit is genomen. Nu eiser door de schending van dat vormvoorschrift niet in zijn belangen is geschaad laat de rechtbank met verwijzing naar het bepaalde in artikel 6:22 van de Awb de vernietiging van het besluit van 22 juni 2000 achterwege. Aangezien het primaire besluit blijkens het mandaatsbesluit van 14 september 2000 namens verweerder is genomen is het besluit op bezwaar ook terecht namens verweerder genomen.

Daarnaast is de rechtbank met verweerder van oordeel dat voorafgaand aan het bestreden besluit door verweerder conform de bepalingen van de Awb is gehandeld. Eiser is voor het besluit van 22 juni 2000 bij schrijven van 29 mei 2000 gevraagd zijn zienswijze te geven, mondeling of schriftelijk. Gelet hierop kan de rechtbank de stelling van eiser dat hij slechts in de gelegenheid is gesteld schriftelijk zijn visie te geven niet volgen.

De rechtbank is voorts van oordeel dat een parka een gewild artikel is.

De rechtbank is onder verwijzing naar de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 9 januari 1992 (MRT 1992, afl. 10) verder van oordeel dat ten aanzien van een gewild artikel een grote oplettendheid verwacht mag worden van de militair. Door de parka vanaf vrijdag rond het middaguur tot maandagmorgen zonder toezicht te laten hangen in de garderobe van de Bruggenschool, welke school gedurende de overige middaguren van vrij-

dag niet afgesloten was, heeft eiser niet de nodige oplettendheid en zorgvuldigheid betracht ten aanzien van de aan hem ter beschikking gestelde parka. Daaraan doet een mogelijke afspraak tussen eiser en zijn instructeurs c.q. de geste van de leiding de spullen van militairen te mogen laten hangen in de garderobe niet af, aangezien met die mogelijke afspraken danwel geste het risico van ontvreemding van de parka niet is overgegaan. De militair blijft ook in die omstandigheden verantwoordelijk voor zijn spullen. De rechtbank heeft ter zitting aangegeven dat eiser wellicht geen verwijt te maken valt indien eiser in de omstandigheden van het geval geen andere mogelijkheid had om zijn parka veilig op te bergen. Dienaangaande heeft verweerder nader onderzocht of eiser die vrijdagmiddag in staat moet zijn geweest zijn parka wel elders veilig op te bergen. Verweerder heeft geconstateerd dat eiser met zijn collega's in het kader van de dienst heeft gezwommen in een zwembad waar af te sluiten kastjes aanwezig zijn, van welke kastjes eiser gebruik had kunnen maken. Tevens had eiser volgens verweerder zijn spullen in de auto waarmee gereisd werd kunnen achterlaten. De rechtbank is met verweerder van oordeel dat in casu eiser dus wel mogelijkheden heeft gehad om zijn spullen veilig(er) op te bergen en concludeert dan ook dat eiser verwijtbaar gehandeld heeft door die veilige(r) opbergmogelijkheden niet te benutten.

In de Beleidsregel is de bevoegdheid tot vaststelling van de omvang van het schadeverhaal uitgewerkt. Het beleid blijft binnen de grenzen van een redelijke beleidsbepaling. Verweerder heeft in het onderhavige geval het bedrag aan schadeverhaal conform de bepalingen van de Beleidsregel vastgesteld. Door eiser zijn ook geen gronden aangevoerd tegen de berekening van het schadebedrag, zodat de rechtbank van de juistheid van de berekening en het bedrag uitgaat. De rechtbank constateert voorts dat eiser in de bezwaarfase niet om toepassing van de hardheidsclausule heeft verzocht en dat het bestreden besluit ook geen beslissing dienaangaande bevat. Gelet hierop zou de rechtbank met een oordeel over de toepassing van de hardheidsclausule buiten de grenzen van het geding treden. De rechtbank verwijst hiervoor naar de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 25 februari 1999 (MRT 1999, blz. 100). Ook hetgeen eiser ten aanzien van de hoogte van het schadeverhaal en zijn kostwinnerschap in beroep heeft aangevoerd leidt de rechtbank derhalve niet tot het oordeel dat verweerder in het onderhavige geval niet in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen eiser de verplichting tot betaling van een schadevergoeding op te leggen.

Het beroep van eiser dient gelet op het vorenstaande ongegrond verklaard te worden. Van omstandigheden op grond waarvan een van de partijen zou moeten worden veroordeeld in de door de andere partij gemaakte proceskosten, is de rechtbank niet gebleken.

Beslist dient er te worden als volgt.

Beslissing

Dn ARRONDISSEMENTSRECHTBANK 'S-GRAVENHAGE,

RECHT DOENDE:

verklaart het beroep ongegrond.

NASCHRIFT

1. De rechtbank verwijst in de onderhavige uitspraak naar de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 9 januari 1992, MRT 1992, p. 331, m.nt. G.L.C. Die uitspraak betrof een militair, aan wie een verplichting tot schadevergoeding was opgelegd ter zake van vermissing van een jekker, nat weer. De omstandigheden van het geval waren destijds in grote lijnen dezelfde als thans. Toen was echter, naast artikel 145 Amar (dat anders luidde), de

Regeling schadeverhaal 1982 van kracht. Deze regeling bepaalde dat, indien de schade was ontstaan binnen het kader van aan de militair opgedragen werkzaamheden en/of diensten, verwijtbaarheid niet voldoende was, maar opzet dan wel grove schuld was vereist.

2. In de (door de rechtbank aangehaalde) uitspraak van 9 januari 1992 overwoog de Centrale Raad van Beroep dat de vraag aan de orde was "of eiser ter zake van de vermissing niet alleen nalatigheid maar ook grove schuld kon worden verweten"; een vraag die de Raad bevestigend beantwoordde. De Raad nam dus kennelijk aan dat de schade destijds was ontstaan binnen het kader van aan de militair opgedragen werkzaamheden en/of diensten.

3. In de onderhavige uitspraak constateert de rechtbank dat, indien de schade is ontstaan in het kader van de vervulling van aan de militair opgedragen diensten en werkzaamheden, verwijtbaarheid niet voldoende is, maar opzet of bewuste roekeloosheid is vereist. De rechtbank laat vervolgens echter in het midden of de vermissing van de parka wel of niet in het kader van de vervulling van de aan de militair opgedragen diensten en werkzaamheden is ontstaan. Ook spreekt de rechtbank niet van "bewuste roekeloosheid", maar van "het niet betrachten van de nodige (grote) oplettendheid en zorgvuldigheid" en van "verwijtbaar handelen". Je zou dus zeggen: de rechtbank neemt aan dat de schade is ontstaan buiten het kader van de opgedragen diensten en werkzaamheden. Het beroep dat de rechtbank doet op de uitspraak van de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 9 januari 1992 wijst echter in een andere richting.

4. Indien in de onderhavige zaak de militair de Bruggenschool bezocht in het kader van een hem opgedragen les, kan mijns inziens worden gesteld dat de schade (de vermissing van de parka) is ontstaan "in het kader van de vervulling van de aan de militair opgedragen diensten en werkzaamheden". Tevens kan mijns inziens worden gesteld dat, wie een gewild artikel als een parka, nat weel; de hele vrijdag (en zaterdag en zondag) onbeheerd achterlaat in de garderobe van een school, terwijl andere, veilige?; opbergmogelijkheden voorhanden zijn, bewust roekeloos handelt.

G.L.C

Centrale Raad van Beroep
Uitspraak van 24 januari 2002
991866 MAW

Voorzitter: Mr. G.P.A.M. Garvelink-Jonkers; leden: Mr. A. Beuker-Tilstra en Mr. K. Zeilemaker

De gestelde ervaringseis

Een adjudant-onderofficier verzocht hem de functie van (X) toe te wijzen. Aan deze functie was de rang van luitenant verbonden. Toen het verzoek van de onderofficier werd afgewezen, stelde hij tegen deze (na administratief beroep gehandhaafde) afwijzing beroep in. De rechtbank verklaarde het beroep ongegrond. Zoals in onderstaande uitspraak valt te lezen, spitst het geschil zich in hoger beroep toe op de vraag of het beleid van de Staatssecretaris van Defensie, om in het kader van toewijzing van een geambieerde luitenantsfunctie, om bestuandsmatige redenen de ervaringseis van het vervuld hebben van een functie als luitenant te stellen, onrechtmatig is. De Centrale Raad van Beroep

beantwoordt deze vraag, evenals de rechtbank, ontkennend. Daartoe overweegt de Raad dat in artikel 23 Amar is bepaald met welke factoren bij functietoewijzing rekening dient te worden gehouden. De Raad kan niet inzien dat het beleid van de staatssecretaris om bij functietoewijzingsprocedures toepassing te geven aan het beginsel van horizontale mobiliteit, waarbij meerwaarde wordt toegekend aan het reeds bekleden van een rang die aan een functie is verbonden, in strijd komt met de in artikel 23 Amar of in de Regeling functietoewijzing en bevordering KL 1990 genoemde criteria, of overigens in strijd komt met de grenzen van een redelijke beleidsbepaling. Ook heeft de staatssecretaris naar het oordeel van de Raad terecht geconstateerd dat de adjudant-onderofficier niet aan het gestelde ervaringsvereiste voldeed.

(Artikel 23 Amar)

UITSpraak

in het geding A., wonende te B., appellant, en de Staatssecretaris van Defensie, gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Appellant heeft op de daartoe bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 11 januari 1999, nr. AWB 97112549 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 22 november 2001, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. P. Reitsma, advocaat te Nijkerk. Gedaagde heeft zich doen vertegenwoordigen door mr. W. Baron, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1.1. Voor een uitgebreidere weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. De Raad volstaat met het volgende.

1.2. Appellant was militair in de rang van adjudant-onderofficier. Bij primair besluit van 19 februari 1997 is zijn verzoek om toewijzing van de (luitenant)functie van hoofd bureau communicatie bij de Staf [X.] te [Y.], Duitsland (hierna: de geambieerde functie) afgewezen wegens het niet voldoen aan het kennisvereiste.

1.3. Dit besluit is na administratief beroep bij het bestreden besluit van 10 oktober 1997 vernietigd wegens het hanteren van een onjuiste afwijzingsgrond. Bij ditzelfde besluit is appellants verzoek wederom afgewezen, thans op grond van het niet voldoen aan het ervaringsvereiste inhoudende het reeds vervuld hebben van een functie in de rang van luitenant.

1.4. De rechtbank heeft het tegen het bestreden besluit ingestelde beroep bij de aangevallen uitspraak ongegrond verklaard.

2. Vooropgesteld wordt dat het al dan niet toewijzen van een geambieerde functie geschiedt met gebruikmaking van de bij en krachtens het Algemeen militaire ambtenarenreglement (hierna: AMAR) en de Regeling functietoewijzing en bevordering Koninklijke landmacht 1990 (hierna: RFBKL) aan het desbetreffende bestuursorgaan toebedeelde discretionaire bevoegdheid en dat appellant noch aan het AMAR noch aan het RFBKL een aanspraak op de geambieerde functie kan ontleen.

2.1. Het geschil spitst zich toe op de vraag of ook bij terughoudende toetsing, het beleid

van gedaagde om in het kader van de toewijzing van de geambieerde functie om bestandsmatige redenen de ervaringseis van het vervuld hebben van een functie als luitenant te stellen onrechtmatig is. Daarnaast meent appellant dat hij wel aan het ervaringsvereiste voldoet nu hij voor de duur van zijn uitzending naar het voormalig Joegoslavië tijdelijk bevorderd is geweest tot eerste luitenant. Tenslotte meent appellant dat gedaagde de geambieerde functie ten onrechte heeft geblokkeerd in plaats van deze alsnog aan hem toe te wijzen onder gelijktijdige bevordering van hem tot luitenant. Appellant heeft aangevoerd dat zodanige handelwijze in andere, met name genoemde gevallen wel is gevolgd.

2.2. De Raad is met de rechtbank van oordeel dat gedaagde met zijn bovenomschreven beleid niet in strijd komt met het AMAR of het RFBKL. Daartoe overweegt de Raad dat in artikel 23 van het AMAR is bepaald met welke factoren bij functietoewijzing rekening moet worden gehouden. Als zodanige factoren worden genoemd de noodzaak van een voortdurende taakvervulling door de krijgsmacht en in samenhang daarmee van een zo goed en tijdig mogelijke bezetting van alle functies, de wenselijkheid van een spreiding van de totale loopbaan van de militair over functies en van een daarmee gepaard gaande opbouw van kennis en ervaring, de bekwaamheid en de geschiktheid van de militair en de door de militair kenbaar gemaakte voorkeur. De Raad kan niet inzien dat het beleid van gedaagde om bij functietoewijzingsprocedures toepassing te geven aan het beginsel van horizontale mobiliteit, waarbij meerwaarde wordt toegekend aan het reeds bekleden van een rang die aan een functie is verbonden, in strijd komt met de in artikel 23 van het AMAR of in het RFBKL genoemde criteria, of overigens in strijd komt met de grenzen van een redelijke beleidsbepaling.

2.2.2. Het toewijzingsbeleid was er voorts op gericht om in het kader van de verkleining van de krijgsmacht gedwongen ontslagen zoveel mogelijk te voorkomen. Meer in het bijzonder was, in verband met een destijds bestaand overschot aan zogenoemde uitloopofficieren bij de Koninklijke landmacht, het beleid van gedaagde erop gericht om bij de toewijzing van functies als de geambieerde, het aanmaken van nieuwe officieren zoveel mogelijk te voorkomen. Ook dit beleid acht de Raad niet in strijd met de genoemde algemeen verbindende voorschriften of met de grenzen van een redelijke beleidsbepaling.

2.2.3. Met het oog op laatstgenoemde doelstelling heeft gedaagde concreet bij het vacant stellen van de geambieerde functie als extra selectie criterium opgenomen dat de betrokkene reeds een functie van luitenant moet hebben vervuld. In het licht van de discretionaire bevoegdheid die gedaagde op het gebied van functietoewijzing bezit, ziet de Raad geen grond voor het oordeel dat dit door bestandsmatige overwegingen ingegeven selectie criterium in strijd zou zijn met de bij of krachtens het AMAR geldende voorschriften of overigens de terughoudende rechterlijke toetsing niet zou kunnen doorstaan. Hoewel andere methoden ook denkbaar zijn - zo had gedaagde ook kunnen bepalen dat de functie slechts voor officieren openstond - kan de Raad de omstandigheid dat gedaagde gekozen heeft voor het stellen van een ervaringseis als extra selectie criterium niet als onrechtmatig bestempelen.

2.3. De Raad is eveneens met de rechtbank van oordeel dat de tijdelijke bevordering van appelland tot luitenant voor de duur van 5 maanden, welke bevordering op grond van de uitzondering van het toentertijd geldende artikel 27, vierde lid, van het AMAR en ter gelegenheid van zijn uitzending heeft plaatsgevonden, tegen de achtergrond van het tegengaan van de aanmaak van nieuwe officieren, niet op één lijn kan worden gesteld met het volledig vervuld hebben van een functie als luitenant. Daarbij heeft de Raad in aanmerking genomen dat een tijdelijke bevordering als die van appelland naar haar aard van korte duur is en zich daarom onderscheidt van een reguliere functietoewijzing die voor drie jaar

geschiedt. Gedaagde heeft derhalve terecht geconstateerd dat appelland niet voldeed aan het gestelde ervaringsvereiste.

2.4. Toen duidelijk werd dat de in geding zijnde functie niet kon worden gevuld door een bestaande officier van de Koninklijke landmacht heeft gedaagde, in plaats van de functie alsnog toe te wijzen aan (en met bevordering van) appelland, deze functie geblokkeerd. Vervolgens is een nieuwe BDOS-functie van stafonderofficier bureau communicatie in de rang van adjudant onderofficier gecreëerd, waarop appelland is geplaatst. Die plaatsing heeft appelland niet aangevochten. Appelland acht deze gang van zaken echter wel in strijd met het verbod van détournement de pouvoir zoals neergelegd in artikel 3:3 van de Algemene wet bestuursrecht.

2.5. Het besluit tot het creëren van laatstgenoemde functie en appellands plaatsing in die functie maken, naar de rechtbank terecht heeft overwogen, geen deel uit van het onderhavige geding. Deze grief van appelland kan dan ook slechts zijdelings aan de orde komen, in het kader van de beantwoording van de vraag of niet ook in het geval van appelland tot functietoewijzing en bevordering in plaats van blokkering had moeten worden overgegaan.

2.6. Indien een functie als hier in geding niet kan worden toegewezen aan een militair die voldoet aan het gestelde ervaringsvereiste, staat gedaagde voor de vraag of de betrokken functie wordt geblokkeerd of dat in weerwil van het beleid tot terugdringing van het aantal uitloopofficieren de functie toch aan een onderofficier wordt toegewezen, die alsdan wordt bevorderd. Gedaagde heeft in een aantal door appelland genoemde gevallen gekozen voor de tweede optie en in het geval van appelland voor de eerste. Gegeven de beleidsvrijheid van gedaagde ter zake acht de Raad die keuze in het geval van appelland niet onhoudbaar. Daarbij heeft de Raad met gedaagde van belang geacht dat de geambieerde functie een nieuwe functie was, bij een recentelijk opgerichte eenheid, waarvan nog onduidelijk was hoe de organisatie zich zou gaan ontwikkelen. Om die reden is er voor gekozen de functie niet te vullen door deze toe te wijzen aan een militair die als gevolg daarvan zou moeten worden bevorderd. Daarmee onderscheidt de situatie van appelland zich van de door hem genoemde en kan zijn beroep op schending van het gelijkheidsbeginsel geen doel treffen.

3. Uit het vorenstaande vloeit voort dat het hoger beroep faalt. Het bestreden besluit kan in stand blijven, evenals de aangevallen uitspraak.

4. De Raad acht geen termen aanwezig om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht.

Beslist wordt als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. Ingevolge artikel 23 lid 1 Amar dient bij het nemen van een beslissing tot functietoewijzing rekening te worden gehouden met de volgende factoren:

- de noodzaak van een voortdurende taakvervulling door de krijgsmacht en in samenhang hiermee van een zo goed en tijdig mogelijke bezetting van alle functies;

- de wenselijkheid van spreiding van de gehele loopbaan van de militair over verschillende functies en van een hiermee gepaard gaande opbouw van kennis en ervaring;

- de bekwaamheid en geschiktheid van de militair voor de functie;
- de door de militair kenbaar gemaakte voorkeur:

Naar het oordeel van de Centrale Raad van Beroep past het door de Staatssecretaris van Defensie gevoerde beleid, om bij functietoewijzingsprocedures toepassing te geven aan het beginsel van horizontale mobiliteit, waarbij meerwaarde wordt toegekend aan het reeds bekleden van een rang die aan een functie is verbonden, geheel binnen de grenzen van deze bepaling.

2. De uitspraak in eerste aanleg van de rechtbank te Den Haag is ook in dit tijdschrift geplaatst: zie ArrRb Den Haag 11 januari 1999, MRT 2000, p. 92.

G.L.C.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Een reactie op een reactie

In het juni 2002-nummer van dit tijdschrift stond op p. 258-260 een reactie van mr. H.J.J. Talsma op mijn naschrift bij CRvB 8 juni 2001, MRT 2002, p. 155 e.v. (De tijdelijk aangestelde en vervolgens weer ontslagen kapitein). Om met de deur in huis te vallen: ik ben het geheel eens met de slotsom van mr. Talsma: de tijdelijke aanstelling van officieren geschiedt bij koninklijk besluit; de tijdelijke aanstelling van niet-officieren bij besluit van de Minister van Defensie. Ik heb echter in mijn naschrift geenszins het tegendeel beweerd. Ik schreef slechts dat in artikel 4 AMAR (of in enig ander artikel van hoofdstuk 2) niet is geregeld wie bevoegd is tot tijdelijke aanstelling en dat het Algemeen militair ambtenarenreglement op dit punt dus een leemte bevat. Ik verbond hieraan niet de conclusie, zoals mr. Talsma schrijft, "dat geen K.B. nodig is voor een tijdelijke aanstelling als officier op basis van artikel 11 lid 1 AMAR". Zo'n K.B. is wel nodig; dit eist een redelijke uitleg van artikel 4 AMAR. Ik was (en ben) het op dit punt dan ook geheel met de Centrale Raad van Beroep eens.

G.L. Coolen

Seminar "Wehrrecht vor neuen Herausforderungen"

Het *Deutsche Gesellschaft für Wehrrecht und Humanitäres Völkerrecht* organiseert op 10-11 oktober 2002, in samenwerking met het *Institut für Internationale Politik, Sicherheitspolitik, Wehrrecht und Völkerrecht der Universität der Bundeswehr München*, een seminar getiteld "*Wehrrecht vor neuen Herausforderungen*". Het seminar vindt plaats in München.

Verschillende sprekers zullen ingaan op de beïnvloeding van het *Wehrrecht* door de voortschrijdende Europese integratie, maatschappelijke ontwikkelingen en opgedane ervaringen tijdens inzet van Bundeswehr-eenheden in crisisgebieden.

Inlichtingen bij mr. A.J.T. Dörenberg, tel./fax 070-3271853

Terrorism and the Military: International Legal Implications

De Nederlandse Groep van de International Society for Military Law and the Law of War organiseert met de medewerking van het Ministerie van Defensie op 14 en 15 november 2002 in het Kurhaus Hotel in Den Haag een 'expert meeting' over het bovengenoemde, uiterst actuele onderwerp.

De conferentie, die in de Engelse taal zal worden gehouden, is bedoeld voor 'Lawyers, Policymakers and the Military' die bij het onderwerp actief betrokken en/of professioneel geïnteresseerd zijn. Zij zullen ruim de gelegenheid krijgen om met gerenommeerde Nederlandse en buitenlandse experts van gedachte te wisselen over drie aspecten van het thema: Ius ad bellum (moderator Prof. C. Flinterman), Ius in bello (moderator Dr. A. Bos) en Criminal Law (moderator Prof. A. Nollkaemper).

De 'conference fee' is € 175. Aanmelding dient bij voorkeur plaats te vinden vóór 15 september. Voor informatie en aanmelding kan men zich wenden tot Mw. C. Sassen-van de Noort (Directie Juridische Zaken MinDef; tel. 070-3188668, fax 070-3186575, e-mail c.sassen.vd.noort@mindef.nl).

Auteursaanwijzingen

Bijdragen voor het Militair Rechtelijk Tijdschrift worden aangeleverd op schrift alsmede zo mogelijk op diskette met gebruikmaking van het WP-programma of Microsoft Word. Auteurs worden verzocht om de volgende richtlijnen in acht te nemen:

Geén afbreekstreepjes gebruiken.

Geen tabs, inspringingen of verschillende lettertypes gebruiken.

Zo weinig mogelijk 'opmaken' van de tekst, doch zoveel mogelijk achter elkaar door typen.

Slechts bij het begin van een nieuwe alinea 'Enter' gebruiken.

REDACTIECOMMISSIE:

Voorzitter	Mr A.J.T. Dörenberg, Generaal-majoor Klu b.d.
Secretaris/penningmeester	Mr J.F. Stinissen, Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst;
Leden:	
voor de Koninklijke landmacht:	Mr A. C. Zuidema, Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke luchtmacht:	Mr S. van Groningen, Commodore der Koninklijke luchtmacht;
voor de Koninklijke marine:	Mr P.J. Schreuder, Kapitein ter zee van administratie;
voor de Centrale Organisatie:	Mr J.J. Buirma, Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Mr G.L. Coolen,	Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Prof. Dr. T.D. Gill	Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht en bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Mr N. Jörg,	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden;
Prof. Mr Th. A. de Roos,	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden;
Mr W.J. Schmitz,	Hoofd Procesondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van het ABP;
Mr G.F. Walgemoed,	Kolonel van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	NAPO 801-MS12, 3509 VP Utrecht

VASTE MEDEWERKERS:

- Mr Th. J. Clarenbeek, Oud-Coördinerend-vice-president van de Arrondissementsrechtbank te Utrecht, res. Kolonel van de Militair Juridische Dienst b.d.;
- Prof. Mr N. Keijzer, Raadsheer in buitengewone dienst van de Hoge Raad der Nederlanden en em. hoogleraar Internationaal Strafrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant.
- Prof. Dr R.A. Lawson, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.

WIJZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt in 10 afleveringen per jaar.

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1 2002 E 35. Men abonneert zich voor tenminste één jaargang bij de Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, 's-Gravenhage, of bij zijn boekhandelaar. Losse afleveringen zijn verkrijgbaar tegen de prijs van E 3,93. Tevens zijn verzamelbanden te verkrijgen tegen de prijs van E 20,45. Nadere informatie omtrent bestellingen: Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, afdeling abonnementen, telefoon 070-3789887.

De schrijvers van bijdragen van meer dan 1 pagina ontvangen een honorarium van E 35 per pagina tot een maximum van E 230 per aflevering, benevens 5 present-exemplaren van de desbetreffende aflevering van het Tijdschrift. Het auteursrecht wordt met de publikatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Kennisgeving van adreswijziging (uitsluitend betalende abonnees) te richten tot Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, Postbus 20014, 2500 EA 's-Gravenhage. Telefoon (070) 3789887, fax (070) 3789783. Zij die het tijdschrift van rijkswege verstrekten dienen zich voor kennisgeving van adreswijziging te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren.

Dit tijdschrift, sedert mei 1903 verschenen onder de titel „Militaire Jurisprudentie”, wordt sedert juli 1905, met onderbreking van juli 1943 tot januari 1946, uitgegeven onder de titel „Militair Rechtelijk Tijdschrift”

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCV

September 2002

Aflevering

8

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

De Herculesramp-processen, genese en verloop; door Mr. S. Horvat.....	301
---	-----

Strafrechtspraak

Hof Ah 08.10.99	Herculesramp Beklag over niet-vervolging commandant vliegbasis Welschap. Niet aannemelijk dat minder slachtoffers waren gevallen als beklagde adequate maatregelen had genomen. Ook indien de gevolgen van de crash (mede) aan beklagdes nalaten te wijten zouden zijn, zou hij niet veroordeeld kunnen worden. Gemaakte fouten te herleiden tot gebrekkige organisatie. Overmacht. (Naschrift M.M.D.).....	315
--------------------	---	-----

Ah 01.03.01	Herculesramp II Vrijspraak commandant basisbrandweer vliegbasis Welschap. Niet aannemelijk is geworden dat bij het meest adequate optreden van verdachte en basisbrandweer het vliegtuig eerder betreden had kunnen worden: niet blijkt dat het tijdsverloop tussen het moment waarop het vuur onder controle was en het moment waarop de eerste slachtoffers het vliegtuig verlieten voor de slachtoffers tot fatale dan wel ernstiger verwondingen heeft geleid.....	321
-------------	--	-----

Ah 01.03.01	Herculesramp III Vrijspraak luchtverkeersleider vliegbasis Welschap. Niet aannemelijk is geworden dat als verdachte bij hem bekende informatie adequaat had doorgegeven de regionale brandweer eerder ter plaatse had kunnen zijn, en de basisbrandweer niet zonder bijstand tot redding kon overgaan: niet blijkt dat het tijdsverloop tussen het moment waarop de eerste slachtoffers het vliegtuig verlieten voor de slachtoffers tot fatale dan wel ernstiger verwondingen heeft geleid. (Naschrift Mr. S. Horvat).....	325
-------------	---	-----

Administratiefrechtelijke procedures Herculeszaak.....	331
--	-----

Tuchtrechtspraak

Ah 07.01.02	Ontbreken datum van indiening; onbekendheid met beroepstermijn a. Ontbreken datum van indiening op beklagschrift werkt niet ten nadele van gestrafte. b. Een beroep op onbekendheid met de beroepstermijn omdat de beklagmeerdere deze termijn niet zou hebben meegedeeld, gaat niet op nu deze termijn staat vermeld op (de achterzijde van) het formulier uitspraak op beklag. (Naschrift J.R.G.J.).....	332
-------------	---	-----

Bestuursrechtspraak

CRvB 06.12.01	Toepassing verminderingsbepalingentijdens BV-LOM en UGM Aan het door de personeelsdienst van een krijgsmachtdeel tijdens de BV-LOM-periode niet toepassen van de verminderingsbepalingen bij het genieten van neveninkomsten kunnen geen rechten worden ontleend met betrekking tot de uitvoering van de Uitkeringswet gewezen militairen. (Naschrift W.J.S.).....	334
---------------	--	-----

CRvB 24.01.02	De van zijn functie ontheven onderofficier De ontheffing van een onderofficier uit zijn functie kan niet worden gebaseerd op het bepaalde in artikel 29, lid 2 RFTBZ. (Naschrift G.L.C.).....	337
---------------	---	-----

Opmerkingen en mededelingen

Boeken en tijdschriften.....	340
------------------------------	-----

Annotatoren:	C. - Mr Th. J. Clarenbeek
	G.L.C. - Prof. mr G.L. Coolen
	M.M.D. - Mr M.M. Dolman
	J.R.G.J. - Mr J.R.G. Jofriet
	N.J. - Mr N. Jörg
	de R. - Prof. mr Th. A. de Roos
	W.J.S. - Mr W.J. Schmitz
	W.H.V. - Mr W.H. Vermeer
	G.F.W. - Mr G.F. Walgemoed

BIJDRAGEN

De Herculesramp-processen, genese en verloop

door

MR. S. HORVAT¹⁾

Op 1 maart 2001 sprak de militaire kamer van de Arrondissementsrechtbank te Arnhem de twee militairen vrij die vervolgd werden wegens onachtzaam, onzorgvuldig en/of nalatig optreden na de crash van een Hercules C-130-vliegtuig van de Belgische luchtmacht op de militaire vliegbasis van Eindhoven, op 15 juli 1996. Bij het vliegtuigongeluk kwamen de vier (Belgische) bemanningsleden en dertig (Nederlandse) inzittenden om het leven en werden zeven andere inzittenden zwaar gewond.

In de loop van het onderzoek was aan het licht gekomen dat de brandweerdiensten er niet over waren ingelicht dat er zich meer dan veertig personen aan boord van het brandende gestrande vliegtuig bevonden. De brandweer van de basis beperkte haar tussenkomst aanvankelijk dus tot zuiver bluswerk. Pas na een half uur werden de eigenlijke reddingswerkzaamheden aangevat en kwamen de hulpverleners tot de conclusie dat er zich niet enkel de vier (omgekomen gewaande) bemanningsleden aan boord bevonden, maar tevens tientallen inzittenden. Uiteindelijk werden er 34 dode lichamen uit het vliegtuig gehaald.

In onderhavige bijdrage worden de feiten geanalyseerd en besproken, teneinde de uitspraak van de militaire kamer van Arnhem beter te kunnen plaatsen. Voor deze bijdrage werd gebruik gemaakt van de onderzoeksrapporten van de Nederlandse en de Belgische luchtmacht²⁾.

¹⁾ Advocaat, Assistent Vrije Universiteit Brussel. Met dank aan Prof. Mr. Nico Keijzer voor zijn gewaardeerde adviezen en aan de Nederlandse en Belgische luchtmachtstaven voor hun onontbeerlijke toelichtingen.

²⁾ Voor onderhavige bijdrage werd gebruik gemaakt van de volgende rapporten:

- *Rapportage inzake het luchtvaartongeval op de Vliegbasis Eindhoven, d.d. 15 juli 1996, waarbij betrokken een Lockheed C-130 Hercules, registratienummer CH-06, van de Belgische Luchtmacht*, Den Haag, oktober 1996, rapport in opdracht van de Stafchef van de Belgische luchtmacht en van de Bevelhebber der Nederlandse luchtmacht (hierna: "Gezamenlijk rapport van de Belgische en Nederlandse luchtmacht");

- *Rapport van ongeval inzake het luchtvaartongeval op de Vliegbasis Eindhoven d.d. 15 juli 1996, waarbij betrokken een Lockheed C-130 Hercules, registratienummer CH-06, van de Belgische Luchtmacht*, Den Haag, februari 1997, rapport van de Nederlandse Koninklijke luchtmacht (hierna: "Rapport van de Koninklijke Luchtmacht");

- *Raad van Advies inzake luchtvaartongevallen bij Defensie. Eindrapport 01-97, ongeval: C-130 H Hercules Reg. nr.: CH-06 van de Belgische luchtmacht, 15 juli 1996 op Vliegbasis Eindhoven*, Den Haag, maart 1997, rapport in opdracht van het Nederlandse Ministerie van Defensie (hierna: "Eindrapport van de Raad van Advies");

- *Vliegtuigongeval Vliegbasis Eindhoven 15 juli 1996. Onderzoek naar de alarmering en de hulpverlening door zowel civiele als militaire instanties: melding en alarmering, brandbestrijding en redding, geneeskundige hulpverlening op de plaats van het ongeval*, rapport van de Inspectie Brandweezorg en Rampenbestrijding, Den Haag, oktober 1996 (hierna: "Rapport van de Inspectie Brandweezorg");

- *Vliegtuigongeval Vliegbasis Eindhoven 15 juli 1996. Voorlopige evaluatieve rapportage inzake het optreden van de civiele autoriteiten en de civiele hulpverlening. Deel 2*, Eindhoven, april 1997, rapport in opdracht van de gemeente Eindhoven (hierna: "Rapport van de Gemeente Eindhoven");

- *Hercules-vliegtuigongeval Eindhoven 15 juli 1996. Medische hulpverlening onder vuur*, Rijswijk, maart 1997, rapport van de Inspectie voor de Gezondheidszorg en de Inspectie Militaire Gezondheidszorg (hierna: "Rapport van de Inspectie voor de Gezondheidszorg").

Het ongeval

Op 15 juli 1996 vloog een C-130 Hercules van de Belgische luchtmacht in opdracht van de Nederlandse Koninklijke Luchtmacht vanuit het Italiaanse Villafranca naar de militaire vliegbasis van Eindhoven teneinde er de 37-koppige Nederlandse militaire muziekkapel van de Koninklijke Landmacht te voeren. Omstreeks 18.00 uur zette het vliegtuig de daling in naar de landingsbaan 04 van de Vliegbasis Eindhoven, alwaar het met toestemming van de lokale verkeersleider zou landen (een zogenaamde *full stop landing*).

Zeer kort voor de landing, op zeer lage hoogte, werd de piloot plotseling geconfronteerd met een zwerm opvliegende vogels, die zich nabij de landingsbaan bevonden en die door de nadering van het vliegtuig moeten zijn opgeschrikt³⁾. Daardoor besloot de piloot in laatste instantie om de landing te onderbreken en initieerde een doorstart teneinde zich opnieuw aan te bieden voor een landing onder veiliger omstandigheden. De neus van het vliegtuig werd naar boven gebracht en de motoren naar *take off* power waarna het vliegtuig zeer snel weer begon te stijgen.

Ondanks de poging om de zwerm vogels te ontwijken door snel hoogte en snelheid te winnen, kwam de zwerm toch terecht in de route van het vliegtuig, vooral op diens linkerflank. Meerdere vogels vlogen te pletter op de cockpit, tientallen andere kwamen in de propellers en motoren terecht⁴⁾. Door deze 'vogelincursie' in de motoren (een zogenaamde *bird ingestion*) vielen gelijktijdig de motoren 1 en 2 (de beide motoren van de linker-vleugel)) volledig uit, waardoor het vliegtuig totaal uit evenwicht was. Omwille van problemen met motor 3 (rechts) bracht de piloot propeller nummer 3 in vaanstand zodat enkel nog motor 4 (rechts) normaal maar sterk vermogen leverde (*take off*-vermogen). De pogingen om het evenwicht te herstellen bleken vruchteloos en het vliegtuig had onvoldoende trekkracht om de snelheid te behouden. Het vliegtuig gierde volledig naar links terwijl het aanzienlijk hoogte verloor. In korte tijd veranderde de toestand naar die van een onbestuurbaar vliegtuig zonder mogelijkheid op herstel⁶⁾.

Na ongeveer 12 seconden raakte het vliegtuig met de linkervleugeltip de grond (het was toen ongeveer 70° over links gedraaid). De vleugeltip brak af waardoor er brandstof uit de linker *outboard* tank verloren ging die later zou ontvlammen. Beide propellers braken tijdens het contact met de grond af, het vliegtuig schoof verder over de grond, draaide naar links rond zijn as, vervolgens ging de helling van het vliegtuig over van een linker naar een rechter helling en raakte het vliegtuig met de rechtertip de grond, waardoor de rechter *outboard* tank openscheurde en er een brand ontstond bij de rechtervleugel, waarvan de

³⁾ Tijdens de doorstart vloog de zwerm vogels, voornamelijk bestaande uit spreeuwen, op van rechts naar links ten opzichte van het vliegtuig, vermoedelijk in balvorm. De "balvorm" ontstaat na een schrikreactie van de vogels en met een gemiddelde spreiding van zes vogels per kubieke meter (Gezamenlijk rapport van de Belgische en Nederlandse luchtmacht, 7).

⁴⁾ Achteraf werden op de landingsbaan en in de directe omgeving van het vliegtuig dadelijk na het ongeval ongeveer 165 dode vogels aangetroffen, de ochtend na het ongeval nog 115.

⁵⁾ De C-130 is een viermotorig vliegtuig.

⁶⁾ In de hele Nederlandse luchtvaartgeschiedenis was dit de tweede maal dat er bij een vliegtuig van vergelijkbaar type meerdere motoren gelijktijdig uitvielen. De *Flight Manual* van Lockheed (de bouwer van de C-130) beschrijft deze noodsituatie dan ook niet, het trainingsprogramma voorziet evenmin in beoefenen van deze noodsituatie. (Rapport van de Koninklijke Luchtmacht, 31). De *Flight Manual* beschrijft wel een landing en *go-around* met een bestaande *Two Engines out*-situatie. In dat geval zijn de motoren reeds uitgevallen voor de piloot de landing gaat uitvoeren en kan hij zijn naderingssnelheid aanpassen aan de in de *Manual* aanbevolen *air speed* teneinde de *controllability* van het vliegtuig te behouden (Toelichting door het *Aviation Safety Directorate* van de Belgische Defensie-luchtcomponent). Op 15 juli 1996 ontstond de *two engines out*-situatie echter tijdens het landingsmanoeuvre, zodat de piloot geen voorbereidingen meer kon treffen om de noodoperatie uit te voeren

propeller eveneens afbrak. Het vliegtuig schoof nog meerdere tientallen meters verder en kwam uiteindelijk brandend, met de rechter vleugeltip op de grond, tot stilstand⁷⁾. Vrijwel onmiddellijk nadat het vliegtuig tot stilstand was gekomen, heerste er brand over beide vleugels, het hevigst over de rechtervleugel⁸⁾.

Ondanks de crash bleven bemanning en passagiers ongedeerd⁹⁾. De bemanning begaf zich van de cockpit naar het ruim om de grondevacuatieprocedure (ground evacuation procedure) te leiden¹⁰⁾. Door de aanvaring met de grond en de beweging waarbij eerst over links werd gedraaid en vervolgens over rechts, was de romp van het vliegtuig echter zodanig verwrongen geraakt dat alle uitgangen op manshoogte vanuit het ruim¹¹⁾ onbruikbaar waren geworden. De bemanning trachtte om de rechterachterdeur te openen, maar ten gevolge van de vervorming en de blokkering door zand kon ze niet worden geopend. Enkel de linker achterste paratroop door kon een twintigtal centimeter naar boven worden geschoven, maar zakte daarna weer terug.

Door een scheur in de zuurstoftoevoer ontstond intussen een hevige brand tussen de cockpit en het ruim (sterk gevoed door de zuurstof) die de toegang naar de cockpit - en dus naar de aldaar bruikbare vluchtwegen¹²⁾ die alle drie bruikbaar waren, omdat zij niet het gevolg van de romptordering hadden ondergaan¹³⁾ - versperde. Door de sterke rookontwikkeling waren de noodluiken in het dak van de romp¹⁴⁾ en de plaats van de *Chopping Locations* (op de zijkanten achter de vleugels) hoogstwaarschijnlijk aan het zicht onttrokken en wegens de giftigheid van de rook niet te bereiken¹⁵⁾). Bovendien waren de noodluiken in het dak (*hatches*) onbereikbaar wegens het ontbreken van ladders in het ruim¹⁶⁾). Tevergeefs probeerden twee bemanningsleden met een hakbijl nog een doorgang te forceren via een paratroop *door*¹⁷⁾. Alle inzittenden waren dus op hulp van buitenaf aangewezen. In het vliegtuig werd inmiddels een zwarte rook waargenomen, die heel smerig en scherp stonk, en de hitte nam erg toe. Toen het niet lukte om "eruit te komen", zijn alle

⁷⁾ Het vliegtuig bevond zich in een grasvlakte, ongeveer 320 meter links van de landingsbaan en ongeveer 150 meter verwijderd van een weg die door voertuigen kon worden gebruikt; van de plaats van botsing met de zwerm vogels was er ongeveer 500 meter afstand (Gezamenlijk rapport van de Belgische en Nederlandse luchtmacht, 12 en bijlage G; Rapport van de Koninklijke Luchtmacht, bijlage E).

⁸⁾ Uit het onderzoek van de Koninklijke Luchtmacht blijkt dat er van de circa 7600 liter brandstof die het vliegtuig op het moment van impact aan boord had, ongeveer 5650 liter verloren ging (Rapport van de Koninklijke Luchtmacht, februari 1997, 18).

⁹⁾ Uit de verklaringen van de overlevenden blijkt dat de noodlanding zelfs niet als verontrustend was ervaren. Nadat het vliegtuig tot stilstand was gekomen, heeft iedereen zijn gordel losgemaakt en is zich in het vliegtuig beginnen verplaatsen.

¹⁰⁾ Dit blijkt onder meer uit de positie van de *engine condition levers* en de *fire emergency control handles*, zoals die achteraf door de onderzoekers werd aangetroffen (Gezamenlijk rapport van de Belgische en Nederlandse luchtmacht, 7).

¹¹⁾ De beide Paratroop Doors, op de zijkanten ongeveer onder de vleugels, en de *Cargo Loading Ramp & Loading Door*, aan de onderzijde achteraan van de romp.

¹²⁾ De *Cockpit Hinged Windows* (noodramen in de cockpit), en de *Forward Escape Hatch* (een dakluik ter hoogte van de cockpit).

¹³⁾ De *Crew Entrance Door* (deur op de linkerflank, ter hoogte van de cockpit) was onbruikbaar, ook de *Side Emergency Exit* (een deur in de rechterflank, tussen de cockpit en de vleugels) blijkt onbruikbaar te zijn geweest, deze werd volledig verbrand teruggevonden; aangenomen wordt dat deze uitgang was versperd door de brand (Eindrapport van de Raad van Advies, 8).

¹⁴⁾ *Center en Aft Escape Hatch*, respectievelijk tussen de vleugels en voor het staartstuk.

¹⁵⁾ Eindrapport van de Raad van Advies, 8 en Rapport van de Koninklijke Luchtmacht, bijlage B.

¹⁶⁾ Rapport van de Koninklijke Luchtmacht, 25.

¹⁷⁾ Gezamenlijk rapport van de Belgische en Nederlandse luchtmacht, 19. Normaal zijn de *Chopping locations* zwakke plaatsen in het vliegtuig bedoeld voor reddingsacties met behulp van een bijl of zaag. In dit geval waren ze vermoedelijk door de rookontwikkeling aan het zicht onttrokken en hebben de bemanningsleden daarom getracht een *Paratroop Door* met een bijl open te krijgen.

inzittenden naar achteren gelopen vanwege de enorme hitte. De bemanning trachtte de brand in het ruim nog te doven met de brandblussers, maar dit blijkt asfyxerend¹⁸⁾ te hebben gewerkt. De rook verspreidde zich verder in het vliegtuig") en daarna "is het licht uitgegaan" (de passagiers verloren het bewustzijn ten gevolge van de giftige gassen)²⁰⁾.

De blus- en reddingsoperatie

Onmiddellijk na de aanvaring met de vogels (18.03 uur), liet de dienstdoende luchtverkeersleider, die vanuit de verkeerstoren het ongeval zag gebeuren, het ongeval omroepen, wat de tussenkomst van de brandweer van de luchtmachtbasis in gang zette. De centralist van de militaire brandweer op de basis nam daarop (18.06 uur) contact op met de civiele hulpdiensten via het noodnummer 06-11 om zoveel mogelijk ziekenwagens naar de basis te sturen. De politie, die inmiddels door een burger via het noodnummer 06-11 op de hoogte was gebracht van het neerstorten van een vliegtuig, nam op datzelfde ogenblik contact op met de verkeerstoren, en kreeg eveneens de opdracht om ambulances te sturen naar het vliegveld.

Omstreeks 18.07 uur kwamen de eerste brandweervoertuigen op de plaats van het ongeval aan²¹⁾. Dadelijk viel het metersgrote gat op in de rechterzijde van de romp, het vuur over de volle breedte van het vliegtuig, vlammen achter de reeds zwartgeblakerde ramen van de cockpit en de spuitende brandende kerosine aan de rechterzijde van het vliegtuig. De *On Scene Commander*²²⁾ liet onmiddellijk de bluswerkzaamheden beginnen en na twee minuten (om 18.09 uur) was de 90 % knockdown-fase reeds bereikt²³⁾. Het blussen was vooral gericht op het (maximaal) vuurvrij maken van de romp en het blussen van de brand in de rechtervleugel en -motor. Na een gecombineerde inzet van schuim, poeder en water was omstreeks 18.19 uur ook de brand in de rechtervleugel en -motor volledig onder controle. Er woedden nog wel kleine branden op verschillende plaatsen van het vliegtuig (onder meer bij de cockpit), maar vanaf dat ogenblik bestond er geen dreiging meer voor

¹⁸⁾ In het vliegtuig werden twee van de vier brandblussers leeg aangetroffen (Gezamenlijk rapport van de Belgische en Nederlandse luchtmacht, 71); deze brandblussers bevatten Halon 1211, een stof die bij grote concentratie zuurstofverdringend werkt en bijgevolg bijdraagt tot het versnellen van bewustzijnsverlies (Rapport van de Inspectie voor de Gezondheidszorg, 27).

¹⁹⁾ De wandbekleding van de Hercules bestond uit vinyl; bij verbranding hiervan ontstaat een zwarte rook met een penetrante geur. Uit het technisch onderzoek van het vliegtuig is gebleken dat circa 60 % van het isolatiemateriaal verdwenen was, van het vinyl was tussen de 90 en de 95 % verdwenen. Vermoedelijk is dit het gevolg geweest van de brand die gevoed werd door de zuivere zuurstof. Bij zulke brand kan de temperatuur zeer hoog oplopen (van 1000 tot 2000° C). Door de aantasting van het isolatiemateriaal zijn toxische stoffen vrijgekomen. De delen isolatiemateriaal die nog intact waren, bevonden zich nabij de paratroop-deuren achteraan het vliegtuig. Met name bij de rechterdeur, waar de meeste slachtoffers werden aangetroffen, was het grootste deel van de bekleding nog intact (ibid., 21-27).

²⁰⁾ Verklaringen van de overlevenden (ibid., 13). De inzittenden moeten vrij snel na het ongeval het bewustzijn hebben verloren. Dit kan geconcludeerd worden uit de verklaringen van de overlevenden dat "het licht uitging" en het ontbreken van gewaarwordingen zoals irritatie van de luchtwegen, hoesten, kortademigheid en pijn. Ook blijken geen van de overlevenden het grote gat in de romp te hebben gezien, zodat kan worden geconcludeerd dat zij het bewustzijn reeds hadden verloren voor de brand het gat in de romp sloeg (ibid., 25). Het gebruik van de brandblussers kan versnellend hebben gewerkt voor het bewustzijnsverlies.

²¹⁾ Wegens een greppel tussen de landingsbaan en het grasveld waar het vliegtuig gestrand was, hadden de voertuigen eerst nog rondom moeten rijden, waardoor zij twee minuten hadden verloren.

²²⁾ Dit is de commandant van de vliegbasisbrandweer ter plaatse.

²³⁾ De 90 % knockdown-fase is de fase waarin de romp vuurvrij is en de overlevenden - materieel gezien - zelfstandig uit het toestel kunnen komen (in dit geval kon dit laatste niet gezien de blokkering van de deuren door de verwringing van de romp).

escalatie van de brand. De vliegbasisbrandweer, die enkel uitging van de aanwezigheid van de bemanning, concentreerde zich bij de nablissing op de brandende cockpit.

De regionale brandweer, die om 18.15 uur door de basisbrandweer was gealarmeerd, kwam om 18.25 uur toe, nadat de voertuigen door een gesloten spoorwegovergang opgehouden waren geweest. Na het inzetten van de manschappen in de brandbestrijding ter versterking van de basisbrandweer, verzocht de *On Scene Commander* om 18.33 uur de bevelvoerder van de regionale brandweer om hulpverleningsgereedschap om de cockpit te openen en om hogedrukspuiten om de brand binnenin het vliegtuig te blussen. Op dat ogenblik wist de *On Scene Commander* nog steeds niet dat er zich in het vliegtuig meer dan veertig personen bevonden. Om onverklaarde redenen was hem blijkbaar niet meegedeeld dat er zich aan boord van het brandende vliegtuig niet enkel de vier bemanningsleden bevonden, maar tevens nog 38 passagiers²⁴). Aangezien van bij de aankomst van de basisbrandweer ter plekke de brand in de cockpit werd waargenomen en de ramen van de cockpit reeds zwart geblakerd waren, werd er van uitgegaan dat de bemanning de crash en brand niet had overleefd en werd het leven van de interveniërende brandweerlieden niet in gevaar gebracht door een wanhopige poging te ondernemen om alsnog te trachten in de brandende cockpit te raken.

Omstreeks 18.37 uur was de brandweer uiteindelijk in het toestel aanwezig door een toegang tot de cockpit te forceren. Kort daarna (om 18.39 uur) werd tot grote verbazing van de brandwachten, die zich enkel verwachtten aan vier lichamen in de cockpit, een slachtoffer in het ruim ontdekt. Iets daarna werden ook de tientallen andere slachtoffers in het ruim ontdekt. Vanaf dat ogenblik kwam de eigenlijke redding pas op gang²⁵). Om 18.45 uur werd de linkerachterdeur met een hydraulische spreider gedeeltelijk omhooggeschoven. De andere uitgangen konden niet worden geopend. Omstreeks 19.45 uur werd het laatste slachtoffer uit het wrak gehaald, 31 van de inzittenden bleken te zijn overleden, waaronder de vier bemanningsleden, drie andere inzittenden zouden op weg naar of in het ziekenhuis overlijden. Uiteindelijk zouden slechts zeven inzittenden het ongeval overleven, zij het met zware fysieke en psychische letsels²⁶).

²⁴) Op weg naar de plaats van de ramp had de *On Scene Commander* aan de verkeersleiding gevraagd hoeveel personen zich in het vliegtuig bevonden. Er werd hem geantwoord dat het aantal *niet precies* bekend was, zodat de *On Scene Commander* ervan uitging dat er alleen bemanning aan boord was (Rapport van de Inspectie Brandweerzorg, 17).

²⁵) Op datzelfde ogenblik ontving de verkeersleiding ook een bericht vanuit Melsbroek, thuisbasis van de gecrashte C-130, dat er zich ongeveer 40 personen aan boord bevonden. De verkeersleider heeft vervolgens de centralist van de alarmcentrale van de vliegbasis op de hoogte gesteld van dit bericht. Dit laatste is enigszins merkwaardig, nu de verkeersleider naar eigen zeggen reeds om 18.03 uur aan diezelfde centralist had meegedeeld dat er zich minstens 25 personen aan boord bevonden en hij ervan overtuigd was dat iedereen dit gegeven dan ook kende, zodat achteraf de vragen van de brandweercommandant en de arts enkel werden beantwoord met "geen exact aantal bekend.

²⁶) De meeste overlevenden kampten met ernstige respiratorische insufficiëntie. Bij het postmortaal onderzoek van de bemanningsleden werden in het bloed koolmonoxide en cyanide aangetroffen, waaruit blijkt dat zij de producten die bij de brand ontstaan zijn, hebben ingeademd. De ademhalingswegen van de onderzochte lichamen bevatten roethoudend materiaal en de longen waren zwaar en bloedrijk. Op diverse organen werden stipvormige bloedinkjes waargenomen, passend bij zuurstofnood. Enkele slachtoffers hadden zware verwondingen opgelopen door rechtstreekse blootstelling aan vuur, de meesten waren evenwel onrechtstreeks slachtoffer van het vuur, met name door langdurige blootstelling van lichaamsdelen aan een heet oppervlak en door contact met hete deeltjes. Het gegeven dat bij een aantal slachtoffers de ogen niet geheel dichtgeknepen waren (een reactie die bij bewustzijn reflexmatig gebeurt bij bedreiging door vuur) en het hoornvlies beschadigd was, maakt het zeer aannemelijk dat deze slachtoffers het bewustzijn hadden verloren voor het ontstaan van de brandwonden. Vele verwondingen gaven aan dat het om ernstige contactverbrandingen ging, door het contact van het bewusteloze lichaam met de hete romp (deeltjes smeltend metaal of synthetisch materiaal) - de kleding van de slachtoffers bleek immers grotendeels intact - of door de grote hitte.

De onderzoeken

De ernst van het ongeval en de opeenvolging van de noodlottige toevalligheden die tot de catastrofe hadden geleid, leidden tot een hevige en langdurige polemiek in pers en politiek. Uiteenlopende aantijgingen, gissingen, veronderstellingen en ook terechte aanklachten zetten de militaire en burgerlijke overheden onder zware druk. Meerdere onderzoeken werden ingesteld. Op verzoek van de bevelhebber der Nederlandse Luchtstrijdkrachten en de gemeente Eindhoven werd door het Ministerie van Binnenlandse Zaken een onderzoek gevoerd naar de wijze van alarmering en hulpverlening door zowel militaire als civiele instanties. In een afzonderlijk onderzoek door het Ministerie van Binnenlandse Zaken werden het functioneren van de militaire en civiele staven, de opvang van de families van de slachtoffers, de voorlichting enz. nagetrokken. Een derde rapport, van de Nederlandse Koninklijke Luchtmacht, richtte zich op de oorzaak van het ongeval met het oog op de vliegveiligheid. Een gecombineerde Belgisch-Nederlandse commissie en een Raad van advies van het Nederlandse Ministerie van Defensie voerden gelijklopende onderzoeken. Tenslotte stelde ook het openbaar ministerie een onderzoek in.

Onderzoek naar de status van de bemanning

In meerdere persartikelen werd de bekwaamheid van de Belgische bemanning in twijfel getrokken. Voornamelijk de copiloot, die het vliegtuig bestuurde op het ogenblik van het ongeval²⁷⁾, zou volgens een aantal berichten niet de nodige bekwaamheid hebben gehad om het toestel te bedienen. In het gezamenlijk rapport van de Belgische en Nederlandse luchtmacht concludeerden de onderzoekers dat alle bemanningsleden voldeden aan de kwalificatie-eisen en geoefendheid van de Belgische luchtmacht en dat ze de vlucht met de C-130 mochten uitvoeren²⁸⁾. De Raad van Advies nuanceerde deze stelling wel voor wat de copiloot betreft. Waar de boordcommandant, de *flight engineer* en de *loadmaster* in het rapport van de Raad van Advies als zeer ervaren werden gekwalificeerd²⁹⁾, werd de copiloot als *een vlieger met weinig ervaring* op de C-130 gekwalificeerd³⁰⁾. Ten tijde van het ongeval had hij 582 vlieguren achter de rug, waarvan 138 op de C-130. Hij was sedert februari 1996 in de eenheid en was sedert april 1996 gekwalificeerd als copiloot³¹⁾.

Het onderzoeksrapport van de Nederlandse Koninklijke Luchtmacht stelt eveneens dat de piloten (ook de boordcommandant³²⁾) over een relatief geringe ervaring beschikten op

Vervolg⁴⁰⁾ Mogelijk speelde ook een chemische agens (de inhoud van de brandblussers) een rol bij de diepte van de verbranding. In sommige gevallen was de conventionele behandeling van excisie en huidtransplantatie voor de overlevenden niet meer mogelijk en moesten lichaamsdelen worden geamputeerd. (Verslag van de Inspectie voor de Gezondheidszorg, 17-19 en 26-29).

²⁷⁾ Uit de radiogesprekken met Eindhoven Tower is door stemherkenning gebleken dat de vliegtuigcommandant de radio bediende en optrad als *Pilot non Flying*; de copiloot, gezeten op de rechterstoel in de cockpit, trad op als *Pilot-Flying*. Laatstgenoemde had de kwalificatie P2, wat betekent dat hij het vliegtuig mocht besturen vanuit de rechter cockpitstoel, onder toezicht van de vliegtuigcommandant (Gezamenlijk rapport van de Belgische en Nederlandse luchtmacht, 18).

²⁸⁾ Gezamenlijk rapport van de Belgische en Nederlandse luchtmacht, 9 en 17.

²⁹⁾ De boordcommandant had 2102 vlieguren achter de rug, waarvan 1436 op de C-130. De *Flight Engineer* en de *Loadmaster* hadden respectievelijk 634 en 6477 vlieguren op de C-130, deze twee bemanningsleden vlogen al hun vlieguren trouwens uitsluitend op C-130.

³⁰⁾ Eindrapport van de Raad van Advies, 5.

³¹⁾ Rapport van de Koninklijke Luchtmacht, 11.

³²⁾ Wellicht baseerden de onderzoekers van de KLu zich voor hun oordeel over de bekwaamheid van de boordcommandant op het gegeven dat betrokkene de kwalificatie van *aircraft commander C-130 H* slechts in april 1996 had behaald. De vereisten om die kwalificatie te behalen omvatten echter wel het voldoen aan meerdere voorafgaande kwalificaties en missies, en een vliegervaring van minstens

vliegtuigen van het type Hercules. Toch besluit het onderzoeksteam van de Koninklijke Luchtmacht dat *de ervaring van de bemanning, met name de vliegers, niet beschouwd (wordt) als factor: Immers, gelet op de plotselinge confrontatie met een niet te ontwijken grote zwerm vogels, de beslissing tot doorstart, de unieke situatie van het door de vogel-aanvaring gelijktijdig uitvallen van meerdere motoren tijdens de kritieke fase van de doorstart, de onbekendheid en daaraan gekoppelde ongevoelendheid in deze noodsituatie, het korte tijdsbestek waarbinnen de situatie moest worden geanalyseerd en eventuele correctieve handelingen moesten worden verricht, kan niet worden gesteld dat een meer ervaren bemanning het ongeval had kunnen voorkomen*".

In tegenstelling met het standpunt van de KLu laat de Raad van Advies doorschemeren dat volgens hem de beslissing om een doorstart te maken in combinatie met de aanwezigheid van de vogels wel aan de basis ligt van het ongeval zelf: *"Het is bijna zeker dat de beslissing om een doorstart uit te voeren werd ingegeven door de aanwezigheid van vogels. Deze beslissing is hoogstwaarschijnlijk instinctief genomen. Gesteld kan worden dat het doorzetten van de landing onder de gegeven omstandigheden een veiliger keuze zou zijn geweest"*³⁴). Wie de beslissing nam tot het maken van een doorstart eerder dan te trachten alsnog te landen ondanks de aanwezigheid van de vogels (wat mogelijks ook tot de crash had kunnen leiden), is niet duidelijk: de copiloot die bestuurde of de boordcommandant onder wiens toezicht de copiloot stuurde? Wel slaagde de copiloot erin, toen de aanvaring met de vogels een feit was, om een geslaagde noodlanding te maken. Volgens de verklaringen van de overlevenden werd de landing immers niet als verontrustend ervaren en raakte niemand gewond. Mogelijks verklaart dit het hiervoor vermelde standpunt van de onderzoekers van de KLu (de relatief geringe ervaring wordt niet als factor beschouwd).

Het onderzoek naar het optreden van de basisinstanties voor het ongeval

Zoals reeds aangegeven, was het ongeval te wijten aan de aanvaring met een grote zwerm vogels. De aanwezigheid van vogels nabij de landingsbanen is een van de hoofdaandachtspunten van elke militaire en burgerlijke luchthavenautoriteit³⁵). Op de Vliegbasis Eindhoven is het gebruikelijk dat een 'vogelman' bij militaire openstelling van de landingsbaan zich ongeveer een half uur voor de verwachte landingstijd naar de landingsbaan begeeft om te kijken of er vogels aanwezig zijn³⁶) en deze eventueel te verjagen door het afvuren van 'verjaagpatronen'.

Op de dag van het ongeval was landelijk tot 15.00 uur een 'vogeltrek 6' van kracht (op een schaal van 0 tot 8), zodat rekening diende te worden gehouden met een verhoogd

Vervolg ³²⁾ 1500 uren, waarvan 500 op type. In het geval van de betrokken boordcommandant lag het aantal vliegreuren op Hercules merkkelijk boven het vereiste minimum (1436 op het ogenblik van het ongeval). De beoordeling van de ervaring van de piloot op *vliegtuigen van het type Hercules*, zoals weergegeven in het rapport van de onderzoekers van de KLu, komt dan ook wat vreemd over. Allicht doelden de onderzoekers op de geringe ervaring als boordcommandant en niet op de geringe ervaring op Hercules.

³³⁾ Rapport van de Koninklijke Luchtmacht, 27.

³⁴⁾ Eindrapport van de Raad van Advies, 11 en 12.

³⁵⁾ Over de negatieve implicaties van de aanwezigheid van dieren op militaire operaties, zie: S. Horvat, "Les droits de la nature dans les domaines militaires" in: F.-X. Ribordy (red.), *La nature et la loi. Le pluralisme juridique dans la gestion de la nature - Nature and Law. Legal Pluralism in Environmental Stewardship*, Sudbury, Laurentian University Press, 1999, 187-205.

³⁶⁾ Vanuit de verkeerstoren kan slechts een klein deel van de vogelpopulatie worden overzien, ook bij gebruik van verrekijkers; inspectie en verjaging vanaf de landingsbaan is daarom de gangbare praktijk (Rapport van de Koninklijke Luchtmacht, 31).

'vogelaanvaringsrisico'. De waarschuwing werd evenwel om 15.00 uur ingetrokken, zodat op het ogenblik van de nadering van de C-130 (18.00 uur) geen vliegbepalingen op landelijk niveau inzake 'vogelaanvaringspreventie' meer van kracht waren. Evenwel was de vrijdag voorafgaand aan het ongeval het gras langs de landingsbaan gemaaid en was men op de dag van het ongeval bezig met het verwijderen van het maaisel. Een en ander resulteerde in een permanente voortdurende verhoogde vogelactiviteit van voornamelijk Kieviten en spreeuwen. De verspreiding van de vogels was onoverzichtelijk en moeilijk voorstelbaar. De middag van het ongeval werden bij herhaling groepen spreeuwen en Kieviten waargenomen en verjaagd. Om 17.50 uur werd nog een burgervliegtuig door de verkeersleiding van de (burger)luchthaven van Eindhoven voor de start tegengehouden na de waarneming van vogels boven de startbaan³⁷⁾.

De verwachte landingstijd van de C-130 was 18.23 uur, maar door de snellere afhandeling van de formaliteiten te Rimini was het vliegtuig aldaar ruim twintig minuten vroeger dan gepland opgestegen en daarom ook meer dan twintig minuten vroeger dan gepland boven Eindhoven, zodat het vliegtuig de landingsprocedure reeds aan het uitvoeren was toen de vogelman zich nog naar de landingsbaan diende te begeven. Op dat ogenblik nam de verkeersleiding vanuit de verkeerstoren een zwerm Kieviten waar ter hoogte van de landingsbaan en vuurde vanuit de toren een aantal verjaagpatronen af waarna de zwerm vogels zich verplaatste. Toen de verkeersleiding vervolgens vaststelde dat haar voorraad verjaagpatronen opgebruikt was, riep zij de 'vogelman', die op weg was naar de landingsbaan, naar de verkeerstoren om nieuwe verjaagpatronen te leveren. Omstreeks 18.00 uur kwam de 'vogelman' in de verkeerstoren toe, op het ogenblik dat de C-130 zich bij de verkeersleiding meldde voor de landingsoperatie. Door het naar de verkeerstoren roepen van de 'vogelman' had een daadwerkelijke controle op aanwezigheid van vogels in het landingsgebied niet kunnen plaatsvinden en 'vogelman' en verkeersleider konden dus niets anders meer dan met verrekijkers vanuit de verkeerstoren naar het zichtbare gedeelte van de landingsbaan te kijken. In eerste instantie werden geen vogels waargenomen, zodat aan de C-130 toestemming werd gegeven zijn nadering voor de landing door te zetten. Luttele seconden later werd de piloot van het vliegtuig op zeer lage hoogte echter geconfronteerd met de aanwezigheid van honderden vogels boven diezelfde landingsbaan, die de manoeuvre van het vliegtuig catastrofaal zouden doen eindigen.

Het onderzoek naar de hulpverlening na het ongeval⁴⁰⁾

Op de militaire luchthaven van Eindhoven is het "rampenbestrijdingsplan Welschap"

³⁷⁾ Rapport van de Koninklijke Luchtmacht, 16.

³⁸⁾ De 'vogelman' was door de verkeersleiding niet op de hoogte gesteld van de vervroegde aankomsttijd van de C-130 (Eindrapport van de Raad van Advies, 9).

³⁹⁾ *ibid.*-

⁴⁰⁾ Het onderzoek naar het exacte verloop van de gebeurtenissen na het ongeval werd ernstig bemoeilijkt doordat er geen geluidsband beschikbaar was van de gesprekken tussen de verkeersleiding en de alarmcentrale van de basisbrandweer. Evenmin was er een geluidsband van de gesprekken op het zogenaamde crashnet (een mobilfoonnet) en het brandweernet van de vliegbasis. Het ontbreken van deze geluidsband maakt het onmogelijk om de exacte reconstructie van de gebeurtenissen te doen. Onder meer het vraagstuk omtrent het al dan niet meedelen door de verkeersleiding aan de brandweer dat er zich minstens een 25-tal personen aan boord moesten bevinden, blijft aldus onopgelost. Volgens de verkeersleider heeft hij om 18.04 uur de vliegbasisbrandweer bericht dat er versterking van brandweer en ambulances nodig was en dat er minstens 25 personen aan boord waren. De centralist van de basisbrandweer herinnerde zich in de loop van het onderzoek echter niet meer de exacte inhoud van het gesprek. Wel belde hij om 18.06 uur het noodnummer 06-11 teneinde zoveel mogelijk ziekenwagens naar de vliegbasis te sturen (Rapport van de Inspectie Brandweezorg, 15).

van kracht. Dit plan is in maart 1995 ontstaan onder leiding van de gemeente Eindhoven met de medewerking van de Vliegbasis Eindhoven (militaire deel van de luchthaven), Eindhoven Airport (burgerlijke deel van de luchthaven) en de Koninklijke Marechaussee. Het plan beschrijft een aantal scenario's, onder meer voor vliegtuigongevallen. Scenario 1 veronderstelt een vliegtuigongeval met het (vermoedelijk) maximum twee slachtoffers; in dat geval blijft de afhandeling van het voorval volledig in handen van de militaire luchthavenautoriteiten; er moet wel een melding geschieden aan de officier van dienst van de Eindhovense brandweer. Scenario 2 veronderstelt een vliegtuigongeval met (vermoedelijk) tussen de drie en de tien slachtoffers; scenario 3 een vliegtuigongeval met (vermoedelijk) meer dan tien slachtoffers. In deze twee gevallen wordt de zogenaamde overheidsdrempel overschreden: de hulpverlenende diensten van de gemeente moeten worden gealarmeerd en een functionaris van de gemeente Eindhoven is dan belast met de algehele leiding met betrekking tot het ongeval⁴¹).

Ten tijde van het ongeval was het exacte aantal personen aan boord van het vliegtuig niet officieel bekend op de vliegbasis⁴². Een C-130 wordt evenwel gevlogen door een bemanning van minstens vier personen, zodat in elk geval minimaal scenario 2 van toepassing was. Op de vlieghaven Eindhoven komen dagelijks C-130-vliegtuigen aan, en op de basis zijn twee Nederlandse C-130's gestationeerd, zodat de minimale bemanning en dus de toepassing van scenario 2 bekend moest zijn bij de verantwoordelijken⁴³). Via informele contacten waren de dienstdoend verkeersleider en zijn assistent er overigens van op de hoogte dat het Nederlandse fanfarekorps zich in het vliegtuig bevond, zonder het exacte aantal personen te kennen waaruit het korps bestond⁴⁴). Ook de afdeling passagiersafhandeling was ervan op de hoogte dat er ongeveer 40 personen zouden meereizen⁴⁵). Toch werd, blijkbaar door een misverstand tussen de verkeersleider en de centralist, noch scenario 2 noch scenario 3 afgeroepen.

De verkeersleider leefde in de veronderstelling dat de *On Scene Commander* op de hoogte was van het bericht van 18.03 uur tussen de verkeersleiding en de centralist van de basisbrandweer, waarin de verkeersleider naar eigen zeggen zou hebben gemeld dat er minstens 25 personen aan boord waren. Toen de *On Scene Commander* op weg naar de rampplek vroeg naar het aantal inzittenden, werd hem dus enkel meegedeeld dat het *exacte* aantal niet bekend was. Ook de militaire arts die zich naar de rampplek begaf kreeg als antwoord dat het *exacte* aantal niet bekend was. Dat het mogelijk om 25 personen ging, werd niet vermeld. De verkeersleider zag vanuit de verkeerstoren grote activiteit van de

⁴¹) De laatste oefening van het rampenbestrijdingsplan Welschap vond plaats in de maanden mei-juni 1996. Tijdens deze oefencyclus heeft personeel van de civiele brandweer en van de luchthavenbrandweer samen geoefend op de vliegbasis (Rapport van de Gemeente Eindhoven, bijlage 1, 7). Gezien het uiterst sporadisch voorkomen van grote vliegtuigongevallen heeft echter geen enkele luchthavenbrandweer ervaring met dit soort situaties. Oefeningen kunnen dit gemis aan ervaring niet (volledig) compenseren. "*De werkelijkheid is nu eenmaal niet in alle opzichten na te bootsen met oefeningen*". (Rapport van de Inspectie Brandweezorg, 28).

⁴²) De vlichtopdracht waarin het geschatte aantal passagiers wordt weergegeven was niet naar de verkeersleiding gestuurd. De richtlijnen van de ICAO (Doc. 4444) stipuleren namelijk dat "*field 19*", het vak dat het aantal personen aan boord weergeeft, *supplementary information* is en niet automatisch moet worden meegestuurd met de rest van het vliegplan. Dit heeft onder meer tot gevolg dat noch het vliegveld van bestemming noch het *Rescue Coordination Center* op de hoogte zijn van in inhoud van *field 19* (Gezamenlijk rapport van de Belgische en Nederlandse luchtmacht, bijlage D).

⁴³) In meer dan de helft van de vluchten van C-130's op Eindhoven zijn er, naast de bemanning, passagiers aan boord (Rapport van de Inspectie Brandweezorg, 35). De vraag is evenwel of de brandweer dit wist.

⁴⁴) Rapport van de Koninklijke Luchtmacht, februari 1997, 24.

⁴⁵) Rapport van de Inspectie Brandweezorg, 19.

hulpverleningsdiensten en nam daardoor aan dat zijn informatie aan de hulpverleners bekend was. In feite hielden alle hulpverleners alleen rekening met de bemanning aangezien er "geen exacte gegevens" omtrent het aantal inzittenden waren. Omdat bij aankomst van de brandweer de cockpit in brand stond en de vensters reeds zwartgeblakerd waren, veronderstelden zij dat de bemanning al in de brand was omgekomen. De centralist van de vliegbasisbrandweer verzocht tenslotte om 18.13 uur, conform scenario 2 van het calamiteitenplan (hoewel dit niet afgekondigd was), de marechaussee en de regionale brandweer om bijstand⁴⁶⁾. Vanaf 18.21 uur werd op het rampterrein gewag gemaakt van vier slachtoffers (de bemanning), zodat automatisch scenario 2 van toepassing werd. De alarmcentrale van de civiele brandweer maakte op dat ogenblik bekend dat de overheidsdrempel overschreden was en de officier van dienst alarmeerde dan ook twee extra tankautospuiten⁴⁷⁾. Pas om 18.47 uur ging de commandant van de luchthavenbrandweer over tot het afkondigen van scenario 3.

Door het ontbreken van tijdige en juiste informatie omtrent het exacte aantal inzittenden werd pas vanaf 18.47 uur (dus 44 minuten na het ongeval) gestart met de alarmering volgens het voorgeschreven scenario (scenario 3). Volgens de onderzoekers had bij juiste en tijdige alarmering reeds om 18.06 uur kunnen worden gealarmeerd volgens scenario 3. De gemeentelijke brandweer had bij een correcte melding dan ook ruim tien minuten eerder ter plaatse kunnen zijn⁴⁸⁾.

De brandbestrijding zelf werd tactisch goed aangepakt. Er werd snel een toestand bereikt dat de romp volledig vrij was van vuur: de 90 % knockdown-toestand werd reeds na twee minuten bereikt. Omstreeks 18.10 uur verrichtte de *On Scene Commander* een verkenning rond het vliegtuig om na te gaan of er toegang tot de cockpit en de romp te verkrijgen was zonder bijkomende apparatuur. De toegang tot de cockpit linksvoor, de deur linksachter, het laadluik en de deur rechtsachter bleken volgens zijn verklaring geen van allen te openen⁴⁹⁾.

Onderzoek van de veiligheidsuitrusting

Uit het technisch onderzoek is gebleken dat de inzittenden, ondanks de aanwezigheid van veiligheidsuitrusting en meerdere vluchtwegen, zichzelf niet konden redden wegens de onwetendheid over of de ontoereikendheid van deze vluchtmiddelen. De militaire en

⁴⁶⁾ Ibid., 16 en bijlage A.

⁴⁷⁾ Ibid., 4.

⁴⁸⁾ Uit het onderzoek blijkt dat dit gegeven evenwel maar een beperkte tijdswinst zou hebben betekend, omdat op datzelfde ogenblik de meeste betrokken medewerkers toch reeds op het rampterrein aanwezig waren, hetzij in een andere functie, hetzij uit eigen initiatief opgekomen (vele hulpverleners en medewerkers van de basis zijn na het vernemen van de crash naar de vliegbasis gekomen om hulp te bieden), maar "men had zich dan mentaal veel scherper op de situatie kunnen instellen". Nu werd de onjuiste en onvolledige alarmering niet gecorrigeerd, zodat de hulpverleners tot 18.39 uur in het ongewisse zijn gebleven omtrent het aantal inzittenden. (Rapport van de Gemeente Eindhoven, 14).

⁴⁹⁾ Rapport van de Inspectie Brandweezorg, 25. Uit verklaringen van andere hulpverleners die achteraf (om 18.42 uur) een toegang tot het vliegtuig trachtten te forceren, blijkt dat de linkerachterdeur op dat ogenblik ontgrendeld kon worden en minstens gedeeltelijk kon worden geopend. De onderzoekers zijn dan ook de mening toegedaan dat de deur om 18.10 uur, na de 90 %-*knockdown*, had kunnen geopend worden. De temperatuur aan de buitenzijde van het toestel ter hoogte van de linkerachterdeur is niet hoog geweest, aangezien de verf er nog volledig intact was, zodat vanaf 18.10 uur een aanvang had kunnen worden gemaakt met de redding van de slachtoffers via de linkerachterdeur, aldus nog het rapport van de onderzoekers. Indien de melding aan de Eindhovense brandweer goed was verlopen, had die ook al om 18.15 uur ter plaatse kunnen zijn om bijstand te leveren bij de redding langs de linkerachterdeur, terwijl een deel van het personeel verder de brandbestrijding deed (ibid., 27).

burgerlijke overheden hebben uit het voorval een reeks besluiten getrokken en veranderingen doorgevoerd teneinde gelijksoortige gebeurtenissen in de toekomst te vermijden. Aan de linkerkant van de romp van de Nederlandse C-130's werd een noodluik geïnstalleerd⁵⁰), waardoor de ontsnappingsmogelijkheid wordt vergroot. Het zuurstofsysteem werd gewijzigd om overmatig weglekken van zuurstof bij een ongeval te minimaliseren⁵¹). Ook werd de escape-uitrusting van de C-130-vliegtuigen aangevuld met onder meer *smokehoods*, blusdekens, extra zaklampen (aangebracht aan de wand van het vliegtuig), grote hakbijlen, grote draadscharen, koevoeten, escape-touwen, megafoons⁵²) en werden *full face masks* geïnstalleerd in de cargoruimte. Bij de Belgische luchtmacht wordt sedert het ongeval te Eindhoven ook telkenmale een demonstratie gegeven van de veiligheidsinstructies, zoals deze plaatsvinden in passagiersvluchten van commerciële luchtvaartmaatschappijen. Een aangepast jaarlijks trainingsprogramma voor bemanningsleden en hulpverleners (Post Crash Management) en een trainingsprogramma in vluchtsimulator met uitval van meer dan één motor zijn nu ook verplicht bij de Belgische luchtmacht.

Het verloop van het strafproces

Een eerste militair werd in 1999 vervolgd, doch bij arrest van 8 oktober 1999 van de militaire kamer van het gerechtshof te Arnhem vrijgesproken. Het hof oordeelde dat het het meest waarschijnlijk lijkt dat de meeste mensen *aan* boord van het vliegtuig reeds *zijn* overleden ten *gevolge* van de grote hitte (en, naar het oordeel van de rechtbank, de daarbij opgetreden effecten, zoals *rookgasvergiftiging*, zuurstofgebrek en inwerking van toxische en etsende hete gassen, alsmede huidverbranding), in de eerste minuten na de crash en derhalve voor; dan wel kort na de aankomst van de *basisbrandweer*. Het hof ging er tevens vanuit dat aannemelijk is *dat* op dat moment de (nog) levenden allen zwaargewond (waren) en dat ten aanzien van de vraag op welk moment na die eerste minuten bij de nog niet overleden slachtoffers de dood is ingetreden of onomkeerbaar letsel is ontstaan, niets met zekerheid kon worden gezegd.

Op 9 juni 2000 ging de Officier van Justitie van Arnhem over tot dagvaarding van de luchtverkeersleider en de On Scene *Commander* van de luchtmachtbasis van Eindhoven. Onmiskenbaar zijn de conclusies van het rapport van de Inspectie Brandweezorg en Rampenbestrijding⁵³) doorslaggevend geweest voor de beslissing van de Officier van Justitie om de vervolging in te stellen. Beiden werd verweten in de uitoefening van hun

⁵⁰) Een studie werd uitgevoerd door de vliegtuigbouwer Lockheed, doch een dergelijke modificatie bleek niet mogelijk op de Belgische C-130's (Gegevens van het Aviation Safety Directorate van de Belgische Defensie-luchtcomponent).

⁵¹) De vliegtuigen worden geleidelijk uitgerust met OBOGS (On Board Oxygen Generating System). Momenteel is nog één vliegtuig van de Belgische Defensie-luchtcomponent in modificatie (Gegevens van het Aviation Safety Directorate van de Belgische Defensie-luchtcomponent).

⁵²) Deze aanvulling van de *escape*-middelen werd in het rapport van ongeval van de Koninklijke Luchtmacht in de aanbevelingen opgenomen (p. 41-42). Intussen gaf het voorval met de in augustus 2000 gezonken Russische duikboot K-141 "Koersk" in de Barentssee eveneens de noodzaak aan van eenvoudige seinmiddelen naar buitenuit, teneinde de aanwezigheid van leven in het toestel te melden. Ook daar blijken tientallen mensen volledig op de hulp van buitenaf aangewezen te zijn geweest en vruchteloos te hebben gewacht op deze hulp.

⁵³) De conclusies van de Inspectie Brandweezorg en Rampenbestrijding (p. 29 en 35) luiden: "De *reddingsactiviteiten* hadden ten minste 25 minuten eerder begonnen kunnen worden. Het opgetreden *tijdsverlies* heeft tot gevolg gehad dat de bemanningsleden en passagiers *langer* dan nodig zijn blootgesteld *aan* voor de gezondheid zeer *schadelijke* fysische en *chemische factoren*. Het is niet uit te sluiten dat *bij* een eerdere redding minder dodelijke *slachtoffers* te betreuren zouden *zijn* geweest. Voor de letsels van de overlevenden geldt eveneens dat *zij naar omvang* en ernst een gunstiger prognose zouden hebben gehad."

ambt of beroep aanmerkelijk onachtzaam en/of onzorgvuldig en/of nalatig te zijn geweest, (mede) waardoor of ten gevolge waarvan het aan hun schuld te wijten is geweest dat er door gebrek aan zuurstof en/of een (langdurige) blootstelling aan hitte en/of (hete) gassen met giftig stoffen 34 (in elk geval één of meer) inzittenden zijn overleden en/of 7 (de overige) inzittenden zwaar lichamelijk letsel hebben bekomen.

De majoor-dienstdoend verkeersleider werd in het bijzonder verweten:

- bij de alarmering om 18.03 uur via de crashroep niet tevens te hebben vermeld dat er een muziekkapel en/of minstens 25 personen aan boord waren;

- in strijd met het calamiteitenplan niet scenario 3 te hebben afgekondigd of doen afkondigen;

- niet, althans op onduidelijke wijze, aan de brandweercentralist te hebben doorgegeven dat er een muziekkapel en/of tenminste 25 personen aan boord waren en de brandweercentralist niet te hebben verzocht of opgedragen aan de hulpverleningsinstanties door te geven dat er een muziekkapel en/of tenminste 25 personen aan boord waren;

- aan de On Scene Commander van de basisbrandweer en aan de dienstdoende basisarts, toen dezen na de crashmelding informeerden naar het (mogelijke) aantal inzittenden, telkens te hebben medegedeeld dat dat aantal niet (precies) bekend was en niet te hebben meegedeeld dat er in elk geval een muziekkapel aan boord was en/of tenminste 25 passagiers aan boord waren;

- aan de politie, toen deze omstreeks 18.06 uur informeerde naar de (omvang van de) ramp, niet te hebben doorgegeven dat er een muziekkapel aan boord was en/of minstens 25 passagiers aan boord waren, en dit bij een later stadium bij soortgelijke contacten ook niet te hebben gedaan;

- aan de civiele brandweer, toen deze omstreeks 18.12 uur informeerde of bijstand nodig was en daarop negatief werd geantwoord, niet corrigerend te hebben ingegrepen en niet te hebben meegedeeld dat er een muziekkapel aan boord was en/of minstens 25 passagiers aan boord waren;

- aldus een tijdige(r) en/of adequate(re) redding en/of hulpverlening te hebben belemmerd of vertraagd;

(mede) waardoor of tengevolge waarvan het aan zijn schuld te wijten is geweest dat er door gebrek aan zuurstof en/of langdurige blootstelling aan hitte en hete gassen met giftige stoffen, 34 of in elk geval één of meer inzittenden zijn overleden en/of 7 inzittenden zwaar lichamelijk letsel hebben bekomen.

Aan de sergeant-majoor dienstdoend On Scene Commander werd in het bijzonder verweten:

- na aan de centralist van de basisbrandweer de afkondiging van scenario 2 te hebben meegedeeld, daarna de ontvangst van dat bericht niet te hebben laten bevestigen door die centralist en de procedure niet te hebben herhaald, terwijl hij wist dat er die dag veel ruis op het net was en dat de verbindingen gebrekkig waren;

- bij de benadering van het vliegtuig niet op de hoogte te zijn geweest van het bestaan van een greppel, waardoor de brandweervoertuigen dienden om te rijden;

- niet te hebben geweten dat er zich op het dak van een C-130 een noodluik bevond, dat makkelijk te openen zou zijn geweest;

- nadat de brand 90 % knockdown was, niet (met de nodige inzet) geprobeerd te hebben via de linkerachterdeur een toegang te verkrijgen of te forceren door die deur te unlocken en met een spreider (gedeeltelijk) te openen;

- zich - en zijn personeel - tot omstreeks 18.30 of 18.40 uur enkel of overwegend te heb-

ben beziggehouden met bluswerkzaamheden en geen of onvoldoende pogingen te hebben ondernomen om (zo spoedig mogelijk) werkzaamheden te laten verrichten die gericht waren op het redden van inzittenden;

- geen of althans onvoldoende rekening te hebben gehouden met de mogelijkheid van (aanmerkelijk) meer dan vier of acht inzittenden;

- aldus een tijdige(r) en/of adequate(re) redding en/of hulpverlening te hebben belemmerd of vertraagd,

(mede) waardoor of tengevolge waarvan het aan zijn schuld te wijten is geweest dat er door gebrek aan zuurstof en/of langdurige blootstelling aan hitte en hete gassen met giftige stoffen, 34 of in elk geval één of meer inzittenden zijn overleden en/of 7 inzittenden zwaar lichamelijk letsel hebben bekomen.

Ter zitting voerden de raadslieden van beide verdachten een voorafgaand verweer aan, met name de *niet-ontvankelijkheid van de Officier van Justitie* (waardoor zijn vordering tegen de verdachten niet ontvankelijk zou zijn), omdat het Openbaar Ministerie gehandeld zou hebben in strijd met de behoorlijke strafrechtsbeginselen. In de voorafgaande jaren had het Openbaar Ministerie namelijk reeds meermaals kenbaar gemaakt dat een succesvolle vervolging, uitmondend in een veroordeling, niet haalbaar was en had het bovendien een derde verdachte in hetzelfde strafonderzoek buiten vervolging gesteld. Op grond van de contradictie tussen dit handelen en de uiteindelijke dagvaarding, was de verdediging van oordeel dat er sprake was van schending van de behoorlijke rechtsbeginselen, waardoor tot niet-ontvankelijkheid van de vordering moest worden besloten. Op 6 juli 2000 volgde de rechtbank dat standpunt.

De rechtbank motiveerde zijn uitspraak grotendeels op het eerste dossier, waarin tot buitenvervolginstelling was geconcludeerd. Op 21 januari 1999 had de Officier van Justitie in die zaak de buitenvervolginstelling bekendgemaakt, waarna er door de nabestaanden van de slachtoffers beroep was ingesteld bij de militaire kamer van het gerechtshof te Arnhem. Tijdens de behandeling van het hoger beroep had de Officier van Justitie aangevoerd dat op strafrechtelijk vlak de rampzalige gevolgen van het vliegtuigongeval redelijkerwijs niet aan de verdachte konden worden toegeschreven. Bij beschikking van 8 oktober 1999³⁴⁾ sloot het hof zich aan bij de beslissing van de Officier van Justitie, overwegende dat uit de onderzoeksresultaten niet met zekerheid kon worden afgeleid dat bij eerdere en adequate hulpverlening meer mensen de ramp zouden hebben overleefd, zodat de juridisch geëiste causale band tussen de daad (of het nalaten) en de dood of de kwetsuren van de slachtoffers niet bewezen was. Bovendien oordeelde het hof dat bij de bestrijding van de ramp veel fout is gegaan, maar dat uit het onderzoek naar voren is gekomen dat het daarbij niet zozeer om fouten van individuele personen, dan wel om fouten in de organisatie ging.

In de zaak tegen de luchtverkeersleider en de *On Scene Commander* oordeelde de arrondissementsrechtbank dat hetgeen het gerechtshof had geoordeeld in de zaak van de derde betichte, ook in de hem voorgelegde zaak van toepassing was, aangezien de causaliteitsvraag dezelfde was. De rechtbank stelde zich in zijn vonnis openlijk de vraag op welke zwaarwegende gronden het Openbaar Ministerie desondanks had besloten om de vervolging tegen de overige twee verdachten door te zetten. Ter zitting verklaarde de Officier van Justitie dat "*overleg met het College van Procureurs-Generaal telkens heeft geleid tot het besef dat de strafzaak moest en kon worden doorgezet*". De arrondissementsrechtbank

³⁴⁾ Deze beschikking wordt elders in dit nummer weergegeven, geannoteerd door mr. drs. M.M. Dolman.

liet zich zeer kritisch uit over deze cryptische uitleg van de Officier van Justitie: "*Bij gebreke van nadere informatie van de officier van justitie heeft het er alle schijn van dat de ernstige gevolgen van het vliegtuigongeval en mogelijk ook de druk van de publieke opinie de grond vormt voor verdere vervolging*". De rechtbank vervolgde: "*Wat daarvan ook zij, de belangen van verdachten mogen daaraan niet volstrekt ondergeschikt worden gemaakt. Er dient een redelijke en billijke afweging plaats te vinden tussen de belangen van verdachten enerzijds bij niet vervolging en de belangen van de maatschappij, in het bijzonder van slachtoffers en nabestaanden, bij wel vervolging. Het mag niet zo zijn dat tegen beter weten in een op voorhand kansloze vervolging wordt doorgezet om andere motieven te dienen dan het komen tot een veroordeling van degenen die rechtens gestraft behoren te worden*".

Tegen het vonnis van de arrondissementsrechtbank stelde de Officier van Justitie beroep in bij de militaire kamer van het gerechtshof te Arnhem, die het vonnis tenietdeed door alle overwegingen van de rechtbank zonder meer te verwerpen (zonder enige motivering overigens) en de zaak terug stuurde naar de arrondissementsrechtbank van Arnhem voor een nieuwe berechting.

Aldaar vorderde de Officier van Justitie tegen beiden een gevangenisstraf van zes maanden, waarvan drie maanden voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren, eventueel te vervangen door een onbetaalde arbeid ten algemenen nutte.

In tegenstelling tot de eerdere beslissing van de (anders samengestelde) arrondissementsrechtbank, verwierp de arrondissementsrechtbank nu het verzoek tot niet-ontvanke-lijkheidsverklaring van de verdediging.

Over de grond van de zaak baseerde de arrondissementsrechtbank zich opnieuw hoofdzakelijk op het arrest van 8 oktober 1999 van het gerechtshof ten laste van de derde verdachte. Vanuit dit uitgangspunt concludeerde de arrondissementsrechtbank dan dat *zelfs* indien de luchtverkeersgeleider alle informatie omtrent het juiste aantal slachtoffers aan boord adequaat had doorgegeven en indien anderzijds de *On Scene Commander* van de brandweer dadelijk na de knockdown opdracht had gegeven om het vliegtuig binnen te dringen, niet bewezen is dat de toestand van de inzittenden gewijzigd zou zijn geweest. Volgens de rechtbank was het onvoldoende aannemelijk geworden dat, zelfs bij het op de meest adequate wijze doorgeven van de bij de verkeersleider bekende informatie over het mogelijk grote aantal inzittenden, de regionale brandweer vroeger ter plaatse had kunnen zijn, terwijl er ook niet van mocht van worden uitgegaan dat de basisbrandweer zonder bijstand van de regionale brandweer tot redding had kunnen overgaan. De rechtbank ging er concluderend van uit dat niet kon worden bewezen dat het tijdsverloop tussen 18.23 uur (tijdstip van de tweede *knockdown*) en 18.41 uur (tijdstip waarop uiteindelijk de eerste slachtoffers uit het vliegtuig werden gehaald) voor de slachtoffers tot fatale dan wel ernstiger verwondingen had geleid.

De rechtbank oordeelde bijgevolg de tenlastelegging voor beide betichten onbewezen en sprak beide betichten hiervan vrij.

Nieuw onderzoek ...

Met deze vonnissen is er slechts een pauze ingetreden in de polemiek. Eind vorig jaar besliste de Tweede Kamer immers tot een nieuw onderzoek door de Raad voor de Transportveiligheid. De resultaten zullen wellicht nog enkele jaren op zich laten wachten.

STRAFRECHTSPRAAK

Gerechtshof te Arnhem

militaire kamer

Beschikking van 8 oktober 1999

Voorzitter: Mr. Abbink, Lid: Mr. Boerwinkel, Militair lid: brigade-generaal Mr. Zuidema

Herculesramp

Beklag over niet-vervolgving commandant vliegbasis Welschap ter zake van dood door schuld, c.q. zwaar lichamelijk letsel door schuld. Niet aannemelijk is dat minder slachtoffers waren gevallen als beklaagde adequate maatregelen had getroffen: causaal verband ontbreekt. Maar ook indien de gevolgen van de crash (mede) aan beklaagdes nalaten te wijten zouden zijn, zou hij niet veroordeeld kunnen worden. De bij de brandbestrijding en het redden van de inzittenden gemaakte fouten zijn te herleiden tot een gebrekkige organisatie, waarvoor beklaagde geen verwijt treft: hij handelde in overmacht.

(Sr artt. 40, 307, 308)

BESCHIKKING

op het beklag van A.E.K., wonende te Z., en de Stichting Herculesramp 1996, gevestigd te Z., klagers, strekkende tot vervolging van A.M.K., wonende in B., beklaagde.

I. Procedure

Mede namens de Stichting Herculesramp 1996, van welke stichting hij voorzitter is, heeft A.E.K., bij klaagschrift, ingekomen ter griffie van het hof op 19 februari 1999, beklag gedaan over de beslissing van de officier van justitie te Arnhem tot het niet vervolgen van beklaagde ter zake van dood door schuld en zwaar lichamelijk letsel door schuld, zulks in verband met het verongelukken van een Belgisch Hercules-vliegtuig van het type C-130 op de vliegbasis Welschap in de gemeente Eindhoven op 15 juli 1996. Ingevolge opdracht van het hof heeft de advocaat-generaal schriftelijk verslag gedaan, ingekomen ter griffie van het hof op 12 juli 1999. In dat stuk komt de advocaat-generaal tot de conclusie dat hij zich kan verenigen met het voornemen van de hoofdofficier van justitie te Arnhem om niet tot vervolging van beklaagde over te gaan aangezien hij van mening is dat de rampzalige gevolgen van het vliegongeval in strafrechtelijke zin aan beklaagde in redelijkheid niet zijn toe te rekenen.

Ter zitting van het hof in raadkamer op 16 september 1999 zijn verschenen K., voornoemd, beklaagde, bijgestaan door mr H.J.M.G.M. van der Meijden, advocaat te Nijkerk, alsmede de advocaat-generaal.

2. Overgelegde stukken

Het hof heeft kennis genomen van de voormelde stukken en voorts onder meer van:

- een dossier 'Herculesteam' van de Koninklijke Marechaussee, district Noord-Brabant/Limburg, brigade Eindhoven, nummer P. 1453196, welk dossier inhoudt een algemeen dossier, een subdossier A tot en met M en in aanvulling bijlage 1 tot en met 12, van 12 december 1996;

- een dossier 'Herculesteam' van de Koninklijke Marechaussee, brigade Eindhoven, nummer P. 30/98, welk dossier inhoudt een algemeen dossier en een subdossier A tot en

met C, van 21 februari 1998;

- de stukken met betrekking tot het ingestelde gerechtelijk vooronderzoek;
- een onderzoeksdossier van de Belgische autoriteiten, diverse onderzoeksrapporten;
- een rapport van de advocaat-generaal van 21 maart 1997;
- een aanvullend proces-verbaal van de Koninklijke Marechaussee, brigade Eindhoven, van 28 oktober 1998;
- een ambtsbericht van de hoofdofficier van justitie te Arnhem aan de procureur-generaal van 20 april 1999.

3. De beschuldiging

Blijkens de vordering tot gerechtelijk vooronderzoek wordt beklaagde, die toen commandant van de vliegbasis in de gemeente Eindhoven was, ervan verdacht dat het aan zijn schuld te wijten is geweest dat 34 mensen de dood hebben gevonden en dat 7 mensen zwaar lichamelijk letsel hebben bekomen.

Zijn schuld zou hierin zijn gelegen, dat hij er niet voor heeft gezorgd:

- dat onmiddellijk bijstand is gevraagd aan de regionale brandweer,
- dat er rekening is gehouden met en/of voldoende is geïnformeerd naar de mogelijkheid van meer dan vier inzittenden,
- dat, nadat de brand '90 % knock-down' (onder controle) was, niet zo spoedig mogelijk is overgegaan tot het redden van inzittenden,
- dat (aldus) tijdige adequate hulpverlening tot stand is gekomen.

4. De feiten

Uit de stukken en het verhoor ter zitting is - voor zover voor de beoordeling van het beklag van belang - het volgende gebleken.

4.1. Op 15 juli 1996 om 18.03 uur verongelukt een Belgisch Hercules-vliegtuig van het type C-130 op de militaire vliegbasis Welschap in de gemeente Eindhoven. Onmiddellijk geeft de verkeersleider van de basis crash-alarm, waarop de basisbrandweer uitrukt met twee brandweerwagens en een commandovoertuig.

Om 18.05 uur zijn deze ter plaatse van de verongelukte Hercules en wordt een aanvang gemaakt met het blussen van het hevig brandende vliegtuig. Op dat moment weet de basisbrandweer niet beter, dan dat er zich aan boord vier personen bevinden, zijnde de vaste bemanning van een Hercules C-130.

Om 18.09 uur is de fase van '90% knock-down' bereikt, hetgeen betekent dat het vuur zover onder controle is, dat inzittenden - indien daartoe in staat - het vliegtuig op eigen kracht kunnen verlaten. Ten gevolge van de crash zijn evenwel alle nooduitgangen van het vliegtuig, behalve het achterste dakluik, zodanig vervormd dat ze niet meer op de gebruikelijke wijze kunnen worden geopend.

Eveneens om 18.09 uur wordt de alarmcentrale van de regionale brandweer door de politie op de hoogte gesteld van een ongeval op de vliegbasis.

Om 18.12 uur neemt de regionale brandweer telefonisch contact op met de verkeersstoren van de vliegbasis en krijgt op de vraag of er iets gebeurd is op Welschap een bevestigend antwoord. Daarop zegt de regionale brandweer. "Dat lossen jullie zelf op?" Antwoord: "Negatief, bedankt in elk geval voor het aanbod". Daarop wordt het gesprek beëindigd.

Kort nadien, omstreeks 18.15 uur, verzoekt de alarmcentrale van de vliegbasis de regionale brandweer om assistentie.

Tussen 18.25 uur en 18.40 uur (de verklaringen hieromtrent vertonen aanzienlijke ver-

schillen) verschijnt de regionale brandweer op het rampterrein en assisteert de basisbrandweer.

Omstreeks 18.40 uur wordt ontdekt dat er aan boord van het vliegtuig veel meer mensen aanwezig zijn dan de vier bemanningsleden.

Om 18.43 uur neemt de regionale brandweer het bevel van de basisbrandweer over.

Uit het vliegtuig komen 31 doden en 10 zwaargewonden, van wie er alsnog 3 komen te overlijden.

4.2. Uitvoerig onderzoek is gedaan naar het tijdstip waarop de dood dan wel het zwaar lichamelijk letsel is veroorzaakt. Daartoe zijn overlevenden van de ramp en medische deskundigen gehoord.

Uit de verklaringen van de overlevenden komt naar voren dat de crash zelf niet de dood of het zwaar lichamelijk letsel heeft veroorzaakt. Deze getuigen verklaren omtrent een steekvlam of felle brand bij de scheidingswand tussen de cockpit en de laad- of passagiersruimte.

Uit onderzoek is gebleken dat hier een zuurstofleiding het heeft begeven ten gevolge waarvan meer dan 15.000 liter zuivere zuurstof in gasvorm is vrijgekomen. Deze brand heeft een grote hitte en een sterke rookontwikkeling veroorzaakt. Daarbij zijn ook toxische gassen vrijgekomen.

De getuigen hebben verklaard dat zij binnen een halve tot enkele/twee minuten het bewustzijn hebben verloren.

Dit laatste is door de medische deskundigen bevestigd. Op grond van hun verklaringen kan worden aangenomen dat de grote hitte een zeer schadelijk effect voor de inzittenden heeft gehad en dat een groot aantal van hen toen al is omgekomen dan wel zwaar lichamelijk letsel heeft opgelopen. Ten aanzien van het mortaliteitsverloop vanaf 18.05 uur, het moment dat de basisbrandweer ter plaatse is, tot 18.40 uur, het moment waarop de eerste slachtoffers uit het vliegtuig worden gehaald, kan niets met zekerheid worden gezegd. Op grond van het feit dat er overlevenden zijn, is het waarschijnlijk dat een aantal inzittenden in de loop van die tijd is overleden. Ook bestaat de mogelijkheid dat bij inzittenden een irreversibele hersenbeschadiging is opgetreden, zodat - wat er ook gedaan wordt - de dood zou zijn ingetreden.

Tenslotte geeft ook het pathologisch onderzoek op de vier bemanningsleden geen antwoord op de vraag op welk moment zij zijn overleden.

4.3. Het Calamiteitenplan van de vliegbasis kent vijf prioriteiten, waarvan de eerste is redding van personen en geneeskundige hulpverlening en de tweede is het bestrijden van brand. Het Calamiteitenplan geeft voor luchtvaartongevallen, zoals te dezen aan de orde is, drie scenario's. Scenario 1 voor een vliegtuigongeval met (vermoedelijk) maximaal 2 slachtoffers. Bijstand van gemeentelijk hulpverlenende instanties is niet noodzakelijk. Wel moet het ongeval aan de Eindhovense brandweer worden gemeld.

Scenario 2 voor een vliegtuigongeval met (vermoedelijk) tussen 3 en 10 slachtoffers en scenario 3 voor een vliegtuigongeval met (vermoedelijk) meer dan 10 slachtoffers. Bij de scenario's 2 en 3 moeten de hulpverlenende instanties van de gemeente Eindhoven gealarmeerd worden en nemen deze, zodra ter plaatse van het ongeval aanwezig, het bevel van de autoriteiten van de vliegbasis over.

4.4. In het verleden zijn op de vliegbasis bepaalde onderdelen van het Calamiteitenplan geoefend. Edoch, nooit heeft er een grootschalige oefening, scenario 3, plaatsgevonden. De grootste oefening op grond van het Calamiteitenplan heeft plaatsgevonden op 15 april 1996. Aan die oefening hebben echter de gemeentelijke hulpverlenende instanties niet deelgenomen.

4.5. In juni 1996 is de parate uitrukploeg van de brandweer tijdens de openstellingsuren van het vliegveld teruggebracht van 11 naar 8 personen, inclusief de dienstdoende commandant (on scene commander) en de centralist.

5. *Beoordeling*

5.1. Gelet op de hiervoor onder 3 weergegeven beschuldiging van beklagde, is het essentieel dat vastgesteld kan worden dat, had hij adequate maatregelen getroffen, er minder mensen de dood hadden gevonden en minder mensen zwaar lichamelijk letsel hadden bekomen.

Op grond van hetgeen hiervoor onder 4.1 en 4.2 is weergegeven, lijkt het het meest waarschijnlijk dat de meeste mensen aan boord van het vliegtuig reeds zijn overleden tengevolge van de grote hitte in de eerste minuten na de crash en derhalve voor dan wel kort na de aankomst ter plaatse van de basisbrandweer. Aannemelijk is, dat op dat moment de (nog) levenden allen zwaargewond zijn. Daarom is het causale verband dat artikel 308 van het Wetboek van Strafrecht eist tussen het handelen en/of nalaten van beklagde en het zwaar lichamelijk letsel niet te bewijzen. De vraag of meer dan 7 van de op dat moment zwaargewonden de ramp uiteindelijk zouden hebben overleefd, kan niet beantwoord worden. Uit de onderzoeksresultaten kan niet met zekerheid worden afgeleid dat bij eerdere, adequate redding en hulpverlening meer mensen de ramp zouden hebben overleefd. Daarom is ook het causale verband dat artikel 307 van het Wetboek van Strafrecht eist tussen het handelen en/of nalaten van beklagde en de dood niet te bewijzen.

5.2.1. Ook indien het hiervoor beschreven bewijsprobleem zich niet voordoet, dan nog lijkt een veroordeling van beklagde onwaarschijnlijk.

Bij de bestrijding van de ramp op 15 juli 1996 is er veel fout gegaan. Uit het onderzoek is naar voren gekomen, dat het daarbij niet zo zeer gaat om fouten van individuele personen, maar om fouten die voortvloeien uit de organisatie. Ook voor dat soort fouten kunnen individuele personen worden aangesproken.

De vraag die in dit verband rijst is of, en zo ja, in hoeverre beklagde in zijn hoedanigheid van commandant van de vliegbasis hiervoor verantwoordelijk kan worden gehouden, gelet op de hiervoor onder 3 weergegeven beschuldiging.

5.2.2. In de eerste plaats wordt hem verweten dat hij er niet voor heeft gezorgd dat onmiddellijk bijstand is gevraagd van de regionale brandweer.

Op grond van het Calamiteitenplan had, met de kennis die ten tijde van de crash voorhanden was, te weten vier bemanningsleden, onmiddellijk, en niet eerst om 18.15 uur, scenario 2 moeten worden afgekondigd en onder meer de regionale brandweer moeten worden gealarmeerd. Onduidelijkheid bestond bij het basispersoneel omtrent de vraag wie verantwoordelijk was voor de vaststelling van het scenario volgens hetwelk de rampbestrijding dient te verlopen. Gebleken is dat de regionale brandweer niet op de hoogte was van het bestaan van de alarmcentrale van de vliegbasis. Toen de regionale brandweer eenmaal ter plaatse was, heeft deze in strijd met het Calamiteitenplan de leiding van de rampbestrijding niet onmiddellijk overgenomen van de basisbrandweer. Bovendien is de vraag gerechtvaardigd of het telefoongesprek van 18.12 uur van de regionale brandweer met de verkeerstoren van de vliegbasis niet blijkt geeft van een misverstaan van haar taak. Immers, ingevolge de toentertijd geldende Rampenwet, thans de Wet rampen en zware ongevallen, was en is de bestrijding van rampen primair haar taak.

Een groot aantal fouten is terug te voeren op het gebrek aan oefening van het Calamiteitenplan. Kan van dit gebrek aan oefening beklagde een verwijt worden gemaakt? Het hof ziet hiervoor onvoldoende grond. Uit het onderzoek is naar voren gekomen dat in het

verleden vanuit de vliegbasis de gemeente Eindhoven is verzocht om een grootschalige oefening van het Calamiteitenplan met de civiele hulpverlenende instanties. Dit verzoek is door Eindhoven afgewezen: de gemeente wilde hiervoor geen geld en personeel beschikbaar stellen. Eindhoven heeft bij de oefening op 15 april 1996 volstaan - aldus beklagde - met het sturen van vier waarnemers. Bij zijn aantreden heeft hij dit - aldus beklagde - onder de aandacht van de Commissaris der Koningin in de provincie Noord-Brabant gebracht, maar daarop is nooit een reactie vernomen.

5.2.3. In de tweede plaats wordt beklagde verweten dat hij er niet voor heeft gezorgd dat er rekening is gehouden met en/of voldoende is geïnformeerd naar de mogelijkheid van meer dan vier inzittenden.

Tot kort voor 18.40 uur wist het personeel ter plaatse van het ongeval niet dat er in het vliegtuig, naast de 4 bemanningsleden, zich nog 37 passagiers bevonden. Dit, ondanks het feit dat dit uit eerder berichtenverkeer - ook met de vliegbasis - bekend was. In de routing van berichten als deze waren niet de bij rampenbestrijding betrokken autoriteiten van de vliegbasis opgenomen.

Voor zover is kunnen worden nagegaan, was de routing van het berichtenverkeer in overeenstemming met de desbetreffende voorschriften van de Koninklijke Luchtmacht.

Denkbaar is dat bedoeld manco aan het licht zou zijn gekomen bij een grootschalige oefening.

5.2.4. In de derde plaats wordt beklagde verweten dat hij er niet voor gezorgd heeft dat, nadat de brand '90 % knock-down' was, niet zo spoedig mogelijk is overgegaan tot het redden van inzittenden.

Uit de verklaringen van het ter plaatse aanwezige personeel van de basisbrandweer kan worden afgeleid dat, nadat de brand om 18.09 uur "90% knock-down" was, deze nog geenszins onder controle was. Telkens ontvlamden brandhaarden die geblust leken opnieuw. Deze eisten de aandacht van de aanwezige brandweerploeg van de vliegbasis volledig op, zodat aan het redden van zich aan boord van het vliegtuig bevindende mensen niet eerder kan worden toegekomen.

Dit zou anders zijn geweest, indien meer personeel beschikbaar zou zijn geweest. Vaststaat dat de Luchtmachtstaf in juni 1996, enkele weken voor de ramp, de uitrukploeg heeft teruggebracht van 11 naar 8 personen, van wie de centralist de alarmcentrale moet blijven bezetten. Onmiddellijk nadat dit bericht op de vliegbasis was binnengekomen, heeft beklagde de Luchtmachtstaf onder de aandacht gebracht, dat dit in strijd was met de regels van de luchtvaart en dat dit zou betekenen dat de brandweer van de basis zich voornamelijk moet bezighouden met bluswerkzaamheden niet met het redden van mensen. Beklagde kreeg toen als antwoord, dat de brandweer er was om brand te blussen en niet om mensen te redden.

5.2.5. Terugkerend tot de hiervoor onder 5.2.1. gestelde vraag, lijkt het niet onwaarschijnlijk, dat - gelet -op hetgeen hiervoor onder 5.2.2. tot en met 5.2.4. is weergegeven, beklagde met succes een beroep kan doen op overmacht. Dat veel van de fouten die gemaakt zijn op 15 juli 1996 niet zo zeer persoonlijke fouten van individuele personen, onder wie beklagde, zijn geweest, maar fouten die voortvloeien uit de organisatie, moge blijken uit het feit dat na 15 juli 1996 diverse wijzigingen ten aanzien van de structuur, middelen en procedures door de Luchtmachtstaf zijn aangebracht en inmiddels zijn geïmplementeerd.

Bij culpose misdrijven als die van de artikelen 307 en 308 van het Wetboek van Strafrecht leidt een gegrond beroep op overmacht - zoals in onderhavige zaak niet onwaarschijnlijk is - wegens gebrek aan bewijs van het delictsbestanddeel schuld tot een vrij-

spraak.

5.3. In aanmerking genomen hetgeen hiervoor is overwogen, is de beslissing van de officier van justitie beklagde niet te vervolgen juist.

[Volgt: Ongegrondverklaring van het beklag. - Red.]

NASCHRIFT

De tragedie die zich op 15 juli 1996 op de vliegbasis Welschap nabij Eindhoven heeft afgespeeld is genoegzaam bekend. Om 18.03 uur verongelukte een Belgisch transportvliegtuig van het type Hercules C-130, aan boord waarvan zich buiten de bemanning van vier zevenendertig leden van het Fanfarekorps Koninklijke Landmacht bevonden. Dat was ter plaatse echter niet bekend: pas om 18.40 uur bemerkte de brandweer dat zich meer personen aan boord bevonden. De gevolgen van de crash waren verschrikkelijk: vieren-dertig personen vonden de dood.

De ernst van de crash deed onmiddellijk de vraag rijzen wie voor de gevolgen daarvan verantwoordelijk was. Uit onderzoek bleek zowel van persoonlijk tekortschieten als van organisatorische gebreken. Ten aanzien van verscheidene betrokkenen werd een justitieel onderzoek ingesteld.

Beklaagde in deze zaak is de commandant van de vliegbasis Welschap. De Stichting Herculesramp 1996 en haar voorzitter beklagen zich over de beslissing van de officier van justitie hem niet ter zake van dood door schuld (art. 307 Sr), c.q. zwaar lichamelijk letsel door schuld (art. 308 Sr) te vervolgen. Zijn schuld zou gelegen zijn in de omstandigheden dat hij niet gezorgd heeft dat (i) onmiddellijk bijstand is gevraagd aan de regionale brandweel; (ii) rekening is gehouden met, c.q. voldoende geïnformeerd is naar de mogelijkheid dat zich meer dan vier personen aan boord bevonden en (iii) zo spoedig mogelijk is overgegaan tot redding van de inzittenden. Kort gezegd heeft hij verzuimd ervoor te zorgen dat tijdig adequate hulpverlening op gang kwam.

Het hof oordeelt anders. Op grond van de onder 4 weergegeven feiten acht het waarschijnlijk dat de meeste dodelijke slachtoffers voor dan wel kort na aankomst van de basisbrandweer - twee minuten na de crash - overleden waren. De levenden waren alle zwaargewond: hun verwondingen waren het onmiddellijke gevolg van de brand die in het toestel woedde, dus niet aan beklagdes schuld te wijten. Of meer gewonden de crash hadden kunnen overleven, kan niet worden vastgesteld, dus ook in zoverre ontbreekt het causale verband.

Maar ook als de dood van de inzittenden die nog in leven waren toen de brandweer arriveerde, c.q. de ernst van hun verwondingen wel aan beklagdes schuld te wijten zou zijn, zou hij - aldus het hof - ter zake niet veroordeeld kunnen worden. In de eerste plaats waren basispersoneel en regionale brandweer onvoldoende geoefend in het calamiteitenplan: onduidelijk was wie moest bepalen welk scenario gevolgd zou worden, de regionale brandweer kende het bestaan van de basisalarmcentrale niet en na de crash verzuimde de regionale brandweer een en andermaal de leiding te nemen. Beklaagde had zowel bij de gemeente Eindhoven als bij de commissaris der Koningin op oefening van het calamiteitenplan aangedrongen, maar vergeefs.

Voorts bemerkte de brandweer pas een halfuur na de crash dat zich meer dan vier personen aan boord van de Hercules bevonden, hoewel dat uit berichtenverkeer met de basis bekend was. Maar de brandweer was niet opgenomen in de routing van die berichten, waartoe de desbetreffende voorschriften ook niet verplichtten. Ook dat was wellicht gebleken bij een oefening van het calamiteitenplan.

Tenslotte schoot de personele bezetting van de basisbrandweer tekort, waardoor niet met het redden van de inzittenden kan worden begonnen. Ook toen de brand '90 % knock-down' - dus onder controle - was, kon niet worden begonnen met het redden van de inzittenden. Het telkens oploeiende vuur eiste de aandacht van de brandweer op. Dat wist de beklagde. Toen enkele weken voor de crash de effectieve sterkte werd teruggebracht van tien tot zeven personen, had hij geprotesteerd bij de Luchtmachtstaf, waar hem te verstaan werd gegeven dat de brandweer er is om brand te blussen en niet om mensen te redden. Dat bleek.

Het hof concludeert dat de gevolgen van de crash niet zo zeer aan persoonlijk falen te wijten zijn, als wel aan organisatorische gebreken. Voorzover beklagde daarvoor verantwoordelijk was, zou hij een beroep kunnen doen op overmacht en ook dan ontbreekt de schuld. Met die conclusie kan ik - de door het hof vastgestelde feiten in aanmerking genomen - instemmen: beklagde had niet kunnen verhinderen dat een crash zulke ernstige gevolgen zou hebben. Maar van overmacht was geen sprake. Volgens art. 40 Sr ontbreekt schuld - in de zin van verwijtbaarheid - als de dader door overmacht tot het strafbare feit gedrongen is. Het kan hem niet worden verweten als hij overvallen wordt door een gebeurtenis die hem geen andere keuze schijnt te laten. Hier moet de verwijtbaarheid echter gezocht worden in een reeks van gebeurtenissen die zich langer of korter voor de crash hadden voorgedaan. Waar het hof oordeelt dat beklagde falen van de rampenbestrijding niet had kunnen verhinderen, moest het concluderen dat alle schuld ontbrak.

M.M.D.

1) Bij beschikkingen van 25 oktober 2000 vernietigde het gerechtshof te Arnhem de buitenvervolginstellingen van de oud-brandweercommandant, resp. de luchtverkeersleider van de vliegbasis Welschap (parketnummers 21-001631-00 en 21-001632-00)

Arrondissementsrechtbank te Arnhem

militaire kamer

Vonnis van 1 maart 2001

Voorzitter: Mr. G. Bracht, Lid: Mr. T.P.E.E. van Groeningen, Militair lid: Luitenant-kolonel Mr. A.M. van Gorp

Herculesramp (II)

Vrijspraak commandant basisbrandweer vliegbasis Welschap omdat - uitgaande van de door het Hof bij beschikking van 8 oktober 1999 vastgestelde feiten - niet aannemelijk is geworden dat bij het meest adequate optreden van verdachte en basisbrandweer het vliegtuig eerder betreden had kunnen worden: niet blijkt dat het tijdsverloop tussen het moment waarop het vuur onder controle was en het moment waarop de eerste slachtoffers het vliegtuig verlieten voor de slachtoffers tot fatale dan wel ernstiger verwondingen heeft geleid. Of verdachte zelf rampenscenario 2 - dat voorziet in een ongeval met tussen drie en tien slachtoffers - bevestigde of herhaalde is van geen belang.

(Sr art. 307 - 309)

STRAFVONNIS

In de zaak van: de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen: K., W. J.

1. De tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd hetgeen in de dagvaarding is omschreven. Een kopie van de dagvaarding is hierna opgenomen als bijlage I, waarvan de inhoud als hier ingevoegd moet worden beschouwd.

Door de officier van justitie is een nieuwe dagvaarding betekend voor de terechtzitting van 14 februari 2001, welke voor wat betreft de tenlastelegging eensluidend is aan de hiervoor vermelde dagvaarding en evenals de oorspronkelijke dagvaarding verwijst naar de kennisgeving van verdere vervolging.

De rechtbank laat die nieuwe dagvaarding voor wat betreft de tenlastelegging buiten beschouwing en verstaat deze niet als een nieuwe vervangende dagvaarding, maar als een dagvaarding waarin de oproepingsfunctie voorop staat en verdachte voorts in verband met de tussentijdse processuele handelingen en de verstreken periode nog eens kennis wordt gegeven van het verwijt waarvoor verdachte op de terechtzitting van 14 februari 2001 terecht staat.

Voor zover er in de tenlastelegging kennelijke taal- en/of schrijffouten voorkomen, zijn die fouten verbeterd. Verdachte is daardoor niet in zijn verdediging geschaad.

2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is op 14, 15 en 16 februari 2001 ter terechtzitting onderzocht.

Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte werd bijgestaan door zijn raadslieden mrs. H.J.M.G.M. van der Meijden, advocaat te Nijkerk en M.H.M. Boekhorst, advocaat te Arnhem.

De officier van justitie heeft gevorderd dat verdachte ter zake van het tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 6 (zes) maanden, waarvan 3 (drie) maanden voorwaardelijk met een proeftijd van 2 (twee) jaren.

De officier van justitie heeft te kennen gegeven er geen bezwaar tegen te hebben dat de rechtbank aan verdachte in plaats van het onvoorwaardelijk deel van de gevangenisstraf het verrichten van onbetaalde arbeid ten algemenen nutte oplegt.

De verdachte en de raadslieden hebben het woord tot verdediging gevoerd.

2a. De ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie

De raadslieden hebben gepersisteerd bij hun eerdere verweer inzake de niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie. Het standpunt van de verdediging komt er op neer dat het openbaar ministerie heeft gehandeld in strijd met de beginselen van een behoorlijk procesrecht, welke schending zodanig ernstig is, dat deze moet leiden tot niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging.

De raadslieden hebben naast de reeds eerder aangevoerde argumenten, aangevoerd dat de geluidsbanden waar zij de officier van justitie om hadden gevraagd nog steeds niet beschikbaar zijn gesteld. Ook dit handelen van de officier van justitie zou moeten leiden tot zijn niet-ontvankelijkheid.

De rechtbank verwerpt het beroep op de niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie, voor wat betreft de reeds eerder aangevoerde argumenten op basis van het door de militaire kamer van het gerechtshof te Arnhem op 25 oktober 2000 uitgesproken arrest en de daarin omschreven gronden. Ten aanzien van het argument van de verdediging betreffende de opgevraagde banden is de rechtbank van oordeel, dat dit niet kan leiden tot het

oordeel dat de officier van justitie niet-ontvankelijk zou zijn in zijn strafvervolgung.

3. De motivering van de beslissing

Door het hof is in zijn beschikking van 8 oktober 1999 op het beklag strekkende tot de vervolging van een derde verdachte in deze zaak, op grond van het toen beschikbare feitenmateriaal - weergegeven onder de alinea's genummerd 4.1 (tijdsbalk) en 4.2 (tijdstip dood dan wel zwaar lichamelijk letsel) - overwogen - onder alinea 5.1 - dat het het meest waarschijnlijk lijkt dat de meeste mensen aan boord van het vliegtuig reeds zijn overleden tengevolge van de grote hitte (en, naar het oordeel van de rechtbank, de daarbij opgetreden effecten, zoals rookgasvergiftiging, zuurstofgebrek en inwerking van toxische en etsende hete gassen, alsmede huidverbranding), in de eerste minuten na de crash en derhalve voor, dan wel kort na de aankomst van de basisbrandweer. Het hof heeft daarbij voorts overwogen dat aannemelijk is dat op dat moment de (nog) levenden allen zwaargewond zijn. Ten aanzien van de vraag op welk moment na die eerste minuten bij de nog niet overleden slachtoffers de dood is ingetreden of onomkeerbaar dodelijk letsel is ontstaan, kan blijkens het oordeel van het hof niets met zekerheid worden gezegd.

De nadien beschikbaar gekomen bewijsmiddelen, noch het onderzoek ter terechtzitting, hebben op deze conclusies een ander licht doen schijnen, zodat de rechtbank deze conclusies overneemt.

De rechtbank is voorts van oordeel dat op grond van de beschikbare gegevens niet is komen vast te staan dat, zelfs bij het meest adequaat mogelijke optreden van verdachte en de onder zijn leiding optredende basisbrandweer, vóór 18.23 uur (omstreeks tijdstip van de zogenaamde tweede 'knock-down') een aanvang had kunnen worden gemaakt met het binnentreden van het vliegtuig en kort daarna - na verloop van meer dan 20 minuten na de crash - het eerste slachtoffer uit het vliegtuig had kunnen worden gehaald.

Gelet hierop is het voor het vaststellen van de causaliteit tussen de verdachte verweten gedragingen en het overlijden c.q ernstig gewond raken van slachtoffers essentieel dat blijkt dat het tijdsverloop tussen omstreeks 18.23 uur en omstreeks 18.41 uur, het moment dat de eerste twee slachtoffers het vliegtuig hebben verlaten en de redding van de overige slachtoffers op gang kwam, voor de slachtoffers tot fatale dan wel ernstiger verwondingen heeft geleid.

De rechtbank is mede gelet op hetgeen hiervoor is overwogen van oordeel dat ten aanzien van geen van de slachtoffers dit oorzakelijk verband is bewezen.

Het vorenstaande komt naar het oordeel van de rechtbank niet wezenlijk in een ander licht te staan indien verdachte het bericht dat hij scenario twee had afgekondigd had laten bevestigen of zelf zou hebben herhaald.

Op grond van deze overwegingen komt de rechtbank tot het oordeel dat niet wettig en overtuigend is bewezen hetgeen verdachte is tenlastegelegd, zodat hij daarvan behoort te worden vrijgesproken.

4. Beslissing

De rechtbank, recht doende:

Verklaart niet bewezen hetgeen verdachte is tenlastegelegd en spreekt hem daarvan vrij.

Tenlastelegging

(Verdachte is ten laste gelegd dat) hij op 15 juli 1996 te of nabij Eindhoven, nadat aldaar op de Vliegbasis Eindhoven omstreeks 18.03 uur een Belgisch militair vliegtuig (Hercules C-130) bij/na de landing was verongelukt, als dienstdoende On Scene Commander van de

brandweer van de Vliegbasis Eindhoven, aanmerkelijk onachtzaam en/of onzorgvuldig en/of nalatig:

- toen hij op weg naar het crashterrein via het crashnet scenario twee had afgekondigd en/of dat aan de centralist van de basisbrandweer had bericht, hetgeen inhoudt dat er tenminste vier inzittenden waren en dat de civiele brandweer (rechtstreeks) moest worden gealarmeerd, daarna de ontvangst van dat (belangrijke) bericht niet heeft laten bevestigen door die centralist en/of die procedure niet heeft herhaald, terwijl hij wist dat er die dag veel ruis op het net was en/of dat de verbindingen gebrekkig waren en/of

- bij de benadering van het crashterrein niet op de hoogte bleek te zijn van de aanwezigheid van een (droge) sloot/greppel en/of van de overgangen) daarover, zodat de brandweervoertuigen moesten omrijden en/of naar een overgang moest worden gezocht en/of

- na aankomst bij het vliegtuig niet wist dat er zich achter op het dak van een Hercules C-130 een noodluik bevond, dat gemakkelijk te openen zou zijn geweest, terwijl op de voertuigen van de basisbrandweer (ook) crashkaarten van de Hercules C-130 aanwezig (moeten) zijn met de benodigde gegevens, althans had behoren te weten dat zich daar een dergelijk luik bevond en/of

- (direct) nadat de brand (om omstreeks 18.09 uur) 90% knockdown was (of zo spoedig mogelijk daarna), niet (met de nodige inzet) heeft geprobeerd via de linkerachterdeur een (andere) toegang te verkrijgen/forceren door die deur eerst te (laten) unlocken en vervolgens met een spreider (gedeeltelijk) te (laten) openen en/of

- zich en/of zijn personeel tot omstreeks 18.30 of 18.40 uur enkel/overwegend heeft beziggehouden met bluswerkzaamheden en/of geen/onvoldoende pogingen heeft ondernomen (zo spoedig mogelijk) werkzaamheden te (laten) verrichten gericht op het redden van inzittenden en/of

- geen, althans onvoldoende, rekening heeft gehouden met de mogelijkheid van (aanmerkelijk) meer dan vier of acht inzittenden en/of

- (aldus) een tijdige(r) en/of adequate(re) redding en/of hulpverlening heeft belemmerd/vertraagd, (mede) waardoor(len) gevolge waarvan het aan zijn schuld te wijten is (geweest) dat er door gebrek aan zuurstof en/of een (langdurige) blootstelling aan hitte en/of (hete) gassen met giftige stoffen (34, in elk geval één of meer) inzittenden zijn overleden en/of (7/de overige) inzittenden zwaar lichamelijk letsel hebben bekomen, terwijl het misdrijf is gepleegd in de uitoefening van enig ambt of beroep.

Arrondissementsrechtbank te Arnhem

militaire kamer

Vonnis van 1 maart 2001

Voorzitter: Mr. G. Bracht, Lid: Mr. T.P.E.E. van Groeningen, Militair lid: Luitenant-kolonel Mr A.M. van Gorp

Herculesramp III

Vrijspraak luchtverkeersleider vliegbasis Welschap omdat - uitgaande van de door het Hof bij beschikking van 8 oktober 1999 vastgestelde feiten - niet aannemelijk is geworden dat als verdachte bij hem bekende informatie adequaat had doorgegeven de regionale brandweer eerder ter plaatse had kunnen zijn, en de basisbrandweer niet zonder bijstand tot redding kon overgaan: niet blijkt dat het tijdsverloop tot het moment waarop de eerste slachtoffers het vliegtuig verlieten voor de slachtoffers tot jätale dan wel ernstiger verwondingen heeft geleid.

(Sr ast. 307 - 309)

STRAFVONNIS

In de zaak van: de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen: Z., A. G. W.

1. De tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd hetgeen in de dagvaarding is omschreven. Een kopie van de dagvaarding is hierna opgenomen als bijlage I, waarvan de inhoud als hier ingevoegd moet worden beschouwd.

Door de officier van justitie is een nieuwe dagvaarding betekend voor de terechtzitting van 14 februari 2001, welke voor wat betreft de tenlastelegging eensluidend is aan de hiervoor vermelde dagvaarding en evenals de oorspronkelijke dagvaarding verwijst naar de kennisgeving van verdere vervolging.

De rechtbank laat die nieuwe dagvaarding voor wat betreft de tenlastelegging buiten beschouwing en verstaat deze niet als een nieuwe vervangende dagvaarding, maar als een dagvaarding waarin de oproepingsfunctie voorop staat en verdachte voorts in verband met de tussentijdse processuele handelingen en de verstreken periode nog eens kennis wordt gegeven van het verwijt waarvoor verdachte op de terechtzitting van 14 februari 2001 terecht staat.

De tenlastelegging is ter terechtzitting van 14 februari 2001 gewijzigd conform de door de officier van justitie ingediende vordering wijziging tenlastelegging. Van deze vordering is hierna een kopie opgenomen als bijlage Ia en de inhoud daarvan moet als hier ingevoegd worden beschouwd.

Voor zover er in de tenlastelegging kennelijke taal- en/of schrijffouten voorkomen, zijn die fouten verbeterd. Verdachte is daardoor niet in zijn verdediging geschaad.

2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is op 14, 15 en 16 februari 2001 ter terechtzitting onderzocht.

Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte werd bijgestaan door zijn raadsliden mrs. H.J.M.G.M. van der Meijden, advocaat te Nijkerk en M.H.M. Boekhorst, advocaat te Arnhem.

De officier van justitie heeft gevorderd dat verdachte ter zake van het tenlastegelegde

zal worden veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 6 (zes) maanden, waarvan 3 (drie) maanden voorwaardelijk met een proeftijd van 2 (twee) jaren.

De officier van justitie heeft te kennen gegeven er geen bezwaar tegen te hebben dat de rechtbank aan verdachte in plaats van het onvoorwaardelijk deel van de gevangenisstraf het verrichten van onbetaalde arbeid ten algemenen nutte oplegt.

De verdachte en de raadslieden hebben het woord tot verdediging gevoerd.

2a. De ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie

De raadslieden hebben gepersisteerd bij hun eerdere verweer inzake de niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie. Het standpunt van de verdediging komt er op neer dat het openbaar ministerie heeft gehandeld in strijd met de beginselen van een behoorlijk procesrecht, welke schending zodanig ernstig is, dat deze moet leiden tot niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging.

De raadslieden hebben naast de reeds eerder aangevoerde argumenten, aangevoerd dat de geluidsbanden waar zij de officier van justitie om hadden gevraagd nog steeds niet beschikbaar zijn gesteld. Ook dit handelen van de officier van justitie zou moeten leiden tot zijn niet-ontvankelijkheid.

De rechtbank verwerpt het beroep op de niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie, voor wat betreft de reeds eerder aangevoerde argumenten op basis van het door de militaire kamer van het gerechtshof te Arnhem op 25 oktober 2000 uitgesproken arrest en de daarin omschreven gronden. Ten aanzien van het argument van de verdediging betreffende de opgevraagde banden is de rechtbank van oordeel, dat dit niet kan leiden tot het oordeel dat de officier van justitie niet-ontvankelijk zou zijn in zijn strafvervolging.

3. De motivering van de beslissing

Door het hof is in zijn beschikking van 8 oktober 1999 op het beklag strekkende tot de vervolging van een derde verdachte in deze zaak, op grond van het toen beschikbare feitenmateriaal - weergegeven onder de alinea's genummerd 4.1 (tijdsbalk) en 4.2 (tijdstip dood dan wel zwaar lichamelijk letsel) - overwogen - onder alinea 5.1 - dat het het meest waarschijnlijk lijkt dat de meeste mensen aan boord van het vliegtuig reeds zijn overleden tengevolge van de grote hitte (en, naar het oordeel van de rechtbank, de daarbij opgetreden effecten, zoals rookgasvergiftiging, zuurstofgebrek en inwerking van toxische en etsende hete gassen, alsmede huidverbranding), in de eerste minuten na de crash en derhalve voor, dan wel kort na de aankomst van de basisbrandweer. Het hof heeft daarbij voorts overwogen dat aannemelijk is dat op dat moment de (nog) levenden allen zwaargewond zijn. Ten aanzien van de vraag op welk moment na die eerste minuten bij de nog niet overleden slachtoffers de dood is ingetreden of onomkeerbaar dodelijk letsel is ontstaan, kan blijkens het oordeel van het hof niets met zekerheid worden gezegd.

De nadien beschikbaar gekomen bewijsmiddelen, noch het onderzoek ter terechtzitting, hebben op deze conclusies een ander licht doen schijnen, zodat de rechtbank deze conclusies overneemt.

De rechtbank is voorts van oordeel dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat, zelfs bij het op meest adequate wijze doorgeven van de bij verdachte bekende informatie over het mogelijk grote aantal inzittenden, de regionale brandweer vóór de aankomst (omstreeks 18.18 uur) van de wél direct door de basisbrandweercentralist gealarmeerde ambulances ter plaatse zou hebben kunnen zijn.

Nu er voorts niet van mag worden uitgegaan dat de basisbrandweer óók bij onmiddellijke bekendheid met het aantal inzittenden in dat stadium van de brand zonder bijstand

van de regionale brandweer tot redding had kunnen overgaan, verbindt de rechtbank daaraan de conclusie dat niet kan worden vastgesteld dat, ook indien een eerdere komst van de regionale brandweer zou hebben geleid tot een eerder bereiken van de zogenaamde tweede "knock-down", bij een adequate alarmering door verdachte vóór 18.20 uur een aanvang had kunnen worden gemaakt met het binnentreden van het vliegtuig en kort daarna - na verloop van meer dan 17 minuten na de crash - het eerste slachtoffer uit het vliegtuig had kunnen worden gehaald.

Gelet hierop is het voor het vaststellen van de causaliteit tussen de aan verdachte verweten gedragingen en het overlijden c.q. ernstig gewond raken van slachtoffers essentieel dat blijkt dat het tijdsverloop tussen kort na 18.20 uur en 18.41 uur -, het moment dat de eerste twee slachtoffers het vliegtuig hebben verlaten en de redding van de overige slachtoffers op gang kwam - voor de slachtoffers tot fatale dan wel ernstiger verwondingen heeft geleid.

De rechtbank is op grond van hetgeen hiervoor is overwogen van oordeel dat ten aanzien van geen van de slachtoffers dat oorzakelijk verband is bewezen.

Op grond van deze overwegingen komt de rechtbank tot het oordeel dat niet wettig en overtuigend is bewezen hetgeen verdachte is tenlastegelegd, zodat hij daarvan behoort te worden vrijgesproken.

4. Beslissing

De rechtbank, recht doende:

Verklaart niet bewezen hetgeen verdachte is tenlastegelegden spreekt hem daarvan vrij.

Tenlastelegging

(Verdachte is ten laste gelegd dat) hij op 15 juli 1996 te of nabij Eindhoven, nadat aldaar op de Vliegbasis Eindhoven omstreeks 18.03 uur een Belgisch militair vliegtuig (Hercules C-130) bij/na de landing was verongelukt, als dienstdoende luchtverkeersleider op die basis werkzaam op de verkeerstoren met direct uitzicht op het crashterrein, wetende dat er een (complete) muziekkapel aan boord was, bestaande uit tenminste 25 personen, aanmerkelijk onachtzaam en/of onzorgvuldig en/of nalatig:

- bij zijn (eerste) alarmering omstreeks 18.03 uur via de crashroep dat er een Herculestoestel was verongelukt, niet (direct) tevens heeft gemeld dat er een muziekkapel aan boord was en/of dat er tenminste 25 passagiers aan boord waren en/of

- in strijd met het Calamiteitenplan van de Vliegbasis Eindhoven/N.V. Vliegveld Welschap niet (direct bij of na de crashmelding) scenario 3, inhoudende dat er meer dan 10 inzittenden zouden zijn, heeft afgekondigd, dan wel heeft doen afkondigen (door de basisbrandweercentralist) en/of

- niet, althans onvoldoende duidelijk heeft ingegrepen toen hij vernam dat scenario twee van het calamiteitenplan van de vliegbasis Eindhoven werd afgekondigd (welk scenario in werking treedt bij een luchtvaartongeval waarbij 3 t/m 10 gewonden/doden te betreuren zijn) en/of die scenarioafkondiging niet onverwijld heeft gecorrigeerd, terwijl hij wist dat er zich naast de bemanning een muziekkapel aan boord van dat toestel bevond, zodat er - naar hij, verdachte, wist of begreep - in elk geval (aanzienlijk) meer dan 10 personen aan boord van dat vliegtuig waren (en/of)

- niet, althans op (volstrekt) onduidelijke wijze, (direct) na de crashmelding aan de basiscentralist heeft doorgegeven dat er een muziekkapel aan boord was en/of dat er tenminste 25 passagiers aan boord waren en/of de basisbrandweercentralist niet (direct) heeft verzocht/opgedragen aan de hulpverleningsinstanties (via 06-11 en/of direct) door te

geven dat er een muziekkapel aan boord was en/of dat er tenminste 25 passagiers aan boord waren en/of

- aan de On Scene Commander van de basisbrandweer en/of de dienstdoende basisarts, toen deze(n) direct na de crashmelding informeerde(n) naar het (mogelijke) aantal inzittenden (telkens) heeft medegedeeld en/of door zijn assistent-verkeersleider heeft laten meedelen dat het aantal niet (precies) bekend was en/of niet heeft medegedeeld en/of niet heeft laten meedelen dat er (in elk geval) een muziekkapel aan boord was en/of dat er tenminste 25 passagiers aan boord waren en/of

- aan de politie, toen deze omstreeks 18.06 telefonisch informeerde naar de (omvang van de) ramp, niet heeft doorgegeven en/of niet heeft laten doorgeven door zijn assistent dat er een muziekkapel aan boord was en/of dat er tenminste 25 passagiers aan boord waren (en dit in een later stadium bij soortgelijke contacten [, voordat het grote aantal inzittenden werd ontdekt] ook niet heeft gedaan) en/of

- aan de civiele brandweer, toen deze omstreeks 18.12 uur informeerde of assistentie nodig was en daarop negatief werd geantwoord, niet corrigerend heeft ingegrepen en/of niet heeft gemeld dat er een muziekkapel aan boord was en/of dat er tenminste 25 passagiers aan boord waren en/of

- (aldus) een tijdige(r) en/of adequate(re) redding en/of hulpverlening heeft belemmerd/vertraagd, mede waardoor/ten gevolge waarvan het aan zijn schuld te wijten is (geweest) dat er door gebrek aan zuurstof en/of een (langdurige) blootstelling aan hitte en/of (hete) gassen met giftige stoffen (34, in elk geval één of meer) inzittenden zijn overleden en/of (7/de overige) inzittenden zwaar lichamelijk letsel hebben bekomen, terwijl het misdrijf is gepleegd in de uitoefening van enig ambt of beroep.

NASCHRIFT

Zijn de Herculesvonnissen voldoende gemotiveerd?

Zoals het gerechtshof naar aanleiding van een verwant dossier in zijn arrest dd. 8 oktober 1999 terecht had gesteld, heeft een onvoorstelbare samenloop van fouten en toevaligheden tot het gekende dramatische resultaat geleid: het maaien van het gras waardoor er een verhoogde aanwezigheid van vogels ontstaan was, de vervroegde landingstijd, het naar de verkeerstoren roepen van de "vogelman", de dubbele torsie van het vliegtuig, de aanwezigheid van een greppel tussen de landingsbaan en het grasveld, de gesloten spoorwegovergang, het niet doorseinen van het passagiersaantal, het niet openen van het vliegtuig na de 90 % knockdown, de verplaatsing van de bemanning naar het ruim, enz. Elk van deze elementen heeft, in meerdere of in mindere mate, bijgedragen tot het dramatische eindresultaat en het is derhalve een bijzonder moeilijke opgave om het aandeel van elk element in het totaal te duiden.

De Officier van Justitie is in het geval van de verkeersleider en de On Scene Commander overgegaan tot vervolging, oordelend dat hen een deel van de verantwoordelijkheid voor de zware tol kon worden toegeschreven. De rechtbank is hem hierin echter niet gevolgd.

Het is in deze noot niet de bedoeling om de Hercules-processen over te doen - De auteur is advocaat, geen rechter - noch om de beslissing van de rechtbank in twijfel te trekken, doch er moet worden vastgesteld dat inzake motivering het vonnis van de arrondissementsrechtbank zeer summier is. Aldus kan in de vonnissen van 1 maart 2001 niet worden nagegaan welke concrete elementen van het dossier in aanmerking werden genomen.

Meerdere elementen uit de dagvaarding blijven onbeantwoord in het vonnis. Nergens worden gedetailleerde antwoordelementen uit de onderzoeksrapporten weergegeven. Zo is het bijvoorbeeld onduidelijk welke "knockdown" bedoeld wordt door de rechtbank (de enige knockdown die in de door ons geraadpleegde onderzoeksrapporten voorkomt, deed zich voor om 18.09 uur; en niet om 18.23 uur). De rechtbank haalt een drietal argumenten aan waarvan zij stelt dat "onvoldoende aannemelijk is geworden dat ..." of dat "er niet van mag worden uitgegaan dat ...", maar verklaart niet waarom "onvoldoende aannemelijk is" of waarom "er niet van mag worden uitgegaan". Inhoudelijk is de motivering dus teleurstellend omdat zij niet toelaat om de overwegingen van de rechters in concreto te toetsen aan de onderzoekselementen en de elementen opgeworpen in de dagvaarding.

Niet dat de rechters daarmee on(grond)wettelijk hebben gehandeld, want het vonnis is formeel niet ongemotiveerd. Er kan trouwens worden verwezen naar de analogie met de bepalingen van art. 138b Sv, die in het geval van veroordeling het principe van verkorte vonnissen toelaten (Zolang geen gewoon rechtsmiddel is aangewend, mogen de rechters een vonnis wijzen waarin noch de bewijsmiddelen noch de redengevende feiten en omstandigheden zijn opgenomen). Het is echter de vraag of dergelijke korte motiveringen de rechten van de belanghebbenden niet schenden. Immers, aangezien het niet duidelijk is welke argumenten precies aanleiding hebben gegeven tot het kwetsieuze vonnis, wordt het de partijen - zowel de verdachten als zelfs de Officier van Justitie - schier onmogelijk gemaakt om hun kansen in hoger beroep op volwaardige wijze te evalueren. Dat dit zowel in de ene als in de andere optie voor frustraties, ongenoegen, en onnodig leed en kosten zorgt, staat buiten kijf.

In een recent arrest (weliswaar later gewezen dan de Hercules-vonnissen) heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens uitdrukkelijk gesteld dat een lagere rechtbank zijn beslissingen zodanig moet motiveren dat deze de partijen in de mogelijkheid stellen om hun recht van hoger beroep efficiënt aan te wenden: "An appellate court may, in principle, simply endorse the reasons for the lower court's decision. A lower court or authority in turn must give such reasons as to enable the parties to make effective use of any existing right of appeal" (EHRM, 27 september 2001, Hirvisaari t./ Finland, www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm, Recent Judgments, nr. 741, ¶ 30). In het geval van de verkorte vonnissen in Nederland wordt net het omgekeerde beginsel gehuldigd: de eerste rechter mag vonnissen wijzen waarin noch de bewijsmiddelen noch de redengevende feiten en omstandigheden zijn opgenomen, terwijl het dun aan het appèlgerecht is om de motivering in extenso weer te geven.

Voordien had het Europese Hof reeds benadrukt dat het begrip "eerlijk proces" veronderstelt dat een rechtbank die slechts bondig zijn beslissing heeft gemotiveerd, ook daadwerkelijk de essentiële vragen heeft nagegaan die haar werden voorgelegd: "The Court would emphasise that the notion of a fair procedure requires that a national court which has given sparse reasons for its decisions, whether by incorporating the reasons of a lower court or otherwise, did in fact address the essential issues which were submitted to its jurisdiction and did not merely endorse without further ado the findings reached by a lower court" (EHRM, 19 december 1997, Helle t./ Finland, Reports of Judgments and Decisions, 1997-VIII, ¶ 60). Het Hof bestempelt dit als een beginsel van behoorlijke rechtspleging: "La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence constante reflétant un principe lié à la bonne administration de la justice, les décisions judiciaires doivent indiquer de manière suffisante les motifs sur lesquels elles se fondent" (EHRM, 21 januari 1999, Garcia-Ruiz t./ Spanje, Reports of Judgments and Decisions, 1999-I, § 26). Uiteraard kan zulks alleen maar worden nagegaan indien de bewuste rechtbank ook de argumenten in zijn motivering opneemt. Pas dan is expliciet duidelijk dat de rechtbank wel degelijk elk van die argumen-

ten in overweging heeft genomen en welk standpunt zij daarover concreet heeft ingenomen.

Toch eist het Europese Hof niet dat door de rechtbanken diepgaand op alle opgeworpen argumenten wordt geantwoord. In de arresten Van de Hurk t./ Nederland (EHRM, 19 april 1994, *Publications of the European Court of Human Rights, Series A, Vol. 288, 1994, § 61*), Higgins en anderen t./ Frankrijk (EHRM, 19 februari 1998, *Reports of Judgments and Decisions, 1998-1, nr. 62, § 42*) en Garcia-Ruiz t./ Spanje (l.c., § 26) heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens weliswaar het beginsel onderschreven dat artikel 6 § 1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens de rechtbanken verplicht om hun beslissingen te motiveren, doch dat niet vereist is dat er een gedetailleerd antwoord op elk argument wordt gegeven: "Article 6 § 1 obliges courts to give reasons for their decisions, but cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument". De draagwijdte van de motiveringsplicht, zoals die door het Hof wordt bevestigd, "kan variëren naargelang de aard van de beslissing en moet worden gezien in het licht van de omstandigheden van elke zaak afzonderlijk" (Arresten Van de Hurk t./ Nederland, Higgins en anderen t./ Frankrijk en Garcia-Ruiz t./ Spanje, l.c.). Zo heeft het Europese Hof in de arresten Ruiz Torija t./ Spanje (EHRM, 9 december 1994, *Publications of the European Court of Human Rights, Series A, Vol. 303-A, §§ 29-30*) en Hiro Balani t./ Spanje (EHRM, 9 december 1994, *Publications of the European Court of Human Rights, Series A, Vol. 303-B, §§ 27-28*) geoordeeld dat er wel een schending was van het artikel 6 § 1 van het EVRM omdat in die gevallen de rechtbank een aantal argumenten die door een gedingvoerende partij waren aangevoerd, niet uitdrukkelijk had beantwoord. Het Europese Hof stelde vast dat bij ontstentenis van specifiek en expliciet antwoord vanwege het gerecht, het onmogelijk was om na te gaan of het gerecht de klacht gewoonweg had genegeerd dan wel deze wilde verwerpen, en in dit laatste geval, om welke redenen. Voor een goed begrip moet worden benadrukt dat het Hof de mening was toegedaan dat in die twee specifieke dossiers het antwoord op die bepaalde vragen essentieel was voor de eindbeslissing van de rechtbank, zodat het even essentieel was om te weten of het zwijgen van de rechtbank redelijkerwijs als een impliciete verwerping moest worden gezien.

Indien uit de vroegere rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens zou kunnen worden geconcludeerd dat het geannoteerde vonnis van de arrondissementrechtbank te Arnhem artikel 6 § 1 EVRM wellicht niet zou schenden, aangezien niet op elk argument gedetailleerd dient te worden geantwoord, rijst de vraag of ditzelfde vonnis in het licht van het arrest Hirvisaari van 27 september 2001 nog de toetsing van het Europese Hof zou doorstaan. Eenzelfde bemerking geldt trouwens voor alle vonnissen waarin op beknopte wijze wordt ingegaan op de argumenten van partijen. Hoewel tijdrovend en niet steeds proceseconomisch, is een gedegen gemotiveerd vonnis steeds dienstig voor alle partijen, zowel in geval van een vrijspraak als bij een veroordeling. Afgewezen of veroordeelde partijen (en de Officier van Justitie) kunnen dan immers hun kansen in hoger beroep grondig evalueren, vrijgesproken verdachten kunnen hun vrijspraak legitimeren. In gevoelige materies zoals de besproken crash zou een gedegen gemotiveerd vonnis voor de nabestaanden wellicht aanvaardbaarder zijn geweest, terwijl de vrijgesproken militairen volledig van alle smet zouden zijn gezuiverd. Door een mijns inziens weinig overtuigende motivering en enigszins ongelukkige woordkeuze is de arrondissementrechtbank van Arnhem er stellig niet in geslaagd de wonden voor alle partijen te helen.

Mr. S. Horvat

Administratiefrechtelijke procedures Herculeszaak

Naast de nu beëindigde strafrechtelijke procedures is in deze zaak nog een drietal bestuursrechtelijke procedures gaande. In oktober 1996, na het bekend worden van diverse onderzoeksresultaten, heeft de Bevelhebber der Luchtstrijdkrachten (BDL) rechtspositionele maatregelen genomen tegen de Commandant van de Vliegbasis, de dienstdoend verkeersleider en de On Scene Commander van de vliegbasisbrandweer. Deze drie functionarissen zijn toen uit hun functie ontheven en hun is een andere functie toegewezen. Tegen deze maatregelen hebben betrokkenen toentertijd bezwaar aangetekend. Na onderzoek door het Adviesorgaan Bestuursrechtelijke Geschillen van de Koninklijke Luchtmacht (ABG KLu) heeft de BDL in heroverweging, met opvolging van het door de ABG KLu uitgebrachte advies, de maatregelen (met verbetering van de gronden) in stand gelaten. Tegen die besluiten hebben de drie functionarissen beroep aangetekend bij de Sector Bestuursrecht van de Arrondissementsrechtbank te Den Haag. De rechtbank heeft deze zaken vervolgens aangehouden in afwachting van de strafzaken. Naar verwachting zal de rechtbank de behandeling nu weer voortzetten. Vervolgens bestaat natuurlijk nog de mogelijkheid dat de zaken worden voorgelegd aan de Centrale Raad van Beroep.

Redactie

TUCHTRECHTSPRAAK

Arrondissementsrechtbank te Arnhem

militaire kamer

Uitspraak in beroep van 07 januari 2002

T.Z. nr. 0001.01

Voorzitter: Mr. B.N. Crol; *Lid:* Mr. A.T.M. Vrijhoeven; *Militair lid:* Kolonel Mr. G.J.J.M. Pick.

Ontbreken datum van indiening; onbekendheid met beroepstermijn?

a. Ontbreken van de datum van indiening op een beklagschrift werkt niet ten nadele van de gestrafte.

b. Niet-ontvankelijkheid van een beroep. Een beroep op onbekendheid met de beroepstermijn omdat de beklagmeerdere deze termijn niet zou hebben meegedeeld, gaat niet op nu deze termijn staat vermeld op (de achterzijde van) het formulier uitspraak op beklag.

De rechtbank gaat nog wel ambtshalve na of overschrijding van de termijn om andere redenen de gestrafte niet was aan te rekenen.

(Art. 80a t/m 80d, 81 t/m 84 en 110 WMT)

UITSPRAAK

van de meervoudige militaire kamer van de rechtbank Arnhem, op het beroep van A., Soldaat 1, nr. ..., laatstelijk geplaatst bij: ... GNK, wonende: ... - hierna aangeduid als gestrafte - waarbij de hierna te noemen uitspraak wordt bestreden.

Verloop van de procedure

Aan gestrafte werd op 28 december 2000 een beschuldiging uitgereikt, luidend:

"Gedreigd het e-mail adres van een collega te veranderen. Buiten D-net om programma's gebruikt waarvoor geen toestemming was gegeven. Een meerdere onheus bejegend. Misbruik gemaakt van zijn toebedeelde functie, op 27 december 2000 binnen een militair plaats buiten Nederland", met vermelding van de artikelen 15, 20, 22 en 36 van de Wet militair tuchtrecht.

Gestrafte werd op 29 december 2000 door de commandant van A-Cie ... BAT wegens schending van de gedragsregels van de artikelen 20, 22 en 36 van de Wet militair tuchtrecht gestraft met een geldboete van f 125,-, op grond van de bewezen gedraging welke luidt als volgt:

"Een meerdere onheus bejegend. Gedreigd het e-mail adres van een collega te veranderen. Misbruik gemaakt van de toebedeelde functie door langer dan voorgeschreven de computer te gebruiken".

De uitspraak in eerste aanleg is aan gestrafte uitgereikt op 29 december 2000.

Gestrafte is in beklag gegaan tegen deze uitspraak in eerste aanleg door indiening van een beklagschrift, op het beklagschrift is niet de datum van indiening hiervan aangetekend door de commandant. Verder is het beroepschrift niet gedateerd. Door de militaire kamer wordt aangenomen dat het beklagschrift tijdig is ingediend bij de beklagmeerdere.

Het beklag is vervolgens op 29 januari 2001 behandeld. De beklagmeerdere heeft op 29 september [dit moet een schrijffout zijn; gezien de verderop vermelde datums werd hier kennelijk bedoeld: januari - Red.] 2001 de beslissing op beklag gegeven. Deze beslissing hield in dat de bestreden beslissing werd bevestigd.

De uitspraak op beklag is aan gestrafte uitgereikt op 31 januari 2001.

Gestrafte is in beroep gegaan tegen deze uitspraak op beklag door indiening van een beroepschrift bij zijn commandant op 13 februari 2001.

De zaak is in beroep onderzocht ter terechtzitting van 7 januari 2002.

Gestrafte is, hoewel behoorlijk opgeroepen, niet ter terechtzitting verschenen. Gestrafte heeft middels toezending van een fax verzocht om aanhouding van de zaak. De militaire kamer acht de aanwezigheid van gestrafte niet noodzakelijk gezien de inhoud van de te nemen beslissing en wijst derhalve het verzoek om aanhouding af. De militaire kamer zal de zaak verder afhandelen.

De officier van justitie heeft zijn oordeel gegeven en onder meer gezegd:

Het beroepschrift is te laat ingediend. Gestrafte dient daarom niet-ontvankelijk te worden verklaard.

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

De motivering van de beslissing

De militaire kamer is, gelet op het vorenstaande, van oordeel dat het beroepschrift te laat is ingediend. De militaire kamer heeft ter terechtzitting onderzocht of gestrafte redelijkerwijs geacht kan worden niet in verzuim te zijn geweest. Gestrafte beroept zich op het feit dat hij door de beklagmeerdere niet is geïnformeerd over de duur van de beroepstermijn. Gestrafte is ondubbelzinnig in de gelegenheid geweest kennis te nemen van de beroepstermijn. Deze staat op niet mis te verstane wijze vermeld op de achterzijde van het uitspraak beklagformulier. Verder waren de geografische omstandigheden waaronder de gestrafte zich bevond niet van een dusdanige aard dat hij werd beperkt in zijn communicatiemogelijkheden. Er is ook overigens geen omstandigheid aannemelijk geworden die

het oordeel rechtvaardigt dat gestrafte redelijkerwijs geacht kan worden niet in verzuim te zijn geweest.

Beslissing:

De militaire kamer:

Verklaart gestrafte niet-ontvankelijk in zijn beroep.

NASCHRIFT

a. De termijnen voor het indienen van een beklagschrift of het indienen van een beroepschrift lopen - afgezien van de toepassing van de Algemene termijnenwet (art. 110 WMT) - tot en met de vijfde dag na de uitreiking van een uitspraak in eerste aanleg (art. 80a, eerste lid, WMT) respectievelijk een uitspraak op beklag (art.81, eerste lid, onder b, WMT). Om in beklag en eventueel later in beroep te kunnen controleren of aan deze eis was voldaan, dient door of namens de commandant de datum van indienen van het beklagschrift (art. 80b, derde lid, WMT) of van het beroepschrift (art. 83 WMT) direct op dat stuk te worden aangetekend.

In deze zaak is kennelijk de datum van indienen van het beklagschrift daarop niet aangetekend. De rechtbank laat deze omissie aan de zijde van de commandant niet ten nadele werken van de gestrafte en gaat uit van tijdige indiening van het beklagschrift.

b. De Wet militair tuchtrecht schrijft niet voor dat de termijn voor beklag of voor beroep aan een gestrafte dient te worden meegedeeld door de commandant of de beklagmeerdere bij de uitreiking van een uitspraak. Een gestrafte kan deze termijn echter kennen als hij (de achterzijde van) het uitspraakformulier leest.

In deze zaak werd de uitspraak op beklag uitgereikt op woensdag 31 januari 2001. De termijn voor het indienen van een beroepschrift loopt dan af met het verstrijken van maandag 5 februari 2001. Verlenging op grond van de Algemene termijnenwet is hier niet aan de orde omdat ten eerste de laatste dag (maandag 5 februari 2001) niet is een zaterdag, zondag of erkende feestdag en ten tweede omdat er in die periode tenminste twee dagen vallen die niet zijn een zaterdag, zondag of erkende feestdag (te weten: 1, 2 en 5 februari 2001).

De gestrafte diende echter zijn beroepschrift in op 13 februari 2001 en heeft zich beroepen op het feit dat de termijn voor beroep niet was medegedeeld door de beklagmeerdere.

De rechtbank oordeelt dat de gestrafte de termijn voor beroep had kunnen kennen door het uitspraakformulier te lezen. De rechtbank vindt zelfs dat de termijn voor beroep daar op 'niet mis te verstane wijze' is vermeld.

De rechtbank kan pas tot niet-ontvankelijkheid wegens overschrijding van de termijn besluiten als eerst nog is nagegaan of de indiener redelijkerwijs niet in verzuim is geweest (art. 84 WMT). De beslissing hierop moet gemotiveerd zijn en dat doet de rechtbank dan ook door vast te stellen dat niet de geografische of andere omstandigheden een termijnoverschrijding rechtvaardigen.

Gezien de overeenkomstige wijze waarop het indienen van een beklagschrift is geregeld na een uitspraak in eerste aanleg (art. 80a, eerste lid en 80d, WMT) is aan te nemen dat de rechtbank met betrekking tot de overschrijding van de beklagtermijn op gelijke wijze zal reageren.

J.R.G.J.

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 6 december 2001

98 / 4193 MPW

Voorzitter: Mr. C.G. Kasdorp; Leden: Mr. G.L.M.J. Stevens en Mr. R.H.M. Roelofs

Toepassing verrinderingsbepalingen tijdens BV-LOM en UGM

Met ingang van 1 augustus 1991 tot 1 juni 1994 is aan appellant, adjudant-onderofficier, buitengewoon verlof, onmiddellijk voorafgaand aan functioneel leeftijdsontslag (BV-LOM) verleend. Uit de uitspraak van de arrondissementsrechtbank in deze zaak blijkt dat hij ingaande 8 juli 1991 een arbeidsovereenkomst met een particulier bedrijf heeft gesloten. Op 1 juni 1994 verkrijgt appellant aanspraak op een uitkering op grond van de Uitkeringswet gewezen militairen (UGM).

Bij brief van 15 april 1994 verzoekt hij om vrijstelling van de verminderingbepalingen tijdens zijn UGM-periode. Bij besluit van 10 oktober 1994 heeft de staatssecretaris bepaald dat er met ingang van 1 juni 1994 geen vrijstelling kan worden verleend omdat hij pas vanaf 8 juli 1991 neveninkomsten is gaan genieten en hij vanaf dat tijdstip verlof heeft genoten.

In bezwaar voert appellant aan dat hij destijds geen verlof heeft genoten, maar de hem toekomende tijd aan arbeidsduurverkorting heeft gebruikt om zich in te werken. Bovendien geeft hij aan dat hem van bevoegde zijde een officiële mededeling is gedaan dat de verminderingbepalingen ook tijdens zijn UGM-periode niet zouden worden toegepast.

Naar aanleiding hiervan heeft de staatssecretaris een nieuwe beslissing genomen waarbij de inkomsten over vijf in juli 1994 gewerkte dagen van de verminderingbepalingen zijn vrijgesteld.

Het tegen de genomen beslissing ingestelde beroep wordt door de rechtbank ongegrond verklaard. Hierbij acht de rechtbank van belang dat appellant bij het besluit waarbij hem BV-LOM is verleend, uitdrukkelijk is meegedeeld dat met betrekking tot het genieten van niet-militaire inkomsten in relatie tot de Uitkeringswet gewezen militairen afzonderlijke bepalingen gelden. In dit geval heeft appellant geen schriftelijke informatie ontvangen waaruit ondubbelzinnig blijkt dat na 1 juni 1994 het bedrag van de maandelijks vrij te stellen inkomsten gelijk zou zijn aan het vrijgestelde bedrag tijdens de BV-LOM-periode. In de thans voorliggende uitspraak bevestigt de Centrale Raad van Beroep dan ook de aangevallen uitspraak.

(Uitkeringswet gewezen militairen, artikel 5)

UITSpraak

in het geding tussen: [A.], wonende te [B.], appellant, en de Staatssecretaris van Defensie, gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Op bij beroepschrift uiteengezette gronden heeft appellant bij de Raad hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage van 23 april 1998, nummer AWB 9617692 MAW, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van de Raad op 25 oktober 2001. Daar is appellant

in persoon verschenen, terwijl namens gedaagde is verschenen mr. M.H.J. Geldof van Doorn, werkzaam bij USZO-Defensie. Tevens is [C.] te [D.] als, door appelland opgeroepen, getuige gehoord.

II. Motivering

De Raad gaat voor zijn oordeelsvorming uit van de feiten en omstandigheden die de rechtbank bij de aangevallen uitspraak als vaststaande heeft aangenomen.

Ook in hoger beroep staat ter beoordeling de vraag of appelland in het kader van de toekenning, ingaande 1 juni 1994, van een uitkering ingevolge de Uitkeringswet gewezen militairen (UKW) aanspraak kan maken op vrijstelling van een hoger bedrag aan neveninkomsten dan f 1.140,97 per maand (vóór indexering).

Die vraag beantwoordt de Raad, evenals de eerste rechter, ontkennend.

Daarbij staat voorop dat het in dezen vastgestelde vrijstellingsbedrag van f 1.140,97 op zichzelf al - vanwege een door gedaagde gemaakte berekeningsfout waarop niet is teruggekomen - hoger is dan zou gelden bij een correcte toepassing van de ingevolge de UKW geldende regels.

Appelland meent evenwel dat hij er op grond van hem bij de - in het kader van beleid tot bevordering van vervroegde uitstroom van oudere militairen getroffen - regeling van zijn buitengewoon verlof gedurende de periode van 1 augustus 1991 tot 1 juni 1994 gedane toezeggingen op kon en mocht rekenen, dat ook op en na 1 juni 1994, in afwijking van de UKW, het vrijstellingsbedrag uit de periode van het buitengewoon verlof zou blijven gelden, te weten f 5.300,- per maand.

De Raad heeft - naar ook de rechtbank in aanmerking heeft genomen - bij zijn uitspraak van 14 december 1995, nummer 95/340 MAW, in een soortgelijk geval als zijn oordeel gegeven dat in de voorhanden gegevens en het verhandelde ter zitting onvoldoende aanknopingspunten zijn gelegen om zodanig standpunt van de toen betrokkene te kunnen onderschrijven.

De in de thans voorliggende zaak beschikbare gegevens en verklaringen komen vrijwel overeen met die waarop de Raad zijn oordeel in genoemde eerdere zaak heeft gebaseerd, de thans door de getuige [C.] afgelegde verklaringen daaronder begrepen.

Ook overigens ziet de Raad geen aanleiding om nu terug te komen van zijn in voormeld soortgelijk geval ingenomen standpunt. Nog steeds is niet gebleken van enig schriftelijk stuk waaruit ondubbelzinnig blijkt dat het ter bevordering van de vervroegde uitstroom van oudere militairen gevoerde beleid zóver ging dat voor de periode na het buitengewone verlof een van de UKW afwijkende regeling zou gelden. Zeker nu het bij die uitstroom ging om - naar ter zitting is gebleken - een operatie waarbij honderden militairen waren betrokken, acht de Raad niet wel denkbaar dat een zodanig beleid, strekkende tot afwijking van dwingende wettelijke voorschriften, niet in een officieel stuk zou zijn vastgelegd.

Gezien het vorenstaande komt de aangevallen uitspraak voor bevestiging in aanmerking.

De Raad acht, ten slotte, geen termen aanwezig om toepassing te geven aan het bepaalde in artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht inzake een vergoeding van proceskosten.

Beslist wordt derhalve als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. Beleid tot bevordering van vervroegde uitstroom

In 1988 is een maatregel van kracht geworden waarbij op grond van artikel 86 van het Algemeen militair ambtenarenreglement (Amar) onmiddellijk voorafgaande aan het functioneel leeftijdsontslag een jaar buitengewoon verlof kon worden verleend (verder te noemen BV-LOM-maatregel). De periode van een jaar kon worden verlengd. Deze maatregel was getroffen in het kader van het beleid tot bevordering van vervroegde uitstroom van oudere militairen. De verantwoordelijkheid voor de uitvoering en betaling van deze maatregel en dus ook de veranhuoordelijkheid voor de uitvoering van de ter zake geldende verminderingbepalingen bij het genieten van neveninkomsten lag bij het krijgsmachtdeel.

Op het moment dat de gewezen militair aansluitend aan de periode van buitengewoon verlof met leeftijdsontslag ging kwam hij te vallen onder de bepalingen van de Uitkeringswet gewezen militairen (UGM). De uitvoering hiervan is door de Staatssecretaris van Defensie per 1 januari 2002 in mandaat opgedragen aan thans ABP, Businessunit Bijzondere Regelingen Defensie, voorheen USZO Defensie.

Het is van meet af aan de bedoeling geweest om de anticumulatie in het kader van de BV-LOM-maatregel een zelfde toepassing te geven als gebruikelijk en geregeld was bij de uitkeringen ingevolge de UGM. In de praktijk heeft zich echter gaandeweg de tendens voorgedaan dat het uitgangspunt van analoge toepassing van de anticumulatie is verwaterd. Deze versoepeling is inherent aan het karakter van de BV-LOM-maatregel, namelijk de uitstroom bevorderen van militairen uit de krijgsmacht.

De BV-LOM-maatregel is slechts enkele jaren toegepast. Op 1 november 1991 is voor de gehele defensieorganisatie (zowel militairen alsook burgerambtenaren) het sociaal beleidskader personeelsreducties (SBK) in werking getreden. In dat verband is onder meer tot stand gebracht het Tijdelijk besluit uitstroombevorderende maatregel Defensie, dat met terugwerkende kracht tot 1 september 1993 in werking is getreden. Dit besluit geldt op dit moment voor een ontslag op grond van het SBK nog steeds.

2. De uitspraak van de Centrale Raad nader beschouwd,

Zoals hierboven al vermeld, kon het in de uitvoeringspraktijk bij de krijgsmachtdelen dus voorkomen dat de tijdens de BV-LOM-periode genoten neveninkomsten uit arbeid of bedrijf niet werden verminderd en dus naast het militaire salaris werden genoten. Binnen de verschillende krijgsmachtdelen bestond ter zake geen eenduidige lijn. Getoetst aan de Uitkeringswet gewezen militairen moest de uitvoerende dienst in een aantal gevallen dan ook alsnog tot korting overgaan.

Zoals bekend bevat artikel 5 van de UGM een aantal regels met betrekking tot een eventueel toe te passen korting bij het genieten van inkomsten naast de uitkering. Zie voor een uitgebreide toelichting op de kortings- en vrijstellingsbepalingen van de UGM mijn naschrift bij de uitspraak CRvB dd. 14 augustus 1997, MRT 1998, pag. 82 - 86.

De regels van de Uitkeringswet gewezen militairen staan in het onderhavige geval niet toe dat er vrijstelling van anticumulatie plaatsvindt. Dit had slechts plaats kunnen vinden als meer dan één jaar vóór ontslag (in dit geval één jaar vóór het verlenen van buitengewoon verlof) inkomsten waren genoten naast het militaire inkomen. Appellant is slechts enige weken vóór de datum van buitengewoon verlof inkomsten gaan genieten. Aan hem is dan ook slechts een (in zijn ogen te) geringe vrijstelling verleend.

3. Nieuwe regelgeving verminderingbepalingen

De toepassing van de verminderingbepalingen hebben door het op 13 februari 2001

tussen de staatssecretaris en de Sectorcommissie Defensie gesloten arbeidsvoorwaarden-akkoord veel van hun betekenis verloren. In het kader van de modernisering van het dienst-eindestelsel is op dit punt namelijk een aantal afspraken gemaakt.

Vanaf 1 januari 2001 zal de UGM-uitkering bij het genieten van inkomsten niet meer worden verminderd wanneer:

- a. betrokken militair reeds 2 jaar een UGM-uitkering heeft ontvangen,
- b. vanaf de oorspronkelijke voor hem geldende ontslagleeftijd ten minste 2 jaar zijn verstreken. Dit betekent dat iemand die vanaf 1 januari 2001 minimaal twee jaar nadien niet meer wordt gekort,
- c. hij na leeftijdsontslag als burger werkzaam is gebleven voor het ministerie van Defensie,
- d. hij vanaf zijn leeftijdsontslag een executieve functie vervult of gaat vervullen in de sectoren Onderwijs, Zorg, Politie of Douane.

In de Sectorcommissie Defensie is afgesproken dat het verminderen van de nevenin-komsten in bovengenoemde situaties per direct zal worden beëindigd, onder het voorbe-houd dat de afspraken tussen de staatssecretaris en de belangenorganisaties een voorlo-pig karakter hebben. Deze afspraken worden pas definitief zodra de wijziging van de UGM het hele wetgevingstraject, inclusief de instemming van het Parlement en de plaat-sing in het Staatsblad, heeft doorlopen.

De uitvoerende dienst (vanaf 1 januari 2002 de Businessunit Bijzondere Regelingen Defensie van het ABP) heeft meteen na de ondertekening van het akkoord ingaande de maand maart 2001 de toepassing van de verminderingbepalingen met terugwerkende kracht tot 1 januari 2001 herzien voor degenen op wie het bovenstaande onder a, b, c of d van toepassing is.

Inmiddels is het voorstel van wet tot wijziging van de UGM op 21 maart 2002 aange-boden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal (Tweede Kamer, nr. 28269).

W.J.S.

Centrale Raad van Beroep
Uitspraak van 24 januari 2002
99/1347 MAW

Voorzitter: Mr. M.M. van der Kade; leden: Mr. T. Hoogenboom en Mr. J.H. van Kreveld

De van zijn functie ontheven onderofficier

Een sergeant-majoor werd uit de functie die hij bekleedde ontheven. Toen hij tegen dit (na administratief beroep gehandhaafde) besluit beroep instelde, verklaarde de rechtbank het beroep ongegrond. Zoals in onderstaande uitspraak valt te lezen, oordeelt de Centrale Raad van Beroep anders. De Raad komt, gelet op de bijzonderheden van het geval, tot de slotsom dat de ontheffing uit de functie slechts heeft plaatsgevonden teneinde te voorko-men dat de sergeant-majoor; bij voortzetting van de functie, vanaf 1 juni 1997 met toe-passing van artikel 27 lid 4 Amar aanspraak zou kunnen maken op bevordering tot de rang van adjudant-onderofficier: Dit betekent, aldus de Raad, dat de ontheffing niet kan worden gebaseerd op enige bepaling, vervat in artikel 29 lid 2 van de Regeling functietoewijzing en bevordering zeemacht.

(Artikel 29 lid 2 RFTBZ)

UITSpraak

in het geding A., wonende te B. appellant, en de Staatssecretaris van Defensie, gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Namens appellant is op bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de door de rechtbank 's-Gravenhage op 9 februari 1999, onder nummer AWB 9813201 MAWKMA gegeven uitspraak, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 13 december 2001, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. H.J.M.G.M. van der Meijden, advocaat te Nijkerk. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. H.P. van der Lelie, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. Onder verwijzing naar de aangevallen uitspraak voor een uitgebreidere weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden volstaat de Raad met vermelding van het volgende.

1.1. Appellant, ten tijde hier van belang sergeant-majoor van de onderzeeboot-bestedingsdienst van de Koninklijke Marine, is met ingang van 1 december 1993 de functie van medewerker [X.] te [Y.] gaan vervullen.

1.2. In verband met de opwaardering van de voormelde functie tot het rangsniveau van adjudant-onderofficier met ingang van 1 juni 1997 is appellant door de Commandant der Zeemacht bij besluit van 27 mei 1997 met ingang van 31 mei 1997 ontheven uit zijn functie. Bij dit besluit is tevens bepaald dat appellant van 1 juni 1997 tot 1 september 1997 met behoud van zijn oorspronkelijke takenpakket in de reserve bij de [X.] wordt geplaatst. Het namens appellant tegen dit besluit ingestelde administratieve beroep is door gedaagde bij besluit van 6 maart 1998 ongegrond verklaard.

2. Het namens appellant tegen dat besluit ingestelde beroep is door de rechtbank ongegrond verklaard.

3. De Raad overweegt het volgende.

3.1. Artikel 29, tweede lid, van de Regeling functietoewijzing en bevordering zeemacht (RFTBZ) luidde ten tijde hier van belang als volgt.

"Ontheffing uit een functie kan plaatsvinden:

a. indien de plaatsingsautoriteit een maximale duur als bedoeld in artikel 23, tweede lid, van het AMAR aan de functievervulling heeft verbonden: bij het verstrijken van de maximale duur;

b. indien de militair een andere functie wordt toegewezen;

c. indien de militair wordt aangewezen voor een bijscholings- of een omscholingsopleiding als bedoeld in hoofdstuk 3 van het AMAR;

d. indien de militair naar het oordeel van de plaatsingsautoriteit buiten staat is geraakt de functie naar behoren te vervullen".

3.2. Gedaagde is de mening toegedaan dat de onderhavige ontheffing kan worden gebaseerd op het bepaalde in artikel 29, tweede lid, aanhef en onder b, van de RFTBZ. De omstandigheid dat appellant enige tijd in de reserve is geplaatst voordat hem een andere functie is toegewezen, doet hier naar de mening van gedaagde niet aan af.

3.3. De Raad kan gedaagde hierin niet volgen. Hij neemt daarbij in aanmerking dat

appellant zijn functie volledig is blijven vervullen en dat hem eerst nadat daarvoor een andere functionaris was gevonden, een andere functie is toegewezen. Naar het oordeel van de Raad kan onder deze omstandigheden niet worden gezegd dat appellant uit zijn functie van medewerker dienstploeg operatiecentrum is ontheven met het oog op de toewijzing van een andere functie maar heeft de ontheffing slechts plaatsgevonden teneinde te voorkomen dat hij bij voortzetting van deze functie vanaf 1 juni 1997 met toepassing van het bepaalde in artikel 27, vierde lid, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) aanspraak kon maken op een bevordering tot adjudant-onderofficier. De Raad is dan ook van oordeel dat gedaagde de onderhavige ontheffing niet heeft kunnen baseren op het bepaalde in artikel 29, tweede lid, onder b, van de RFTBZ. Nu in het onderhavige geval evenmin één van de overige in artikel 29, tweede lid, van de RFTBZ genoemde ontheffingsgronden van toepassing is, is de Raad van oordeel dat de Commandant der Zeemacht appellant niet uit zijn functie heeft kunnen ontheffen.

3.4. Het vorenstaande betekent dat het bestreden besluit in rechte geen stand kan houden en dat de aangevallen uitspraak moet worden vernietigd.

4. De Raad acht termen aanwezig om gedaagde met toepassing van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht te veroordelen tot vergoeding van een bedrag groot f 644,- aan kosten wegens aan appellant in eerste aanleg verleende rechtsbijstand en van f 644,- aan kosten wegens aan appellant in hoger beroep verleende rechtsbijstand.

Beslist moet worden als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak en het besluit van gedaagde van 6 maart 1998;

Bepaalt dat gedaagde een nieuw besluit neemt met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen;

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appellant, in eerste aanleg tot een bedrag van € 644,- en in hoger beroep tot een bedrag groot € 644,-, te betalen door de Staat der Nederlanden;

Bepaalt dat de Staat der Nederlanden aan appellant het door hem betaalde griffierecht van in totaal f 249,58 vergoedt.

NASCHRIFT

Ingevolge artikel 19 lid 1 Amar berust de bevoegdheid tot functietoewijzing, alsmede de bevoegdheid tot ontheffing uit een functie, bij:

- de Minister van Defensie, indien aan de functie de rang van commandeur/brigade-generaal/commodore of een hogere rang (dus een vlag- of opperofficiersrang) is verbonden;*
- de bevelhebber, indien aan de functie een lagere rang is verbonden dan de rang van commandeur/brigade-generaal/commodore.*

Op het bepaalde in artikel 19 lid 1 Amar steunt (onder andere) de Regeling functietoewijzing en bevordering zeemacht (RFTBZ). Artikel 29 lid 2 RFTBZ bevat een limitatieve opsomming van de gronden waarop ontheffing uit een functie kan plaatsvinden. Naar het oordeel van de Raad kon de ontheffing van de sergeant-majoor niet op een van deze gronden worden gebaseerd. Dit betekende dat het bestreden besluit (het in administratief beroep genomen besluit van de Staatssecretaris van Defensie) vernietigd diende te worden.

G.L.C.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Boeken en tijdschriften

Naval Law Review

Lieutenant Commander S.M. Barney, (JAGC USN), "Innocent packets? Applying Navigational Regimes from the Law of the Sea Convention by Analogy to the realm of cyberspace", in Naval Law Review 2001, vol 48, p. 56-83.

Binnen de huidige middelen van oorlogvoering zijn *information operations* niet meer weg te denken. Ook Nederland kent sinds april 2001 beleid ten opzichte van dergelijke operaties hetgeen even geleden onder aandacht is gebracht in een bijdrage van Luitenant-kolonel drs. J.A. van der Louw in de *Militaire Spectator* (2001 nr. 11 jrg. 170). Hierin wordt de volgende begripsbepaling gehanteerd: *informations operations* (Info Ops) zijn activiteiten gericht op het beïnvloeden van beslissers ter ondersteuning van politieke en militaire doelstellingen door de informatie, besluitvormingsprocessen, commandovoeringsmiddelen en ondersteunende communicatiemiddelen en informatiesystemen van een opponent aan te grijpen en tegelijkertijd eigen informatie, processen en systemen te benutten en te beschermen. Het sleutelwoord is informatie; als doel, middel en wapen. Een belangrijk middel van Info Ops vormt de computeroorlogvoering of *cyberwarfare*. De nieuwheid van dit gebied, alsmede de snelheid waarmee *cyberwarfare* zich ontwikkelt, maakt het uiterst moeilijk om tot specifieke internationale regelgeving hieromtrent te komen. Hier ligt een leemte. Lieutenant Commander Barney doet in zijn artikel in de *Naval Law Review* een suggestie om bepaalde aspecten van het UNCLOS 111-verdrag¹⁾ inzake het recht van de zee naar analogie toe te passen op de cyberspace-dimensie en gaat na hoe de termen zoals deze gebruikt worden in het UNCLOS 111-verdrag, evenzogoed kunnen gelden voor *cyberwarfare*. De auteur bespreekt aan de hand van voorbeelden hoe termen als *innocent passage*, *transit passage* en het recht van neutraliteit en soevereiniteit ook voor de *cyberspace* een juridische leidraad kunnen zijn.

Mr. M.D. Fink

¹⁾ UNCLOS = United Nations Convention on the Law of the Sea.

Auteursaanwijzingen

Bijdragen voor het Militair Rechtelijk Tijdschrift worden aangeleverd op schrift alsmede zo mogelijk op diskette met gebruikmaking van het WP-programma of Microsoft Word. Auteurs worden verzocht om de volgende richtlijnen in acht te nemen:

Geén afbreekstreepjes gebruiken.

Geen tabs, inspringingen of verschillende lettertypes gebruiken.

Zo weinig mogelijk 'opmaken' van de tekst, doch zoveel mogelijk achter elkaar door typen.

Slechts bij het begin van een nieuwe alinea 'Enter' gebruiken.

REDACTIECOMMISSIE:

Voorzitter	Mr A.J.T. Dörenberg, Generaal-majoor Klu b.d.
Secretaris/penningmeester	Mr J.F. Stinissen, Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst;
Leden:	
voor de Koninklijke landmacht:	Mr A. C. Zuidema, Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke luchtmacht:	Mr S. van Groningen, Commodore der Koninklijke luchtmacht;
voor de Koninklijke marine:	Mr P.J. Schreuder, Kapitein ter zee van administratie;
voor de Centrale Organisatie:	Mr J.J. Buirma, Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Mr G.L. Coolen,	Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Prof. Dr. T.D. Gill	Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht en bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Mr N. Jörg,	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden;
Prof. Mr Th. A. de Roos,	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden;
Mr W.J. Schmitz,	Hoofd Procesondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van het ABP;
Mr G.F. Walgemoed,	Kolonel van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	NAPO 801-MS12, 3509 VP Utrecht

VASTE MEDEWERKERS:

Mr Th. J. Clarenbeek, Oud-Coördinerend-vice-president van de Arrondissementsrechtbank te Utrecht, res. Kolonel van de Militair Juridische Dienst b.d.;

Prof. Mr N. Keijzer, Raadsheer in buitengewone dienst van de Hoge Raad der Nederlanden en em. hoogleraar Internationaal Strafrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant.

Prof. Dr R.A. Lawson, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.

WIJZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt in 10 afleveringen per jaar.

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1-2002 € 35. Men abonneert zich voor tenminste één jaargang bij de Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, 's-Gravenhage, of bij zijn boekhandelaar. Losse afleveringen zijn verkrijgbaar tegen de prijs van € 3,93. Tevens zijn verzamelbanden te verkrijgen tegen de prijs van € 20,45. Nadere informatie omtrent bestellingen: Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, afdeling abonnementen, telefoon 070-3789887.

De schrijvers van bijdragen van meer dan 1 pagina ontvangen een honorarium van € 35 per pagina tot een maximum van € 230 per aflevering, benevens 5 present-exemplaren van de desbetreffende aflevering van het Tijdschrift. Het auteursrecht wordt met de publikatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Kennisgeving van adreswijziging (uitsluitend betalende abonnees) te richten tot Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, Postbus 20014, 2500 EA 's-Gravenhage. Telefoon (070) 3789887, fax (070) 3789783.

Zij die het tijdschrift van rijkswege verstrekt krijgen dienen zich voor kennisgeving van adreswijziging te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren.

*Dit tijdschrift, sedert mei 1903 verschenen onder de titel
„Militaire Jurisprudentie”, wordt sedert juli 1905, met onderbreking van
juli 1943 tot januari 1946, uitgegeven onder de titel
„Militair Rechtelijk Tijdschrift”*

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCV

Oktober 2002

Aflevering

9

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

Rechtsbescherming (militaire) ambtenaren bij arbeidsongeval vertoont nog steeds lacunes; door Mr. T.M.D. van den Beld..... 341

Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loop: De bevoegdheid tot het verlenen van ontslag; door Prof. Mr. G.L. Coolen..... 346

Strafrechtspraak

Ah 17.07.00 **Dronken soldaat**
Soldaat slaapt roes uit tijdens 'move-beveiligingsopdracht': opzettelijke ongeschiktheid voor een bijzondere verplichting betreffende waakzaamheid of veiligheid. (Naschrift M.M.D.)..... 349

Tuchtrechtspraak

*Ah 21.01.02 **Beklagschriftindienen bij commandant; vermelden datum van ontvangst**
a. Een beklagschrift moet worden ingediend bij de commandant. Onder bijzondere omstandigheden wordt ook indiening bij een andere functionaris wel geaccepteerd.
b. De commandant of degene die namens de commandant een beklagschrift (of een beroepschrift) ontvangt, dient daarop direct de datum van ontvangst te vermelden. Ontbreken van die datum werkt niet ten nadele van de indener. (Naschrift J.R.G.J.)..... 354

*Ah 21.01.02 **Termijnen; gedragscode; informatie KMar; maximale straf**
a. Enkele bijzonderheden met betrekking tot de termijnen in het tuchtrecht.
b. Handelen in strijd met de gedragscode voor de Koninklijke Landmacht is niet aan te merken als schending van een dienstvoorschrift.
c. In een tuchtprocedure is het toegestaan gebruik te maken van (verklaringen in) stukken opgemaakt door de Koninklijke Marechaussee die aan de commandant zijn overgedragen.
d. Oplegging van de maximale straf zonder motivering houdt (wederom) geen stand. (Naschrift J.R.G.J.)..... 357

Bestuursrechtspraak

CRvB 14.03.02 **Geen terugwerkende kracht bij toekenning welvaartvaste vliegtolage**
Aan een gewezen beroepsmilitair is in 1986 een UGM-uitkering toegekend, waarin opgenomen een niet-welvaartvaste vliegtolage. Per 1 september 1987 werd besloten de vliegtolage voor gewezen militairen welvaartvast te maken. De Centrale Raad bevestigt in deze uitspraak het uitgangspunt van de staatssecretaris om de welvaartvastheid niet eerder toe te kennen dan vanaf de datum van het verzoek van de militair. (Naschrift W.J.S.)..... 362

CRvB 08.05.02 **Vrijwillige uitzending naar voormalig Nederlands-Indië maakt iemand nog niet tot oorlogsvrijwilliger**
Betrokkene heeft meermalen een verzoek ingediend om militair pensioen als oorlogsvrijwilliger te verkrijgen. Aangezien hij op grond van de gegevens uit de staat van dienst als gewoon dienstplichtige in het voormalig Nederlands-Indië dienst heeft verricht is dit verzoek telkenmale afgewezen. Ook dit verzoek om herziening wordt afgewezen. (Naschrift W.J.S.)..... 366

Opmerkingen en mededelingen

Reactie..... 370
Boeken en tijdschriften..... 371

De met * gemerkte uitspraken zijn voor commandanten van belang voor de dagelijkse praktijk.

Annotatoren: C. - Mr Th. J. Clarenbeek
G.L.C. - Prof. mr G.L. Coolen
M.M.D. - Mr M.M. Dolman
J.R.G.J. - Mr J.R.G. Jofriet
N.J. - Mr N. Jörg
de R. - Prof. mr Th. A. de Roos
W.J.S. - Mr W.J. Schmitz
W.H.V. - Mr W.H. Vermeer
G.F.W. - Mr G.F. Walgemoed

BIJDRAGEN

Rechtsbescherming (militaire) ambtenaren bij arbeidsongeval vertoont nog steeds lacunes

door

Mr T.M.D. van den Beld¹⁾

Een kritische beschouwing naar aanleiding van een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 25 oktober 2001²⁾

Inleiding

In zijn uitspraak van 22 juni 2000¹⁾ heeft de Centrale Raad van Beroep een nieuwe norm geïntroduceerd voor de beoordeling van de aansprakelijkheid voor - kort gezegd - arbeidsongevallen en beroepsziekten van (militaire) ambtenaren.) Aansluiting is gezocht bij de norm van art. 7:658 BW, die niet rechtstreeks op ambtenaren van toepassing is.) Men mag er van uit gaan dat het omgaan van de Raad is ingegeven door de niet te rechtvaardigen ongelijkheid in rechtsbescherming die op dit gebied bestond tussen ambtenaren en werknemers en de daarop geuite kritiek⁶⁾), al wordt dit door de Raad niet met zoveel woorden erkend.)

Naast de voorgaande, aan art. 7:658 BW ontleende norm, kan aansprakelijkheid van een bestuursorgaan voor letselschade van een ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden gebaseerd worden op een onrechtmatige daad van een ondergeschikte van het bestuursorgaan, aldus de Raad in de uitspraak van 25 oktober 2001. Hij zoekt daarbij aansluiting bij het in art. 6:170 BW⁸⁾ tot uitdrukking gebrachte beginsel van aansprakelijkheid voor een onrechtmatige gedraging van een ondergeschikte.)

¹⁾ Mr T.M.D. van den Beld is gedetacheerd bij de Stafgroep Juridische Zaken van de Staf Koninklijke Luchtmacht. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

²⁾ JB 2001, 326 m.nt. Van Maanen; TAR 2002; 21; AB 2002.27 m.nt. Hennekens.

³⁾ TAR 2000, 112 m.nt. Festen-Hoff.

⁴⁾ Deze norm wordt door de CRvB geformuleerd als volgt: "Voorzover zulks niet reeds voortvloeit uit de op de ambtenaar van toepassing zijnde rechtspositionele voorschriften heeft de ambtenaar recht op vergoeding van de schade die hij lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, tenzij het betrokken bestuursorgaan aantoont dat het zijn verplichtingen is nagekomen de werkzaamheden van de ambtenaar op zodanige wijze in te richten, alsmede voor het verrichten van die werkzaamheden zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. of aantoont dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid."

⁵⁾ Artikel 7:615 BW bepaalt dat de arbeidsrechtelijke bepalingen van boek 7 niet van toepassing zijn op ambtenaren.

⁶⁾ Zie bijv. de noot van Van Maanen onder CRvB 11 november 1999, JB 1999, 306.

⁷⁾ De CRvB spreekt over het "herformuleren" van de door hem gehanteerde norm, die nodig was "omdat de formulering van de tot nu aangelegde toetsingsmaatstaven in de praktijk tot onduidelijkheden blijkt te leiden".

⁸⁾ Art. 6:170 BW lid 1 luidt: "Voor schade, aan een derde toegebracht door een fout van een ondergeschikte, is degene in wiens dienst de ondergeschikte zijn taak vervult aansprakelijk, indien de kans op de fout door de opdracht is vergroot en degene in wiens dienst hij stond, uit hoofde van hun desbetreffende rechtsbetrekking zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen."

⁹⁾ Volgens de Raad "wordt de vraag welk recht op schadevergoeding voor een ambtenaar (...) uit zijn dienstbetrekking voortvloeit, niet beantwoord door rechtstreekse toepassing van regels van burgerlijk

Nu de ratio van het gelijktrekken van het aansprakelijkheidsregime is gelegen in het opheffen van een niet te rechtvaardigen onderscheid in rechtsbescherming tussen ambtenaren en werknemers, ligt het voor de hand te veronderstellen dat de CRvB bij de uitleg van de toepasselijke normen aansluiting zoekt bij de uitleg en interpretatie daarvan in de civielrechtelijke jurisprudentie en literatuur.")

Duidelijk is dat het omgaan van de Raad de verschillen tussen ambtenaren en werknemers in de beoordeling van de aansprakelijkheid voor ongevallen en beroepsziekten heeft verkleind. De uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 25 oktober 2001 laat echter zien dat niet in alle gevallen de Raad de door de Hoge Raad gegeven uitleg van de art. 7:658 en 6:170 BW, volgt.

Feiten

De casus was de volgende. Appellant, als burgerambtenaar werkzaam bij een krijgsmachtdeel, kreeg de opdracht in een magazijn een aantal voertuigen te verplaatsen met behulp van een trekstang verbonden aan een tractor. Omdat de magazijnmeester een ogenblik afwezig was, is appellant op de motorkap van een voertuig gaan zitten wachten. Kort daarop kwam de eveneens voor het betreffende krijgsmachtdeel werkzame magazijnbediende C. aanlopen. Onder het uitroepen van de kreet "aan het werk lui varken!" trok C. appellant onverwachts met volle kracht aan de enkels, waardoor deze van de motorkap af viel. Daarbij kwam hij op de trekstang terecht en liep ernstig rug- en heupletsel op.

Uit het naar aanleiding van dit ongeval opgemaakte proces-verbaal blijkt dat C. geen onbeschreven blad was. Hij zou vaker gevaarlijke 'geintjes' met collega's hebben uitgehaald. Zo zou hij een keer iemand een ketting om de hals hebben gelegd en deze vervolgens hebben aangetrokken. Ook zou hij een keer bijna iemand van een trap hebben afgedrukt.

Uitspraak

Allereerst oordeelt de Raad dat de norm van art. 7:658 BW niet is geschonden. In dit verband overweegt hij:

"Hierbij neemt de Raad in aanmerking dat niet aannemelijk is geworden dat de chef van C. voor de datum van het ongeval bekend was met de verhalen die de ronde deden over gevaarlijke 'geintjes' die C. hij andere collega's zou hebben uitgehaald (...)".

Vervolgens wordt nog de vraag onderzocht of niet sprake is van een onrechtmatige daad van een ondergeschikte waarvoor het bestuursorgaan aansprakelijk is. Dit op grond van de in art. 6:170 BW neergelegde risicoaansprakelijkheid. Tussen partijen is in confesso dat het plotselinge van de motorkap trekken door C. onrechtmatig is jegens appellant .

(vervolg ") recht." Ik betwijfel of dit zo is wanneer het gaat om de (risico)aansprakelijkheden uit boek 6 BW. Immers in boek 6 BW ontbreekt een bepaling als artikel 7:615 BW, dat de arbeidsrechtelijke bepalingen van boek 7 BW niet van toepassing verklaart op ambtenaren. Vgl. ook HR 21 mei 1937, NJ 1937, 638 m.nt. Meijers (Timmer/Staat), alsmede HR 4 november 1938, NJ 1939, 536 m.nt. Scholten, in beide zaken achtte de Hoge Raad art. 1403 BW (oud), de voorloper van het huidige art. 6:170 BW, zonder meer van toepassing op de vraag of een overheidsorgaan aansprakelijk was voor een onrechtmatige daad van één zijner-ambtenaren.

⁹⁾ Vgl. G.E. van Maanen, De rechtspositie van de ambtenaar bij arbeidsongevallen en beroepsziekten, in: M. Faure, T. Hartlief (red.), Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten, Den Haag, 2001, p. 31 e.v. Zie ook de noot van Festen-Hoff onder CRvB 22 juni 2000, TAR 2000, 112,

Over de toepasselijkheid van art. 6:170 BW wordt overwogen:

"In geding is de vraag of tussen de werkzaamheden die aan C. waren opgedragen en de door hem gepleegde onrechtmatige gedraging een zodanig verband bestaat dat het door die gedraging aan appelland toegebrachte letsel moet worden beschouwd als door C. te zijn veroorzaakt in de door hem opgedragen werkzaamheden. De Raad is van oordeel dat het gelet op de feiten en omstandigheden waaronder de onderhavige schade is toegebracht dit verband niet aanwezig is. Weliswaar vond de betreffende handeling plaats tijdens de werkzaamheden en op de plaats waar deze moesten worden verricht, maar nu verder elk verband tussen de aan C. opgedragen taak en deze handeling ontbreekt, vormt dit onvoldoende aanleiding om gedaagde hier aansprakelijk te achten. De Raad neemt hierbij in aanmerking dat C. op de dag van het ongeval als taak had om te assisteren bij het verplaatsen van voertuigen. De uitvoering van die taak brengt naar het oordeel van de Raad niet met zich mee dat een verhoogde kans bestaat op de onderhavige fout van C., die te kwalificeren is als een voor appelland niet voorzienbare gedraging waarbij hem zwaar letsel is toegebracht."

Commentaar 7:658 BW

Krachtens artikel 4 van de ARBO-wet is een (overheids)werkgever in het bijzonder verplicht een beleid te voeren met betrekking tot het beschermen van werknemers tegen agressie en geweld op het werk. Het gedrag van C. valt zonder meer onder deze noemer. Uit de uitspraak blijkt niet dat door het betrokken krijgsmachtdeel een dergelijk beleid wordt gevoerd.") Ervan uitgaande dat dit niet het geval is¹²⁾, is schending van de ARBO-wet. en daarmee ook de uit 7:658 BW voortvloeiende zorg- en veiligheidsverplichting, gegeven. In dat geval had het betrokken krijgsmachtdeel alleen onder aansprakelijkheid uit kunnen komen als het zou hebben aangetoond dat het voeren van een dergelijk beleid - hetgeen ook het toezien op naleving ervan inhoudt - het onderhavige ongeval niet zou hebben voorkomen. Aan deze bewijslast zou het niet hebben kunnen voldoen. Niet relevant is derhalve de vraag of de leidinggevende op de hoogte is van eventueel eerder ontoelaatbaar gedrag, zoals de CRvB van oordeel is.

Een sprekend voorbeeld van de eisen die door de Hoge Raad worden gesteld aan het te voeren veiligheidsbeleid is te vinden in het arrest PTT Post/Baas¹³⁾. In de zaak die leidde

(vervolg ¹⁰⁾) alsmede die van Lindenberg in A&V 2000, p.118 e.v.; Jongens, in haar noot in TVP 2001, p. 13 e.v., is afwachtender. Zij acht het in ieder geval van belang dat "advocaten in voorkomende gevallen de bestuursrechter grondig voorlichten omtrent hetgeen de civiele jurisprudentie op dit punt heeft te bieden".

¹¹⁾ Vermoedelijk is artikel 4 van de ARBO-wet in het geheel niet aan de orde geweest in de procedure nu hier in de uitspraak niet over wordt gerept.

¹²⁾ Ex art. 7:658 BW lid 1 rust immers op de werkgever de bewijslast dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan.

¹³⁾ HR 19 oktober 2001 NJ 2001, 663. Zie voor een ander voorbeeld van de vergaande veiligheidsinstructies die krachtens art. 7:658 BW van de werkgever geveerd kunnen worden: HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 (Fransen/Pasteurziekenhuis).

In een geval van seksuele intimidatie oordeelde de kantonrechter te Utrecht dat uit de ARBO-wet voortvloeit dat het signaleren van intimidatie van groot belang is. Als de risicoinventarisatie en -evaluatie goed zijn uitgevoerd, dan had de werkgever kunnen en moeten weten dat op de betreffende afdeling een seksueel intimiderende werksfeer heerste, aldus de kantonrechter. Omdat de werkgever in dit opzicht in zijn zorgverplichting is tekortgeschoten, acht de kantonrechter de werkgever aansprakelijk voor de ontstane schade (Ktg. Utrecht 1 augustus 2001, JAR 2001,195).

tot dit arrest ging het om postbesteller Baas die een poststuk, dat uit zijn bestelauto de weg opwoei, achterna ging. Baas werd vervolgens aangereden door een passerende auto, waarbij hij ernstig gewond raakte. De rechtbank bepaalt dat voor de werkzaamheden zoals deze door Baas werden verricht duidelijke veiligheidsinstructies dienen te bestaan.

Deze veiligheidsinstructies dienen schriftelijk te zijn vastgelegd en er dient op te worden toegezien dat deze worden nageleefd, aldus de rechtbank. Aan deze laatste twee vereisten was niet voldaan, zodat de PTT ex artikel 7:658 BW aansprakelijk was jegens Baas. De Hoge Raad verwierpt de tegen dit vonnis aangevoerde cassatiemiddelen.

Gelet op het voorgaande is het aannemelijk dat de civiele rechter reeds op basis van art. 7:658 BW tot een ander oordeel zou zijn gekomen dan de Centrale Raad in het onderhavige geval.

6:170 BW

Daarnaast is de vraag of ook de uitleg van art. 6:170 BW door de Hoge Raad gelijk zou zijn geweest aan de uitleg die in de onderhavige zaak door de Centrale Raad van Beroep aan dit artikel wordt gegeven.

Vooropgesteld moet worden dat 6:170 BW een risicoaansprakelijkheid behelst. Schuld van de meester voor de door zijn ondergeschikte gepleegde onrechtmatige daad is dan ook niet vereist. Wel stelt de wet als voorwaarde dat de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en degene in wiens dienst de ondergeschikte stond zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen. Dit criterium is echter verwarrend omdat het associaties oproept met schuld als grondslag van de aansprakelijkheid van de meester.¹⁴⁾

De in art. 6:170 BW verankerde aansprakelijkheid kan heel ver gaan.") Weliswaar is jurisprudentie over het bereik van art. 6:170 BW zeer schaars," volgens de parlementaire geschiedenis vormt 6:170 BW echter een voortzetting van art. 1403 BW (oud) en de rechtspraak over dat artikel.¹⁷⁾ In die rechtspraak werd het verband tussen fout en werkzaamheden snel aangenomen. Zo is de aansprakelijkheid van de meester niet uitgesloten als de ondergeschikte een misdrijf heeft gepleegd of de schade opzettelijk heeft veroorzaakt.¹⁸⁾ Als de fout van de ondergeschikte plaatsvond tijdens werktijd of op de plaats waar deze zijn werkzaamheden behoorde te verrichten, is snel sprake van verband met de werkzaamheden."¹⁹⁾

¹⁴⁾ Zie J.W. Hoekzema, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, diss. Groningen, Den Haag 2000, p.66.

¹⁵⁾ J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer 1997, p. 81.

¹⁶⁾ Vgl. HR 9 november 2001, RvdW 2001, 175 (Apothekersassistente) en HR 6 oktober 1995, NJ 1998, 190 (Disloque); in beide zaken bestond tussen partijen geen discussie over de vraag of art. 6:170 BW van toepassing was. Het enige mij bekende geval waar toepasselijkheid wel in het geding was betreft Hof Arnhem 21 maart 1995, VR 1996, 73.

¹⁷⁾ T.M., *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 714 e.v.

¹⁸⁾ Vgl. Hof Amsterdam 16 maart 1960, NJ 1960, 288.

¹⁹⁾ Hoekzema, o.c., p.67. Voor een uitgebreid overzicht van rechtspraak: *Onrechtmatige daad I*, losbl. (Oldenhuis), art. 170, nr. 40 en G.H.A. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid*, diss. Amsterdam, Zwolle 1963, p.287 e.v.

Een voorbeeld hiervan is te vinden in een arrest uit 1938.²⁰⁾ De vraag was of de Gemeente Voorburg aansprakelijk was voor het optreden van twee van haar politieagenten. In kennelijke staat verkerende cafébezoekers moeten op last van de agenten een café verlaten en worden door hen begeleid tot de gemeentegrens. Aldaar wordt één van de cafébezoekers met de sabel mishandeld. Hij vordert schadevergoeding van de gemeente als werkgever van de agenten. De Hoge Raad overweegt dat aan aansprakelijkheid van de gemeente niet in de weg staat het feit dat de agenten hebben gehandeld buiten de hun opgedragen taak.

Een ander treffend voorbeeld is de zaak Timmer/Staat.²¹⁾ Timmer is militair en leunt tijdens een oefening op zijn geweer, dat is geladen met scherpe patronen. Collega Van der Palm - wetende dat het geweer van Timmer is geladen! - laat het afgaan, waardoor Timmer ernstig letsel oploopt. Het Hof was van oordeel dat niet voldaan was aan het vereiste van art. 1403 BW (oud) omdat de gedraging van Van der Palm niet plaats zou hebben gevonden "in de werkzaamheden" waarin hij door de Staat werd gebruikt. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof overwegende dat het verband tussen de fout van de ondergeschikte en de werkzaamheden ruim moet worden uitgelegd:

"dat, anders dan het Hof schijnt te menen, de aansprakelijkheid van den meester ingevolge voormeld voorschrift (art. 1403 BW (oud), TvdB) zich ook uitstrekt tot opzettelijke door den ondergeschikte gepleegde misdrijven en baldadigheden, ook al vallen deze als regel buiten de taak door den meester aan den ondergeschikte opgedragen, mits deze vergrijpen plaats vinden in de werkzaamheden, waartoe de meester de ondergeschikte gebruikt".

Afgaande hierop zou de Hoge Raad in het nu door de Centrale Raad van Beroep beoordeelde geval, ook waar het de toepasselijkheid van art. 6:170 BW betreft, tot een ander oordeel zijn gekomen.")

Slotheschouwing

De uitspraak van de Centrale Raad illustreert dat hij een eigen, minder vergaande, uitleg geeft aan bepalingen uit het civiele recht dan de civiele rechter. Hierdoor blijft het niet te rechtvaardigen onderscheid in rechtsbescherming tussen ambtenaren en gewone werknemers deels gehandhaafd. Dit ondanks het feit dat de Raad juist zelf aansluiting zoekt bij deze civielrechtelijke normen, hetgeen ingegeven lijkt door de wens verschil in rechtsbescherming tussen ambtenaren en werknemers bij arbeidsongevallen weg te nemen.

De Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de interpretatie en reikwijdte van de eveneens aan art. 7:658 BW ontleende begrippen opzet en bewuste roekeloosheid. Afgaande op de onderhavige uitspraak is niet gezegd dat de Raad de vergaande uitleg van deze begrippen door de Hoge Raad²²⁾ zal volgen. Ook is het de vraag of de Raad bij de beoordeling van de aansprakelijkheid aansluiting zal zoeken bij andere civielrechtelijke begrip-

²⁰⁾ HR 4 november 1938, NJ 1939, 536 m nt Scholten

²¹⁾ HR 21 mei 1937, NJ 1937, 638 m.nt Meijers.

²²⁾ In vergelijkbare zin Van Maanen in zijn noot onder de uitspraak in JB

²³⁾ Zie bijv HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 (Pollemans/Hoondert), HR 11 september 1998, NJ 1998, 70 (Van der Wiel/Philips lighting) en HR 15 december 2000, NJ 2001, 198 (Van Uitert/Jalas).

pen, zoals "goed werkgeverschap" (art. 7:611 BW)²⁴⁾ en "redelijkheid en billijkheid (3:12 BW en 6:248 BW)²⁵⁾ en of deze begrippen in dezelfde - voor de gelaedeerde gunstige - zin geïnterpreteerd zullen worden als de Hoge Raad doet.²⁶⁾

Gelet hierop is bepaald niet uit te sluiten dat rechtzoekenden in voorkomende gevallen hun heil zullen zoeken bij de burgerlijke rechter in plaats van bij de bestuursrechter. Dit nu het zich laat aanzien dat bij arbeidsongevallen en beroepsziekten de ambtenaar de vrije keuze heeft de aansprakelijkheidsvraag voor te leggen, hetzij aan de bestuurs-, hetzij aan de burgerlijke rechter.")

²⁴⁾ Volgens Lindenbergh kan art. 7:611 BW bijv. als grondslag dienen voor aansprakelijkheid van de werkgever voor louter psychisch letsel; S.D. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Deventer 2000. In dezelfde zin T. Hartlief, Wat kan art. 7:658 BW betekenen voor werknemers met RSI?, NTBR 2002, p. 2 e.v.

²⁵⁾ Vgl. HR 12 januari 2001, NJ 2001,253 (Vonk/Van der Hoeven).

²⁶⁾ Vanwege het bepaalde in art. 7:615 BW is 7:611 BW niet van toepassing op ambtenaren. In een recente uitspraak overweegt de Raad dat "waar het betreft de vergoeding van schade" van militaire ambtenaren art. 115 van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) een "vergelijkbare" norm bevat als art. 7:611 BW. Zie CRvB 16 mei 2002, 9913955 MAW, (nog) niet gepubliceerd (B./Staatssecretaris v. Defensie). Ook art. 6:248 BW is niet rechtstreeks van toepassing op de rechtsverhouding bestuursorgaan-ambtenaar. De aanstelling als ambtenaar wordt in literatuur en jurisprudentie namelijk vrij algemeen gezien als een eenzijdige, publiekrechtelijke rechtshandeling en niet als een publiekrechtelijke (arbeids)overeenkomst. In het geval van een publiekrechtelijke overeenkomst heeft de Hoge Raad reeds uitgemaakt dat de redelijkheid en billijkheid aanvullende werking hebben (HR 10 april 1987, NJ 1988, 148). Dat de eisen van redelijkheid en billijkheid ook de rechtsverhouding bestuursorgaan-ambtenaar beheersen, zou gebaseerd kunnen worden op art. 3:12 BW jo. de schakelbepaling van 3:15 BW.

²⁷⁾ Vgl. HR 17 december 1999, NJ 2000,87 (Groningen/Raatgever) en HR 27 april 2001, RvdW 2001, 93 (Leers/Staat). Vgl. ook Rb. Almelo 26 november 2001, TAR 2002, 14, alsmede Rb. 's-Gravenhage, 10 april 2002, KG 021243, (nog) niet gepubliceerd.

Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loep:

De bevoegdheid tot het verlenen van ontslag

door

prof. mr. G.L. Coolen

Een bijdrage, waarin wordt aangetoond dat artikel 38 Amar, dat de bevoegdheid tot het verlenen van ontslag aan militairen regelt, een leemte bevat: leden van het Koninklijk Huis en militairen die behoren tot het Militaire Huis van de Koningin worden in het artikel niet afzonderlijk genoemd.

Inleiding

In het Algemeen militair ambtenarenreglement is gekozen voor een stelsel dat inhoudt dat het gezag dat bevoegd is tot aanstelling, ook bevoegd is tot het verlenen van ontslag. Zo worden officieren niet alleen aangesteld, maar ook ontslagen bij koninklijk besluit. Echter ook aanstelling als militair van een lid van het Koninklijk Huis geschiedt in alle gevallen, ongeacht de rang die wordt toegekend, bij koninklijk besluit. Dit is bepaald in

artikel 4 lid 4 Amar. Toch worden in artikel 38 Amar, dat de bevoegdheid tot het verlenen van ontslag regelt, de leden van het Koninklijk Huis niet afzonderlijk genoemd. Dit past niet in het stelsel.

Ingevolge artikel 27 lid 1 Amar geschiedt bevordering van niet alleen officieren en leden van het Koninklijk Huis bij koninklijk besluit, maar ook van militairen die behoren tot het Militaire Huis van de Koningin, ook dit ongeacht de rang die zij bezitten. Toch wordt ook deze categorie militairen in artikel 38 Amar niet afzonderlijk genoemd. Dit past evenmin in het stelsel.

Welk gezag is bevoegd tot aanstelling?

Ingevolge artikel 4 lid 2 Amar geschiedt aanstelling als militair bij koninklijk besluit, indien bij de aanstelling een officiersrang wordt toegekend. Is dit niet het geval, dan geschiedt aanstelling door de Minister van Defensie (artikel 4 lid 3). In aansluiting op lid 2 en 3 bepaalt artikel 4 lid 4: "De aanstelling van een lid van het Koninklijk Huis geschiedt bij koninklijk besluit." Deze bepaling is in 1995 aan artikel 4 Amar toegevoegd. De nota van toelichting (Stb. 1995, 581) vermeldt hieromtrent: "Omdat alle benoemingen van officieren of andere personen van het Koninklijk Huis bij koninklijk besluit geschieden, is artikel 4 (...) zodanig gewijzigd dat de aanstelling van een lid van het Koninklijk Huis als militair geschiedt bij koninklijk besluit, ongeacht de rang, stand of klasse waarin het lid van het Koninklijk Huis wordt aangesteld."")

Welk gezag is bevoegd tot bevordering.?

Wie bevoegd is tot bevordering is bepaald in artikel 27 Amar. Ingevolge artikel 27 lid 1 geschiedt bevordering bij koninklijk besluit, niet alleen indien een officier wordt bevorderd (of aan een niet-officier een officiersrang wordt toegekend), maar ook indien de bevordering een lid van het Koninklijk Huis betreft of een militair die behoort tot het Militaire Huis van de Koningin. In aansluiting op lid 1 bepaalt artikel 27 lid 2 Amar dat de bevoegdheid tot bevordering van officieren beneden de rang van kapitein ter zee/kolonel bij koninklijk besluit kan worden toegekend aan de Minister van Defensie, tenzij de bevordering een lid betreft van het Koninklijk Huis of een militair die behoort tot het Militaire Huis van de Koningin.) Indien niet de Kroon of de minister bevoegd is tot bevordering, geschiedt bevordering door de bevelhebber van het desbetreffende krijgsmachtdeel (artikel 27 lid 3).

Leden van het Koninklijk Huis en militairen die behoren tot het Militaire Huis van de Koningin worden dus in alle gevallen, ongeacht de rang die zij bezitten, bij koninklijk besluit bevorderd. Voor deze regeling is gekozen, zoals in de nota van toelichting valt te lezen, "met name vanwege hun bijzondere positie tot het Staatshoofd".

¹⁾ Gelet op de context is met "aanstelling" in artikel 4 lid 2, 3 en 4 Amar bedoeld: een aanstelling in de zin van artikel 4 lid 1; dus een aanstelling voor onbepaalde dan wel een bepaalde tijd bij het beroeps- of het reservepersoneel. Dit betekent dat in artikel 4 Amar niet is geregeld wie (welk gezag) bevoegd is in geval van tijdelijke aanstelling (als bedoeld in artikel 11 Amar). Dit is evenmin elders in het Algemeen militair ambtenarenreglement geregeld. Zie hieromtrent: G.L. Coolen, De tijdelijke aanstelling, MRT 2002, blz. 225-228.

²⁾ Van de mogelijkheid die deze bepaling biedt is gebruik gemaakt. Bij koninklijk besluit van 27 december 1995, Stb. 34, is aan de Minister van Defensie machtiging verleend officieren beneden de rang van kapitein ter zee/kolonel te bevorderen. Ter voorkoming van misverstand: de bevoegdheid tot toekenning van een officiersrang aan een niet-officier kan niet aan de Minister van Defensie worden toegekend.

Welk gezag is bevoegd tot het verlenen van ontslag?

Artikel 38 Amar regelt, zoals gezegd, de bevoegdheid tot het verlenen van ontslag aan militairen. Dit artikel bevat (slechts) twee leden. Het eerste lid luidt: "Het verlenen van ontslag aan de militair met een officiersrang geschiedt bij koninklijk besluit." Het tweede lid bepaalt: "Het verlenen van ontslag aan de militair met een rang beneden die van luitenant ter zee der 3e klasse/tweede-luitenant, of met een stand, geschiedt door Onze Minister."³⁾

Het bepaalde in artikel 38 Amar is in overeenstemming met de verdeling van de bevoegdheid tot aanstelling, neergelegd in artikel 4 lid 2 en 3 Amar. Anders dan in artikel 4 lid 4 worden in artikel 38 Amar militairen die lid zijn van het Koninklijk Huis echter niet afzonderlijk genoemd.⁴⁾ Toch kan aan hen, zoals uit de toelichting op artikel 4 lid 4 blijkt, bij aanstelling ook een andere rang dan een officiersrang worden toegekend.

In artikel 38 worden evenmin afzonderlijk genoemd militairen die behoren tot het Militaire Huis van de Koningin. Ook hier is sprake van een leemte. Ingevolge artikel 27 lid 1 Amar worden deze militairen immers in alle gevallen, ongeacht de rang die zij bezitten, bij koninklijk besluit bevorderd "vanwege hun bijzondere positie tot het Staatshoofd"⁵⁾. Dan dient ook het ontslag bij koninklijk besluit te geschieden.

Voorstel

In beide hierboven gesignaleerde leemten kan (eenvoudig) worden voorzien door aan artikel 38 een nieuw lid 3 toe te voegen dat luidt: Het verlenen van ontslag aan de militair die lid is van het Koninklijk Huis of die behoort tot het Militaire Huis van de Koningin geschiedt bij koninklijk besluit.

Overigens bepaalt artikel 39 Amar op welke gronden een militair kan worden ontslagen. Het eerste lid van dit artikel luidt: "Aan de militair kan ontslag op aanvraag worden verleend." De aanhef van het tweede lid luidt: "Aan de militair kan verder uitsluitend ontslag worden verleend enz." De toevoeging "uitsluitend" in deze aanhef is niet meer juist. Sedert enige tijd bevatten ook artikel 40 Amar en artikel 12g lid 2 MAW 1931 een grond voor ontslag.

³⁾ "Onze Minister" is Onze Minister van Defensie. Zie artikel 1 lid 1 onder a Amar.

⁴⁾ In aansluiting op artikel 38 bepaalt artikel 50 Amar: "Aan de militair aan wie ontslag wordt verleend, wordt een ontslagbrief uitgereikt, waarin wordt vermeld met toepassing van welke der in artikel 39 bedoelde ontslaggronden het ontslag wordt verleend, alsmede de datum van ingang van dat ontslag. Indien het ontslag bij koninklijk besluit is verleend, wordt bij wijze van ontslagbrief een afschrift van of een uittreksel uit het besluit uitgereikt." Anders dan in artikel 50 is in artikel 12 Amar, dat zegt dat aan de militair zo spoedig mogelijk na aanstelling een akte van aanstelling wordt uitgereikt, niet bepaald welke vorm deze akte dient te bezitten. De eenvoudigste manier om in deze leemte te voorzien, is aan artikel 12 een nieuw tweede lid toe te voegen dat luidt: Indien de aanstelling bij koninklijk besluit is geschied, wordt bij wijze van akte van aanstelling een afschrift van of een uittreksel uit het besluit uitgereikt. Zie ook artikel 31 Amar, dat (in aansluiting op artikel 27 lid 1) bepaalt: "Aan de militair die is bevorderd, wordt als akte van bevordering een afschrift van of uittreksel uit het betreffende besluit uitgereikt."

STRAFRECHTSPRAAK

Arrondissementsrechtbank te Arnhem

Militaire kamer

Vonnis van 17 juli 2000

Voorzitter: Mr. Kester, *Lid* Mr. Klein Tank, *Militair lid:* Kapitein-luitenant ter zee van administratie Mr. De Vreede.

Dronken soldaat

Soldaat slaapt roes uit tijdens 'move-beveiligingsopdvacht': opzettelijke ongeschiktheid voor een bijzondere verplichting betreffende waakzaamheid of veiligheid. Dat de drank gestolen was, kan niet worden bewezen nu de (opvolgend) pelotonscommandant niet bevoegd was een onderzoek in te stellen in de verblijfplaats van verdachte: onrechtmatige bewijsgaring

(WMSr art. 107; Sv art. 96; Awbi art. 2)

VERKORT VONNIS

in de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen: G.C.D., geboren te E. op [...], wonende te E., [...], soldaat der eerste klasse, rnr. [...], ingedeeld bij [...].

1. De inhoud van de tenlastelegging

[Aan de verdachte is ten laste gelegd dat:]

1. hij als militair op of omstreeks 28 september 1999, te of nabij Novi Travnik (Bosnië-Herzegovina), in elk geval in voormalig Joegoslavië, belast met de uitvoering van een 'move-beveiligingsopdracht', opzettelijk, althans in ernstige mate nalatig, zich heeft onttrokken aan, dan wel zich ongeschikt heeft gemaakt of laten maken voor een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid, althans die verplichting niet behoorlijk heeft vervuld dan wel niet in staat was te vervullen, door toen en daar opzettelijk, althans in ernstige mate nalatig (de voorafgaande nacht) een (grote) hoeveelheid alcoholhoudende drank te nuttigen en/of (vervolgens) tijdens de uitvoering van genoemde opdracht (nagenoeg) de gehele tijd te slapen, althans niet voortdurende waakzaam en paraat te zijn geweest, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade is ontstaan aan, althans te duchten is geweest voor de bestrijding van gemeen gevaar voor personen en/of goederen, de gereedheid tot het daadwerkelijk uitvoeren van een operatie of oefening van enig onderdeel van de krijgsmacht, dan wel de veiligheid, hierin bestaande dat niet voortdurend toezicht op zijn eenheid en/of het te begeleiden konvooi werd uitgeoefend;

2. hij op of omstreeks 28 september 1999 te Novi Travnik (Bosnië-Herzegovina), in elk geval in voormalig Joegoslavië tezamen en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen, met het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening heeft weggenomen één of meerdere blikje(s) bier en/of mix-drankje(s), in elk geval enig goed, geheel toebehorende aan de rechthebbende op de gelden en/of goederen van de 'base bar', in elk geval aan een ander of anderen dan aan verdachte en/of zijn mededader(s).

Voor zover er in de tenlastelegging kennelijke taal- en/of schrijffouten voorkomen, zijn die fouten verbeterd. Verdachte is daardoor niet in zijn verdediging geschaad.

2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is op 3 juli 2000 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is de verdachte verschenen.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het ten laste gelegde zal worden veroordeeld tot een militaire detentie voor de duur van 6 weken waarvan 2 weken voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren.

De officier van justitie heeft te kennen gegeven er geen bezwaar tegen te hebben dat de rechtbank aan verdachte in plaats van het onvoorwaardelijke deel van de gevangenisstraf het verrichten van onbetaalde arbeid ten algemenen nutte oplegt.

Verdachte heeft het woord te verdediging gevoerd.

3. De beslissing inzake het bewijs

De rechtbank acht niet wettig en overtuigend bewezen hetgeen verdachte onder 2 is ten laste gelegd en zal hem daarvan vrijspreken.

De rechtbank overweegt daartoe als volgt. Naar aanleiding van het vermoeden dat verdachte en diens medeverdachte, de soldaat A., zich voor de dienst ongeschikt hadden gemaakt door het nuttigen van alcoholhoudende drank houden de pelotonscommandant en de opvolgend-pelotonscommandant een onderzoek in de fab (verblijfsruimte) van verdachte en in de fab van diens medeverdachte. Tijdens dit onderzoek treffen zij in de fab van de medeverdachte een groene plastic draagtas aan met daarin enkele lege plastic bierblikjes en treffen zij in de fab van verdachte een kartonnen Heinekendoos aan met daarin enkele volle bierblikjes.

De rechtbank is van oordeel dat de pelotonscommandant en de opvolgend-pelotonscommandant niet bevoegd waren om bij verdachte en diens medeverdachte een onderzoek in te stellen in de fab's. Dit heeft tot gevolg dat de resultaten van het onderzoek onrechtmatig zijn verkregen.

Verdachte heeft vervolgens, geconfronteerd met de resultaten van dit onderzoek met betrekking tot hetgeen onder 2 is ten laste gelegd een bekennende verklaring afgelegd. De rechtbank ziet deze verklaring als een zogenaamde 'fruit of the poisonous tree' en is van oordeel dat deze verklaring dient te worden uitgesloten als bewijsmateriaal.

Het dientengevolge overblijvende bewijsmateriaal - de aangifte - is onvoldoende om tot een bewezenverklaring van het onder 2 ten laste gelegde feit te komen, zodat verdachte van dit feit dient te worden vrijgesproken.

De rechtbank acht wettig en overtuigend bewezen dat:

1. [verdachte] als militair op 28 september 1999, te of nabij Novi Travnik (Bosnië-Herzegovina), belast met de uitvoering van een 'move-beveiligingsopdracht', opzettelijk zich ongeschikt heeft gemaakt voor een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid door toen en daar opzettelijk (de voorafgaande nacht) een (grote) hoeveelheid alcoholhoudende drank te nuttigen en (vervolgens) tijdens de uitvoering van genoemde opdracht (nagenoeg) de gehele tijd te slapen, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade te duchten is geweest voor de bestrijding van gemeen gevaar voor personen en/of goederen, hierin bestaande dat niet voortdurend toezicht op zijn eenheid en/of het te begeleiden konvooi werd uitgeoefend.

Hetgeen verdachte onder 1 meer of anders is ten laste gelegd is niet bewezen. Verdachte moet daarvan worden vrijgesproken.

De beslissing dat verdachte het bewezen verklaarde heeft begaan, is gegrond op de feiten en omstandigheden die in de bewijsmiddelen zijn vervat. De bewijsmiddelen zullen worden uitgewerkt in de gevallen waarin de wet aanvulling van het vonnis vereist en zullen dan in een aan dit vonnis te hechten bijlage worden opgenomen.

4. De strafbaarheid van het bewezen verklaarde

Het onder 1 bewezen verklaarde levert op:

"als militair zich opzettelijk ongeschikt maken voor een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade te duchten is voor de bestrijding van gemeen gevaar voor goederen en/of personen",

voorzien en strafbaar gesteld bij artikel 107 van het Wetboek van Militair Strafrecht.

Het feit is strafbaar.

5. De strafbaarheid van verdachte

Er is geen omstandigheid of feit aannemelijk geworden waardoor de strafbaarheid van verdachte wordt opgeheven of uitgesloten. Verdachte is dus strafbaar.

6. De motivering van de sanctie(s)

Bij de beslissing over de straf heeft de rechtbank rekening gehouden met:

- de aard en de ernst van het bewezen verklaarde en de omstandigheden waaronder dit is begaan;

- de persoon en de persoonlijke omstandigheden van de dader;

- een uittreksel uit het algemeen documentatieregister betreffende verdachte, gedateerd 8 januari 2000.

De rechtbank overweegt verder nog als volgt. Verdachte heft op de NL SFOR-base te Novi Travnik (Bosnië-Herzegovina) in de nacht van 27 op 28 september 1999 een dusdanig grote hoeveelheid alcoholhoudende drank genuttigd dat hij op 28 september 1999 ongeschikt was om naar behoren bij een transport zijn taak, een zogenaamde 'move-beveiligingsopdracht', uit te voeren. Verdachte heeft door zijn handelen de veiligheid van de bij dit transport aanwezige personen en goederen in gevaar gebracht. De rechtbank is van oordeel dat voor afdoening van dit feit een voorwaardelijke militaire detentie met daarbij een onvoorwaardelijke geldboete op zijn plaats is.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is gegrond, behalve op de reeds aangehaalde wettelijke voorschriften, op de artikelen 14a, 14b, 14c, 23, 24, 24c en 91 van het Wetboek van Strafrecht en de artikelen 4 en 11 van het Wetboek van Militair Strafrecht.

[Volgt: Veroordeling tot militaire detentie voor de duur van twee weken, voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar en geldboete van J 750,-, subsidiair vijftien dagen hechtenis. - Red.]

AANVULLING OP HET VERKORTE VONNIS

[...]

De rechtbank bezigt tot het bewijs van het onder 1 ten laste gelegde feit de inhoud van de volgende wettelijke bewijsmiddelen:

Het in de wettelijke vorm opgemaakte proces-verbaal nr. [...], d.d. 29 september 1999, opgemaakt door de verbalisanten van de Koninklijke Marechaussee, Directie Operatiën, Brigade KMar SFOR, met bijlagen, voor zover inhoudende, zakelijk weergegeven:

De verklaring van aangever eerste luitenant R.N.J.D., d.d. 28 september 1999 (bijlage 2):
Ik ben als waarnemend teamcommandant ingedeeld bij het C-team van 12 (NL)

Mechbat en gelegerd op de NL SFOR-basis te Novi Travnik en als zodanig gerechtig tot het doen van aangifte.

Ik hoorde van luitenant v.d. K. dat soldaat D. op 28 september omstreeks 07.30 uur is vertrokken voor het uitvoeren van een 'move-begeleidingsopdracht'. Tijdens deze opdracht is hij verantwoordelijk voor de beveiligingstaak van de uit vier personen bestaande eenheid. Ik had gehoord dat D. de afgelopen nacht de nodige alcohol had genuttigd.

Na terugkomst van zijn opdracht heb ik D. omstreeks 11.30 uur bij mij geroepen. Ik zag dat hij zich sloom gedroeg, sloom sprak en zijn adem rook alsof hij alcohol had gedronken. Tijdens genoemd gesprek werd mij duidelijk dat D. [zich door alcoholgebruik] ongeschikt had gemaakt voor het verrichten van dienst.

De verklaring van sergeant R.C.J.v.A., d.d. 28 september 1999 (bijlage 4):

Op 28 september 1999 stond ik op de dienstlijst van een zogenaamde 'move', dit is een konvooibegeleiding. Ik was de 'move-commandant'.

Omstreeks 07.30 vertrokken wij vanaf Novi Travnik. Het viel mij op dat soldaat D. nauwelijks in staat was zijn werkzaamheden uit te voeren. Hij lag bijna de hele weg te slapen achter in de Mercedes-Benz. Ik heb hem wakker gemaakt. Ik heb hem weer teruggestuurd naar het voertuig omdat hij niet in staat leek tot het verrichten van zijn werkzaamheden.

Als er tijdens de 'move' iets gebeurd zou zijn aangaande de veiligheid, dan had ik niet op D. kunnen rekenen.

De verklaring van verdachte afgelegd ter terechtzitting van 3 juli 2000, voor zover inhoudende, zakelijk weergegeven:

In de nacht van 27 op 28 september 1999 had ik alcoholhoudende drank gedronken. Ik heb meer dan de twee toegestane consumpties gedronken.

Op 28 september 1999 had ik dienst. Ik had een 'move-beveiligingsopdracht'. Dit houdt in het begeleiden van [een] konvooi. Ik ben toen gaan slapen.

NASCHRIFT

De toedracht van de feiten is betrekkelijk eenvoudig. Verdachte had in de nacht van 27 op 28 september 1999 - samen met zijn medeverdachte A. - zo veel gedronken, dat hij de volgende morgen niet in staat was zijn taak naar behoren te vervullen. Terwijl hij geacht werd een konvooi te beveiligen, sliep verdachte zijn roes uit. Omdat men geacht wordt de gevolgen van overmatig alcoholgebruik te voorzien, wordt bewezen verklaard dat verdachte zich opzettelijk ongeschikt gemaakt heeft.

Maar er was nog iets aan de hand. Naar aanleiding van het vermoeden dat verdachte en zijn medeverdachte zich voor de dienst ongeschikt hadden gemaakt stelden de pelotonscommandant en de opvolgend pelotonscommandant een onderzoek in hun verblijfplaatsen (fab's) in. Bij dit onderzoek werden enige - volle en lege - bierblikjes aangetroffen. Geconfronteerd met deze vondsten bekende verdachte de blikjes te hebben gestolen uit de 'base bar', zoals hem onder 2 ten laste was gelegd.

Maar mochten pelotonscommandant en opvolgend pelotonscommandant zoeken wat zij vonden? De rechtbank beantwoordt die vraag ontkennend: de pelotonscommandant was niet bevoegd een onderzoek in de fab's van de verdachten in te stellen. Zij motiveert dit oordeel echter niet, en dat is jammer. Want er zijn verschillende redenen te bedenken waarom een pelotonscommandant niet bevoegd zou zijn een onderzoek in een fab in te stellen.

Nu de Wet militaire strafrechtspraak ter zake geen afwijkende bepalingen inhoudt zijn - ingevolgt art. 1 lid 2 - op het betreden van plaatsen de bepalingen van het Wetboek van

Strafvordering van toepassing. Art. 96 Sv bepaalt dat in geval van ontdekking op heterdaad of in geval van verdenking van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten, een opsporingsambtenaar bevoegd is daarvoor vatbare voorwerpen in beslag te nemen en daartoe elke plaats te betreden. En hoewel nog betoogd zou kunnen worden dat het onder 1 ten laste gelegde feit op heterdaad ontdekt werd - art. 107 WMSr voorziet in maximale gevangenisstraf van drie jaar, dus is ingevolge art. 67 lid 1 Sv voorlopige hechtenis niet toegelaten - staat buiten kijf dat een pelotonscommandant geen opsporingsambtenaar is. Art. 20 WMSv wijkt in zoverre niet van de artt. 141 en 142 Sv af.

Voorts rijst de vraag of een fab wellicht als 'woning' moet worden aangemerkt. Voor het binnentreden in een woning tegen de wil van de bewoner eist art. 2 Awbi nl. een schriftelijke machtiging van een van de in art. 3 genoemde autoriteiten: een advocaat-generaal of ((hulp)officier van justitie. Nu de wet geen definitie bevat, moet het begrip 'woning' overeenkomstig haar strekking - het huiselijk leven van de bewoner te beschermen - worden uitgelegd: 'woning' is elke plaats waar zich dit afspeelt. Het gebruik van een plaats is beslissend, en dat is een in hoge mate feitelijke kwestie.) Nu heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een legeringskamer niet als 'woning' kan gelden, omdat daarin een aantal militairen gelegerd is.) Iemands huiselijk leven speelt zich niet af in een ruimte die hij met anderen dan de leden van zijn 'huisgezin' gebruikt. Maar als een 'fab' voor één persoon bestemd is, zou die wellicht als woning kunnen gelden.³⁾ Wellicht kan hieromtrent een volgende keer duidelijkheid worden verschaft.

M.M.D.

¹⁾ T&C Sv, Inl. opm. (5) op de Awbi (Mevis).

²⁾ HR26 februari 1991, DD 91 218.

³⁾ Vgl. No 30 juni 1989, AB 1990,308; No 8 maart 1994, AB 1994,641 (niet met derden gedeelde kamer in asielzoekerscentrum).

TUCHTRECHTSPRAAK

Arrondissementsrechtbank te Arnhem

militaire kamer

Uitspraak in beroep van 21 januari 2002

T.Z. nr. 0002.00

Voorzitter: Mr. B.N. Crol; *Lid* Mr. A.T.M. Vrijhoeven; *Militair lid:* Kolonel Mr. G.J.J.M. Pick.

Beklagschrift indienen bij commandant; vermelden datum van ontvangst

a. Een beklagschrift moet worden ingediend bij de commandant. Onder bijzondere omstandigheden wordt ook indiening bij een andere functionaris wel geaccepteerd.

b. De commandant of degene die namens de commandant een beklagschrift (of een beroepschrift) ontvangt, dient daarop direct de datum van ontvangst te vermelden. Ontbreken van die datum werkt niet ten nadele van de indiener.

(art. 80b, eerste lid, en 83 WMT)

UITSPPRAAK

van de meervoudige militaire kamer van de rechtbank Arnhem, op het beroep van A., sergeant, rnr. ..., geplaatst bij: ... te Seedorf (BRD), wonende: ..., - hierna aangeduid als gestrafte - waarbij de hierna te noemen uitspraak wordt bestreden.

Verloop van de procedure

Aan gestrafte werd op 23 juni 2000 een beschuldiging uitgereikt, luidend:

"Zich onvoldoende voorbereid op zijn dienst als wachtcommandant. Hierdoor heeft hij onrust gecreëerd bij zijn wachtpersoneel en is de wacht niet naar behoren uitgevoerd, op 18 juni 2000, binnen een militaire plaats, de compound Busovaca", met vermelding van de artikelen 10 en 18 van de Wet militair tuchtrecht.

Gestrafte werd op 27 juni 2000 door de commandant van (NL) NSE wegens schending van de gedragsregel van de artikelen 10 en 20 van de Wet militair tuchtrecht gestraft met een geldboete van f 200,-, op grond van de bewezen gedraging welke eensluidend is aan de hiervoor vermelde beschuldiging.

De uitspraak in eerste aanleg is aan gestrafte uitgereikt op 27 juni 2000.

Gestrafte heeft blijkens het beklagformulier tijdig, namelijk op 2 juli 2000 een beklagschrift ingediend bij de beklagmeerdere.

Het beklag is vervolgens op 8 juli 2000 behandeld. De beklagmeerdere heeft op 8 juli 2000 de beslissing op beklag gegeven. Deze beslissing hield in dat de bestreden beslissing werd bevestigd.

De uitspraak op beklag is aan gestrafte uitgereikt op 8 juli 2000.

Gestrafte is in beroep gegaan tegen deze uitspraak op beklag door indiening van een beroepschrift, gedateerd 12 juli 2000. Op het beroepschrift is niet de datum van indiening hiervan aangetekend door de commandant. Gelet op de datering van het beroepschrift houdt de militaire kamer het ervoor dat het beroep tijdig is ingesteld. Gestrafte is dus ontvankelijk in zijn beroep.

Het beroepschrift en de daarbij gevoegde stukken betreffende de behandeling in eerste aanleg en op beklag zijn door de militaire kamer ontvangen op 25 juli 2000.

De zaak is in verband met uitzending van gestrafte in beroep eerst onderzocht ter terechtzitting van 2 april 2001. Op verzoek van gestrafte is de behandeling toen aangehouden. Vervolgens kon het onderzoek pas weer worden hervat op 7 januari 2002.

Ter terechtzitting van 7 januari 2002 is gestrafte gehoord. Tevens zijn twee getuigen gehoord.

De officier van justitie heeft zijn oordeel gegeven en onder meer gezegd:

De bewuste wachtdienst is niet goed geweest, maar is uit het onderzoek ter terechtzitting gebleken dat gestrafte zich onvoldoende heeft voorbereid op die wachtdienst en is die wachtdienst niet naar behoren uitgevoerd, zoals hem in de beschuldiging wordt verweten? Ik heb ernstige twijfel of gestrafte als wachtcommandant niet geschikt was voor zijn taak. De als getuige gehoorde officier van dienst heeft zelf ook gesignaleerd dat er geen goede sfeer heerste bij het wachtpersoneel. Het wachtpersoneel inclusief gestrafte had niet als hoofdzaak het lopen van wacht. Ik heb op grond van de stukken en het onderzoek ter terechtzitting in objectieve zin geen disfunctioneren van gestrafte gehoord. Hij heeft de wachtconsignes doorgenomen. De officier van dienst zegt ook niet dat de wacht onbereikbaar was. Er is geen voldoende bewijs om de overtuiging te krijgen dat er sprake was van disfunctioneren van gestrafte ter zake van de uitvoering van de wachtdienst en zeker niet dat hij zich daarop niet goed zou hebben voorbereid.

Ik geef u in overweging de bestreden beslissing te vernietigen en gestrafte vrij te spreken van de hem verweten gedraging.

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

De motivering van de beslissing

De militaire kamer heeft op grond van het onderzoek ter terechtzitting in beroep, de daar besproken stukken en de gehoorde getuigen niet de overtuiging gekregen dat gestrafte zich schuldig heeft gemaakt aan de hem verweten gedraging.

Op grond van het vorenstaande komt de militaire kamer tot het oordeel dat de uitspraak in beklag behoort te worden vernietigd en gestrafte van de hem verweten gedraging behoort te worden vrijgesproken.

Beslissing:

De militaire kamer, rechtdoende in beroep:

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

NASCHRIFT

a. Ingevolge art. 80b, eerste lid, WMT moet een beklagschrift en volgens art. 82, eerste lid, WMT een beroepschrift worden ingediend bij de commandant. Deze zorgt er dun voor dat daar verder mee wordt gehandeld op de wijze zoals de WMT dat voorschrijft.

Met 'commandant' wordt bedoeld degene die ingevolge art. 49 WMT tot straffen bevoegd is. In de meeste gevallen zal dat dus degene zijn die het tuchtproces in eerste aanleg gevoerd heeft.

In deze uitspraak gaat de rechtbank uit van een tijdige indiening van het beklagschrift bij de beklagmeerdere en niet bij de commandant. Nu verder uit de uitspraak niet blijkt waarom er sprake is van indiening bij de beklagmeerdere valt er slechts te gissen naar wat er zich heeft voorgedaan en dat is een hachelijke zaak. Niet valt uit te sluiten dat er hier sprake is van een verschrijving. Totdat er op dit punt in latere uitspraken meer duidelijk-

heid door de rechtbank wordt verschaft, is het aan te bevelen - ook in de lessen tuchtrect aan de militairen - uit te gaan van de indiening bij de commandant.

Met betrekking tot de indiening van een beklag- of beroepschrift bij de commandant zijn de volgende kanttekeningen te plaatsen.

- Hoe te handelen na een overplaatsing ?

In het geval van een overplaatsing direct na een uitspraak in eerste aanleg krijgt de gestrafte of schuldigverkleerde een nieuwe commandant. In dat geval kan een beklagschrift bij die nieuwe commandant worden ingediend en die nieuwe commandant heeft dan een doorzendplicht. De datum van indiening bij de nieuwe commandant geldt dan als datum van indiening van het beklagschrift. Zo heeft de militaire kamer dat reeds beslist in 1993¹⁾. Overigens was dat nog voor de wijziging van de Wet militair tuchtrect per 1 januari 2000, waarbij het beklag werd ingevoerd, en werd er in die uitspraak gesproken over een beroepschrift tegen een uitspraak in eerste aanleg. Niet valt in te zien dat door die wetswijziging de militaire kamer een ander standpunt zal gaan innemen met betrekking tot de plaats van indiening, zodat het ervoor gehouden mag worden dat een beklag- of beroepschrift na overplaatsing kan worden ingediend bij de nieuwe commandant.

- Hoe te handelen als de commandant niet bereikbaar is?

Uit de bewoordingen van artikel 80b, derde lid (bklagschrift) en 83 (beroepschrift) valt te lezen dat het niet is vereist het beklag- of beroepschrift aan de commandantpersoonlijk af te geven. In beide artikelen is er ook sprake van iemand die het stuk namens de commandant ontvangt. Het hangt dus van de organisatie bij de eenheid af wie voor de commandant de post of andere stukken aanneemt. Deze functionaris kan dus ook beklag- of beroepschriften ontvangen en dient er dan ook direct de datum van ontvangst op aan te tekenen.

De rechtbank heeft hier zelfs nog meer ruimte gegeven door al in 1992²⁾ te bepalen dat de gestrafte bij onbereikbaarheid van de commandant zijn beroepschrift ook bijvoorbeeld had kunnen inleveren bij de officier van de wacht van de kazerne of bij de sociaal medische dienst (waar gestrafte in de periode voor beroep een dag was opgenomen geweest).

Dit werd door de rechtbank nog eens bevestigd in 1998³⁾. In die uitspraak werd gesteld: 'Het beroepschrift is niet aan enige vorm gebonden, zodat iedere militair geacht kan worden binnen de termijn een eenvoudig beroepschrift in te dienen bij zijn commandant of bij diens afwezigheid bij diens plaatsvervanger dan wel bij de wachtcommandant of de administratie'.

b. Degene die een beklag- of beroepschrift ontvangt, dient daarop direct de datum van ontvangst te vermelden (art.80b, derde lid voor het beklagschrift en art.83 WMT voor het beroepschrift). Vastleggen van de ontvangstdatum is van belang omdat in beklag de beklagmeerdere en eventueel later in beroep de rechtbank moet kunnen vaststellen of het beklag- of beroepschrift tijdig is ingediend. In deze uitspraak stelt de rechtbank vast dat op het beroepschrift echter niet de datum van ontvangst is vermeld. Dit gebrek wordt niet ten nadele van de gestrafte uitgelegd. De rechtbank vindt in de datering op het beroepschrift door de gestrafte zelf voldoende grond om uit te gaan van een tijdige indiening.

In een eerdere zaak⁴⁾) heeft de rechtbank ook het ontbreken van de datum van indiening

¹⁾ Rb Arnhem, militaire kamer, 29 april 1993 / MRT 1993, blz. 255.

²⁾ Rb Arnhem, militaire kamer, 16 oktober 1992 / MRT 1993, blz. 94.

³⁾ Rb Arnhem, militaire kamer, 6 april 1998 / MRT 1999, blz. 113.

⁴⁾ Rb Arnhem, militaire kamer, 7 januari 2002 / MRT 2002, blz. 331.

op een beroepschrift niet ten nadele van de gestrafte laten werken. In dat geval werd er ook geen datering door de gestrafte vastgesteld.

De uitkomst is alleszins redelijk en praktisch. Redelijk omdat een niet-ontvankelijkheid juist de gestrafte zou treffen en die heeft de jout niet gemaakt, en praktisch omdat aanhouding van de zaak en alsnog de commandant vragen om de datum van indiening boven water te krijgen waarschijnlijk zou leiden tot het bericht dat dit niet meer mogelijk is en het zou de procedure alleen maar weer langer maken.

J.R.G.J.

Arrondissementsrechtbank te Arnhem
militaire kamer
Uitspraak in beroep van 21 januari 2002
T.Z. nr. 0009.01

Voorzitter: Mr. B.N. Crol; Lid: Mr. A.T.M. Vrijhoeven; Militair lid: Kolonel Mr. G.J.J.M. Pick.

Termijnen; gedragscode; informatie KMar; maximale straf

- a. Enkele bijzonderheden met betrekking tot de termijnen in het tuchtrecht.*
- b. Handelen in strijd met de gedragscode voor de Koninklijke Landmacht is niet aan te merken als schending van een dienstvoorschrift.*
- c. In een tuchtprocedure is het toegestaan gebruik te maken van (verklaringen in) stukken opgemaakt door de Koninklijke Marechaussee die aan de commandant zijn overgedragen.*
- d. Oplegging van de maximale straf zonder motivering houdt (wederom) geen stand.*

(Art. 53, eerste lid, 76, 80g, 80p, 80q, 81 en 82 WMT)

UITSPRAAK

van de meervoudige militaire kamer van de rechtbank Arnhem, op het beroep van A, sergeant der eerste klasse, rnr. ..., geplaatst bij: ... te 't Harde, wonende: ..., - hierna aangeduid als gestrafte - waarbij de hierna te noemen uitspraak wordt bestreden.

Verloop van de procedure

Aan gestrafte werd op 22 augustus 2001 een beschuldiging uitgereikt, luidend:

"In strijd met de militaire tucht een geschrift opgesteld en verspreid waarin officieren in het algemeen en eerste luitenant X en majoor Y in het bijzonder werden bespot, op 13 juni 2001, binnen een militaire plaats, de legerplaats 't Harde, gebouw ...", met vermelding van de artikelen 79, 20 en 18 (met verwijzing naar de Vaste Order ... HFDST 1.15 P 2.c) van de Wet militair tuchtrecht.

Gestrafte werd, na het gehouden rapport op 23 augustus 2001. op 24 augustus 2001 door de commandant van School ... wegens schending van de gedragsregel van de artikelen 79, 20 en 18 van de Wet militair tuchtrecht gestraft met een geldboete van f 100,-, op grond van de bewezen gedraging welke eensluitend is aan de hiervoor vermelde beschuldiging.

De uitspraak in eerste aanleg is aan gestrafte uitgereikt op 28 augustus 2001.

Gestrafte heeft blijkens het beklagformulier tijdig, namelijk op 28 augustus 2001 een beklagschrift ingediend bij de beklagmeerdere.

Het beklag is vervolgens eerst op 2 oktober 2001 behandeld in verband inet verblijf van commandant ... in de Bondsrepubliek Duitsland. De beklagmeerdere heeft op 23 oktober 2001 de beslissing op beklag gegeven. Deze beslissing hield in dat de bestreden beslissing werd bevestigd.

Uit het onderzoek ter terechtzitting in beroep is gebleken dat het onderzoek op beklag zich over een periode tot 22 oktober 2001 heeft uitgestrekt en dat getuigen zijn gehoord. Gestrafte is tijdens die procedure meermalen gehoord. De militaire kamer houdt het er voor en acht het aannemelijk, mede gezien de uitlatingen ter zake van gestrafte, dat de beslissing uiterlijk op de eerste werkdag na het sluiten van het onderzoek op beklag is genomen, zoals voorgeschreven in artikel 80p lid 1 van de Wet militair tuchtrecht.

De uitspraak op beklag is aan gestrafte uitgereikt op 29 oktober 2001.

Gestrafte is in beroep gegaan tegen deze uitspraak op beklag door indiening van een beroepschrift op 30 oktober 2001, blijkens de daarop door de commandant gestelde aantekening. Gestrafte is dus ontvankelijk in zijn beroep.

Het beroepschrift en de daarbij gevoegde stukken betreffende de behandeling in eerste aanleg en op beklag zijn door de militaire kamer ontvangen op 2 november 2001.

De zaak is in beroep onderzocht ter terechtzitting van 7 januari 2002.

Ter terechtzitting van 7 januari 2002 is gestrafte gehoord.

De officier van justitie heeft zijn oordeel gegeven en onder meer gezegd:

Het arrondissementsparket wist dat er een aangifte was gedaan. De Koninklijke Marechaussee heeft een strafrechtelijk onderzoek ingesteld en ter zake een ambtsbericht naar het parket gezonden. Ik heb destijds besloten de commandant te machtigen de zaak tuchtrechtelijk af te doen. De commandant mag dan de zaak afdoen naar zijn inzichten.

ik geloof gestrafte wel dat hier niet de bedoeling was de bewuste officieren niet (niet: abusievelijk vermeld - Red) te bespotten, maar het is door zijn manier van handelen ontaard in een zeer misplaatste uit de hand gelopen grap. Wie het bewuste door gestrafte opgestelde stuk heeft opgehangen weten wij niet.

Wat gestrafte gedaan heeft is grovelijk ongepast. Als je als opsteller een dergelijk geschrift verspreidt, dan loop je het risico dat anderen daarmee anders kunnen gaan handelen dan je zelf beoogd hebt. Het handelen van gestrafte is maatschappelijk ongepast. Er zijn grenzen overschreden door de gebezigde terminologie in het stuk en het daarin noemen van namen. De commandant heeft wat dat betreft terecht straf opgelegd.

De Koninklijke Marechaussee had de verklaring van gestrafte al vastgelegd voordat het rapport in eerste aanleg plaatsvond. Die verklaring mag in het tuchtproces gebruikt worden door de commandant.

Gestrafte had bij het begin van het rapport de cautie gegeven moeten worden. Dit is niet gebeurd, maar zijn verklaring op rapport was ook niet nodig, nu er al een verklaring van gestrafte beschikbaar was.

De door gestrafte gewenste getuigen waren maar zijdelings van belang; zij wisten niet of gestrafte het bewuste papier had opgesteld of opgehangen. Dat hadden zij niet gezien. In dit geval hadden de gewenste getuigen niet ter zake doende kunnen verklaren gezien de inhoud van de beschuldiging. De commandant heeft dus geen vorm geschonden door die getuigen niet alsnog op rapport te horen.

De artikelen 79 en 18 van het WMT, zoals genoemd door de commandant en de beklagmeerdere zijn niet van toepassing. Artikel 79 van de WMT houdt geen strafbaar gestelde

gedragsregel in.

De verwijzing naar het volgens de commandant en de beklagmeerdere van belang zijnde gedeelte van de desbetreffende vaste order ziet op de in die order neergelegde gedragscode. Schending van die code kan niet leiden tot schending van de gedragsregel van artikel 18 van de WMT. In dit geval is alleen artikel 20 van de WMT geschonden.

Gestrafte is terecht straf opgelegd en ook oplegging van de maximum straf was in dit geval gezien de ernst van de schending terecht. De commandant en de beklagmeerdere hebben een en ander echter niet gemotiveerd. Daarom is er reden om de opgelegde geldboete te verminderen. Ik geef de militaire kamer in overweging de bestreden uitspraak te bevestigen met uitzondering van de kwalificatie van de bewezen gedraging. Die kwalificatie hoort te luiden schending van artikel 20 van de Wet militair tuchtrecht. Ten slotte stel ik voor gestrafte een geldboete op te leggen van € 34,-,

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

De motivering van de beslissing

De vraag of de commandant al dan niet de cautie heeft gegeven aan de gestrafte en welke gevolgen eventueel aan dit vormverzuim zouden moeten worden verbonden kan buiten beschouwing blijven nu gebleken is dat de commandant beschikte over een door gestrafte bij de Koninklijke Marechaussee na gegeven cautie afgelegde verklaring en derhalve voor het bewijs geen gebruik behoefde te maken van de door gestrafte tijdens het rapport afgelegde verklaring.

Het niet horen door de commandant van de door de gestrafte opgegeven getuigen heeft gestrafte in dit geval niet geschaad omdat die getuigen niet concreet relevant zouden hebben kunnen verklaren met betrekking tot het aan gestrafte gemaakte verwijt, met name niet ten aanzien van het opstellen en verspreiden van het bewuste geschrift.

Anders dan de commandant is de militaire kamer evenwel van oordeel dat de bewezen gedraging alleen een schending van artikel 20 van de Wet militair tuchtrecht oplevert.

Het door de commandant en de beklagmeerdere vermelde artikel 79 betreft geen in de Wet militair tuchtrecht strafbaar gestelde gedragsregel.

Voorts is door de commandant en de beklagmeerdere artikel 18 lid 1 van de Wet militair tuchtrecht vermeld als overtreden gedragsregel, onder verwijzing naar de Vaste Order van De passage van die vaste order welke wordt beoogd betreft de in die vaste order neergelegde door de Koninklijke Landmacht gehanteerde gedragscode.

De militaire kamer is van oordeel dat het handelen in strijd met deze gedragscode formeel een schending van een dienstvoorschrift oplevert, doch materieel niet als zodanig kan worden aangemerkt.

De militaire kamer acht oplegging van een andere straf passend, omdat de commandant (en door de bevestiging van de uitspraak in eerste aanleg ook de beklagmeerdere) geen motivering is vermeld op het straffenformulier waarom gestrafte de maximumstraf is opgelegd.

De militaire kamer acht oplegging van een geldboete van € 34,- in overeenstemming met de ernst van de bewezen gedraging.

Gezien het vorenstaande dienen de kwalificatie van de bewezen gedraging en de opgelegde straf te worden gewijzigd.

Beslissing:

De militaire kamer, rechtdoende in beroep:

Wijzig de kwalificatie van de omschreven gedraging, zodat deze komt te luiden:
Schending van artikel 20 van de Wet militair tuchtrecht, strafbaar gesteld bij artikel 2 van die Wet.

Wijzig de opgelegde straf in: een geldboete van f 34,-.

Bevestigt de bestreden uitspraak voor het overige.

NASCHRIFT

a. Termijnen in het tuchtrecht

(1) Termijn voor het uitreiken van de beschuldiging (art. 53, eerste lid, WMT)

Het feit vond volgens de beschuldiging plaats op 13 juni 2001. De beschuldiging werd uitgereikt op 22 augustus 2001. Uit de conclusie door de officier van justitie op de zitting valt op te maken dat hier de commandant door het openbaar ministerie werd gemachtigd tot tuchtrechtelijke afdoening zoals aangegeven in art. 79, eerste lid, WMT. De termijn van 21 dagen voor het uitreiken van de beschuldiging loopt dan vanaf de dag waarop de commandant die machtiging ontvangt. Uit de uitspraak blijkt niet de exacte datum waarop dit laatste plaatsvond, maar kennelijk was er geen termijnoverschrijding, want de rechtbank verklaart de uitreiking niet in strijd met de wet.

(2) Beslissen en uitreiken uitspraak in eerste aanleg

Het onderzoek wordt gehouden op 23 augustus 2001 en de beslissing wordt genomen op vrijdag 24 augustus 2001. De wet geeft voor het nemen van de beslissing na het onderzoek aan dat dat moet gebeuren op 'uiterlijk de eerstvolgende werkdag' (art. 76, eerste lid, WMT). De uitreiking van de uitspraak moet daarna 'onverwijld' plaatsvinden (art. 76, tweede lid, WMT). Die uitreiking vindt in deze zaak plaats op dinsdag 28 augustus 2001 en dat wordt in dit geval kennelijk nog als 'onverwijld' gezien, want de rechtbank accepteert dit.

(3) Aanvangen van het onderzoek op beklag na de indiening van een beklagschrift

De beklagmeerdere heeft vanaf de dag van indienen van een beklagschrift (en dat is de datum die er door of namens de commandant wordt opgezet en niet de datum waarop de beklagmeerdere het beklagschrift van de commandant ontvangt) dertig dagen om met het onderzoek op beklag te beginnen (art. 80g, eerste lid, WMT). De dagen waarop de beklagmeerdere en de gestrafte zich om redenen van dienst niet in hetzelfde land bevinden, tellen voor de berekening van die dertig dagen niet mee (art. 80g, tweede lid, WMT). Kennelijk deed dat zich hier voor want de rechtbank constateerde dat de beklagmeerdere in Duitsland verbleef zonder daarbij aan te geven welke periode dat betrof en accepteert het aanvangen van het onderzoek op beklag op 2 oktober 2001.

(4) Beslissen en uitreiken uitspraak op beklag

De rechtbank acht het aannemelijk dat dat onderzoek zich heeft voortgezet tot 22 oktober 2001, zodat de beslissing op beklag genomen op dinsdag 23 oktober 2001, is genomen op uiterlijk de eerstvolgende werkdag na het onderzoek (art. 80p, eerste lid, WMT). De uitreiking van die beslissing vond plaats op maandag 29 oktober 2001. De uitreiking zes dagen na het nemen van de beslissing is kennelijk nog als 'onverwijld' aan te merken zoals art. 80q, tweede lid, WMT dit voorschrijft. Eigenlijk gaat het om tweemaal 'onverwijld', want de beklagmeerdere moet de beslissing 'onverwijld' aan de commandant doen toekomen, waarna de commandant deze beslissing wederom 'onverwijld' aan de gestrafte moet uitreiken.

(5) Indienen beroepschrift en opsturen stukken naar het gerecht

De gestrafte dient zijn beroepschrift in op dinsdag 30 oktober 2001 en dat is binnen de vijfdagen na de uitreiking van de uitspraak op beklag (art. 81, aanhef en onder b, WMT),

waarna de commandant het vergezeld van de overige stukken 'onverwijld' (art. 82, tweede lid, WMT) op de post doet, want de rechtbank ontvangt alles reeds op vrijdag 2 november 2001.

b. Gedragscode

De commandant had de gestrafte ook schuldig bevonden aan de overtreding van een dienstvoorschrift en doelde daarmee op overtreding van (een gedeelte van) de gedragscode voor de Koninklijke Landmacht die kennelijk in de vaste orders war opgenomen.

Bij de behandeling van de wetsvoorstellen naar aanleiding van de evaluatie die hebben geleid tot de huidige Wet militair tuchtrecht¹⁾ is ook aan de orde gekomen de vraag of de gedragscode voor de krijgsmacht zoals die door de Minister van Defensie aan de Tweede Kamer werd toegezonden een dienstvoorschrift zou zijn in de zin van het militair straffen tuchtrecht. De rijksregering heeft daarop geantwoord dat dit niet de bedoeling was. In de nota naar aanleiding van het verslag²⁾ stelt de rijksregering: 'Gelet op het karakter van de gedragscode (...) leent de code zich niet voor opnemning in het tuchtrecht' en ook: 'Zij bevat op zich geen regels die tuchtrechtelijk kunnen worden afgedwongen'. Mogelijk dat de regering hiermee bedoelt aan te geven dat de gedragscode in zeer algemene termen is gesteld en dus niet bevat - zoals art. 135 WvMS dat in de definitie van het dienstvoorschrift vereist - ge- en verboden gericht tot de militair:

De rechtbank oordeelt in deze zaak dat er formeel wel sprake is geweest van schending van een dienstvoorschrift maar materieel niet. Mogelijk moet deze wat cryptische zin worden gelezen als dat de vaste order op zich wel een dienstvoorschrift is, maar dat het handelen in strijd met de gedragscode die daarin is opgenomen niet kan worden aangemerkt als handelen in strijd met een dienstvoorschrift, omdat de definitie van 'dienstvoorschrift' zoals die in art. 135 WvMS is opgenomen vereist dat het gaat om 'ge- of verboden' gericht tot de militair. Van de gedragscode kan niet gezegd worden dat deze specifieke ge- of verboden bevat, maar slechts algemene richtlijnen en aansporingen.

c. In een tuchtprocedure kan gebruik gemaakt worden van stukken van de Koninklijke Marechaussee die aan de commandant zijn overgedragen.

In deze zaak had de Koninklijke Marechaussee al onderzoekshandelingen verricht en dat vastgelegd in een proces-verbaal. Met toepassing van art. 79 WMT is door het openbaar ministerie de commandant gemachtigd om deze zaak tuchtrechtelijk af te doen en kennelijk zijn daarbij ook de stukken van de Koninklijke Marechaussee over deze zaak in handen gesteld van de commandant. Uit de uitspraak van de rechtbank blijkt dat de commandant deze stukken mag gebruiken in de tuchtprocedure.

d. Opleggen van de maximumstraf

De commandant heeft in deze zaak de maximum geldboete opgelegd van J' 100,- en dat is in beklag door de beklagmeerdere bevestigd. Noch de commandant noch de beklagmeerdere heeft daar een motivering bij gegeven. De rechtbank zet de sinds de inwerking-treding van de Wet militair tuchtrecht per 1 januari 1991 ingezette lijn door door te eisen dat bij opleggen van een maximumstraf een motivering hoort en verlaagt de geldboete nu die motivering ontbreekt.

J.R.G.J

¹⁾ Kamerstukken II en I, 1997-1998, 25 454 (R 1595).

²⁾ Kamerstukken II, 1997-1998, 25 454 (R 1595), nr. 5, blz. 5 e.v.

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 14 maart 2002

99 / 44 MPW

Voorzitter: Mr. C.G. Kasdorp; Leden: Mr. G.L.M.J. Stevens en Mr. G.J.H. Doomewaard.

Geen terugwerkende kracht bij toekenning welvaartvaste vliegtolage

Met ingang van 1 oktober 1986 is aan gedaagde, een gewezen beroepsmilitair, een uitering op grond van de Uitkeringswet gewezen militairen (UGM) toegekend. In de uitkeringsgrondslag is rekening gehouden met een component vliegtolage welke niet welvaartvast was. Voor de gewezen militair is per 1 september 1987 beslist deze toelage welvaartvast te maken.

Bij brief van 4 juni 1997 heeft gedaagde zich tot de Staatssecretaris van Defensie gewend met verzoek de toelage alsnog met terugwerkende kracht welvaartvast te maken. Mede gelet op een uitspraak van de rechtbank van 7 november 1995 in een overeenkomstig geval heeft de staatssecretaris besloten de vliegtolage welvaartvast te maken vanaf de datum van ingang van gedaagdes verzoek en wel 4 juni 1997.

Gedaagde heeft hiertegen beroep bij de rechtbank ingesteld. Hij is van mening dat de aanpassing van de vliegtolage dient plaats te vinden vanaf de datum van de uitspraak van de rechtbank van 7 november 1995.

De rechtbank verklaart het beroep van gedaagde in eerste instantie gegrond.

De Centrale Raad van Beroep is in hoger beroep met appellant, de Staatssecretaris van Defensie, van mening dat de datum van het verzoek als ingangsdatum voor de toekenning moet worden gehanteerd. Dit is conform de systematiek van de Algemene militaire pensioenwet. Daarnaast is, aldus de Raad, volgens vaste jurisprudentie de staatssecretaris niet verplicht om een rechterlijke uitspraak in een bepaald geval ambtshalve door te trekken naar soortgelijke gevallen. De Raad vernietigt dus de aangevallen uitspraak en verklaart het inleidend beroep alsnog ongegrond.

(Uitkeringswet gewezen militairen, artikel 1)

UITSPRAAK

in het geding tussen: de Staatssecretaris van Defensie, appellant, en [A.], wonende te [B.], gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Op bij aanvullend beroepschrift, met bijlagen, uiteengezette gronden heeft appellant bij de Raad hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 11 december 1998, nummer AWB 981966 MPWKLU, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van de Raad op 31 januari 2002. Daar heeft appellant zich doen vertegenwoordigen door mr. M.H.J. Geldof van Doom, werkzaam bij de Stichting Pensioenfonds ABP, terwijl namens gedaagde is verschenen mr. N.I. van Os, werkzaam bij VBM/NOV te Den Haag.

II. Motivering

Ten aanzien van de hier van belang zijnde feiten en omstandigheden volstaat de Raad, onder verwijzing voor het overige naar de aangevallen uitspraak, met het volgende.

Bij besluit van 31 juli 1997, zoals na gemaakt bezwaar gehandhaafd bij besluit van 22 januari 1998, heeft appellant de in gedaagdes - sedert 1 oktober 1986 genoten - uitkering ingevolge de Uitkeringswet gewezen militairen (UGM) verdisconteerde vliegtoelage alsnog omgezet in de vanaf 1 september 1987 geldende welvaartsvaste vliegtoelage, zulks te rekenen vanaf de datum van diens verzoek daartoe van 4 juni 1997. Daarbij is appellant, overeenkomstig de door de rechtbank 's Gravenhage op 7 november 1995, nrs. MPWKLU 92100531 en 93100319, in een soortgelijk geval gegeven uitspraak, alsnog ervan uitgegaan dat ook de op 1 september 1987 al uitkering ingevolge de UGM genietende militairen voor zodanige toelage in aanmerking dienen te komen. Appellant heeft geen aanleiding gezien om aan die omzetting terugwerkende kracht te verbinden, onder meer overwegende dat het enkele feit dat door een rechterlijke uitspraak aan een wettelijk voorschrift een bepaalde uitleg wordt gegeven, niet ertoe kan leiden dat alle voorafgaande toepassingen van dat voorschrift in overeenstemming met die nieuwe uitleg moeten worden gebracht, en dat het op de weg ligt van de betrokkene om zich over de ontwikkelingen met betrekking tot zijn uitkering te (doen) informeren.

De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak vastgesteld dat appellant in ieder geval niet verplicht was om verdere terugwerkende kracht aan de onderhavige aanpassing te geven dan de datum van voormelde uitspraak van de rechtbank in een soortgelijk geval. Wel heeft de rechtbank terugwerkende kracht aangewezen geacht tot de eerste dag van de inaand na deze uitspraak, in aanmerking genomen dat (thans) gedaagde niet wist of kon weten dat aanpassing mogelijk was en hij zich bovendien betrekkelijk korte tijd na die uitspraak tot appellant heeft gewend. De rechtbank heeft deswege het beroep van (thans) gedaagde gegrond verklaard en het bestreden besluit van 22 januari 1998 vernietigd.

In hoger beroep heeft appellant vastgehouden aan zijn in het besluit van 22 januari 1998 vervatte zienswijze omtrent de ingangsdatum van (de verdiscontering van) de welvaartsvaste vliegtoelage.

De Raad overweegt als volgt.

Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank terecht vastgesteld dat, gelet op de datum van indiening van het verzoek daartoe, ingevolge het hier van overeenkomstige toepassing zijnde artikel W 4, vierde lid, in samenhang met artikel W 5 van de Algemene militaire pensioenwet (Ampw) aan appellant de discretionaire bevoegdheid toekomt om de ingangsdatum van de onderhavige aanpassing te bepalen.

Dat brengt mee dat (ook) de Raad heeft na te gaan of van appellant moet worden gezegd dat hij niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen om geen terugwerkende kracht te verlenen, dan wel bij zijn besluit heeft gehandeld in strijd met enige geschreven of ongeschreven rechtsregel dan wel enig algemeen rechtsbeginsel.

Tot een zodanige conclusie is de Raad - anders dan de rechtbank - niet kunnen komen.

Blijkens de gedingstukken en het verhandelde ter zitting van de Raad hanteert appellant in gevallen als het onderhavige het uitgangspunt dat de datum van het verzoek daartoe bepalend is voor de ingangsdatum van de gevraagde aanpassing. Mede gelet op hetgeen in de Ampw is bepaald over de ingangsdatum van een pensioen ingevolge die wet, waaruit blijkt dat een te laat aangevraagd pensioen gevolgen heeft voor de ingangsdatum daarvan, acht de Raad een zodanig uitgangspunt niet onaanvaardbaar.

In de door de rechtbank genoemde omstandigheden ziet de Raad onvoldoende grondslag gelegen voor het oordeel dat appellant in dezen op dit uitgangspunt een uitzondering

had behoren te maken.

De Raad onderschrijft in dit verband - overeenkomstig zijn vaste jurisprudentie terzake - de zienswijze van appellant dat een rechterlijke uitspraak in een bepaald geval voor het bestuursorgaan in beginsel niet de verplichting schept om ambtshalve ook in alle soortgelijke gevallen dienovereenkomstige aanpassingen aan te brengen.

Voorts heeft de Raad niet kunnen onderkennen dat gedaagde in de onmogelijkheid heeft verkeerd om eerder dan in juni 1997 een verzoek bij appellant in te dienen. Naar de Raad al vaker heeft overwogen kan aan de onbekendheid met wettelijke voorschriften en/of de betekenis daarvan geen gewicht toekomen.

Dat appellant bij de toepassing van de UGM in het geval van gedaagde zodanig grove fouten heeft gemaakt dat daarom (een zekere) terugwerkende kracht zou zijn aangewezen, heeft de Raad ten slotte ook niet kunnen vaststellen. Daartoe neemt de Raad mede in aanmerking dat de eerdere opvatting van appellant omtrent de vliegtoeelage aanvankelijk in een rechterlijke uitspraak - te weten de uitspraak van het toenmalige Ambtenarengerecht te 's Gravenhage van 13 december 1990, nr. B-MPW 1989110473 - over een soortgelijk geval is onderschreven.

Het vorenstaande leidt de Raad tot de slotsom dat het besluit van appellant de in dezen aangewezen terughoudende rechterlijke toetsing kan doorstaan. Dit betekent dat de aangevallen uitspraak niet in stand kan blijven en dat het inleidend beroep alsnog ongegrond moet worden verklaard.

De Raad acht, ten slotte, geen termen aanwezig om toepassing te geven aan het bepaalde in artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht inzake een vergoeding van proceskosten.

Beslist wordt derhalve als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het inleidend beroep alsnog ongegrond

NASCHRIFT

1. Historie welvaartvastheid vliegtoeelage

Tot 1 januari 1976 was de (eenmaal vastgestelde) vliegtoeelage niet welvaartvast. Noch in de actieve, noch in de postactieve sfeer werd de vliegtoeelage aangepast.

In de daarop volgende periode van 1 januari 1976 tot 1 september 1987 werd de vliegtoeelage in de actieve sfeer wel aangepast. In de postactieve uitkeringen zoals de Militaire wachtgeldregeling 1961 en de Uitkeringswet gewezen militairen (UGM) werd de vliegtoeelage echter niet aangepast. Dit gebeurde vanuit de optiek dat de vliegtoeelage in actieve dienst eindigt op de datum van ontslag, een moment dat een belanghebbende niet meer vliegt of geen aanspraken meer heeft op militaire bezoldiging. Destijds werd besloten de conjuncturele aanpassingen in de actieve sfeer niet te laten doorwerken naar de postactieve periode. Na ontslag was de vliegtoeelage dan ook een bevroren component in genoemde regelingen.

Per 1 september 1987 kwam er een wijziging in deze situatie. In het overleg tussen de Minister van Defensie en de belangenorganisaties werd besloten de vliegtoeelage, zowel voor de actieve als de postactieve militair, te koppelen aan de ontwikkelingen van de ambtenarensalarissen. Bepaald werd dat dit alleen gold voor de uitkeringsgerechtigden die na

1 september 1987 waren ontslagen.

Bij uitspraak van 13 december 1990, MPW 1989/10473, TAR 1991, nr. 46, heeft het voormalige ambtenarengerecht, rechtsprekende in militaire zaken, goedkeuring verleend aan het op dit punt door de staatssecretaris gevoerde beleid.

Op 7 november 1995 bepaalde de Arrondissementsrechtbank Den Haag echter dat het in strijd was met de bepalingen van de UGM om de welvaartvastheid van de vliegtoelage niet te laten doorwerken naar UGM-gerechtigden die reeds voor 1 september 1987 uit de militaire dienst waren ontslagen. De rechtbank was van mening dat de minister weliswaar in lengte van jaren ten onrechte de aanpassingen van de vliegtoelage niet had laten doorwerken in de uitkeringen, maar was tevens van oordeel dat niet kon worden voorbijgegaan aan de (hierboven genoemde) uitspraak van het voormalig Ambtenarengerecht van 13 december 1990. De rechtbank bepaalde dat de uitkering diende te worden aangepast vanaf de datum van het ingediende verzoek.

Deze gewijzigde jurisprudentie werd naderhand in de uitvoering gevolgd.

2. Uitspraak Centrale Raad van Beroep nader beschouwd.

Met ingang van 1 oktober 1986 is aan een gewezen beroepsmilitair, gedaagde, een UGM-uitkering toegekend. Op 4 juni 1997 verzoekt deze om de in de uitkeringsgrondslag opgenomen component vliegtoelage alsnog met terugwerkende kracht welvaartvast te maken. Bij besluit van 31 juli 1997 heeft de Staatssecretaris van Defensie ingaande 4 juni 1997 de toelage aangepast. De beslissing van de staatssecretaris was daarmee in lijn met bovengenoemde uitspraak van de rechtbank van 7 november 1995.

Gedaagde heeft tegen dit besluit bezwaar gemaakt (beslissing ongegrond) en vervolgens beroep bij de rechtbank ingesteld. De rechtbank verklaart het beroep gegrond en vernietigt het bestreden besluit (uitspraak 11 december 1998, TAR 1999, nr. 47). De rechtbank bepaalt verder dat de staatssecretaris bij de nieuw te nemen beslissing terugwerkende kracht moet verlenen tot 1 december 1995, zijnde de eerste dag van de maand, volgende op die waarin de rechtbank de eerder genoemde uitspraak van 7 november 1995 heeft gegeven.

Appellant, de Staatssecretaris van Defensie, stelt bij de Centrale Raad hoger beroep in tegen de uitspraak van de rechtbank. Hij blijft van mening dat een verzoek om herziening van de uitkeringsgrondslag slechts kan worden gehonoreerd met ingang van de datum van iemands verzoek. Daarnaast merkt hij op dat volgens vaste jurisprudentie een rechterlijke uitspraak niet de verplichting met zich brengt om ambtshalve in soortgelijke gevallen aanpassingen aan te brengen.

De Centrale Raad onderschrijft in de thans gepubliceerde uitspraak -overeenkomstig zijn vaste jurisprudentie- beide in hoger beroep naar voren gebrachte punten van de staatssecretaris. De Raad vernietigt dan ook de aangevallen uitspraak en verklaart het inleidend beroep alsnog ongegrond.

W.J.S.

Centrale Raad van beroep

Uitspraak van 8 mei 2002

9913272 MPW

Voorzitter: Mr. C.G. Kasdorp; *leden:* Mr. H.R. Geerling-Brouwer en Mr. G.J.H. Doornwaard.

Vrijwillige uitzending naar voormalig Nederlands-Indië maakt iemand nog niet tot oorlogsvrijwilliger

Appellant heeft werkelijke militaire dienst verricht van 5 juli 1938 tot 28 mei 1940 en van 10 januari 1946 tot 22 oktober 1949. In het verleden is zijn verzoek om toekenning van een militair pensioen meermalen afgewezen omdat hij uitsluitend als dienstplichtige militaire dienst heeft verricht. Op 8 december 1997 heeft hij opnieuw om toekenning van een militair pensioen verzocht. In dit geding is van belang de vraag of hij vanaf 10 januari 1946 al dan niet dienst als oorlogsvrijwilliger heeft verricht. Het verzoek om herziening wordt zowel door de rechtbank als door de Centrale Raad afgewezen. Appellant is waarschijnlijk wel op basis van vrijwilligheid naar het voormalig Nederlands-Indië uitgezonden en heeft daar als dienstplichtige gediend. De status van dienstplichtige c.q. vrijwilliger op de voet van gewoon dienstplichtige geeft hem geen recht op een militair diensttijdpensioen.

(Pensioenwet voor de landmacht 1922, artikel 2, lid 1, onder 4b)

(Algemene militaire pensioenwet, artikel Y11)

UITSPRAAK

in het geding tussen: [A.], wonende te [B.], appellant, en de Staatssecretaris van Defensie, gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Op bij aanvullend beroepschrift, met bijlagen, uiteengezette gronden heeft mr. H.M. Schwab, advocaat te Rotterdam, namens appellant bij de Raad hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 17 mei 1999, nummer AWB 99/00226 MPWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van de Raad van 28 maart 2002. Appellant is in persoon verschenen en werd bijgestaan door mr. R.E. Tergau, advocaat te Rotterdam. Gedaagde heeft zich doen vertegenwoordigen door P.J. Consten, werkzaam bij de Stichting Pensioenfonds ABP.

II. Motivering

In dit geding is aan de orde de toepassing van de Algemene militaire pensioenwet (hierna: de Wet). De Wet is bij het ingevolge de Kaderwet militaire pensioenen gegeven Koninklijk besluit van 29 mei 2001, Stb. 260, per 1 juni 2001 ingetrokken. De Raad is evenwel ingevolge overgangsrecht bevoegd van het geding kennis te nemen.

Appellant, geboren in 1918, heeft blijkens zijn bij het Ministerie van Defensie berustende staat van dienst als gewoon dienstplichtige dienst verricht van 5 juli 1938 tot 28 mei 1940 en van 10 januari 1946 tot 22 oktober 1949, welke laatste periode hij grotendeels heeft doorgebracht in voormalig Nederlands-Indië.

In 1978, 1984 en 1989 heeft appelland een verzoek ingediend om een militair pensioen. Die verzoeken zijn afgewezen, het laatste bij besluit van 2 augustus 1990. Tegen die afwijzingen is appelland niet opgekomen.

Op 30 oktober 1990 heeft appelland wederom een verzoek ingediend om een militair pensioen, ditmaal stellende dat hij daarop aanspraak heeft als oorlogsvrijwilliger. Dit verzoek is afgewezen bij besluit van 14 januari 1991. Hierbij is overwogen dat noch de Pensioenwet voor de landmacht 1922, noch de Wet een bepaling kent welke een dienstplichtig militair uitsluitend ter aake van het vervuld hebben van een bepaalde diensttijd recht geeft op een militair pensioen. Het beroep tegen dat besluit is bij uitspraak van het toenmalige Ambtenarengerecht 's-Gravenhage van 7 februari 1992 ongegrond verklaard. Tegen die uitspraak is appelland niet opgekomen.

Bij brief van 8 december 1997 heeft appelland nogmaals een verzoek om een militair pensioen, wederom als oorlogsvrijwilliger, ingediend, daarbij als nieuwe omstandigheden aanvoerend dat aan twee met name genoemde andere militairen die sedert 1946 deel uitmaakten van hetzelfde legeronderdeel als hij wel een militair pensioen als oorlogsvrijwilliger is toegekend en dat uit verklaringen van zijn voormalige onderdeelcommandant en -administrateur is af te leiden dat hij toentertijd wel degelijk als oorlogsvrijwilliger naar voormalig Nederlands-Indië is uitgezonden. Dat laatste vindt ook bevestiging, aldus voorts appelland, in een aan hem bij beschikking vanwege het toenmalige Ministerie van Oorlog van 5 november 1947 verleende machtiging tot het dragen van het oorlogsherinneringskruis met den gesp voor bijzondere krijgsverrichtingen "Nederland mei 1940", in welke beschikking hij met zoveel woorden is aangemerkt als wachtmeester-oorlogsvrijwilliger. Ter verdere onderbouwing van zijn standpunt heeft appelland daaraan in de loop van de procedure nog stukken toegevoegd.

Gedaagde heeft dat verzoek opgevat als een verzoek om terug te komen van een in rechte onaantastbaar geworden beslissing en dat verzoek ook in bezwaar niet gehonoreerd. Bij de thans aangevallen uitspraak is het beroep tegen die beslissing ongegrond verklaard. De rechtbank heeft daarbij de in het geding centraal staande vraag of appelland vanaf 10 januari 1946 dienst heeft verricht als oorlogsvrijwilliger negatief beantwoord en heeft daartoe met name overwogen dat gezien naar de geldende wettelijke bepalingen, in het bijzonder artikel W 4 van de Wet, betreffende herziening van een eerder genomen beslissing, geen nieuwe feiten of omstandigheden te hebben aangetroffen waaruit zou moeten worden geconcludeerd dat gedaagde in het verleden een evident onjuist besluit terzake van appellands aanspraak op een militair pensioen heeft genomen.

De Raad kan de rechtbank geheel volgen in haar conclusie en de daaraan ten grondslag gelegde overwegingen. Hij voegt daaraan nog het volgende toe.

Bij het door appelland bij brief van 8 december 1997 ingediende verzoek gaat het onmiskenbaar om een verzoek om herziening van de in rechte onaantastbaar geworden pensioenbeslissing van 14 januari 1991.

Met de rechtbank is de Raad van oordeel dat op basis van de door appelland nader ingebrachte - niet reeds eerder bij de hiervoor vermelde uitspraak van 7 februari 1992 in de oordeelsvorming betrokken - gegevens moet worden geconcludeerd dat gedaagde bij het nemen van zijn besluit van 14 januari 1991 niet van feitelijke onjuistheden is uitgegaan. Gedaagde heeft dan ook geen inbreuk gemaakt op zijn in artikel W 4 van de Wet neergelegde verplichting tot herziening ingeval van aan de eerdere beslissing ten grondslag liggende feitelijke onjuistheden.

Evenmin valt in te zien dat gedaagde ten onrechte heeft geweigerd gebruik te maken van zijn daarenboven bestaande discretionaire bevoegdheid om ten gunste van appelland

terug te komen van een eerder genomen, in rechte onaantastbaar geworden beslissing, welke weigering naar vaste jurisprudentie slechts met grote terughoudendheid mag worden getoetst in die zin dat die weigering dient te worden geëerbiedigd, tenzij aan het eerdere besluit dusdanige gebreken kleven dan wel zich dusdanige omstandigheden hebben voorgedaan dat het bestuursorgaan niet in redelijkheid heeft kunnen weigeren zijn eerdere beslissing ongedaan te maken.

Aan zijn verzoek om herziening heeft appellant vooral ten grondslag gelegd dat hij er geen vrede mee kan hebben dat aan twee met name genoemde andere militairen die sedert 1946 deel uitmaakten van hetzelfde legeronderdeel als hij wel een militair pensioen als oorlogsvrijwilliger is toegekend. De Raad kan appellant daarin niet volgen. In de jaren na de Tweede Wereldoorlog zijn vanwege gedaagde vanuit Nederland beroepsmilitairen, dienstplichtigen en oorlogsvrijwilligers naar het voormalig Nederlands-Indië uitgezonden op wie verschillende rechtsregiems van toepassing waren. Het enkele feit dat er verschil in rechtsregiem was kan niet als (verboden) discriminatie worden aangemerkt, nu niet is staande te houden dat dat verschil niet op redelijke en objectieve gronden berustte. Van schending van het gelijkheidsbeginsel kan onder die omstandigheden evenmin sprake zijn. Omdat in beginsel mag worden uitgegaan van de bij gedaagde geregistreerde, in de zogenoemde staat van dienst vermelde, gegevens en niet aannemelijk is geworden dat appellant destijds een zogeheten verbandakte als vrijwilliger heeft ondertekend, moet het ervoor blijven worden gehouden dat hij als dienstplichtige op basis van vrijwilligheid (wat hem niet maakte tot oorlogsvrijwilliger in de zin van het Oorlogsvrijwilligersbesluit) naar het voormalig Nederlands-Indië is uitgezonden en daar als dienstplichtige heeft gediend.

Het vorenstaande betekent dat de aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

De Raad acht, ten slotte, geen termen aanwezig voor vergoeding van proceskosten met toepassing van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. In dit geding staat de vraag centraal of appellant vanaf 10 januari 1946 al dan niet dienst heeft verricht als oorlogsvrijwilliger: Voor betrokkene is dit voor een mogelijk recht op pensioen van belang omdat alleen de oorlogsvrijwilliger in de Algemene militaire pensioenwet is gelijkgesteld met de beroepsmilitair. Bij 5 jaar werkelijke dienst heeft deze oorlogsvrijwilliger op grond van de overgangsbepaling (artikel Y11, Algemene militaire pensioenwet) recht op een pensioen vanaf 65 jaar:

Gedaagde, de Minister van Defensie, is bij het bestreden besluit uitgegaan van de registratie op de staat van dienst als dienstplichtige. Appellant heeft geen verbandakte als vrijwilliger getekend, hetgeen betekent dat hij waarschijnlijk als dienstplichtige op basis van vrijwilligheid is uitgezonden. Deze status gaf in de Algemene militaire pensioenwet geen recht op een diensttijdpensioen.

2. In de jaren na de Tweede Wereldoorlog zijn door het ministerie van Defensie (destijds ministerie van Oorlog) vanuit Nederland grote aantallen beroepsmilitairen, dienstplichtigen en oorlogsvrijwilligers naar het voormalig Nederlands-Indië uitgezonden op wie verschillende rechtsregiems van toepassing waren. In dit geding spelen een tweetal statussen een rol.

a. Vrijwilliger op de voet van gewoon dienstplichtige

Artikel 31 van de Dienstplichtwet bepaalde. "Aan dienstplichtigen die in werkelijke dienst wensen te komen buiten de tijd welke zij in werkelijke dienst moeten doorbrengen, kan dit naar door de Minister te stellen regelen worden vergund." Betrokkenen werden op grond van artikel 31 vergund om in werkelijke dienst te komen: hun status is vrijwilliger op de voet van gewoon dienstplichtige.

b. Oorlogsvrijwilliger

Met het tot stand brengen van het besluit van 1 oktober 1944, Stb. E.129 (het Oorlogsvrijwilligersbesluit) stond de Londense regering voor ogen om zo spoedig mogelijk na de bevrijding van Nederland vrijwilligers aan te nemen ten behoeve van de strijdkrachten, welke moesten dienen ter versterking van de gewapende macht in Europa en voor deelneming aan de krijgsv verrichtingen in het Verre Oosten, dit voor de verdere duur van de oorlog.

c. Pensioenpositie

In de zgn. vroegere militaire pensioenwetten (Pensioenwetten voor de landmacht en de zeemacht 1922) werd zowel de oorlogsvrijwilliger als ook de vrijwilliger op de voet van gewoon dienstplichtige beschouwd als een vrijwillig dienend militair met recht op een uitgesteld diensttijdpensioen bij 7 jaar werkelijke dienst. In pensioentechnisch opzicht werden beide groepen op één lijn gesteld met de beroepsmilitair en wel wegens het feit dat sprake was van een onderliggende contractuele verbintenis.

*Bij de voorbereiding van de Algemene militaire pensioenwet, begin zestiger jaren, is het standpunt ingenomen om het gevoerde beleid niet voort te zetten. Pensioentechnisch gezien is het begrip "vrijwilligheid" in de Algemene militaire pensioenwet in feite niet relevant, omdat de wetgever in deze wet het zijn van beroepsmilitair, dienstplichtige dan wel reservist centraal heeft gesteld. In deze wet is in artikel A1, lid 2 onder b, de oorlogsvrijwilliger gelijkgesteld met de beroepsmilitair: Bij 5 jaar werkelijke dienst gaf dit een recht op pensioen met ingang van de 65 jarige leeftijd. In hetzelfde artikellid onder e wordt de vrijwilliger*op de voet van gewoon dienstplichtige voor de toepassing van de wet als dienstplichtige beschouwd. Zoals bekend verkrijgt een dienstplichtige nooit recht op een diensttijdpensioen, ongeacht de diensttijd die hij als dienstplichtige heeft vervuld.*

W.J.S.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Reactie

Naar aanleiding van het naschrift bij de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 28 juni 2001 (MRT 20021155 en verder), de reactie daarop van mr H.J.J. Talsma in MRT 2002, bladzijde 258 en verder en bijdrage van professor mr G.L. Coolen ten aanzien van de tijdelijke aanstelling in MRT 2002, 225 en verder, hierbij de volgende reactie.

Met Prof. Coolen ben ik het eens dat de plaatsing van de artikelen 4 en 11 van hoofdstuk 2 van het AMAR doet vermoeden, dat er indertijd door de wetgever een bewuste scheiding moet zijn aangebracht tussen de aanstelling op grond van artikel 4 AMAR en de aanstelling op grond van artikel 11 AMAR. Evenzeer kan ik het betoog van Prof. Coolen volgen dat de plaatsing van het tweede lid van artikel 4 AMAR er op het eerste gezicht op wijst dat uitsluitend de aanstelling ex artikel 4 AMAR waarbij een officiersrang wordt toegekend bij Koninklijk Besluit dient te geschieden.

Zoals uit de gepubliceerde uitspraak van de Centrale Raad van Beroep is gebleken, huldigt de Centrale Raad echter kennelijk de opvatting dat het tweede lid van artikel 4 AMAR een meer algemene werking heeft en ook ziet op de aanstelling ex artikel 11 AMAR.

Uit het betoog van mr. Talsma volgt voorts dat met de wijziging van het AMAR in 1989 niets is veranderd aan de bevoegdhedentoedeling zoals deze in 1982 in het AMAR was bepaald.

Dit pleit er naar mijn mening voor, dat ook de tijdelijke aanstelling van een officier geschiedt bij Koninklijk Besluit.

Dat overigens de Staatssecretaris van Defensie ook zelf deze mening huldigt, blijkt uit een voorbeeld uit mijn rechtspraak: een drietal burgers van Ethiopische cq. Eritrese afkomst werd door de Koninklijke Marine in het kader van UNMEE in de rang van LTZ 3 aangeworven in tijdelijke dienst, waarbij zij bij Koninklijk Besluit werden aangesteld.

Opmerkelijk is dat uit het betreffende Koninklijk Besluit blijkt dat de betrokkenen *tijdelijk zijn aangesteld bij het beroepspersoneel voor onbepaalde tijd*. Uit de bijbehorende documentatie blijkt dat de tijdelijke aanstelling zou plaatsvinden voor de duur dat betrokkenen de functie van tolk bij het UNMEE-detachement zouden vervullen. Aangezien de uitzending van deze personen geen doorgang kon vinden, heeft de plaatsvervangend Directeur Personeel Koninklijke Marine in mandaat namens de Staatssecretaris van Defensie betrokkenen ontheven van hun functie en hen ervan in kennis gesteld dat per dezelfde datum van rechtswege de tijdelijke aanstelling zou eindigen.

Indien ik de opmerkingen van Prof. Coolen bezie, dan leidt dat tot de conclusie dat de Staatssecretaris ook daar een niet geheel dogmatisch zuivere beslissing heeft genomen c.q. laten nemen, omdat in het Koninklijk Besluit ten onrechte wordt gesproken van een tijdelijke aanstelling bij het beroepspersoneel voor onbepaalde tijd, hetgeen bepaaldelijk met elkaar in strijd lijkt. Daarnaast blijkt maar weer eens dat de ene Staatssecretaris de andere niet is, indien het om verschillende krijgsmacht delen gaat.

Gelet op de redactioneel verwarrende indeling van hoofdstuk 2 van het AMAR, heb ik als aanvulling op de bijdrage van Prof. Coolen de volgende suggestie:

Artikel 4 lid 1 AMAR wordt in een apart artikel 4 geplaatst ("Vaste aanstelling").

Het onderscheid dat Prof. Coolen in het artikel en ook in zijn boeken maakt, lijkt mij niet geheel juist. Volgens Prof. Coolen zijn er drie aanstellingsvormen, te weten voor onbepaalde tijd, bij zowel het beroeps- als het reservepersoneel, voor bepaalde tijd (idem) en de tijdelijke aanstelling. Mijns inziens ware het beter te onderscheiden in *twee* (hoofd) soorten aanstellingen, te weten in vaste dienst, verder te onderscheiden in aanstellingen voor onbepaalde en bepaalde tijd bij zowel het beroeps- als het reservepersoneel, en de aanstelling in tijdelijke dienst (uitsluitend bij het beroepspersoneel). Dit doet meer recht aan het onderscheidende karakter van beide aanstellingsvormen.

Artikel 11 lid 1 AMAR wordt onder het nieuwe artikel 4 geplaatst ("Tijdelijke aanstelling").

De leden 2, 3 en 4 van artikel 4 AMAR worden daaronder geplaatst in een nieuw artikel ("Wijze van aanstelling").

Door deze redactie wordt het onderscheid tussen de huidige artikelleden 4.1 en 11.1 gehandhaafd, maar worden daarnaast de huidige artikelleden 2, 3 en 4 van artikel 4 AMAR evident van toepassing op beide soorten aanstelling en wordt recht gedaan aan de opvattingen van de Centrale Raad van Beroep, de bedoeling van de wetgever en de kenmerkend somtijds vigerende rechtspraak.

De leden 2 en 3 van artikel 11 AMAR kunnen daarnaast op de door Prof. Coolen bedoelde wijze worden overgebracht naar respectievelijk artikel 5 AMAR en hoofdstuk 6 AMAR, bijvoorbeeld in een nieuw lid 8 van artikel 39.

In tegenstelling tot de suggestie van professor Coolen, die het huidige artikel 11 lid 1 AMAR in artikel 4 geplaatst wil zien, is het mijns inziens beter om de tijdelijke aanstelling als tweede aanstellingsvorm in een apart artikel te blijven plaatsen, mede gelet op de considerans in een Memorie van Toelichting dat de tijdelijke aanstelling niet gebruikt mag worden voor de reguliere personeelsvoorziening van de krijgsmacht. In dat kader verdient een aparte artikelnummering de voorkeur.

Mr B. Damen
Advocaat bij de AFMPIFNV te Amersfoort
Reserve luitenant-kolonel MJD

Boeken en tijdschriften

Kaderwet militaire pensioenen; Uitkeringswet gewezen militairen

Bij Kluwer is onlangs in de editie Schuurman en Jordens de herdruk verschenen van deel 176 (Algemene militaire pensioenwet). De titel van de uitgave is gewijzigd. Dit houdt verband met het feit dat de Algemene militaire pensioenwet per 1 juni 2001 is ingetrokken.

Dit nieuwe deel (1e druk, ISBN 90-14-09067-6) bevat de wetten, besluiten en regelingen die thans gelden voor postactieve militairen (gewezen beroepsmilitairen, dienstplich-

tigen, reservisten) en hun nabestaanden. In dit deel zijn de wetten en besluiten van het sinds juni 2001 geldende nieuwe pensioenstelsel opgenomen (Kaderwet militaire pensioenen en de besluiten die daarop steunen) alsmede de Uitkeringswet gewezen militairen en de voor militairen van toepassing zijnde bovenwettelijke regelingen bij werkloosheid, wachtgeld en arbeidsongeschiktheid. Daarnaast zijn ook de voor gewezen militairen geldende uitvoeringsvoorschriften opgenomen.

Het deeltje bevat naast de geschiedenis van de militaire pensioenwetgeving ook de van belang zijnde jurisprudentie. Deze druk is bewerkt door mr. W.J. Schmitz, Hoofd procesondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van het ABP.

Auteursaanwijzingen

Bijdragen voor het Militair Rechtelijk Tijdschrift worden aangeleverd op schrift alsmede zo mogelijk op diskette met gebruikmaking van het WP-programma of Microsoft Word. Auteurs worden verzocht om de volgende richtlijnen in acht te nemen:

Geén afbreekstreepjes gebruiken.

Geen tabs, inspringingen of verschillende lettertypes gebruiken.

Zo weinig mogelijk 'opmaken' van de tekst, doch zoveel mogelijk achter elkaar door typen.

Slechts hii het begin van een nieuwe alinea 'Enter' gebruiken

REDACTIECOMMISSIE:

Voorzitter	Mr A.J.T. Dörenberg, Generaal-majoor Klu b.d.
Secretaris/penningmeester	Mr J.F. Stinissen, Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst;
Leden:	
voor de Koninklijke landmacht:	Mr A. C. Zuidema, Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke luchtmacht:	Mr J.P. de Jong, Hoofd Stafgroep Juridische Zaken HK Klu;
voor de Koninklijke marine:	Mr W.E. Louwerse, Kapitein ter zee van administratie;
voor de Centrale Organisatie:	Mr J.J. Buirma, Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Mr G.L. Coolen,	Schout bij nacht b.d.. em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Prof. Dr. T.D. Gill	Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht en bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Mr N. Jörg,	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden;
Prof. Mr Th. A. de Roos,	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden;
Mr W.J. Schmitz,	Hoofd Procesondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van het ABP;
Mr G.F. Walgemoed,	Kolonel van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	NAPO 801-MS12, 3509 VP Utrecht

VASTE MEDEWERKERS:

- Mr Th. J. Clarenbeek, Oud-Coördinerend-vice-president van de Arrondissementsrechtbank te Utrecht, res. Kolonel van de Militair Juridische Dienst b.d.;
- Prof. Mr N. Keijzer, Raadsheer in buitengewone dienst van de Hoge Raad der Nederlanden en em. hoogleraar Internationaal Strafrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant.
- Prof. Dr R.A. Lawson, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.

WIJZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt in 10 afleveringen per jaar.

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1-2002 E 35. Men abonneert zich voor tenminste één jaargang bij de Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, 's-Gravenhage, of bij zijn boekhandelaar. Losse afleveringen zijn verkrijgbaar tegen de prijs van E 3,93. Tevens zijn verzamelbanden te verkrijgen tegen de prijs van E 20,45. Nadere informatie omtrent bestellingen: Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, afdeling abonnementen, telefoon 070-3789887.

De schrijvers van bijdragen van meer dan 1 pagina ontvangen een honorarium van E 35 per pagina tot een maximum van E 230 per aflevering, benevens 5 procent-cxmplaren van de desbetreffende aflevering van het Tijdschrift. Het auteursrecht wordt met de publicatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Kennisgeving van adreswijziging (uitsluitend betalende abonnees) te richten tot Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, Postbus 20014, 2500 EA 's-Gravenhage. Telefoon (070) 3789887, fax (070) 3789783. Zij die het tijdschrift van rijkswege verstrekt krijgen dienen zich voor kennisgeving van adreswijziging te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren.

*Dit tijdschrift, sedert mei 1903 verschenen onder de titel
„Militaire Jurisprudentie”: wordt sedert juli 1905, met onderbreking van
juli 1943 tot januari 1946, uitgegeven onder de titel
„Militair Rechtelijk Tijdschrift”*

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCV

November / December 2002

Aflevering

10

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

Het wetsvoorstel internationale misdrijven; door Prof. Mr. G.L. Coolen..... 373

Strafrechtspraak

Ah 25.03.02 **Opzettelijke overtreding van dienstvoorschrift**
Opzettelijke overtreding van dienstvoorschrift inz. MAG - gemeen gevaar
voor personen en goederen. (Naschrift M.M.D.)..... 384

Tuchtrechtspraak

*Ah 21.01.02 **Bijna tien maanden is niet 'onverwijld'**
Commandant dient ingediend beroepschrift en stukken van tuchtproces in
eerste aanleg 'onverwijld' naar het gerecht te sturen. Tien maanden later is
niet meer 'onverwijld'. (Naschrift J.R.G.J.)..... 388

Bestuursrechtspraak

CRvB 03.01.02 **Verjaring van financiële aanspraken**
De Minister van Defensie wijst een verzoek om schadevergoeding af met
een beroep op verjaring. Het tegen deze afwijzing ingestelde beroep is onge-
grond. (Naschrift G.L.C.)..... 391

Rb Adam
03.01.02 **De niet bevorderde rabbijn**
Het verzoek van een krijgsmachtrabbijn om te worden bevorderd wordt
afgewezen. Beroep gegrond wegens strijd met het motiveringsbeginsel.
(Naschrift G.L.C.)..... 394

CRvB 14.02.02 **Het bezit van harddrugs**
Een BBT-er, door de rechter veroordeeld wegens het verboden bezit van
harddrugs, wordt eerst geschorst en vervolgens uit de dienst ontslagen.
Beroep in beide gevallen ongegrond. (Naschrift G.L.C.)..... 396

*CRvB 14.02.02 **De misgelopen vakantiebaan**
Het mislopen van inkomsten en andere voordelen ten gevolge van het intrek-
ken van een eerder verleende vakantie, valt buiten de vergoedingsplicht als
bedoeld in artikel 33 lid 7 Bard. (Naschrift G.L.C.)..... 399

Wetgeving

Overzicht tot stand gekomen en aanhangige wetgeving; door Mr. J.B. Micté..... 403

Register

Register 2002..... 407

De met * gemerkte uitapragen zijn voor commandanten van belang voor de dagelijkse praktijk

Annotatoren: C. - Mr Th. J. Clarenbeek
G.L.C. - Prof. mr G.L. Coolen
M.M.D - Mr M.M. Dolman
J.R.G.J - Mr J.R.G. Jofriet
N.J. - Mr N. Jörg
de R. - Prof. mr Th. A. de Roos
W.J.S. - Mr W.J. Schmitz
W.H.V. - Mr W.H. Vermeer
G.F.W. - Mr G.F. Walgeinoed

BIJDRAGEN

Het wetsvoorstel internationale misdrijven

door

Prof. Mr. G.L. Coolen

In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan het wetsvoorstel internationale misdrijven, dat op 19 april 2002 bij Koninklijke boodschap aan de Tweede Kamer is aangeboden. De voorgestelde wet voorziet in de strajbaarstelling van genocide, misdrijven tegen de menselijkheid, oorlogsmisdrijven en foltering. De wet komt naast de Wet Oorlogsstrafrecht te staan. Van deze laatste wet komen de artikelen 8 en 9, die elke schending van de wetten en gebruiken van de oorlog strafbaar stellen, te vervallen. Ook worden de Uitvoeringswet genocideverdrag en de Uitvoeringswet folteringverdrag ingetrokken.

Inleiding

De oprichting door de Veiligheidsraad in 1993 van het Joegoslaviëtribunaal en vervolgens, in 1994, van het Rwandatribunaal blies de oude discussie over de oprichting van een permanent algemeen internationaal strafhof nieuw leven in. Tot oprichting werd besloten en op 17 juli 1998, aan het slot van een diplomatieke conferentie te Rome onder auspiciën van de VN, aanvaardde een groot aantal Staten, waaronder Nederland, het Statuut van het op te richten strafhof.¹⁾ Het Statuut zou in werking treden zodra ten minste zestig Staten het zouden hebben geratificeerd. Dit punt is inmiddels (op 11 april 2002) bereikt, met als gevolg dat het Statuut, in de regel aangeduid als het *Statuut van Rome*, op 1 juli 2002 in werking is getreden.²⁾ Hiermee is het Internationaal Strafhof (International Criminal Court; ICC) een feit geworden.³⁾

Het Internationaal Strafhof is gevestigd te 's-Gravenhage. De wereldwijde rechtsmacht van het Hof strekt zich (voorlopig) uit over drie categorieën misdrijven: genocide, misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven. De tot deze categorieën behorende misdrijven zijn omstandig omschreven in de artikelen 6, 7 en 8 van het Statuut. Het Internationaal Strafhof is met betrekking tot deze misdrijven bevoegd voor zover zij na de inwerkingtreding van het Statuut zijn begaan. Ratificatie van het Statuut houdt aanvaarding van de rechtsmacht van het Hof in.⁴⁾ Slechts met betrekking tot oorlogsmisdrijven kunnen Staten de rechtsmacht van het Hof voor een periode van zeven jaar uitsluiten.⁵⁾

¹⁾ De tekst van het Statuut is, ook in de Nederlandse vertaling, te vinden in Trb. 2000, nr. 120.

²⁾ Artikel 126 lid 1 Statuut bepaalt: "Dit Statuut treedt in werking op de eerste dag van de maand na de zestigste dag volgend op de datum van nederlegging van de zestigste akte van bekrachtiging, aanvaarding, goedkeuring of toetreding bij de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties."

³⁾ Nederland heeft het Statuut van Rome goedgekeurd bij Rijkswet van 5 juli 2001, Stb. 2001, 343.

⁴⁾ Artikel 12 lid 1 Statuut bepaalt: "Een Staat die Partij wordt bij dit Statuut aanvaardt daardoor de rechtsmacht van het Hof met betrekking tot de misdrijven bedoeld in artikel 5." Artikel 5 Statuut geeft aan met betrekking tot welke misdrijven het Hof bevoegd is.

⁵⁾ Artikel 124 Statuut bepaalt: "Niettegenstaande het bepaalde in artikel 12, eerste en tweede lid, kan een Staat, wanneer deze partij wordt bij het Statuut, verklaren dat hij gedurende een periode van zeven jaar na de inwerkingtreding van dit Statuut voor betrokken Staat, de rechtsmacht van het Hof niet aanvaardt met betrekking tot de categorie misdrijven vermeld in artikel 8, wanneer een misdrijf beweerdelijk is gepleegd door zijn onderdanen of op zijn grondgebied. Een verklaring ingevolge dit artikel kan te allen tijde worden ingetrokken. Het in dit artikel bepaalde wordt herzien op de Herzieningsconferentie die bijeengeroepen wordt overeenkomstig artikel 123, eerste lid."

Wat Nederland betreft heeft de inwerkingtreding van het Statuut van Rome (tot nu toe) geleid tot de totstandkoming van twee nieuwe wetten: de Uitvoeringswet Internationaal Strafhof (Stb. 2002, 314) en de Wet tot aanpassing van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten aan de Uitvoeringswet Internationaal Strafrecht (Stb. 2002, 316). Beide wetten zijn op 1 juli 2002 in werking getreden." De Uitvoeringswet Internationaal Strafhof (een rijkswet) regelt de rechtshulp en andere vormen van samenwerking tussen Nederland en het Internationaal Strafhof. Ook bevat de wet enkele bepalingen die verband houden met het feit dat het Strafhof in Nederland is gevestigd. In het januarinummer van dit tijdschrift is aan de wet (toen nog een voorstel van wet) aandacht besteed door prof. mr. N. Keijzer, in een bijdrage getiteld: *Implementatie van het Statuut van Rome.*')

Aan het Statuut van Rome ligt het zogenaamde complementariteitsbeginsel ten grondslag." Dit beginsel houdt in dat het Internationaal Strafhof pas kan optreden indien is gebleken dat een Staat niet bereid of niet in staat is zelf rechtsmacht uit te oefenen.") Naar het oordeel van de meeste Staten, ook van Nederland, volgt uit dit beginsel dat Staten die partij zijn bij het Statuut, verplicht zijn de misdrijven, die aan rechtsmacht van het Strafhof zijn onderworpen, ook in de eigen nationale wetgeving als misdrijf strafbaar te stellen en tevens met betrekking tot deze misdrijven universele rechtsmacht te vestigen. Ter voldoening aan deze plicht is op 19 april 2002 aan de Tweede Kamer een voorstel van wet aangeboden "houdende regels met betrekking tot ernstige schendingen van het internationaal humanitaire recht".") Over dit wetsvoorstel handelt deze bijdrage. Ook in de (eerder genoemde) bijdrage van prof. Keijzer wordt op enkele onderwerpen die in de nieuwe wet regeling zullen vinden, ingegaan.")

Als citeertitel voor de nieuwe wet wordt voorgesteld: *Wet internationale misdrijven*. De memorie van toelichting vermeldt omtrent deze keuze: "Hoewel enige verwarring kan ontstaan met andersoortige misdrijven met een internationaal - in de zin van grensoverschrijdend - aspect, zoals drugshandel of mensensmokkel, is de regering van mening dat de term 'internationale misdrijven' zo gebruikelijk is dat zij in deze wet en in haar opschrift kan worden gehanteerd.""")

⁶⁾ Zie Besluit van 20 juni 2002, Stb. 2002, 315, en Besluit van 8 augustus 2002, Stb. 2002, 317.

⁷⁾ MRT 2002, p. 1-16. Zie ook: J.A.C. Bevers, N.M. Blokker en J.F.L. Roording, *Nederland en het Internationaal Strafhof. Over Statuutverplichtingen en goed gastheerschap*, NJB 2002, p. 1730-1741.

⁸⁾ Artikel 1 Statuut bepaalt: "Een Internationaal Strafhof wordt hierbij opgericht. Het is een permanente instelling met de bevoegdheid rechtsmacht uit te oefenen over personen ter zake van de meest ernstige misdrijven van internationaal belang in de zin van dit Statuut, die complementair is aan de nationale jurisdicties in strafzaken. De rechtsmacht en werkwijze van het Hof worden gereguleerd door de bepalingen van dit Statuut."

⁹⁾ Artikel 17 lid 1 (onder a) Statuut bepaalt: "Gelet op het tiende lid van de Preambule en artikel 1 besluit het Hof tot niet-ontvankelijkheid van een zaak indien: in de zaak onderzoek of vervolging plaatsvindt door een Staat die ter zake rechtsmacht heeft, tenzij de Staat niet bereid of niet bij machte is het onderzoek of de vervolging daadwerkelijk uit te voeren."

¹⁰⁾ "Overigens is er ook los van het Statuut aanleiding om de Nederlandse strafwetgeving op het punt van de strafbaarheid van de onderhavige misdrijven en van de rechtsmacht van de Nederlandse rechter dienaangaande, aan te passen", aldus de memorie van toelichting. "Al vaker is geconstateerd, ook in het parlement, dat onze wetgeving met name met betrekking tot misdrijven tegen de menselijkheid lacunes bevat." (*Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 337, nr. 3, p. 2).

¹¹⁾ Zie eveneens: R. van Elst en M. Boot-Matthijssen, *Wetsvoorstel internationale misdrijven. Enkele knelpunten en mogelijke verbeteringen*, NJB 2002, p. 1742-1750.

¹²⁾ *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 337, nr. 3, p. 4.

Internationale misdrijven

De voorgestelde wet strekt er in de eerste plaats toe te voorzien in de strafbaarstelling van de misdrijven die ook tot de bevoegdheid van het Internationaal Strafhof behoren. De kern van de wet wordt dan ook gevormd door de artikelen 3 t/m 8, die achtereenvolgens als internationale misdrijf strafbaar stellen:

- genocide, alsmede samenspanning en opruiing tot genocide (artikel 3); de omschrijving van het misdrijf genocide is ontleend aan het in 1948 tot stand gekomen Genocideverdrag (Trb.1960, 32); ook de omschrijving in artikel 6 van het Statuut van Rome is aan dat verdrag ontleend;

- misdrijven tegen de menselijkheid (artikel 4); de omschrijving van deze misdrijven is (vrijwel woordelijk) overgenomen van artikel 7 van het Statuut van Rome;"

- oorlogsmisdrijven (artikel 5, 6 en 7); de omschrijving van deze misdrijven is deels ontleend aan verdragsbepalingen, deels aan artikel 8 van het Statuut van Rome; de opsomming van strafbare gedragingen in de artikelen 5 en 6 wordt afgesloten met een vangnetbepaling (artikel 7), waarin strafbaar wordt gesteld elke schending van de wetten en gebruiken van de oorlog voor zover niet vallend onder artikel 5 of 6;

- foltering, alsmede uitlokking en het opzettelijke toelaten van foltering (artikel 8); foltering is gedefinieerd in artikel 1, eerste lid onder e, van het wetsvoorstel; deze definitie is (grotendeels) ontleend aan het in 1984 tot stand gekomen het Folteringverdrag (Trb. 1985, 69).

Bij de omschrijving van de internationale misdrijven in de artikelen 3 t/m 8 van het wetsvoorstel is dus aansluiting gezocht bij zowel verdragsrechtelijke bepalingen als de artikelen 6, 7 en 8 van het Statuut van Rome. "Dit betekent in sommige gevallen dat de delictomschrijvingen beknopter zijn en termen bevatten die algemener - zo men wil: vager - zijn dan in het Nederlandse strafrecht gebruikelijk zijn", aldus de memorie van toelichting.¹³ Dit wordt echter aanvaardbaar geacht. "(W)aar het gaat om de eis dat voor de burger duidelijk is wat wel en wat niet mag, (is) enige relativisering op haar plaats, nu het bij de internationale misdrijven in het algemeen gaat om de ernstigste misdrijven, die als het ware in een internationaal, gemeenschappelijk rechtsbewustzijn zijn geworteld." Ook is niet voor een vertaling in eigen Nederlandse delictomschrijvingen gekozen "omdat dit het risico in zich zou bergen dat de Nederlandse wet zou afdrijven van de internationaal gehanteerde invulling van de misdrijven".

Wat de strafbaarstelling van oorlogsmisdrijven betreft is, evenals in het Statuut van Rome, het (oude) onderscheid tussen feiten begaan in geval van een *internationaal* gewapend conflict en feiten begaan in geval van een *niet-internationaal* gewapend conflict gehandhaafd. In de memorie van toelichting wordt ter verdediging opgemerkt dat de wel geopperde gedachte om het onderscheid bij strafbaarstellingen voortaan achterwege te laten "nog in ontwikkeling is en, zoals uit de structuur van het Statuut van het Strafhof blijkt, nog geen gemeengoed is".¹⁴)

¹³) In hun eerder aangehaalde bijdrage pleiten Van Elst en Boot voor de aanduiding: misdrijven tegen de *mensheid* (in plaats van: tegen de menselijkheid). "Het zijn, in de woorden van Röling, misdrijven die de mensheid aantasten in een van de samenstellende delen."

¹⁴) *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 337, nr. 3, p. 5.

¹⁵) *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 377, nr. 3, p. 11. Zie ook de in de Inleiding genoemde bijdrage van prof. Keijzer, die zich een voorstander toont van het achterwege laten van het onderscheid.

Rechtsmacht

Uit het aan het Statuut van Rome ten grondslag liggende complementariteitsbeginsel volgt niet alleen dat lidstaten verplicht zijn om de misdrijven, die aan de rechtsmacht van het Internationaal Strafhof zijn onderworpen, eveneens in de eigen nationale wetgeving strafbaar te stellen, maar ook dat met betrekking tot deze misdrijven universele rechtsmacht dient te worden gevestigd. Universele rechtsmacht betekent rechtsmacht, ongeacht door wie, waar en tegen wie het misdrijf is gepleegd.

Dat universele rechtsmacht bestaat, houdt niet in dat deze rechtsmacht ook onbeperkt kan worden uitgeoefend. Naar veler opvatting is uitoefening door een Staat slechts mogelijk indien de verdachte zich daadwerkelijk op het grondgebied van de Staat bevindt.¹⁶⁾ Ook in het wetsvoorstel wordt van deze opvatting uitgegaan. "Er zijn goede redenen aan te voeren voor de beperking van de universele rechtsmacht tot verdachten die aanwezig zijn op het grondgebied van de Staat", aldus de memorie van toelichting. "Ten eerste wordt berechting bij verstek, zonder enig aanknopingspunt met de zaak (...), over het algemeen niet juist geacht. Verder kan berechting bij verstek gemakkelijk tot jurisdictieconflicten leiden met Staten die wel een aanknopingspunt met de zaak hebben."")

Welk tijdstip is bepalend voor het antwoord op de vraag of is voldaan aan de eis dat de verdachte zich in Nederland bevindt: het tijdstip van aanhouding of het tijdstip van instelling van vervolging? In de memorie van toelichting wordt gekozen voor van het tijdstip van aanhouding. "Dit betekent bijvoorbeeld dat, wanneer het ernstige vermoeden bestaat dat de verdachte zich in Nederland schuilhoudt, met het oog op zijn aanhouding door politie en openbaar ministerie opsporingsactiviteiten mogen plaatsvinden (bijvoorbeeld het aftappen van telecommunicatie)", aldus de memorie van toelichting.¹⁸⁾ Ook wordt er in de memorie van toelichting van uitgegaan dat, indien een verdachte eenmaal is aangehouden, de zaken niet veranderen wanneer de verdachte vervolgens naar het buitenland vlucht. "In zo'n geval zou Nederland de uitlevering kunnen verzoeken aan de Staat waar de verdachte wederom wordt aangehouden, teneinde hier de strafzaak te kunnen voortzetten."¹⁹⁾

Naast vestiging van beperkte universele rechtsmacht wordt in het wetsvoorstel ook vestiging van rechtsmacht op grond van het actief en passief nationaliteitsbeginsel voorgesteld; rechtsmacht dus die bestaat voor zover het misdrijf door of tegen een Nederlander is gepleegd. "Hiermee wordt de universele rechtsmacht (...) aangevuld voor zover de verdachte zich niet in Nederland bevindt", aldus de memorie van toelichting.

Samengevat wordt voorgesteld in de nieuwe wet een bepaling op te nemen (artikel 2, eerste lid) die - onverminderd het gestelde in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Militair Strafrecht - de Nederlandse strafwet toepasselijk verklaart:

- op ieder die zich buiten Nederland schuldig maakt aan een van de in de artikelen 3 t/m 8 omschreven misdrijven, wanneer de verdachte zich in Nederland bevindt;
- op ieder die zich buiten Nederland schuldig maakt aan een van de in de artikelen 3 t/m 8 omschreven misdrijven, wanneer het feit is begaan tegen een Nederlander;
- op de Nederlander die zich buiten Nederland schuldig maakt aan een van de in de Wet militaire misdrijven omschreven misdrijven.

⁶⁾ Steun voor deze opvatting wordt wel gevonden in het beginsel *aut dedere, aut judicare*, dat immers (onmiskenbaar) uitgaat van de veronderstelling dat de verdachte op het grondgebied van de Staat is aangetroffen.

¹⁷⁾ *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 377, nr. 3, p. 18.

¹⁸⁾ *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 377, nr. 3, p. 38.

¹⁹⁾ *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 377, nr. 3, p. 19.

Of overleveren, of berechten

De in artikel 2, eerste lid, van het wetsvoorstel neergelegde beperkte universele rechtsmacht is een secundaire (of subsidiaire) rechtsmacht: zij kan slechts worden uitgeoefend indien de Staat, die primaire rechtsmacht bezit (bijvoorbeeld op grond van het passief nationaliteitsbeginsel), deze rechtsmacht niet wil of niet kan uitoefenen. "Secundaire universele rechtsmacht strekt ertoe om te voorzien in de mogelijkheid voor de Staat waar de verdachte wordt aangetroffen, om de verdachte te vervolgen in het geval dat de Staat waar het feit is gepleegd niet tot optreden overgaat (...) of kan vergaan", aldus de memorie van toelichting. "Dit kan zowel het geval betreffen dat een verzoek om uitlevering door die andere Staat is gedaan en is afgewezen, als het geval dat niet om uitlevering is gevraagd (...)." ²⁰⁾

Waar het om gaat is dat, zoals ook in de preambule van het Statuut van Rome wordt gesteld, internationale misdrijven (als in het Statuut bedoeld) "niet onbestraft blijven". Daders van deze misdrijven dienen te worden opgespoord en, na aanhouding, te worden vervolgd en voor de rechter te worden gebracht. Dit hoeft niet de rechter te zijn van de Staat waar de verdachte is aangetroffen. De verdachte kan ook, na aanhouding, ter vervolging en berechting worden overgeleverd aan een andere Staat, die bijvoorbeeld sterkere aanknopingspunten met de zaak heeft. Ook is denkbaar dat de verdachte wordt overgeleverd aan een internationaal gerecht; aan het Joegoslavië-tribunaal bijvoorbeeld, of aan het Internationaal Strafhof. Overleveren of (zelf) berechten dus; of, zoals men gewoonlijk zegt: aut *dedere*, aut *judicare*.

Het vorenstaande geldt (uiteraard) ook indien de verdachte van een internationaal misdrijf op Nederlands grondgebied wordt aangetroffen. De memorie van toelichting vermeldt in dit verband: "(H)et Nederlands openbaar ministerie (zal), wanneer het kennis krijgt van een internationaal misdrijf en er ernstige reden is om te vermoeden dat de verdachte zich op Nederlands grondgebied bevindt, een beslissing moeten nemen of verdere stappen moeten worden ondernomen teneinde de verdachte hier te vervolgen. Daarbij heeft het de ruimte en de taak om af te wegen of vervolging hier te lande haalbaar is. Factoren die het OM bij de vervolgingsbeslissing ten aanzien van een internationaal misdrijf met name in zijn overwegingen zal moeten betrekken, zijn het al dan niet bestaan van immuniteit of een vrijgeleide ten aanzien van de persoon gedurende zijn verblijf in Nederland, de vraag of het OM over voldoende informatie (prima facie-bewijs) beschikt om te kunnen spreken over een 'redelijke zaak' (reasonable case), en verder of er, gelet op de specifieke omstandigheden van het geval een voldoende reëel perspectief is op een succesvolle opsporing en vervolging, die ook nog een binnen een redelijke termijn zal kunnen worden afgerond." ²¹⁾

Immunititeiten

Een belangrijke vraag die verband houdt met het uitoefenen van rechtsmacht, is de vraag in hoeverre buitenlandse staatshoofden en regeringsleiders, alsmede vreemde ministers van buitenlandse zaken, strafrechtelijke immuniteit genieten. Bij de beantwoording van deze vraag dient onderscheid te worden gemaakt tussen zittende en voormalige vertegenwoordigers van vreemde Staten. Naar algemene opvatting genieten zittende staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken volledige strafrechtelijke immuniteit. Oud-staatshoofden, oud-regeringsleiders en voormalige ministers van

²⁰⁾ Kamerstukken II, 2001-2002, 28 377, nr. 3, p. 17.

²¹⁾ Kamerstukken II, 2001-2002, 28 377, nr. 3, p. 35/36.

buitenlandse zaken genieten echter slechts strafrechtelijke immuniteit voor handelingen die zij tijdens en uit hoofde van hun ambt hebben verricht; *niet* dus voor handelingen, verricht voorafgaande aan of volgend op hun ambtsperiode; en evenmin voor handelingen die zij tijdens hun ambtsperiode hebben verricht als privé persoon.²²⁾

Om op dit punt duidelijkheid te scheppen is in het wetsvoorstel een bepaling opgenomen (artikel 16), die zegt dat strafvervolgning ter zake van de in de wet omschreven misdrijven is uitgesloten ten aanzien van:

- buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken, zolang zij als zodanig in functie zijn, alsmede andere personen voor zover hun immuniteit door het volkenrechtelijke gewoonterecht wordt erkend;
- personen die op grond van enig verdrag waarbij Nederland partij is over immuniteit beschikken.

Deze bepaling maakt het mogelijk, aldus de memorie van toelichting, "dat in voorkomende geval het OM op verantwoorde wijze en op basis van een heldere beoordeling van de zaak in kwestie een beslissing (neemt) over het instellen van vervolging en met het oog daarop te treffen maatregelen".²³⁾

Waarom een geheel nieuwe wet?

De vraag kan worden gesteld waarom, ter voldoening aan de eisen van het Statuut van Rome, niet is gekozen voor aanpassing van de bestaande wetgeving. Thans is immers reeds strafbaar gesteld:

- genocide, in de Uitvoeringswet genocideverdrag (Stb. 1964, 243);
- elke schending van de wetten en gebruiken van de oorlog, in de artikelen 8 en 9 van de Wet Oorlogsstrafrecht (Stb. 1952, 408);
- foltering in de Uitvoeringswet folteringverdrag (Stb. 1988, 478).

Slechts de misdrijven tegen de menselijkheid zijn thans niet als zodanig in de Nederlandse strafwet strafbaar gesteld.

Aanvankelijk bestond inderdaad het voornemen met een aanpassing van (alleen) de Wet Oorlogsstrafrecht te volstaan. "Na ampele overweging" heeft de regering echter besloten van dit voornemen af te zien en een geheel nieuwe wet tot stand te brengen, "nevenge-schikt aan de Wet Oorlogsstrafrecht".²⁴⁾ Aan de keuze liggen volgens de memorie van toelichting twee overwegingen ten grondslag. In de eerste plaats wordt door de totstandbrenging van een geheel nieuwe wet op een overzichtelijke wijze gevolg gegeven aan de eisen die het (aan het Statuut van Rome ten grondslag liggende) complementariteitsbeginsel stelt. In de tweede plaats herkrijgt de Wet Oorlogsstrafrecht, doordat de (in de artikelen 8

²²⁾ Het gaat in al deze gevallen om immuniteit ten opzichte van de nationale rechter; niet ten opzichte van het Internationale Strafhof. Artikel 27 van het Statuut van Rome bepaalt:

"1. Dit Statuut geldt gelijkelijk ten aanzien van een ieder zonder enig onderscheid op grond van de officiële hoedanigheid. In het bijzonder ontheft de officiële hoedanigheid als staatshoofd of regeringsleider, lid van een regering of parlement, gekozen vertegenwoordiger of ambtenaar een persoon nimmer van strafrechtelijke aansprakelijkheid krachtens dit Statuut en evenmin vormt dit op zichzelf en zonder meer een grond voor strafvermindering.

2. Immuniteit of bijzondere procedurele regels die mogelijk verbonden zijn aan de officiële hoedanigheid van een persoon, krachtens nationaal of internationaal recht, vormen voor het Hof geen beletsel voor het uitoefenen van zijn rechtsmacht over deze persoon."

²³⁾ *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 337, nr. 3, p. 22

²⁴⁾ *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 337, nr. 3, p. 3.

en 9 omschreven) oorlogsmisdrijven uit de wet worden gelicht, haar aanvankelijk karakter van een wet die bijzondere strafrechtelijke voorzieningen geeft voor het geval dat Nederland als partij in een oorlog of ander gewapend conflict is betrokken.")

De door de regering gemaakte keuze houdt niet alleen in dat de Wet Oorlogsstrafrecht moet worden aangepast, maar ook dat de Uitvoeringswet genocideverdrag en de Uitvoeringswet folteringverdrag dienen te worden ingetrokken. Artikel 17 van het wetsvoorstel voorziet in een aanpassing van de Wet Oorlogsstrafrecht, de artikelen 19 en 20 in de intrekking van de Uitvoeringswet genocideverdragen de Uitvoeringswet folteringverdrag.

Waarom niet een rijkswet?

Te onderscheiden valt tussen rijkswetten en gewone wetten. Een rijkswet is van toepassing binnen het gehele Koninkrijk, dus niet alleen in Nederland, maar ook in de beide andere landen van het Koninkrijk: de Nederlandse Antillen en Aruba. Met het oog hierop worden zij zowel in het Staatsblad geplaatst als in het Publicatieblad van de Nederlandse Antillen en het Afkondigingsblad van Aruba. Gewone wetten zijn uitsluitend van toepassing in Nederland.

Heeft de (in de *Inleiding* genoemde) Uitvoeringswet Internationaal Strafhof de vorm gekregen van een rijkswet, de nieuwe Wet internationale misdrijven krijgt de vorm van een gewone wet. De memorie van toelichting vermeldt omtrent deze keuze: "In het overleg met de Koninkrijkspartners over de wettelijke aanpassingen die voor het Koninkrijk voortvloeien uit het Statuut van het Internationaal Strafhof, is afgesproken dat het ene deel, betreffende de samenwerking met het Strafhof, in de vorm van een rijkswet wordt gegoten - hiervoor is een belangrijk argument de duidelijkheid van de Koninkrijkspositie ten opzichte van het Strafhof, naast het argument dat uit- c.q. overlevering van verdachten een Koninkrijksaangelegenheid is (...) - en het hier aan de orde zijnde (andere) deel, betreffende de strafbaarstelling van internationale misdrijven, door elk van de Koninkrijkspartners in zijn eigen wetgeving zal worden verwerkt. Dit laatste is in lijn met de in het Statuut voor het Koninkrijk besloten liggende autonomie voor de drie landen op het terrein van het strafrecht."²⁵⁾

Er zal dus, zowel in de Nederlandse Antillen als in Aruba, een landsverordening - men spreekt in beide landen niet van "wetten" - tot stand gebracht dienen te worden die inhoudelijk in grote lijnen gelijk is aan de Wet internationale misdrijven. Op dit punt toont de Raad van State zich enigszins ongerust. In zijn advies aan de Koningin betwijfelt de Raad of de door de regering gemaakte keuze de juiste is en stelt vervolgens dat, indien de regering niettemin voet bij stuk houdt, "het in ieder geval aanbeveling verdient inzicht te geven in de wetgevende activiteiten die op dit gebied worden verricht door de regeringen van de Nederlandse Antillen en Aruba en de tijdsplanning die daarbij wordt aangehouden".")

Overigens bezit ook de Wet Oorlogsstrafrecht de status van een gewone wet, evenals de (in te trekken) Uitvoeringswet genocideverdrag en de Uitvoeringswet folteringverdrag.²⁶⁾

²⁵⁾ Zie omtrent het dubbele karakter van de Wet Oorlogsstrafrecht: HR 11 november 1997, MRT 1998, p. 198, m.nt. Harmen van der Wilt.

²⁶⁾ *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 337, nr. 3, p. 3.

²⁷⁾ *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 337, B, p. 5.

²⁸⁾ De status van rijkswet bezitten het Wetboek van Militair Strafrecht, de Wet militaire strafrecht-spraak en de Wet militair tuchtrecht, dit in overeenstemming met het artikel 13 van de Defensiewet voor de Nederlandse Antillen en Aruba (Stb. 1992, 526; PB 1992, 109; AB 1992, 106): "Het militaire straf- en tuchtrecht en de rechtspleging in militaire zaken wordt bij rijkswet geregeld."

Algemene beginselen van strafrecht

Het Statuut van Rome telt 13 delen en 128 artikelen. Deel 3 (artikel 22 t/m 33) bevat "algemene beginselen van strafrecht". De in dit deel genoemde beginselen hebben in grote lijnen dezelfde inhoud en strekking als de algemene beginselen, neergelegd in het Eerste Boek van het (Nederlandse) Wetboek van Strafrecht. Met betrekking tot enkele onderwerpen bevat het Statuut van Rome echter afwijkende bepalingen. Deze bepalingen betreffen:

- de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de meerdere;
- de strafuitsluitingsgronden "wettelijk voorschrift" en "ambtelijk bevel";
- de verjaring van het recht tot strafvordering en van het recht tot uitvoering van een opgelegde straf of maatregel.

Omdat deze afwijkende bepalingen ook dienen te gelden in geval van berechting van een verdachte van een internationaal misdrijf door de Nederlandse rechter, zijn in het wetsvoorstel internationale misdrijven overeenkomstige bepalingen opgenomen. Deze zijn neergelegd in de artikelen 9, 11 en 13.

Artikel 9 van het wetsvoorstel regelt de aansprakelijkheid van de meerdere (*command responsibility*). Het artikel stelt strafbaar de meerdere die:

- opzettelijk toelaat dat een aan hem ondergeschikte een internationaal misdrijf begaat;
- opzettelijk nalaat maatregelen te nemen, voor zover die nodig zijn en van hem kunnen worden gevegd, indien een aan hem ondergeschikte een zodanig misdrijf heeft gepleegd of voornemens is te plegen;
- die door zijn schuld verzuimt maatregelen te nemen, voor zover die nodig zijn en van hem kunnen worden gevegd, indien een aan hem ondergeschikte, naar hij redelijkerwijs moet vermoeden, een zodanig misdrijf heeft gepleegd of voornemens is te plegen.²⁹⁾

De inhoud van artikel 9 is ontleend aan artikel 28 van het Statuut van Rome.³⁰⁾ De memorie van toelichting vermeldt omtrent het artikel onder meer: "De figuur van de aansprakelijkheid van de meerdere vindt zijn oorsprong in het oorlogsrecht en in het gegeven dat militaire bevelhebbers een grote verantwoordelijkheid dragen voor - en een daarmee corresponderende toezichthoudende taak en bevoegdheid hebben ten aanzien van - het gedrag van de onder hun bevel staande militairen. (...). In de loop van de tijd is aanvaard dat ook niet-militaire bevelhebbers en leidinggevend, zoals politici, hoge ambtenaren of directeuren van ondernemingen, onder omstandigheden strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden voor door ondergeschikten begane (internationale) misdrijven."³¹⁾

In overeenstemming met deze passage bepaalt artikel 1, eerste lid onder b, van het wetsvoorstel dat onder "meerdere" wordt verstaan:

²⁹⁾ Het tweede lid van artikel 9 spreekt niet van "de meerdere die", maar van "hij die". Uit de context en uit de memorie van toelichting (p. 49) blijkt echter dat (gewoon) is bedoeld: de meerdere die.
³⁰⁾ Zie in dit verband ook artikel 148 en 149 van het Wetboek van Militair Strafrecht. Artikel 148 stelt strafbaar: de militair, die opzettelijk toelaat, dat een *mindere* een misdrijf pleegt, of die, getuige van een door een mindere gepleegd misdrijf, opzettelijk nalaat maatregelen te nemen, voor zover die nodig zijn en van hem kunnen worden gevegd. Artikel 149 stelt strafbaar de militair die opzettelijk nalaat maatregelen te nemen, voor zover die nodig zijn en van hem kunnen worden gevegd, indien een *onder zijn bevelen* staande militair, naar hij redelijkerwijs moet vermoeden, een misdrijf pleegt of voornemens is te plegen. Onder "misdrijf" in beide artikelen valt elk misdrijf, ook dus een internationaal misdrijf.

³¹⁾ *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 377, nr. 3, p. 30.

- de militaire commandant (of degene die feitelijk als zodanig optreedt), die daadwerkelijk het bevel of gezag uitoefent over of daadwerkelijk leiding geeft aan een of meer ondergeschikten;
- degene die in een burgerlijke hoedanigheid daadwerkelijk gezag uitoefent over of daadwerkelijk leiding geeft aan een of meer ondergeschikten.

Artikel 11 van het wetsvoorstel ziet op de strafuitsluitingsgronden "wettelijk voorschrift" en "ambtelijk bevel", omschreven in de artikelen 42 en 43 van het Wetboek van Strafrecht. Artikel 42 bepaalt dat niet strafbaar is "hij die een feit begaat ter uitvoering van een wettelijk voorschrift". Artikel 43, eerste lid, stelt dat niet strafbaar is "hij die een feit begaat ter uitvoering van een ambtelijk bevel, gegeven door het daartoe bevoegde gezag". Het tweede lid van het artikel voegt hieraan toe dat een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel de strafbaarheid niet opheft, "tenzij het door de ondergeschikte te goeder trouw als bevoegd gegeven werd beschouwd en de nakoming daarvan binnen de kring van zijn ondergeschiktheid was gelegen".

Tot nu toe heeft de (Nederlandse) wetgever de toepasselijkheid van beide strafuitsluitingsgronden met betrekking tot internationale misdrijven steeds uitgesloten. Zo bepaalt artikel 10 van de Wet Oorlogsstrafrecht dat de artikelen 42 en 43 van het Wetboek van Strafrecht ten aanzien van oorlogsmisdrijven "niet van toepassing zijn". De Uitvoeringswet genocideverdrag en de Uitvoeringswet folteringverdrag bevatten een overeenkomstige bepaling. Dit (zonder meer) niet van toepassing verklaren van beide strafuitsluitingsgronden is niet onomstreden gebleven. In de memorie van toelichting wordt in dit verband verwezen naar onder meer de dissertatie van P.H.S. van Rest, *Het ambtelijk bevel als strafuitsluitingsgrond* (Arnhem 1991).³²⁾

In het Statuut van Rome is een andere weg gevolgd. Artikel 33 bepaalt:

"1. Het feit dat een misdrijf waarover het Hof rechtsmacht heeft door een persoon is gepleegd krachtens een bevel van een regering of van een meerdere, militair of burger, onthefte die persoon niet van strafrechtelijke aansprakelijkheid, tenzij:

- a. de persoon wettelijk verplicht was bevelen van de desbetreffende regering of meerdere op te volgen;
- b. de persoon geen kennis had van het feit dat het bevel onwettig was; en
- c. het bevel niet onmiskenbaar onwettig was.

2. Voor de toepassing van dit artikel zijn bevelen om genocide of misdrijven tegen de menselijkheid te plegen onmiskenbaar onwettig."

Op grond van deze bepaling kan een bevel tot het plegen van een internationaal misdrijf in bepaalde gevallen dus (wel) leiden tot een schulduitsluitingsgrond.

Bij artikel 33 van het Statuut van Rome aansluiting zoekend, stelt artikel 11 van het wetsvoorstel voorop (in het eerste lid) dat het feit, dat een internationaal misdrijf is begaan ter uitvoering van een wettelijk voorschrift of van een bevel van een meerdere, de strafbaarheid van het *misdrijf* nimmer opheft. Het tweede lid voegt hier echter aan toe dat, indien het misdrijf is begaan ter uitvoering van een bevel van een meerdere, de dader niet strafbaar is indien het bevel door hem te goeder trouw als bevoegd gegeven werd beschouwd en de nakoming van het bevel binnen de kring van zijn ondergeschiktheid was gelegen. Het derde lid van artikel 11 ten slotte bepaalt dat een bevel tot het plegen van genocide of van een misdrijf tegen de menselijkheid in alle gevallen "wordt geacht ken-

³²⁾ *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 377, nr. 3, p. 31

nelijk onbevoegd gegeven te zijn"

Artikel 13 van het wetsvoorstel bepaalt dat met betrekking tot de in de wet omschreven internationale misdrijven - "met uitzondering van de feiten, bedoeld in artikel 7, eerste lid, en, voor zover met die feiten verband houdend, de feiten bedoeld in artikel 9" - niet van toepassing zijn:

- artikel 70 van het Wetboek van Strafrecht; dit artikel regelt de verjaring van het recht tot strafvordering;
- artikel 76 van het Wetboek van Strafrecht; dit artikel regelt de verjaring van het recht tot uitvoering van een opgelegde straf of maatregel.")

Internationale misdrijven verjaren dus niet, tenzij liet misdrijf is omschreven in artikel 7, eerste lid, of in artikel 9 en verband houdt met een misdrijf als bedoeld in artikel 7, eerste lid. Beide bepalingen betreffen (relatief,)lichte oorlogsmisdrijven, waarop een gevangenisstraf is gesteld van ten hoogste tien jaren. "Deze uitzondering is niet nieuw, maar bestaat als sinds 1971", aldus de memorie van toelichting, doelend op het tweede lid van artikel 10 van de Wet Oorlogsstrafrecht (dat in 1971 aan het artikel is toegevoegd). Naar het oordeel van de regering is handhaving van de uitzondering gewenst. "De schendingen van de wetten en gebruiken van de oorlog vormen namelijk een zeer ruime categorie van delicten, gepleegd in het kader van een gewapend conflict, waaronder ook feiten van op zichzelf betrekkelijk geringe ernst, zoals bepaalde kleine diefstallen."³⁴)

De bevoegde rechter

Artikel 15 van het wetsvoorstel draagt de kennisneming van de in de voorgestelde wet omschreven internationale misdrijven op aan de rechtbank te Arnhem, "met inachtneming van het bepaalde in de Wet militaire strafrechtspraak". "Dit systeem komt erop neer dat Nederlandse militairen voor door hen gepleegde internationale misdrijven terecht staan voor de militaire kamer van de rechtbank Arnhem, terwijl alle overige verdachten van internationale misdrijven naar de gewone strafrechter gaan", aldus de memorie van toelichting. (") Voor één rechtbank is gekozen, omdat "het geringe aantal te verwachten zaken en de specifiek vereiste expertise" zich tegen spreiding over negentien rechtbanken verzet. Voor Arnhem is gekozen vanwege "de expertise die in de loop der jaren in Arnhem is opgebouwd met betrekking tot oorlogsmisdrijven".

Niet is dus gekozen voor het toebedelen van alle internationale misdrijven aan de *militaire* rechter. De memorie van toelichting vermeldt in dit verband: "Veel internationale misdrijven (in het bijzonder de misdrijven tegen de menselijkheid) worden door burgers (niet-militairen) gepleegd, onder omstandigheden die losstaan van het optreden van (al dan niet statelijke) legers in een gewapend conflict. Voor dergelijke gevallen brengt de militaire rechter geen toegevoegde waarde. Voor zover in een concreet geval wel militaire expertise is vereist, kan daarin op alternatieve, flexibeler wijze worden voorzien. Zo kunnen ter zitting (militaire) deskundigen worden gehoord. Ook is denkbaar dat in de desbetreffende gewone strafkamer een militair (tevens jurist) als rechterplaatsvervanger

³³) Zie in dit verband artikel 21 lid 2 van het wetsvoorstel, dat luidt: "Artikel 13 is mede van toepassing op feiten, strafbaar gesteld in de Uitvoeringswet folteringverdrag en gepleegd voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet."

³⁴) *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 337, nr. 3, p. 33.

³⁵) Nederlandse militairen staan voor *alle* door hen gepleegde misdrijven (en overtredingen) terecht voor de militaire rechter. Bepalend is niet de aard van het delict, maar de hoedanigheid van de dader.

wordt opgenomen.³⁶⁾

Overigens strekt de rechtsmacht van de militaire rechter zich niet alleen uit over Nederlandse militairen, maar ook over vreemde krijgsgevangenen in Nederlandse handen en, in tijd van oorlog, over bepaalde categorieën burgers. Zie hieromtrent artikel 2 van de Wet militaire strafrechtspraak.

Bijzondere colleges

De Wet Oorlogsstrafrecht bevat, na aanpassing, nog uitsluitend bepalingen die van toepassing zijn (of van toepassing verklaard kunnen worden) op bepaalde misdrijven, indien begaan in geval van een oorlog of ander gewapend conflict waarbij Nederland als partij is betrokken. Welke misdrijven dit zijn, valt te lezen in artikel 1 van de wet.³⁷⁾ Aan de opsomming in dat artikel zullen niet de in het wetsvoorstel omschreven internationale misdrijven worden toegevoegd. De memorie van toelichting vermeldt hieromtrent onder meer: "In het oorspronkelijke ontwerp van dit voorstel was in artikel 1 van de Wet Oorlogsstrafrecht nog een verwijzing opgenomen naar de misdrijven omschreven in de Wet internationale misdrijven. (...). Op advies van het openbaar ministerie is er echter nu voor gekozen om de berechting van de internationale misdrijven (...) onder alle omstandigheden, dus ook wanneer ze (door een niet-militair) in een gewapend conflict waarbij Nederland is betrokken zijn gepleegd, op te dragen aan de gewone rechter bedoeld in artikel 15 van het onderhavige voorstel."³⁸⁾

Artikel 12, tweede lid, van de Wet Oorlogsstrafrecht bepaalt dat van de misdrijven, genoemd in artikel 1 van de wet, (dan in te stellen) bijzondere colleges kennis nemen (en dus *niet* de militaire rechter), indien vervolging plaatsheeft na afloop van een vijandelijke bezetting van (delen van) het grondgebied van Nederland.³⁹⁾ In het wetsvoorstel internationale misdrijven wordt voorgesteld aan artikel 12 van de Wet Oorlogsstrafrecht een nieuwe bepaling toe te voegen, die de mogelijkheid opent om bij algemene maatregel van bestuur te bepalen dat de in het artikel bedoelde bijzondere colleges "mede kennis nemen van misdrijven, omschreven in de Wet internationale misdrijven"⁴⁰⁾ "Aangezien de reden van de bijzondere rechtspleging vooral is gelegen in de potentiële omvang van de bezettingscriminaliteit en de wens daarmee niet de normale rechtspleging te belasten, dient de regering de mogelijkheid te hebben om ook de berechting van internationale misdrijven, gepleegd tijdens de bezetting, aan de bijzondere gerechten op te dragen", aldus de memorie van toelichting.⁴¹⁾

³⁶⁾ *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 337, nr. 3, p. 34.

³⁷⁾ *Nu aanpassing* van de wet worden nog genoemd: (1) de misdrijven, omschreven in boek 2, titel I (Misdrijven tegen de veiligheid van de staat) en titel II (Misdrijven tegen de koninklijke waardigheid) van het Wetboek van Strafrecht; (2) de misdrijven, omschreven in het Wetboek van Militair Strafrecht; (3) de misdrijven, omschreven in de artikelen 4 t/m 7 van de Wet Oorlogsstrafrecht zelf; (4) de misdrijven, omschreven in de artikelen 131 t/m 134 (opruiming tot enig strafbaar feit), 189 (hulp aan daders van misdrijven) en 416 t/m 417bis (heling) van het Wetboek van Strafrecht-, indien het strafbare feit, waarvan in die artikelen wordt gesproken, een misdrijf is als hiervoor bedoeld.

³⁸⁾ *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 337, nr. 3, p. 52.

³⁹⁾ Deze uitzondering op de bevoegdheid van de militaire rechter is gemaakt omdat, aldus de memorie van toelichting "daartoe bijzonderlijk geoutilleerde colleges beter dan de krijgsraden in staat zijn in een kort tijdsbestek een groot aantal zaken te behandelen" (*Kamerstukken II*, 1950-1951, 2258, nr. 3, p. 12). De uitzondering geldt niet voor de misdrijven, omschreven in het Wetboek van Militair Strafrecht, indien begaan door een militair.

⁴⁰⁾ Zie artikel 17, onder E, van het wetsvoorstel.

⁴¹⁾ *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 337, nr. 3, p. 52

Tenzij het misdrijf is begaan door een militair, is dus - zonder nadere regeling - in alle gevallen de *commune* strafrechter bevoegd kennis te nemen van de in de voorgestelde wet omschreven internationale misdrijven. Slechts indien het misdrijf is begaan in geval van een oorlog of ander gewapend conflict waarbij Nederland als partij is betrokken *en* de vervolging plaatsheeft na afloop van een vijandelijke bezetting van het grondgebied van Nederland, kan bij algemene maatregel van bestuur anders worden bepaald.

STRAFRECHTSPRAAK

Rechtbank Arnhem

Militaire kamer

Vonnis van 25 maart 2002

Voorzitter: Mr. B.N. Crol, *Lid:* Mr. J.A. Verspui, *Militair lid:* Kapitein-luitenant ter zee van administratie Mr. R. Vreede.

Opzettelijke overtreding van dienstvoorschrift

Opzettelijke overtreding van dienstvoorschrift inz. M G - gemeen gevaar voor personen en goederen.

in de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen: R.J.A.Th. S., geboren te H. op [...], wonende te H., [...], korporaal, mnr. [...], ingedeeld bij [...].

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan de verdachte is ten laste gelegd dat:

hij als militair, op of omstreeks 1 oktober 2000, te of nabij Bugojno, in elk geval in Bosnië- Herzegovina, tezamen en in vereniging met M.L.C.S., althans alleen, opzettelijk het dienstvoorschrift Vaste Order Base Bugojno, waarin (in hoofdstuk 2 [Inlichtingen en veiligheid], onderwerp 2.2 [Wapens, munitie, oorlogssouvenirs], onder 1 [Laden/ontladen]) was voorgeschreven dat het persoonlijk wapengroepswapen binnen de compounds/bases ontladen dient te zijn, niet heeft opgevolgd, hierin bestaande dat hij toen aldaar, zich bevindende in een prefab van een chalet) op de militaire Base Bugojno, tezamen en in vereniging met die S., althans alleen, een patronenbandje (met scherpe patronen) op de niet (geheel) afgesloten aanvoerklep en/of op het (patronen)aanvoervlak van een mitrailleur (MAG) heeft gelegd, althans in die mitrailleur heeft gelegd, en/of de trekker van die mitrailleur heeft overgehaald, althans heeft aangeraakt, en of (aldus) die mitrailleur heeft geladen en/of daarbijdaarna een of meer patronen met dat wapen heeft afgevuurd, terwijl daarvan daardoor gemeen gevaar voor personen, te weten zich op de base bevindende (andere) militairen/personen, en/of gemeen gevaar voor goederen, te weten de prefab waarin verdachte en/of die S. zich bevonden en/of een of meer zich in de nabijheid gelegen prefab(s) en/of zich in die prefab(s) bevindende goederen te duchten is geweest;

althans, indien het vorenstaande niet tot een veroordeling leidt:

hij als militair, op of omstreeks 1 oktober 2000, te of nabij Bugojno, in elk geval in Bosnië-Herzegovina, tezamen en in vereniging met M.L.C.S., althans alleen, in ernstige

mate nalatig het dienstvoorschrift Vaste Order Base Bugojno, waarin (in hoofdstuk 2 [Inlichtingen en veiligheid], onderwerp 2.2 [Wapens, munitie, oorlogssouvenirs], onder 1 [Laden/ontladen]) was voorgeschreven dat het persoonlijk wapen/groepswapen binnen de compounds/bases ontladen dient te zijn, niet heeft opgevolgd, hierin bestaande dat hij toen aldaar, zich bevindende in een prefab van een chalet) op de militaire Base Bugojno, tezamen en in vereniging met die S., althans alleen, in ernstige mate nalatig een patronenbandje (met scherpe patronen) op de niet (geheel) afgesloten aanvoerklep en/of op het (patronen)aanvoervlak van een mitrailleur (MAG) heeft gelegd, althans in die mitrailleur heeft gelegd, en/of de trekker van die mitrailleur heeft overgehaald, althans heeft aangeraakt, en/of (aldus) die mitrailleur heeft geladen en/of daarbij/daarna een of meer patronen met dat wapen heeft afgevuurd, terwijl daarvan/daardoor gemeen gevaar voor personen, te weten zich op de base bevindende (andere) militairen/personen, en of gemeen gevaar voor goederen, te weten de prefab waarin verdachte en/of die S. zich bevonden en/of een of meer zich in de nabijheid gelegen prefab(s) en/of zich in die prefab(s) bevindende goederen te duchten is ontstaan.

Voor zover er in de tenlastelegging kennelijke taal- en/of schrijffouten voorkomen, zijn die fouten verbeterd. Verdachte is daardoor niet in zijn verdediging geschaad.

2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is op 11 maart 2002 ter terechtzitting onderzocht. daarbij is verdachte verschenen.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het ten laste gelegde zal worden veroordeeld tot: een werkstraf voor de duur van 60 uren, subsidiair 30 dagen vervangende hechtenis.

Verdachte heeft het woord ter verdediging gevoerd.

3. De beslissing inzake het bewijs

De militaire kamer acht wettig en overtuigend bewezen dat verdachte het [primair] ten laste gelegde heeft begaan, met dien verstande dat bewezen wordt geacht dat:

hij als militair, op 1 oktober 2000, te of nabij Bugojno, tezamen en in vereniging met M.L.C.S., opzettelijk het dienstvoorschrift Vaste Order Base Bugojno, waarin (in hoofdstuk 2 [Inlichtingen en veiligheid], onderwerp 2.2 [Wapens, munitie, oorlogssouvenirs], onder 1 [Laden/ontladen]) was voorgeschreven dat het persoonlijk wapen/groepswapen binnen de compounds/bases ontladen dient te zijn, niet heeft opgevolgd, hierin bestaande dat hij toen aldaar, zich bevindende in een prefab van een chalet) op de militaire Base Bugojno, tezamen en in vereniging met die S., een patronenbandje met scherpe patronen op de niet geheel afgesloten aanvoerklep en op het (patronen)aanvoervlak van een mitrailleur (MAG) heeft gelegd, en de trekker van die mitrailleur heeft overgehaald, en aldus die mitrailleur heeft geladen en daarbij een of meer patronen met dat wapen heeft afgevuurd, terwijl daarvan gemeen gevaar voor personen, te weten zich op de base bevindende andere militairen/personen, en of gemeen gevaar voor goederen, te weten de prefab waarin verdachte en die S. zich bevonden en een of meer zich in de nabijheid gelegen prefabs en zich in die prefabs bevindende goederen te duchten is geweest.

Hetgeen verdachte onder primair meer of anders is ten laste gelegd is niet bewezen. Verdachte moet daarvan worden vrijgesproken.

De beslissing dat verdachte het bewezen verklaarde heeft begaan, is gegrond op de feiten en omstandigheden die in de bewijsmiddelen zijn vervat.

De bewijsmiddelen zullen worden uitgewerkt in de gevallen waarin de wet aanvulling

van het vonnis vereist en zullen dan in een aan dit vonnis te hechten bijlage worden opgenomen.

4. De strafbaarheid van het bewezen verklaarde

Het bewezenverklaarde levert op:

"Als militair opzettelijk een dienstvoorschrift niet opvolgen, terwijl daarvan gemeen gevaar voor personen en goederen te duchten is"

voorzien en strafbaar gesteld bij artikel 136, eerste lid, aanhef en onder 2^o van het Wetboek van Militair Strafrecht.

Het feit is strafbaar.

5. De strafbaarheid van verdachte

Er is geen omstandigheid of feit aannemelijk geworden waardoor de strafbaarheid van verdachte wordt opgeheven of uitgesloten. Verdachte is dus strafbaar.

6. De motivering van de sanctie(s)

Bij de beslissing over de straf heeft de rechtbank rekening gehouden met:

- de aard en de ernst van het bewezenverklaarde en de omstandigheden waaronder dit is begaan;

- de persoon en de persoonlijke omstandigheden van verdachte, waarbij onder meer is gelet op: het uittreksel uit het algemeen documentatieregister betreffende verdachte, gedateerd 2002, waaruit blijkt dat verdachte niet eerder met justitie in aanraking is geweest.

Verdachte heeft met een collega-militair zozeer in strijd gehandeld met een dienstvoorschrift dat als gevolg daarvan vijf patronen met een MAG werden afgeschoten. Hierdoor is reëel gevaar te duchten geweest voor personen en goederen op de base. Gelukkig zijn er geen personen verwond en is er voorts geen grote materiële schade aangericht. Verdachte maakt deel uit van een militaire organisatie waar de omgang met wapens en munitie aan de orde van de dag is. Daarbij dient iedere militair zich op elk moment bewust te zijn van de gevaren die het onzorgvuldig omgaan met wapens teweeg kunnen brengen en de militair dient daarnaar te handelen door het strikt in acht nemen van de veiligheidsvoorschriften.

Nu verdachte dat niet heeft gedaan met als gevolg de ontstane ernstige situatie, heeft hij zich aan een ernstig strafbaar feit schuldig gemaakt. Verdachte heeft ter terechtzitting blijk gegeven zich dat te realiseren en daarvan geleerd te hebben.

Verder houdt de militaire kamer rekening met de relatieve ouderdom van de zaak en de wijze waarop verdachte overigens zijn taak als militair verricht, voor zover daarvan uit het onderzoek ter terechtzitting is gebleken.

Alles overziende is de militaire kamer van oordeel dat oplegging van een onvoorwaardelijke werkstraf als door de officier van justitie gevorderd een passende strafrechtelijke reactie is op het feit.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is, behalve op de hiervoor genoemde wettelijke voorschriften, gegrond op de artikelen 22c, 22d en 91 van het Wetboek van Strafrecht en op artikel 4 van het Wetboek van Militair Strafrecht.

[Volgt: Veroordeling tot werkstraf voor de duur van zestig uur, subsidiair dertig dagen hechtenis. - *Red.*]

NASCHRIFT

In deze zaak is - wellicht vanwege de betrekkelijk lage straf - geen hoger beroep in gesteld. Daarom ontbreken de bewijsmiddelen, waarmee een verkort vonnis ingevolge art. 365a Sv slechts aangevuld behoeft te worden als een rechtsmiddel wordt aangewend¹⁾. Een bezwaar daarvan is dat de toedracht van de feiten niet altijd even duidelijk uit het vonnis blijkt, en de uitkomst van de zaak bij de lezer vragen oproept.

Ook dit betreft zo'n geval. Blijkens de bewezenverklaring hebben verdachte en zijn mededader - in strijd met een dienstvoorschrift ter zake - in een prefab op de basis waar zij gelegerd waren een mitrailleur (M G) geladen, het wapen doorgeladen en de trekker overgehaald. Aldus werden vijf scherpe patronen afgevuurd. Verdachte en zijn mededader werd vervolgd ter zake van het delict van art. 136 WMSr: opzettelijke overtreding van een dienstvoorschrift. Maar volgens dat artikel wordt het strafminimum bepaald door de gevolgen die van het feit te duchten waren, c.q. ontstonden, en op dit punt schiet het verkorte vonnis te kort. De officier van justitie had het delict van art. 136 lid I, aanhef en onder 2" WMSr ten laste gelegd.- van overtreding van het dienstvoorschrift was gemeen gevaar voor personen en goederen te duchten. Dat behoeft geen nader betoog: verdachte en zijn mededader hadden op een legerbasis scherpe munitie verschoten, en daarvan is gevaar voor personen en goederen te duchten. Terecht benadrukt de rechtbank dat de militair zich bewust moet zijn van de gevaren die aan het gebruik van wapens inherent zijn.

Maar waarom is niet het delict omschreven in art. 136 lid 11 aanhef en onder 3" WMSr ten laste gelegd? Kon niet worden gezegd dat van verdachtes handelwijze geen levensgevaar voor een ander te duchten was? Uit de memorie van toelichting blijkt dat in de delictomschrijving van art. 136 WMSr aansluiting is gezocht bij de zgn. gemeengevaarlijke delicten uit het Wetboek van Strafrecht (art. 157 -176: misdrijven waardoor de algemene veiligheid van personen of goederen in gevaar wordt gebracht). De regeling van gemeengevaarlijke delicten is uitgebreid tot gevallen waarin de gemeengevaarlijkheid het gevolg is van het niet opvolgen van een dienstbevel of dienstvoorschrift. Met betrekking tot art. 126 - dat het opzettelijk niet opvolgen van een dienstbevel betreft - wordt ter zake opgemerkt: "In het militaire bedrijf bestaat immers ruimschoots de mogelijkheid om middelen te hanteren, die gemeengevaarlijke gevolgen kunnen hebben: het onoordeelkundig gebruik van vuurwapens of handgranaten kan bijvoorbeeld brand veroorzaken of gevaar voor mensenlevens meebrengen. Aangezien het dienstbevel het middel bij uitstek is om dit onoordeelkundig gebruik tegen te gaan is een strafbepaling in deze gewenst"). Voor het opzettelijk niet opvolgen van een dienstvoorschrift geldt hetzelfde. Aan het bestanddeel 'indien daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is' komt dus dezelfde betekenis toe als in het commune strafrecht.

De artt. 126 en 130, respectievelijk 136 en 137 sluiten echter niet naadloos op gemeengevaarlijke delicten uit het Wetboek van Strafrecht aan: in een militaire context is buiten het veroorzaken van gemeen gevaar voor goederen en het veroorzaken van levensgevaar voor een ander het veroorzaken van gemeen gevaar voor personen strafbaar gesteld. Ook in zoverre is de regeling van gemeengevaarlijke delicten uitgebreid. De vraag is nu wanneer gemeen gevaar voor personen aanwezig is, en waarin dit verschilt van levensgevaar voor een ander.

¹⁾Bij Wet van 26 september 1996, *Stb.* 1996,487 (i.wtr. 1 november 1996) werd de voordien gegroeide kop-staartpraktijk gelegaliseerd; zie daaromtrent P.A.M. Mevis, *Ingekort en weggelaten: de praktijk van kop-staartvonnissen in de strafrechtspleging*, Arnhem: Gouda Quint 1992.

²⁾Kamerstukken 11, 1980 - 1981, nr. 5, p. 73, 81.

Typerend voor gemeengevaarlijke delicten is dat zij gevaar veroorzaken dat de algemene veiligheid betreft en waarvan degene die het veroorzaakt de omvang niet kan overzien: het gevaar moet verscheidene personen of goederen bedreigen³⁾. 'Levensgevaar voor een ander' bedreigt daarentegen een of meer bepaalde personen. Of meer dan een persoon aan gevaar blootstaat doet dus niet ter zake; beslissend is of te voorzien is wie bedreigd wordt. Voorts duidt gemeen gevaar voor personen' op de algemene veiligheid van personen, die ook in het geding kan zijn als hun leven geen gevaar loopt.

Uit deze verschillen zal verklaard moeten worden dat in dit geval niet ten laste is gelegd dat levensgevaar voor een ander te duchten was. In de prefab waarin verdachte en zijn mededader met de mitrailleur aan het prutsen waren zal verder niemand aanwezig zijn geweest. Dan was weliswaar te voorzien dat personen getroffen zouden, maar niet wie?). Bovendien zijn schotverwondingen - als niet gericht geschoten wordt - niet noodzakelijkerwijs dodelijk. Maar het blijft gissen.

M.M.D.

³⁾Vgl. Noyon/Langemeijer/Rommelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint zj., aant. 92 op art. 157 (suppl. 97 [juni 1998]).

⁴⁾Vgl. Rb. Arnhem 4 maart 1992, MRT 1992, p. 152; Rh. Arnhem 31 mei 1994, MRT 1995, p. 74. Beide uitspraken betreffen het richten van een doorgeladen persoonlijk wapen op het lichaam van een ander.

TUCHTRECHTSPRAAK

Rechtbank Arnhem

militaire kamer

Uitspraak in beroep van 21 januari 2002

T.Z. nr. 0008.01

Voorzitter: Mr. B.N. Crol; Lid: Mr. A.T.M. Vrijhoeven; Militair lid Kolonel Mr. G.J.J.M. Pick.

Bijna tien maanden is niet 'onverwijld'

De commandant dient na een ingediend beroepschrift dit en de stukken van het tuchtproces in eerste aanleg en van de beklagprocedure 'onverwijld' naar het gerecht te sturen. Wat onder 'onverwijld' moet worden verstaan is niet vastgelegd, maar een kleine tien maanden later is in ieder geval niet meer 'onverwijld'. Gevolg: vrijspraak.

(art. 82, tweede lid, WMT)

UITSpraak

van de meervoudige militaire kamer van de rechtbank Arnhem, op het beroep van A. sergeant ODOPS, rnr. ..., geplaatst bij: ... te Den Helder, - hierna aangeduid als gestrafte - waarbij de hierna te noemen uitspraak wordt bestreden.

Verloop van de procedure

Aan gestrafte werd op 20 mei 2000 een beschuldiging uitgereikt, luidend:

"Zich in strijd met de militaire tucht gedragen door het Hoofd Logistieke Dienst te betichten van het slecht organiseren van faciliteiten voor het wisselen van geld onder het uiten van woorden "het is weer kut geregeld" of woorden van gelijke strekking. Daarbij stoorde het hem niet zijn uitingen te doen in het bijzijn van gasten alsmede van militaire minderen, op 15 mei 2000 op een oorlogsvaartuig op zee (buiten Nederlandse territoriale wateren en buiten Caraïbisch gebied) namelijk aan boord van Hr. Ms. XYZ te Manilla (Filippijnen)", met vermelding van de artikelen 22 van de Wet militair tuchtrecht.

Gestrafte werd op 25 mei 2000 door de commandant van Hr. Ms. XYZ wegens schending van de gedragsregel van artikel 22 van de Wet militair tuchtrecht gestraft met een berisping, op grond van de bewezen gedraging welke eensluidend is aan de hiervoor vermelde beschuldiging.

De uitspraak in eerste aanleg is aan gestrafte uitgereikt op 28 mei 2000.

Gestrafte heeft blijkens de "uitslag op beklag" tijdig, namelijk op 29 mei 2000 een beklagschrift ingediend bij de beklagmeerdere. Hr. Ms. XYZ is vervolgens op 7 juli 2000 in Den Helder aangekomen, Gedurende de periode van 14 juli 2000 tot 25 augustus 2000 is het onderzoek op beklag om "gewichtige redenen van verhindering" geschorst.

Er is in beklag een vooronderzoek gehouden en het beklag is vervolgens behandeld. De beklagmeerdere heeft op 11 september 2000 de beslissing op beklag gegeven. Deze beslissing houdt in dat de bestreden beslissing wordt bevestigd, met uitzondering van de bepaling dat de bewezen gedraging een schending oplevert van artikel 20 van de Wet militair tuchtrecht.

De uitspraak op beklag is aan gestrafte uitgereikt op 13 september 2000.

Gestrafte is in beroep gegaan tegen deze uitspraak op beklag door indiening van een beroepschrift op 15 september 2000. Gestrafte is ontvankelijk in zijn beroep.

Het beroepschrift en de daarbij gevoegde stukken betreffende de behandeling in eerste aanleg en op beklag zijn door de militaire kamer echter eerst ontvangen op 9 juli 2001.

De zaak is in beroep onderzocht ter terechtzitting van 7 januari 2002.

Gestrafte is, hoewel behoorlijk opgeroepen, niet ter terechtzitting verschenen. Gestrafte heeft telefonisch te kennen gegeven dat wat hem betreft de zaak mag worden afgedaan.

De militaire kamer acht de aanwezigheid van gestrafte niet noodzakelijk en zal de zaak verder afhandelen.

De officier van justitie heeft zijn oordeel gegeven en onder meer gezegd:

Het beroepschrift is tijdig ingediend. De commandant behoort het beroepschrift en de bijlagen onverwijld door de sturen naar de militaire kamer. Het beroepschrift is daar pas op 9 juli 2001 ontvangen. Een en ander is duidelijk in strijd met artikel 82 lid 2 van de WMT en in strijd met de strekking van de wet en tevens een grove schending van een goede procesorde. Ik verzoek u de bestreden uitspraak te vernietigen en de gestrafte vrij te spreken.

Ten overvloede nog het volgende: de gedane uitlating is een opmerking als bedoeld in artikel 20 van de WMT. Het is een uiting van algemeen misnoegen. Was het HLD aanwezig en zou die zich aangesproken hebben moeten voelen?

Op het beklagformulier staat dat er getuigen gehoord zijn en die verklaringen zijn niet bij de stukken. Dit is ook een schending van een goede procesorde. Ook op die grond kan de bestreden uitspraak worden vernietigd en moet gestrafte worden vrijgesproken.

Bij het vooronderzoek is de cautie niet gegeven. Daarover wordt zowel door de commandant als de beklagmeerdere enigszins laatdunkend gereageerd. Als het tuchtproces

begint dient de cautie gegeven te worden en dat is niet gebeurd. Betekent dat dan dat het tuchtproces daarmee om zeep geholpen moet worden? In strafrecht hoeft de verklaring van een verdachte dan niet mee te werken, maar de andere bewijsmiddelen kunnen leiden tot een bewijsbaar feit.

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

De motivering van de beslissing

Uit het onderzoek ter terechtzitting in beroep is gebleken dat tussen het indienen van het beroepschrift op 15 september 2000 en de ontvangst van het beroepschrift en de bijbehorende stukken door de militaire kamer op 9 juli 2001 een zodanige termijn is verstreken, dat zonder meer niet gesproken kan worden van een onverwijldde toezending als bedoeld in artikel 82 lid 2 van de Wet militair tuchtrecht.

Op grond van het vorenstaande komt de militaire kamer tot het oordeel dat de uitspraak in beklag behoort te worden vernietigd met vrijspraak van gestrafte.

Beslissing:

De militaire kamer, rechtdoende in beroep:

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

NASCHRIFT

De Wet militair tuchtrecht stelt de 'commandant' centraal, niet alleen met betrekking tot de tuchtrechtspraak zelf, maar ook met betrekking tot de administratieve afhandelingen. Art. 82 WMI, waarin de commandant belast wordt met het verzamelen van alle stukken en het opsturen daarvan naar het gerecht werd aangepast per 1 januari 2000 naar aanleiding van de gehouden evaluatie. In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp') werd door de rijksregering gesteld dat de commandant de meest recente informatie heeft, zoals bijvoorbeeld het adres van gestrafte, dat het dossier van gestrafte zich bij de commandant bevindt en dat de toenmalige praktijk voldeed. Over wat onder 'onverwijld' moet worden verstaan liet de rijksregering zich niet uit, zodat hiervoor moet worden teruggevallen op wat daaronder in het spraakgebruik wordt verstaan en wat in de praktijk door de rechtbank als zodanig wordt geaccepteerd. In woordenboeken vinden we dan verklaringen als: niet uitgesteld / dadelijk plaatshebbend / zonder uitstel. Aangezien de commandant wel enige tijd moet worden gegund om de stukken bij elkaar te halen, op papier te zetten waarom en op welke gronden tot een bewezenverklaring is gekomen, al dan niet kopieën te maken en een aanbiedingsbrief te schrijven, kan 'onverwijld' toch enige werkdagen gaan inhouden.

Een voorbeeld van echt 'onverwijld' handelen door de commandant is te vinden in een recente uitspraak²) waaruit blijkt dat het beroepschrift wordt ingediend op 30 oktober 2001 en waarna de stukken al op 2 november 2001 worden ontvangen door de rechtbank.

Echter, de rechtbank accepteert ook nog wel een iets langere periode. Ook hier weer recente uitspraak³) waarin te lezen valt dat de gestrafte zijn beroepschrift indient op 12 juli 2000 en de stukken daarna op 25 juli 2000 door de rechtbank worden ontvangen en dit wordt door de rechtbank nog als 'onverwijld' gezien want er worden verder geen opmerkingen over gemaakt..

In deze zaak heeft de gestrafte zijn beroepschrift ingediend bij de commandant op 15 september 2000. Het beroepschrift en de erbij behorende stukken werden door de recht-

bank ontvangen op 9 juli 2001.

De rechtbank is van oordeel dat een periode van bijna tien maanden niet meer als 'onverwijld' kan worden aangemerkt. Aangezien er nu sprake is van de schending van een termijn kan de rechtbank slechts overgaan tot vernietigen van de uitspraak (art. 97, aanhef en onder a van de WMT). Daarna spreekt de rechtbank de gestrafte vrij. Kennelijk acht de rechtbank de termijnoverschrijding in deze vorm een zodanig verzuim - evenals de officier van justitie - dat dit de enige sanctie is.

J.R.G.

¹⁾ Kamerstukken II, 1996-1997, 25 454 (R 1595), nr. 3, blz. 32.

²⁾ Rb Arnhem, militaire kamer, 21 januari 2002 / MRT 2002, blz. 357

³⁾ Rb Arnhem, militaire kamer, 21 januari 2002 / MRT 2002, blz. 354

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 3 januari 2002

9915311 MAW

Voorzitter: Mr. H.A.A.G. Vermeulen; *leden:* Mr. A. Beuker-Tilstra en Mr. J.H. van Kreveld.

Verjaring van financiële aanspraken

Een dienstplichtige, in 1987 betrokken bij een dienstongeval, stelde in 1990 de Staat der Nederlanden aansprakelijk voor de schade die hij ten gevolge van dit ongeval had geleden en nog zou lijden. Bij brief van 9 december 1990 erkende de Minister van Defensie de gevraagde aansprakelijkheid en verzocht om toezending van een voorlopige schadestaat. Op 21 december 1992 kondigde de advocaat van de dienstplichtige per brief aan dat eind januari 1993 een definitief voorstel tot schaderegeling zou worden gedaan. Hij voegde aan deze mededeling toe dat hij er, zonder tegenbericht, van uitging dat door de minister geen beroep op verjaring "uit welke hoofde ook" zou worden gedaan. Toen (uiteindelijk) op 30 december 1997 de advocaat van de dienstplichtige de minister opgave deed van de geleden schade, met het verzoek deze te vergoeden, wees de Staatssecretaris van Defensie dit verzoek, met een beroep op verjaring, af: sedert de brief van 21 december 1992 waren meer dan vijf jaar verlopen. De rechtbank verklaarde het beroep tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) afwijzing ongegrond. Zoals hieronder valt te lezen, bevestigt de Centrale Raad van Beroep deze uitspraak. Naar het oordeel van de Raad kon de staatssecretaris zich in beginsel op verjaring beroepen en was niet gebleken van bijzondere omstandigheden op grond waarvan gezegd zou moeten worden dat de staatssecretaris rechtens gehouden was van het beroep op verjaring af te zien.

(Verjaring financiële aanspraken)

UITSpraak

in het geding A., wonende te B. appelland, en de Staatssecretaris van Defensie, gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Namens appelland is op bij beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage van 2 september 1999, nr. AWB 99101563 MAWKLU, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 11 oktober 2001, waar appelland niet is verschenen en waar gedaagde zich heeft laten vertegenwoordigen door mr. A.H. Beijer, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. Bij zijn oordeelsvorming gaat de Raad uit van de volgende feiten en omstandigheden.

1.1. Appelland heeft tijdens de vervulling van zijn dienstplicht op 28 oktober 1987 een dienstongeval gehad, waardoor letsel aan zijn linkerhand is ontstaan. Bij brief van 10 juli 1990 is de Staat der Nederlanden namens gedaagde aansprakelijk gesteld voor de materiële en immateriële schade die appelland lijdt en nog zal lijden als gevolg van dit ongeval. Bij schrijven van 7 december 1990 heeft de Minister van Defensie de aansprakelijkheid erkend, waarbij is verzocht om een voorlopige schadestaat. Bij brief van 21 december 1992 heeft de advocaat van appelland aangekondigd dat eind januari 1993 een definitief voorstel tot schaderegeling zal worden gedaan. Hierbij heeft hij vermeld ervan uit te gaan dat door de erkenning van de aansprakelijkheid door gedaagde de eventuele verjaring van de claim van zijn cliënt is gestuit, dat voorzover dit niet het geval is de claim wordt gehandhaafd en de brief van 21 december 1992 als een mededeling in de zin van artikel 3:317, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek geldt. Voorts is hierbij gesteld dat hij er zonder tegenbericht van uitgaat dat geen beroep op verjaring zal volgen uit welken hoofde dan ook. Pas op 30 december 1997 heeft deze advocaat gedaagde medegedeeld dat de geleden materiële schade f 339,50 bedraagt en dat de geleden immateriële schade wordt gesteld op f 20.000,-.

1.2. Bij besluit van 5 maart 1998 heeft gedaagde dit verzoek om schadevergoeding afgevoerd op grond van verjaring, nu het verzoek eerst is gedaan langer dan vijf jaar na genoemde brief van de advocaat van appelland van 21 december 1992. Na gemaakt bezwaar is deze afwijzing gehandhaafd bij besluit van gedaagde van 20 januari 1999.

2. Het namens appelland tegen dit besluit ingestelde beroep is door de rechtbank ongegrond verklaard.

3. Naar aanleiding van hetgeen door partijen is aangevoerd overweegt de Raad het volgende.

3.1. In geding is of gedaagde, die heeft erkend dat hij aansprakelijk is voor de schade van appelland tengevolge van het ongeval op 28 oktober 1987, zich met betrekking tot het geldend maken door appelland van zijn aanspraak op schadevergoeding heeft kunnen beroepen op verjaring, nu namens appelland het (concrete) verzoek pas op 30 december 1997 is ingediend. Volgens vaste jurisprudentie van deze Raad - verwezen wordt naar CRvB 20 januari 2000, TAR 2000, 40, waarin wordt aangesloten bij CRvB 19 oktober 1995, TAR 1995, 263 - zijn financiële aanspraken jegens de overheid op grond van de rechtszekerheid na een termijn van vijf jaren niet meer in rechte afdwingbaar en ligt de aanvang van deze verjaringstermijn bij het moment waarop degene die schade lijdt met betrekking tot die schade in actie had kunnen komen.

3.3. De op 30 december 1997 gevraagde vergoeding van schade als gevolg van het onge-

val op 28 oktober 1987 betrof enerzijds vergoeding van gemaakte reiskosten in verband met medische consulten in de periode na het ongeval en anderzijds vergoeding van immateriële schade in verband met de aard en ernst van het letsel, de ondergane medische behandelingen, de pijnklachten, de ontsiering van appellants linkerhand en zijn arbeidsongeschiktheid tot augustus 1991. Naar het oordeel van de Raad waren deze schadecomponenten in elk geval ten tijde van de brief van 21 december 1992 voldoende duidelijk en kon toen ook de omvang van deze schade worden vastgesteld. De Raad verwijst in dit kader naar het namens appellant ingediende bezwaarschrift van 14 april 1998, waaruit blijkt dat reeds in oktober 1991 sprake was van een stabiele medische toestand. Nu echter vervolgens langer dan vijf jaar is gewacht met het doen van het aangekondigde (concrete) verzoek, kan de Raad de rechtbank volgen in het oordeel dat gedaagde zich op grond van het beginsel van rechtszekerheid op verjaring heeft mogen beroepen. De Raad verwerpt hierbij de stelling van de zijde van appellant dat het uitblijven van een reactie van gedaagde op genoemde brief van 21 december 1992, waarbij eenzijdig was medegedeeld dat appellant er zonder tegenbericht van uitging dat gedaagde in de toekomst geen beroep op verjaring zou doen, zou betekenen dat gedaagde heeft afgezien van een beroep op verjaring of althans het vertrouwen heeft gewekt dat geen beroep op verjaring zou worden gedaan. Voor het afzien van een beroep op verjaring als hier aan de orde is naar het oordeel van de Raad een expliciete mededeling daartoe van het bevoegde orgaan noodzakelijk.

3.4. Het vorenstaande leidt ertoe dat ook de Raad van oordeel is dat gedaagde zich in beginsel op verjaring kon beroepen en dat niet gebleken is van bijzondere omstandigheden op grond waarvan gezegd moet worden dat gedaagde rechtens gehouden was van het beroep op verjaring af te zien. De aangevallen uitspraak komt derhalve voor bevestiging in aanmerking.

3.5. De Raad ziet geen aanleiding om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht en beslist daarom als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,
RECHT DOENDE:
Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. *In de onderhavige uitspraak verwijst de Centrale Raad van Beroep naar 's Raad vaste jurisprudentie, zoals neergelegd in o.a. CRvB 20 januari 2000, TAR 2000, nu. 40. Die uitspraak is ook in dit tijdschrift geplaatst, met een naschrift van G.L.C.; zie MRT 2001, p. 12 e.v. De jurisprudentie van de Raad houdt in dat financiële aanspraken jegens de overheid op grond van het beginsel van de rechtszekerheid na een termijn van vijf jaar niet meer in rechte afdwingbaar zijn. De aanvang van deze verjaringstermijn ligt bij het moment waarop degene die de aanspraak maakt, in actie had kunnen komen.*

2. *De advocaat van de dienstplichtige stelde dat het uitblijven van een reactie op de schriftelijke mededeling dat hij er zonder tegenbericht van uitging dat de staatssecretaris geen beroep op verjaring zou doen, inhield dat de staatssecretaris van een beroep op verjaring had afgezien. In de onderhavige uitspraak verwerpt de Raad deze stelling. "Voor het afzien van een beroep op verjaring als hier aan de orde is naar het oordeel van de Raad een expliciete mededeling daarfoe van het bevoegde orgaan noodzakelijk."*

Rechtbank Amsterdam
Uitspraak van 3 januari 2002
AWB 0112342 AW

Enkelvoudige kamer: Mr. L.A.C. van Nifterick

De niet bevorderde rabbijn

Een krijgsmachtrabbijn, in rang gelijkgesteld aan een majoor, verzocht om te worden bevorderd tot de rang van luitenant-kolonel. Toen dit verzoek werd afgewezen, stelde hij tegen deze (na bezwaar gehandhaafde)afwijzing beroep in. Zoals in de onderstaande uitspraak valt te lezen, verklaart de rechtbank het beroep gegrond. Naar het oordeel van de rechtbank kan het bestreden besluit niet in stand blijven wegens strijd met artikel 7:12 lid 1 Awb: "De beslissing op het bezwaar dient te berusten op een deugdelijke motivering, die bij de bekendmaking van de beslissing wordt vermeld."

(Art. 7:12 lid 1 Awb; motiveringsbeginsel)

UITSpraak

in het geding tussen D., wonende te A., eiser, en de Staatssecretaris van Defensie, verweerder.

Procesverloop

De rechtbank heeft op 15 december 2000 een beroepschrift ontvangen gericht tegen het besluit van verweerder van 17 november 2000.

Het onderzoek is gesloten ter zitting van 22 november 2001.

Overwegingen

Eiser, als krijgsmachtrabbijn in rang gelijk aan majoor, sedert 1 februari 1988 in dienst van verweerder, heeft verzocht om bevordering tot luitenant-kolonel met ingang van 1 april 1999. Eiser heeft dat verzoek gesteund enerzijds op de grond dat verweerder een dergelijke bevordering heeft toegezegd bij eisers indiensttreding en anderzijds op verweerdens beleid op dit punt. Volgens de bevorderingscriteria van dat beleid, inhoudende een minimum leeftijd van 45 jaar, minimaal 10 dienstjaren en de som van de leeftijd en dienstjaren dient meer dan 60 te zijn, behoort eiser te worden bevorderd.

Verweerder heeft de bedoelde bevordering geweigerd. In dat verband heeft verweerder gesteld dat eiser weliswaar voldoet aan de bevorderingscriteria, zoals vaststaand sedert 1968, doch dat geen formatieruimte bestaat voor deze bevordering, nu vast beleid is dat maximaal 25% van de formatie per denominatie tot de rang van luitenant-kolonel kan behoren. De formatie van de Joodse Geestelijke Verzorging bestaat uit twee personen, 0,5 fte voor de hoofdkrijgsmachtrabbijn en 1,5 fte voor de geestelijk verzorgers, zodat maximaal een parttime aangestelde krijgsmachtrabbijn bevorderd zou kunnen worden tot de rang van luitenant-kolonel. Nu eiser een fulltime aanstelling heeft past de bevordering niet binnen het beleid. Aan eiser zijn overigens geen daadwerkelijke toezeggingen gedaan, aldus steeds verweerder.

Eiser heeft voorts, onder meer ter zitting, betoogd dat verweerdens beleid ten aanzien van de beschikbare formatieruimte niet kenbaar is gemaakt en dat door deze voorwaarde een niet te rechtvaardigen onderscheid wordt gemaakt tussen parttime en fulltime medewerkers. Eisers voorganger werd in 1988 voltijds bevorderd tot luitenant-kolonel.

De rechtbank overweegt als volgt.

De rechtbank is van oordeel dat niet is gebleken dat verweerder op enig moment aan eiser daadwerkelijke toezeggingen heeft gedaan, waarop gerechtvaardigde verwachtingen mochten worden gebaseerd. Uit de stukken van het geding is immers niet meer gebleken dan dat bevordering zou kunnen plaatsvinden. Eisers grief op dat punt kan dan ook niet slagen.

Ten aanzien van de uit verweerders beleid voortvloeiende maximumpercentages stelt de rechtbank vast dat niet is gebleken dat deze percentages op enigerlei wijze zijn vastgelegd of kenbaar gemaakt.

Voorts staat vast dat als gevolg van verweerders beleid onderscheid wordt gemaakt tussen medewerkers op grond van een verschil in arbeidsduur, nu een parttime krijgsmacht-rabbijn wel bevorderd zou kunnen worden tot de rang van luitenant-kolonel en voor eiser, fulltime werkzaam, een dergelijke bevordering niet mogelijk is. De rechtbank is niet gebleken van een objectieve rechtvaardigingsgrond voor dit onderscheid.

Dit leidt tot het oordeel dat het bestreden besluit een deugdelijke motivering ontbeert.

In het licht van het vorenstaande is de rechtbank van oordeel dat het bestreden besluit niet in stand kan blijven wegens strijd met artikel 7:12, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Het bestreden besluit zal worden vernietigd en aan verweerder zal worden opgedragen een nieuwe beslissing op eisers bezwaar te nemen.

De rechtbank ziet in het voorgaande aanleiding toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Awb en verweerder in de proceskosten van eiser te veroordelen. Deze kosten worden begroot op f 1.420,- (E 644,-).

Beslissing

DE RECHTBANK

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit;
- draagt verweerder op een nieuw besluit te nemen binnen zes weken na toezending van deze uitspraak, met inachtneming van hetgeen bij deze uitspraak is overwogen;
 - bepaalt dat verweerder aan eiser het betaalde griffierecht ad f 225,- (€ 102,-) vergoedt;
 - veroordeelt verweerder in de proceskosten van eiser tot een bedrag van f 1.420,- (€ 644,-), te betalen aan eiser.

NASCHRIFT

1. Geestelijke verzorgers bij de krijgsmacht bezitten niet de hoedanigheid van militair; zij worden aangesteld als burgerambtenaar. Dit betekent dat op hen het Burgerlijk ambtenarenreglement defensie van toepassing is; en niet het Algemeen militair ambtenarenreglement. Wel is, uit praktische overwegingen, een groot aantal bepalingen van het Algemeen militair ambtenarenreglement op geestelijke verzorgers van overeenkomstige toepassing verklaard. Tot deze bepalingen behoren niet de bepalingen inzake functietoewijzing en bevordering (hoofdstuk 4). Zie hieromtrent artikel 1 lid 5 Amax:

2. De Militaire Ambtenarenwet 1931 is slechts van toepassing op militaire ambtenaren, en met name niet op geestelijke verzorgers bij de krijgsmacht. Wie de hoedanigheid van militair ambtenaar bezitten, is bepaald in artikel 1 MAW 1931. Geestelijke verzorgers worden in deze bepaling (of elders in de wet) in het geheel niet genoemd. Dit verklaart waarom in de onderhavige zaak de rechtbank te Amsterdam bevoegd is; en niet de rechtbank te Den Haag. Zie artikel 8:7 Awb. Zie tevens het naschrift bij ArrRb Arnhem 18 april 2001, MRT 2001, p. 390 (Den Haag of Arnhem).

3. Overigens is per 1 januari 2002 de naam arrondissementsrechtbank vervallen. Het is nu gewoon rechtbank; de rechtbank te Den Haag bijvoorbeeld. Ook de naam kantongerecht is per 1 januari 2002 vervallen. Het is nu: rechtbank Den Haag (bijvoorbeeld), sector kanton. De naam kantonrechter is wel gehandhaafd.

G.L.C.

Centrale Raad van Beroep

14 februari 2002

9911810 + 9915028 MAW

Voorzitter: Mr. H.A.A.G. Vermeulen; leden: Mr. A. Beuker-Tilstra en Mr. R. Kooper

Het bezit van harddrugs

Een BBT-er werd in zijn ambt geschorst, waarbij de verwachting werd uitgesproken dat hij uit de dienst zou worden ontslagen: hij was kort tevoren door rechter veroordeeld wegens het verboden bezit van harddrugs (XTC-pillen). Toen hij tegen dit (na bezwaar gehandhaafde) besluit beroep instelde, verklaarde de rechtbank het beroep ongegrond, welke uitspraak door de Centrale Raad van Beroep werd bevestigd. Toen de BBT-er vervolgens, na onderzoek, inderdaad wegens wangedrag uit de dienst werd ontslagen, stelde hij ook tegen dit (na bezwaar gehandhaafde) besluit beroep in. Ook dit beroep verklaarde rechtbank ongegrond verklaard en ook deze uitspraak werd door de Centrale Raad van Beroep bevestigd.

(Art. 35 lid 1 en 39 lid 2 onder 1 AMAR)

UITSpraak

in het geding A., wonende te B. appellant, en de Staatssecretaris van Defensie, gedaagde.

I. Onstaat en loop van de gedingen

Namens appellant is op bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de op 19 februari 1999 onder nummer AWB 98105205 MAWKLA door de rechtbank 's-Gravenhage gegeven uitspraak, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Namens appellant is op bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden eveneens hoger beroep ingesteld tegen de op 16 augustus 1999 onder nummer AWB 9912945 MAWKLA door de rechtbank 's-Gravenhage gegeven uitspraak, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

De gedingen zijn gevoegd behandeld ter zitting van 10 januari 2002, waar appellant is verschenen bij zijn gemachtigde mr. A.H.J. Neels, advocaat en procureur te Vlissingen. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. G.J. Tummers, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. De uitspraak van 19 februari 1999

1.1. Voor een uitgebreid overzicht van de in dit geschil - door appellant in hoger beroep beperkt tot de schorsingsbeslissing - relevante feiten en omstandigheden verwijst de Raad naar rubriek 3 van de hierboven genoemde aangevallen uitspraak. Hij volstaat hier met het volgende.

1.1.1. Nadat bij het dienstonderdeel van appellant, soldaat der eerste klasse bij de Koninklijke landmacht met een tot 23 oktober 1998 lopende aanstelling als beroepsmilitair behorende tot het Beroepspersoneel Bepaalde Tijd, op 7 januari 1998 het bericht was ontvangen van strafrechtelijke vervolging van appellant, welke is gevolgd door een veroordeling door de militaire politierechter tot detentie, te vervangen door 100 uur dienstverlening wegens - reeds op 27 januari 1997 door de Koninklijke marechaussee geconstateerd - verboden bezit van hard drugs (XTC-pillen), is appellant bij primair besluit van 16 januari 1998 geschorst in het belang van de dienst. Daarbij werd de verwachting uitgesproken dat appellant uit de dienst zou worden ontslagen. De schorsingsbeslissing is gehandhaafd bij het door appellant bestreden besluit van 15 juni 1998.

1.1.2. De rechtbank heeft het beroep van appellant tegen dat besluit ongegrond verklaard. Zij heeft daartoe, samengevat, overwogen dat tot schorsing in het belang van de dienst kan worden besloten wanneer redelijkerwijs een ernstige verdenking bestaat van wangedrag en wanneer onderzoek wordt verricht naar de mogelijkheid om in verband daarmee ontslag te verlenen, omdat het in het algemeen onaanvaardbaar is dat betrokkene in een dergelijke situatie in de tussentijd blijft doorwerken. Daarbij heeft zij gewezen op de ernst van het wangedrag, het bezit van hard drugs. Voorts heeft zij andere grieven, waaronder die dat de schorsing is opgelegd in strijd met de bij appellant opgewekte verwachting dat geen rechtspositionele maatregelen zouden volgen, verworpen.

1.2. Namens appellant zijn de in eerste aanleg geuite grieven in hoger beroep herhaald. Hij "blijft van mening dat, gelet op het tijdsverloop en de gewekte verwachtingen (niet alleen mondeling, maar ook juist vanwege het tijdsverloop en het uitblijven van enige sanctie) de opgelegde schorsing in strijd is met goed werkgeverschap".

1.3. De Raad kan appellant hierin niet volgen. Hij onderschrijft de opvatting van de rechtbank die in overeenstemming is met de vaste rechtspraak van de Raad (CRvB 19 oktober 2000, TAR 2000, 158), dat een bestuursorgaan in een hem bekend geworden concrete verdenking van zeer ernstig plichtsverzuim waardoor aan de integriteit van de betrokkene moet worden getwijfeld en waardoor het noodzakelijk in hem te stellen vertrouwen dermate is geschaad dat het niet aanvaardbaar is dat hij zijn werkzaamheden blijft verrichten, in het algemeen voldoende grond heeft voor het treffen van een ordemaatregel als de onderhavige. Ook deelt hij de zienswijze van de rechtbank dat de betrokken commandant zijn schorsingsbevoegdheid niet verloren heeft zien gaan als gevolg van het feit dat degene die commandant was ten tijde van de constatering van het wangedrag, majoor [C.], (wellicht) niet adequaat heeft opgetreden. Laatstbedoelde commandant heeft appellant niet gevrijwaard en niet kunnen vrijwaren van eventueel later te treffen maatregelen. De Raad wijst erop dat appellant zelf kennelijk ook niet in die veronderstelling heeft verkeerd, waar hij heeft gesteld dat hij "een jaar lang heeft moeten leven onder de vrees van een eventueel ontslag". Tot slot kan in dit geval niet voorbij worden gegaan aan de op de verdenking gevolgde veroordeling door de militaire politierechter.

1.4. De uitspraak van 19 februari 1999 komt dan ook voor bevestiging in aanmerking, voorzover aangevochten. De Raad acht geen termen aanwezig om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht.

2. De uitspraak van 16 augustus 1999

2.1. Voor een uitgebreid overzicht van de in dit geschil van belang zijnde feiten en

omstandigheden verwijst de Raad naar rubriek 3 van de evengenoemde aangevallen uitspraak. Hij volstaat hier met het volgende.

2.1.1. Na onderzoek is gedaagde tot de conclusie gekomen dat appelland zich had schuldig gemaakt aan wangedrag, bestaande in het op de legeringsplaats in het bezit hebben van hard drugs. Gedaagde heeft overwogen dat het voorhanden hebben van drugs binnen de militaire samenleving niet kan worden getolereerd en blijkens het vigerend drugsbeleid bij de Koninklijke landmacht doorgaans tot ontslag zal leiden, zelfs indien het een relatief geringe hoeveelheid hard drugs betreft. Gedaagde acht dit laakbare gedrag van appelland niet in overeenstemming met het ambt van militair. Daarom is appelland met ingang van 1 juli 1998 ontslag verleend met toepassing van artikel 39, tweede lid, onder 1, van het Algemeen militair ambtenarenreglement. Bij het in dit geding bestreden besluit van 22 maart 1999 is dat ontslag gehandhaafd.

2.1.2. De rechtbank heeft het beroep van appelland tegen dat besluit ongegrond verklaard. Zij heeft het drugsbeleid van gedaagde niet onredelijk geoordeeld. Gelet op de onaanvaardbare risico's die het gebruik van drugs met zich brengt, acht de rechtbank de conclusie gerechtvaardigd dat de belangen die zijn gediend met het ontslag van de betrokken militair zwaarder moeten wegen dan de belangen van deze militair bij het behoud van zijn dienstbetrekking. De rechtbank heeft appellands stelling verworpen dat er sprake was van bijzondere omstandigheden die gedaagde ertoe hadden behoren te brengen niet tot ontslag over te gaan.

2.2. In hoger beroep heeft appelland aangevoerd dat hij van opvatting blijft dat er sprake is van bijzondere omstandigheden. Doordat majoor [C.] na het moment waarop hij als appelland toenmalige commandant ervan kennis had gekregen dat appelland zich schuldig had gemaakt aan het voorhanden hebben van drugs, geen actie heeft ondernomen, is, aldus appelland, het tijdsverloop tussen dat moment en het ontslag geheel aan die commandant te wijten, welke gedraging dient te worden toegerekend aan gedaagde. De rechtbank had de situatie moeten bezien uit het oogpunt van goed werkgeverschap. Ter zitting heeft appelland raadsman nog gewezen op de parallelie met een civielrechtelijk ontslag op staande voet, dat blijkens de rechtspraak van de burgerlijke rechter niet eerst na lange tijd gegeven kan worden.

2.3.1. De Raad kan appelland hierin niet volgen. Hij onderschrijft het oordeel van de rechtbank dat van bijzondere omstandigheden niet gesproken kan worden. Appelland heeft niet de gerechtvaardigde verwachting kunnen hebben dat, nu zijn toenmalige commandant geen actie had ondernomen nadat deze ervan op de hoogte was gekomen dat appelland was aangehouden in verband met het bezit van drugs, jegens hem geen maatregelen getroffen zouden worden. De Raad herhaalt dat appelland kennelijk ook niet in die veronderstelling heeft verkeerd, waar hij heeft gesteld dat hij een jaar lang heeft moeten leven onder de vrees van een eventueel ontslag.

2.3.2. De rechtbank heeft geen onjuiste toetsingsmaatstaf gehanteerd. Zij heeft getoetst aan geschreven en ongeschreven rechtsregels en heeft terecht vastgesteld dat het ontslagbesluit daarmee niet in strijd is. De Raad wijst erop dat ook bij de beoordeling van het ontslagbesluit niet voorbijgegaan kan worden aan de veroordeling van appelland door de militaire politierechter. De Raad overweegt in dit verband tot slot dat de vergelijking van het onderhavige ontslagbesluit met een ontslag op staande voet, niet opgaat, reeds omdat sprake is van geheel verschillende rechtsfiguren.

2.4. De uitspraak van 16 augustus 1999 komt dus voor bevestiging in aanmerking. De Raad acht geen termen aanwezig om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht.

3. Gelet op het bovenstaande wordt beslist als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak van 19 februari 1999, voorzover aangevochten;
Bevestigt de aangevallen uitspraak van 16 augustus 1999.

NASCHRIFT

1. *Een militair, die in het verboden bezit is van een (al of niet geringe) hoeveelheid harddrugs, maakt zich schuldig aan zeer ernstig plichtsverzuim en kan op grond hiervan, met toepassing van artikel 35 AMAR, in het belang van de dienst worden geschorst. Dit is niet alleen het standpunt van de defensieorganisatie, het is ook - zoals uit bovenstaande uitspraak blijkt - het standpunt van de Centrale Raad van Beroep.*

2. *Ook levert het voorhanden hebben van een (al of niet geringe) hoeveelheid harddrugs binnen de militaire samenleving ernstig wangedrag op en kan, gelet op artikel 39 lid 2 onder I AMAR, leiden tot ontslag. Ook dit is - zoals bovenstaande uitspraak leert - niet alleen het standpunt van de defensieorganisatie, maar ook van de Centrale Raad van Beroep.*

3. *Wat het verboden bezit/gebruik van harddrugs betreft, gevolgd door schorsing en ontslag, kan eveneens worden verwezen naar: Rb Den Haag 7 december 1998, MRT 2000, p. 79, en Rb Den Haag 8 december 1998, MRT 2000, p. 84, beide m.nt. G.F.W.*

G.L.C.

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van **14** februari 2002

9911900 + 9812837 MAW

Voorzitter: Mr. H.A.A.G. Vermeulen; leden: Mr. A. Beuker-Tilstra en Mr. R. Kooper

De misgelopen vakantiebaan

Een bij de Koninklijke Landmacht werkzame burgerambtenaar verzocht de commandant van de eenheid waarbij hij diende, hem de schade te vergoeden die hij naar zijn zeggen had geleden ten gevolge van het (om redenen van dienstbelang) annuleren van zijn vakantie. Dit verzoek werd in zoverre afgewezen, dat niet werden vergoed de misgelopen verdiensten ten gevolge van het niet doorgaan van een (vooraf geregelde) vakantiebaan, noch de kosten van een vervangende vakantie. Toen de burgerambtenaar tegen dit (na bezwaar gehandhaafde) besluit beroep instelde, verklaarde de rechtbank (te 's-Hertogenbosch) het beroep gegrond. De Centrale Raad van Beroep oordeelt echter, zoals in onderstaande uitspraak valt te lezen, anders. Naar het oordeel van de Raad dient als geldelijke schade in gevallen als het onderhavige slechts te worden aangemerkt "de schade die is ontstaan doordat betrokkene in vertrouwen op (de) verleende toestemming voor de vakantie verplichtingen is aangegaan en met het oog daarop daadwerkelijk kosten heeft moeten maken, zoals reserveringskosten en vooruitbetaalde reiskosten".

(Art. 33 lid 7 Bard; art. 67 lid 1 AMAR)

UITSpraak

in het geding A., wonende te B. appellant en tevens gedaagde, verder: betrokkene, en X, gedaagde. en tevens appellant, verder: de Commandant.

I. Ontstaan en loop van de gedingen

Op bij beroepschrift aangevoerde gronden heeft betrokkene hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 2 maart 1998, nr. AWB 9614046 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

De Commandant heeft op bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden eveneens hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak.

Beide partijen hebben over en weer verweer gevoerd.

De Commandant heeft de Raad een ter uitvoering van de aangevallen uitspraak genomen besluit van 25 maart 1998 doen toekomen en betrokkene heeft zijn beroepsgronden nader aangevuld.

De gedingen zijn behandeld ter zitting van 12 april 2001, waar betrokkene in persoon is verschenen en de Commandant zich heeft laten vertegenwoordigen door mr. M.A. Suwout en mr. A.J. Ruysendaal, beiden werkzaam bij de [Y.].

Na de behandeling ter zitting is de Raad gebleken dat het onderzoek niet volledig is geweest en is het onderzoek heropend. Namens de Commandant zijn meermalen van de zijde van de Raad gestelde vragen beantwoord en betrokkene heeft nader gereageerd.

De gedingen zijn opnieuw behandeld ter zitting van 3 januari 2002, waar betrokkene vanwege een door hem telefonisch gemelde treinvertraging niet is verschenen, maar ten behoeve van welke behandeling hij wel per fax aan de Raad een pleitnota heeft gestuurd. De Commandant heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. M.A. Suwout, die ook heeft gereageerd op de pleitnota van betrokkene.

II. Motivering

1. Betrokkene heeft in juni 1995 verzocht hem de kosten te vergoeden die zijn ontstaan door het om redenen van dienstbelang annuleren van zijn vakantie. Bij besluit van 1 december 1995 heeft de Commandant hierop afwijzend beslist, behoudens voor wat betreft vergoeding van een bedrag van f 310,-. Dit besluit is na gemaakt bezwaar gehandhaafd bij het thans in geding zijnde besluit van 4 april 1996.

1.1. De rechtbank heeft het door betrokkene tegen dit besluit ingestelde beroep gegrond verklaard en het bestreden besluit vernietigd, voorzover dit betrekking had op gederfde inkomsten en niet genoten kost, en bepaald dat de Commandant een nieuw besluit dient te nemen met inachtneming van hetgeen in de uitspraak is overwogen. Voorts is de Staat der Nederlanden veroordeeld tot vergoeding van renteschade en het betaalde griffierecht.

1.2. Bij het ter uitvoering van deze uitspraak genomen besluit van 25 maart 1998 heeft de Commandant aan betrokkene een bedrag van in totaal f 4545,78 vergoed. Nu met dit besluit niet volledig is tegemoet gekomen aan het hoger beroep van betrokkene wordt het besluit met toepassing van artikel 6:19 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) geacht mede voorwerp te zijn van beroep bij de Raad.

2. Mede naar aanleiding van hetgeen partijen in hoger beroep naar voren hebben gebracht, overweegt de Raad als volgt.

2.1. Betrokkene behoort tot het burgerpersoneel van de Koninklijke Landmacht. Op zijn verlofkaart over 1995 is vastgelegd dat hij dat jaar van 17 juli tot en met 8 september verlof zou genieten. Betrokkene had afspraken gemaakt om in die periode te gaan werken op een camping in Frankrijk, waarmee hij 1000 Franse francs per week zou gaan verdienen

en waarvoor hij daarnaast kost en inwoning zou genieten. In verband met de intrekking van het vakantieverlof op 12 juni 1995 heeft betrokkene verzocht hem de misgelopen verdiensten en de door hem in de desbetreffende periode te maken kosten van levensonderhoud te vergoeden. Voorts is verzocht om vergoeding van de kosten van een vervangende vakantie, alsmede van een bedrag van f 310,- dat door de campinghouder aan betrokkene in rekening was gebracht voor het zoeken van een vervanger.

2.2. Bij het bestreden besluit is uitsluitend het bedrag van f 310,- vergoed. Hierbij is overwogen dat het aanvaarden van ander werk in de vakantieperiode in de risicosfeer van de werknemer ligt en dat de kosten van een vervangende vakantie op een later tijdstip geen verband houden met het intrekken van de toestemming om op vakantie te gaan. Naar de mening van de Commandant vallen deze kosten niet onder de op grond van artikel 33, zevende lid, van het Burgerlijk ambtenarenreglement defensie (Bard) te vergoeden geldelijke schade.

3. Allereerst overweegt de Raad dat hij op grond van de na aanhouding van de behandeling nog gewisselde stukken tot het oordeel is gekomen dat de Commandant ten tijde van de toekenning van de onderhavige schadevergoeding bevoegd was daarover een besluit te nemen, zodat hierin geen aanleiding wordt gevonden het besluit in rechte aan te tasten.

4. Met betrekking tot het materiële geschilpunt overweegt de Raad dat hij de Commandant kan volgen in zijn uitgangspunt dat als geldelijke schade na een intrekking van reeds verleende toestemming om op vakantie te gaan in de zin van artikel 33, zevende lid, van het Bard slechts dient te worden aangemerkt de schade die is ontstaan doordat betrokkene in vertrouwen op die verleende toestemming voor de vakantie verplichtingen is aangegaan en met het oog daarop daadwerkelijk kosten heeft moeten maken, zoals reserveringskosten en vooruitbetaalde reiskosten. Dat betrokkene door de intrekking van de vakantie in het onderhavige geval ook inkomsten en andere voordelen is misgelopen, valt ook naar het oordeel van de Raad buiten de vergoedingsplicht van genoemd artikel-lid. Ditzelfde geldt voor de kosten van een later te genieten vakantie.

5. Gezien het vorenstaande kan het bestreden besluit, waarbij alleen de feitelijk gemaakte kosten zijn vergoed, in rechte stand houden. Derhalve treft het hoger beroep van de Commandant doel, komt de aangevallen uitspraak voor vernietiging in aanmerking en dient het inleidend beroep alsnog ongegrond te worden verklaard. Aan het door de Commandant ter uitvoering van de aangevallen uitspraak genomen besluit van 25 maart 1998 komt, gezien het voorgaande, de grondslag te ontvallen zodat dit ook dient te worden vernietigd.

6. De Raad acht verder, onder verwijzing naar het hetgeen hiervoor is overwogen, geen termen aanwezig om met toepassing van artikel 8:73 van de Awb de diverse verzoeken van betrokkene om de Staat der Nederlanden te veroordelen tot vergoeding van de door hem geleden schade te honoreren. Evenmin ziet de Raad aanleiding om tot toepassing van artikel 8:75 van de Awb over te gaan.

7. Derhalve dient te worden beslist als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,
RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak; Verklaart het inleidend beroep alsnog ongegrond; Vernietigt het besluit van de Commandant van 25 maart 1998.

NASCHRIFT

1. *Het in bovenstaande uitspraak aangehaalde artikel 33 lid 7 Bard luidt: "Wanneer dringende redenen van dienstbelang dat noodzakelijk maken, kan het bevoegd gezag aan de ambtenaar verleende toestemming vakantie op te nemen intrekken, zowel vóór als tijdens de vakantie. Indien de ambtenaar ten gevolge van het intrekken van de toestemming vakantie op te nemen schade lijdt, wordt deze hem vergoed." Naar het oordeel van de Centrale Raad van Beroep dient als geldelijke schade in de zin van deze bepaling slechts te worden aangemerkt: "de schade die is ontstaan doordat betrokkene in vertrouwen op (de) verleende toestemming voor de vakantie verplichtingen is aangegaan en met het oog daarop daadwerkelijk kosten heeft moeten maken, zoals reserveringskosten en vooruitbetaalde reiskosten".*

2. *Het Algemeen militair ambtenarenreglement bevat een soortgelijke bepaling als neergelegd in artikel 33 lid 7 Bard. Deze bepaling, vervat in artikel 67 lid I AMAR, luidt: "De militair aan wie verlof is verleend en die geldelijke schade lijdt als gevolg van het geheel of gedeeltelijk intrekken van dat verlof (...) heeft aanspraak op vergoeding van die schade, voor zover hij die redelijkerwijs niet heeft kunnen voorkomen." Dit houdt in dat de uitspraak van de Raad ook van belang is voor de uitleg van artikel 67 lid I AMAR.*

G.L.C.

WETGEVING

door

Mr. J.B. Miete

Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten

Op dit voorstel van rijkswet inzake het verlenen van een geweldbevoegdheid aan de Duitse bewakers van de binationale wacht van het 1(Duits-Nederlands) Legerkorps is uitgebreid ingegaan in het MRT van juni 2002, blz. 255. Daar werd als laatste stand van zaken vermeld de door de Minister van Defensie op 9 april 2002 uitgebrachte nota naar aanleiding van het verslag. Daarna lijkt het stil te zijn geworden, doch niets is minder waar. Vermeldenswaard is dat de vaste commissie voor Defensie van de Eerste Kamer zich (nog) niet heeft laten overtuigen door die nota naar aanleiding van het verslag. De vaste commissie maakte bij destijds niet als kamerstuk verschenen brief aan de Minister van Defensie een aantal nadere opmerkingen, die door die minister op 16 oktober - eveneens bij brief - zijn beantwoord.

De vraag naar de grondwettigheid van de voorgestelde regeling blijft de vaste commissie bezighouden, waarbij het in het bijzonder gaat om het oppergezag over de krijgsmacht.

Hoe zit het nu met oppergezag, militair gezag, *full command* en uitsluitend gezag?

Het oppergezag over de krijgsmacht berust ingevolge artikel 97, tweede lid, van de Grondwet bij de regering. Het betreft hier geen feitelijk gezag, maar politiek gezag. De regering bevindt zich immers niet te midden van de troepen, doch op afstand.

Militair gezag is het feitelijk gezag tussen - in het kader van dit voorstel van rijkswet - de bewaker en zijn meerdere.

Full command betekent in NAVO-terminologie de bevoegdheid om opdrachten en aanwijzingen te geven over alle aspecten van militaire operaties. In die betekenis is *full command* het oppergezag over de krijgsmacht. Het is ook het *full command* in deze betekenis dat het mogelijk maakt om ten behoeve van een internationale operatie geleverde troepen, weer aan het internationale commando te onttrekken.

"Uitsluitend gezag" is een term uit het Legerkorpsverdrag. Het brengt tot uitdrukking dat personeel van de zendende staat (wachtpersoneel) met betrekking tot de taakuitvoering uitsluitend ondergeschikt is aan de bevoegde commandant van de ontvangende Staat. Het gaat hier om een feitelijke, operationele gezagsrelatie.

Uit het voorgaande volgt dat het uitsluitend gezag het oppergezag onverlet laat: de Nederlandse regering kan immers altijd besluiten om het Nederlandse personeel niet langer ter beschikking te stellen aan de ontvangende Staat.

Inmiddels zijn zowel de nadere opmerkingen als de reactie van de minister daarop in de kamerstukken verschenen als "Verslag van een schriftelijk overleg" [kamerstukken I, 2002-2003, 27624 (R 1677), nr. 31].

Onderzoeksraad voor Veiligheid

Veel later dan gepland, ruim een jaar na de aanbieding in september 2001 aan de Tweede Kamer van een hoofdlijnennotitie inzake een algemene onderzoeksraad voor rampen en ongevallen (kamerstukken II, 2000-2001, 27927, nr. 1), is een voorstel van Rijkswet Onderzoeksraad voor Veiligheid aan de Tweede Kamer aangeboden [kamerstukken II, 2002-2003, 28634 (R 1727), nrs. 1-31. Het betreft het voorstel dat uitvoering geeft aan de in december 2000 door de Tweede Kamer aanvaarde moties inzake het totstand-

brengen van één onafhankelijke onderzoeksraad voor rampen en zware ongevallen waaronder transportongevallen en overige ongevallen zoals defensieongevallen, daarbij rekening houdend met de specifieke positie van defensie (zie ook MRT mei 2001, blz. 212). Het voorliggende voorstel zal in de plaats treden van de Wet Raad voor de Transportveiligheid en de Marinescheepsongevallenwet 1935, alsmede de voorgenomen doch door de genoemde moties geblokkeerde Rijkswet ongevallenraad Defensie.

Voorzien wordt in de instelling van een Onderzoeksraad voor Veiligheid die tot taak zal hebben het onderzoek van voorvallen (ongevallen en bijna-ongevallen of incidenten) ten einde de (vermoedelijke) oorzaak daarvan te achterhalen met als doel lessen te leren ter vergroting van de veiligheid in de toekomst. Het betreft een brede onderzoeksraad die alle sectoren van de samenleving zal omvatten waaronder (naast transport, milieu, industrie) ook Defensie. In verband met het feit dat de defensietaak ter handhaving van de onafhankelijkheid en de verdediging van het Koninkrijk een aangelegenheid van het Koninkrijk is, alsmede in verband met de permanente aanwezigheid van de Koninklijke marine in de Nederlandse Antillen en Aruba, wordt de onderzoeksraad bij rijkswet in het leven geroepen. Ook voorvallen waarbij de Kustwacht voor de Nederlandse Antillen en Aruba betrokken is, zullen in verband met de sterke venvenheid met de defensieorganisatie en de in de Voorlopige regeling voor de Kustwacht verankerde beheerstaak van de Minister van Defensie, door de Onderzoeksraad voor veiligheid kunnen worden onderzocht. Andere voorvallen in de Nederlandse Antillen en Aruba zullen slechts op uitdrukkelijk verzoek van de regeringen van die landen door de raad in onderzoek kunnen worden genomen. Met het oog op de gewenste onafhankelijkheid van een dergelijke onderzoeksraad zal deze gestalte krijgen in de vorm van een zelfstandig bestuursorgaan. Deze constructie betekent dat de raad zelf beslist of een voorval in onderzoek wordt genomen. Weliswaar wordt de mogelijkheid geboden dat door bepaalde autoriteiten (bijvoorbeeld een minister) een verzoek tot onderzoek wordt gedaan, doch het laatste woord is aan de raad. De raad kan dan ook gemotiveerd een dergelijk verzoek afwijzen. De Onderzoeksraad zal bestaan uit een vijftal vaste leden met algemene oriëntatie, aangevuld met buitengewone leden vanuit de betrokken discipline. In geval van een defensieongeval zal de raad derhalve worden uitgebreid met één of meer buitengewone leden met defensieachtergrond. Uiteraard zullen dit omwille van de onafhankelijkheid van de raad geen defensiemedewerkers in actieve dienst zijn. De raad wordt bij zijn werkzaamheden ondersteund door een bureau, bestaande uit deskundige onderzoekers. In verband met de specifieke kennis die is benodigd voor het onderzoek van defensieongevallen (denk aan specifieke procedures en voorschriften, en aan defensiematerieel), zullen bij het bureau één of meer militairen worden geplaatst. Deze zullen, wederom met het oog op de onafhankelijkheid van de raad, werken onder volledige verantwoordelijkheid van de raad. In verband met de bijzondere positie van defensie zijn in het voorstel van rijkswet diverse voorzieningen opgenomen met het oog op het omgaan met vertrouwelijke of geheime informatie.

Tegelijkertijd is bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakt een voorstel van wet houdende Wijziging van enige wetten in verband met de instelling van de Onderzoeksraad voor veiligheid (kamerstukken II, 2002-2003, 28635, nrs. 1-3). Deze wet brengt een aantal "gewone" wetten in overeenstemming met de rijkswet Onderzoeksraad voor veiligheid. Wijziging van regelgeving dient immers te geschieden bij regeling van gelijke orde. Voorzien wordt onder ander in het pas op de plaats maken door de Inspectie voor de Politie en door de Inspectie Brandweorzorgen Rampenbestrijding indien de Onderzoeksraad voor Veiligheid een onderzoek naar een gebeurtenis instelt. Aldus wordt voorkomen dat er over één voorval meerdere, en mogelijk uiteenlopende, rapporten worden uitgebracht.

Commissie opperbevelhebberschap

In het MRT van juni 2002 (blz. 256) werd aandacht besteed aan het verschijnen van het advies van de Adviescommissie Opperbevelhebberschap "Van wankel evenwicht naar versterkte defensieorganisatie". Belangrijkste punten uit het advies waren (kort samengevat):

- versterking van de positie van de chef defensiestaf (doch geen opperbevelhebberschap): de chef defensiestaf krijgt de eenhoofdige leiding bij de voorbereiding en uitvoering van operaties waaraan Nederland deelneemt; daartoe krijgt hij de beschikking over een permanent, gezamenlijk, operationeel hoofdkwartier; de chef defensiestaf komt onder de minister "de facto op gelijke voet" naast de secretaris-generaal te staan;
- de onderlinge samenwerking tussen de krijgsmachtdelen wordt benadrukt ("joint");
- scheiding van beleid, uitvoering en toezicht, waartoe onder andere een directoraat-generaal beleid wordt ingesteld.

Als gevolg van de val van het Kabinet Kok kwam het gedachtegoed van de adviescommissie op de lijst van controversiële onderwerpen terecht, hetgeen definitieve keuzes verhinderde.

Na de formatie van het kabinet Balkenende laat de Minister van Defensie bij brief van 10 oktober 2002 (kamerstukken II, 2002-2003, 26237, nr. 14) van zich horen en kondigt hij aan dat het tijd is voor definitieve keuzes. Ironisch genoeg valt een krappe week later ook het kabinet Balkenende. Gelet op de ook in de brief verwoorde nauwe samenhang van de voorstellen van de adviescommissie met het Strategisch Akkoord van het kabinet (dat immers grote personele en financiële gevolgen voor Defensie in petto had), zal dit kunnen meebrengen dat de onderhavige materie wederom ter besluitvorming naar een volgend kabinet zal worden doorgeschoven.

Voor de goede orde volgt onderstaand toch een korte blik op de inhoud van de brief van de Minister van Defensie. De hiervoor genoemde hoofdpunten van het advies worden in grote lijnen omarmd.

De chef defensiestaf wordt zowel wat de operationele inzet van de krijgsmacht als het planproces betreft boven de bevelhebbers van de krijgsmachtdelen geplaatst. Hij krijgt de eenhoofdige leiding en kan in het planproces prioriteiten stellen en aanwijzingen geven. Hij zal zich manifesteren als de hoogste Nederlandse militair zonder daarbij opperbevelhebber te worden. Het oppergezag over de krijgsmacht blijft te allen tijde bij de regering berusten. Aangezien militaire operaties vaak door eenheden van verschillende krijgsmachtdelen worden uitgevoerd, komt er een permanent, gezamenlijk operationeel hoofdkwartier: het Joint Operatiecentrum Defensie. In het planproces zal het initiatief van de krijgsmachtdelen verhuizen naar de chef defensiestaf. De zeggenschap over de verdeling van het budget voor grote materieelprojecten komt bij hem te berusten. De bevelhebbers blijven verantwoordelijk voor de instandhouding, het beheer en de gereedstelling van eenheden, en adviseren vanuit die verantwoordelijkheid de bewindslieden.

Over de positionering van de chef defensiestaf ten opzichte van de secretaris-generaal zwijgt de brief in alle talen, terwijl de gevolgen voor het kerndepartement, waaronder de vorming van een directoraat-generaal beleid, naar een later stadium worden doorgeschoven.

In het Staatsblad verschenen:

Stb. 2002, 301: Wijziging van de naam van het Regiment Stoottroepen in Regiment Stoottroepen Prins Bernhard.

Deze wijziging is ingegaan met ingang van 29 juni 2002, de 91^{ste} verjaardag van Prins Bernhard.

Stb. 2002, 404: Vrijstellingsbesluit defensie Kernenergiewet

Dit besluit vervangt het Vrijstellingsbesluit landsverdediging Kernenergiewet. Aanleiding tot dit nieuwe besluit vormde de vaststelling in 1996 door de Raad van de Europese Unie van richtlijn 96/29/Euratom inzake de basisnormen voor de bescherming van de gezondheid van de bevolking en de werknemers tegen de aan ioniserende straling verbonden gevaren (PbEG L 159). De implementatie van deze richtlijn noopte tot aanpassing van de Kernenergiewet en van een aantal op die wet gebaseerde algemene maatregelen van bestuur, waaronder het Vrijstellingsbesluit landsverdediging Kernenergiewet. In het geval van deze algemene maatregel van bestuur is met het oog op de omvang van de aan te brengen wijzigingen gekozen voor intrekking van het betrokken besluit en vaststelling van een geheel nieuw Vrijstellingsbesluit defensie Kernenergiewet. Net als het vorige besluit voorziet dit besluit in vrijstelling ten behoeve van Defensie van het verbod bepaalde handelingen te verrichten met betrekking tot splijtstoffen en ertsen, en bevat het voorts specifieke bepalingen inzake geheimhouding. Nieuw element is de vrijstelling voor ontmanteling en buitengebruikstelling van een kerninrichting. Het nieuwe besluit is met ingang van 11 oktober 2002 in werking getreden (Stb. 2002,497).

Stb. 2002, 476: Toekennzng standaarden aan het Korps Veldartillerze en aan het Korps Rijdende Artillerie, en een vaandel aan het Korps Luchtdoelartillerie.

Het besluit is in werking getreden met ingang van 20 september 2002.

Stb. 2002, 496: Wijziging van diverse besluiten znzake medazlles en eretekenen.

Dit besluit tot wijziging van diverse besluiten inzake medailles en eretekenen geeft uitvoering aan een aantal voorstellen van de door de Minister van Defensie in maart 2000 ingestelde commissie "Toekomst decoraties van de Minister van Defensie". Het betreft in de eerste plaats het verstevigen van de rol van de minister bij de toekenning van de Eerepenning voor menschlievend hulpbetoon, in het bijzonder in gevallen van moed, beleid en zelfopoffering. Voorts wordt het Kruis voor Recht en Vrijheid aangewezen als decoratie ter herinnering aan deelname aan operaties ter uitoefening van het recht tot zelfverdediging als bedoeld in het NAVO-verdrag en voor deelname aan vredesafdwingende operaties. De Herinneringsmedaille Humanitaire Hulpverlening bij Rampen zal kunnen worden toegekend aan anderen dan militairen die in het Nederlands militair verband hebben deelgenomen aan de hulpverlening. En tenslotte zullen reservisten die werkelijke dienst verrichten voor de Trouwe Dienst-medaille in aanmerking kunnen komen. Het wijzigingsbesluit is met ingang van 9 oktober 2002 in werking getreden.

REGISTER 2002

Bestuursrechtspraak

- De gehandhaafde terugbetalingsverplichting II

De Raad deelt niet het standpunt van appellant, dat de staatssecretaris in verdergaande mate gebruik had moeten maken van de hem in artikel 17a Amar toegekende bevoegdheid tot matiging van de restitutieplicht. CRvB 31.05.01 (Naschrift G.L.C.).....

23

- Schade ten gevolge van een dienstongeval

Een militair heeft recht op vergoeding van de schade die hij in de uitoefening van de dienst heeft geleden, tenzij het betrokken bestuursorgaan aantoonde dat het zijn verplichtingen is nagekomen. CRvB 31.05.01 (Naschrift G.L.C.).....

25

- Vrijwillige sportbeoefening is geen dienstverrichting

Een gewezen korporaal der mariniers is met ingang van 23 maart 1978 in dienst getreden van het Korps Mariniers. Op 19 februari 1986 is hem op zijn verzoek eervol ontslag verleend. Tijdens plaatsing op Curaçao heeft hij op 8 februari 1983 bij het hardlopen in de avonduren letsel opgelopen aan de linker enkel. Na zijn ontslag heeft hij op 26 mei 1993 een verzoek om toekenning van een militair invaliditeitspensioen ingediend. Bij besluit van 19 december 1994 heeft de Staatssecretaris van Defensie dit verzoek afgewezen omdat het ongeval niet is aangemerkt als dienstongeval. Het bezwaar en beroep van de korporaal hiertegen is door de rechtbank ongegrond verklaard, waarna de Centrale Raad van Beroep de aangevallen uitspraak heeft bevestigd. CRvB 13.09.01 (Naschrift W.J.S.).....

56

- Tegen een op verzoek gegeven uitleg staat geen beroep open

Verzoek om reistijd aan te merken als arbeidsduur wordt gemotiveerd afgewezen. Gezien strekking van het verzoek kan afwijzing niet worden aangemerkt als een besluit in de zin van de Awb. CRvB 28.06.01 (Naschrift G.L.C.).....

128

- Toekenning bijzondere invaliditeitsverhoging alleen als daling invaliditeit niet is te verwachten

Appellant verzoekt om verhoging van zijn militair invaliditeitspensioen. Verhoging tot 90% wordt toegekend. In geschil is de vraag of er daarnaast recht bestaat op een bijzondere invaliditeitsverhoging. Omdat de staatssecretaris van mening is dat er op datum van de aanvraag nog geen sprake is van een medische eindtoestand kan deze bijzondere invaliditeitsverhoging niet worden toegekend. De Centrale Raad kan de staatssecretaris hierin volgen. CRvB 10.05.01 (Naschrift W.J.S.).....

147

- WPC-schaal is richtlijn voor schatting mate van invaliditeit (2)

Gedaagde verzoekt om toekenning van een militair invaliditeitspensioen. Staatssecretaris wijst dit verzoek af. Gedaagde stelt beroep in bij de rechtbank. De rechtbank schakelt deskundige in die van oordeel is dat invaliditeit van 25% aanwezig is, ondanks dat gedaagdes aandoening niet wordt genoemd in de van toepassing zijnde WPC-schaal. De Centrale Raad acht op grond van de voorhanden medische gegevens en het deskundigenrapport de invaliditeit van 25% niet onderschat en bevestigt de uitspraak van de rechtbank. CRvB 31.05.01 (Naschrift W.J.S.).....

150

- De tijdelijk aangestelde en vervolgens weer ontslagen kapitein

Zowel het besluit van de staatssecretaris tot tijdelijke aanstelling als het besluit

tot ontslag in onbevoegdlijk genomen. CRvB 28.06.01 (Naschrift G.L.C.).....	155
- <i>Onvoldoende reïntegratie-inspanningen.?</i>	
Niet kan worden gezegd dat de staatssecretaris zijn reïntegratie-inspanningen in zo onvoldoende mate heeft vervuld dat op die grond het ontslagbesluit geen stand kan houden. CRvB 23.08.01 (Naschrift G.L.C.).....	158
- <i>De verschillend bezoldigde medische specialisten</i>	
De staatssecretaris heeft genoegzaam duidelijk gemaakt dat het op grond van de situatie op de arbeidsmarkt noodzakelijk was om de eerste wedde van later in dienst getreden collega-specialisten vast te stellen met toekenning van een extra aantal dienstjaren. CRvB 16.08.01.....	200
- <i>De gehandhaafde restitutieverplichting</i>	
Ook de Raad kan zich niet verenigen met het standpunt van appellant dat de staatssecretaris in verdergaande mate gebruik had moeten maken van de in art. 17a Amar neergelegde bevoegdheid tot matiging. CRvB 17.08.01 (Naschrift G.L.C.).....	202
- <i>De niet toegekende Herinneringsmedaille VN-Vredesoperatie</i>	
Het verzoek van een onderofficier om toekenning van de Herinneringsmedaille VN-vredesoperaties wordt afgewezen. Beroep ongegrond. CRvB 11.10.01.....	206
- <i>Het achteraf belasten met de waarneming van een functie</i>	
Het verzoek van een officier om (achteraf) te worden belast met de waarneming van de functie van commandant[X] wordt afgewezen. Beroep ongegrond. CRvB 18.10.01 (Naschrift G.L.C.).....	209
- <i>De vacant gelaten functie</i>	
De enkele omstandigheid dat een functie langer is waargenomen dan gedurende de toegestane maximum periode van twaalf maanden geeft nog geen aanspraak op toewijzing van de functie. CRvB 222.11.01 (Naschrift G.L.C.).....	212
- <i>Het hoger beroep is gericht tegen een algemeen verbindend voorschrift</i>	
Het hoger beroep is niet ontvankelijk omdat de in hoger beroep geuite bezwaren slechts zijn gericht tegen de Militaire Wachtgeldregeling 1961. CRvB 29.11.01 (Naschrift G.L.C.).....	216
- <i>Laakbaar gedrag kan leiden tot ontslag wegens ongeschiktheid</i>	
Het oordeel dat de officier op grond van laakbaar gedrag ongeschikt is in de zin van art. 39 lid 2 onder j Amar berust op goede gronden. Premie en uitkering terecht geweigerd. CRvB 01.11.01 (Naschrift G.L.C.).....	229
- <i>Het afgewezen functiewaarderingsonderzoek</i>	
Het verzoek aan de staatssecretaris om over te gaan tot een functiewaarderingsonderzoek is, gelet op de bijzonderheden van het geval, terecht afgewezen. Beroep ongegrond. CRvB 20.12.01.....	232
- <i>Of twee jaar of ten hoogste vijf</i>	
Van een gewezen BBT-er werd hetgeen hem onverschuldigd was betaald teruggevorderd. Beroep ongegrond. Bevestiging vaste jurisprudentie op dit punt. CRvB 20.12.01 (Naschrift G.L.C.).....	234
- <i>De ontslagen aalmoezenier</i>	
Een vlootaalmoezenier wordt ontslagen wegens het verlies van een vereiste voor benoembaarheid. Beroep ongegrond. Rb Rotterdam 27.12.01 (Naschrift G.L.C.).....	237
- <i>De parka, nat weer: gewild</i>	
Een onderofficier wordt verplicht de door hem veroorzaakte schade te vergoeden. Beroep ongegrond. Rb Den Haag 10.12.01 (Naschrift G.L.C.).....	292

- <i>De gestelde ervaringseis</i>	
Aan een adjudant-onderofficier wordt de door hem geambieerde functie niet toegewezen. Beroep ongegrond. CRvB 24.01.02 (Naschrift G.L.C.).....	296
- <i>Toepassing verminderingsbepalingen tijdens BV-LOM en UGM</i>	
Aan het door de personeelsdienst van een krijgsmachtdeel tijdens de BV-LOM-periode niet toepassen van de vennideringsbepalingen bij het genieten van neveninkomsten kunnen geen rechten worden ontleend met betrekking tot de uitvoering van de Uitkeringswet gewezen militairen. CRvB 06.12.01 (Naschrift W.J.S.).....	334
- <i>De van zijn functie ontheven onderofficier</i>	
De ontheffing van een onderofficier uit zijn functie kan niet worden gebaseerd op het bepaalde in artikel 29, lid 2 RFTBZ. CRvB 24.01.02 (Naschrift G.L.C.).....	337
- <i>Geen terugwerkende kracht bij toekenning welvaartvaste vliegtoelage</i>	
Aan een gewezen beroepsmilitair is in 1986 een UGM-uitkering toegekend, waarin opgenomen een niet-welvaartvaste vliegtoelage. Per 1 september 1987 werd besloten de vliegtoelage voor gewezen militairen welvaartvast te maken. De Centrale Raad bevestigt in deze uitspraak het uitgangspunt van de staatssecretaris om de welvaartvastheid niet eerder toe te kennen dan vanaf de datum van het verzoek van de militair. CRvB 14.03.02 (Naschrift W.J.S.).....	362
- <i>Vrijwillige uitzending naar voormalig Nederlands-Indië maakt iemand nog niet tot oorlogsvrijwilliger</i>	
Betrokkene heeft meermalen een verzoek ingediend om militair pensioen als oorlogsvrijwilliger te verkrijgen. Aangezien hij op grond van de gegevens uit de staat van dienst als gewoon dienstplichtige in het voormalig Nederlands-Indië dienst heeft verricht is dit verzoek telkenmale afgewezen. Ook dit verzoek om herziening wordt afgewezen. CRvB 08.05.02 (Naschrift W.J.S.).....	366
- <i>Verjaring van financiële aanspraken</i>	
De Minister van Defensie wijst een verzoek om schadevergoeding af met een beroep op verjaring. Het tegen deze afwijzing ingestelde beroep is ongegrond. CRvB 03.01.02 (Naschrift G.L.C.).....	391
- <i>De niet bevorderde rabbijn</i>	
Het verzoek van een krijgsmachtrabbijn om te worden bevorderd wordt afgewezen. Beroep gegrond wegens strijd met het motiveringsbeginsel. Rb Adam 03.01.02 (Naschrift G.L.C.).....	394
- <i>Het bezit van harddrugs</i>	
Een BBT-er, door de rechter veroordeeld wegens het verboden bezit van harddrugs, wordt eerst geschorst en vervolgens uit de dienst ontslagen. Beroep in beide gevallen ongegrond. CRvB 14.02.02 (Naschrift G.L.C.).....	396
- <i>De misgelopen vakantiebaan</i>	
Het mislopen van inkomsten en andere voordelen ten gevolge van het intrekken van een eerder verleende vakantie, valt buiten de vergoedingsplicht als bedoeld in artikel 33 lid 7 Bard. CRvB 14.02.02 (Naschrift G.L.C.).....	399
Boeken en tijdschriften	
Arresting War Criminals.....	219
Boekaankondiging: Jofriet, J.R.G., Mr., De evaluatiewetgeving van het militair straf- en tuchtrecht.....	40
Boekbespreking: Bijkerk, R.P.F., en G.F. Hut (red.), De krijgsmacht binnens-	

lands. Bijstand, steun- en dienstverlening door militairen.....	174
Jaarboek Vrede en Veiligheid 2000 - Studiecentrum voor Vredesvraagstukken KU Nijmegen.....	176
Kaderwet militaire pensioenen; Uitkeringswet gewezen militairen.....	371
The Military Law and the Law of War Review.....	175
Neue Zeitschrift für Wehrrecht.....	219

Burgerlijke rechtspraak

- Kernwapens

Collectieve vorderingen tegen de Staat waarbij een verklaring voor recht wordt verlangd dat bepaalde handelingen met betrekking tot de inzet van kernwapens verboden zijn als in strijd met de beginselen van humanitair oorlogsrecht en een verbod van die handelingen wordt gevorderd. In cassatie gaat het slechts om de ontvankelijkheid. Indien op voorhand blijkt dat de handelingen op een zodanige wijze zijn omschreven dat zij niet alle of niet onder alle omstandigheden onrechtmatig zijn, en de vraag of zij al dan niet onrechtmatig zijn ook niet aan de hand van de omstandigheden van het geval kan worden onderzocht, is de verlangde verklaring voor recht onvoldoende omschreven. Ten aanzien van de gevorderde verboden van toekomstige handelingen is voor de ontvankelijkheid van de vorderingen voorts vereist dat er een reële dreiging is dat de handelingen, die eisers verboden willen zien, zullen worden verricht. HR 21.12.01 (Naschrift F.F. Langemeijer).....	243
---	-----

Erratum

-.....	260
--------	-----

Functiewaardering

-; CRvB 20.12.01.....	232
-----------------------	-----

Gelijkheidsbeginsel

-: CRvB 16.08.01.....	200
-----------------------	-----

Herculeszaak

- Horvat, S., Mr., De Herculesramp-processen, genese en verloop.....	301
- Strafrechtelijke procedures.....	315
- Administratiefrechtelijke procedures.....	331

Internationale rechtspraak

- Congo tegen België

Het Gerechtshof verklaart het door een Belgische onderzoeksrechter tegen de toenmalige minister van buitenlandse zaken van de Democratische Republiek Congo op verdenking van het aanzetten tot oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid uitvaardigen van een internationaal arrestatiebevel onrechtmatig, wegens inbreuk op de aan die minister toekomende immuniteit en onschendbaarheid. IGH 14.02.02 (Naschrift A. Bos en N. Keijzer).....	162
--	-----

Personalia

- Benoeming Prof. dr. T. D. Gill.....	44
---------------------------------------	----

Reacties

- Reactie; door Mr. B. Damen.....	42
- Toch een K.B. voor een tijdelijke kapitein?!; door Mr. H.J.J. Talsma.....	258
- Een reactie op een reactie; door Prof. mr. G.L. Coolen.....	300
- Reactie; door Mr. B. Damen.....	370

Resoluties Veiligheidsraad VN

- 01 oktober 2000 - 31 december 2000.....	36
---	----

Schadevergoeding

-; CRvB 31.05.01.....	25
-----------------------	----

Seminars

- "Wehnecht vor neuen Herausforderungen".....	300
---	-----

Strafrechtspraak

- <i>Een buitenlandse weg is geen "weg"</i> Het in art. 5 WVV 1994 gebruikte woord "weg" ziet op een weg in Nederland. Ah 16.07.01 (Naschrift G.L.C.).....	19
- <i>Dienstweigeraar</i> Cumulatie van hoofdstraffen: verandering van wetgeving? HR 10.07.01.....	45
- <i>Bouterse en de 'decembermoorden' II</i> De Hoge Raad is van oordeel "dat de vervolging en berechting in Nederland van de vermoedelijke dader van een feit in de zin van de art. 1 en 2 Uitvoeringswet folteringsverdrag dat in het buitenland is begaan, alleen mogelijk zijn indien daartoe een in dat Verdrag genoemd aanknopingspunt voor de vestiging van rechtsmacht aanwezig is, bijvoorbeeld omdat de vermoedelijke dader zich ten tijde van zijn aanhouding in Nederland bevindt." HR 18.09.01.....	46
- <i>Moorden door Nederlander in Kosovo begaan</i> Nederlander wordt verdacht van 1. oorlogsmisdaden begaan in een gewapend conflict dat (g)een internationaal karakter droeg, 2. Primair oorlogsmisdaden begaan in een intern gewapend conflict, subsidiair moord. Perikelen inzake voortduren voorlopige hechtenis. Ah 05.02.01 en Hof 14.03.01 (Opmerkingen M.M.D.).....	139
- <i>Interne afdoening I</i> Commandant, geconfronteerd met mindere die onder invloed van alcohol aan het verkeer heeft deelgenomen, besluit de zaak intern af te doen. Geen opzettelijk toelaten dat de mindere een misdrijf beging, nu verdachte leden van de basiswacht opdroeg hem naar zijn Iegeringskamer te brengen om te voorkomen dat hij aan het verkeer zou deelnemen. Ook geen verbergen of hulp te ontkomen aan nasporing of aanhouding: verdachtes gedragingen hebben er niet toe geleid dat geen behoorlijk opsporingsonderzoek meer mogelijk was. Ah 19.03.01.....	143
- <i>Interne afdoening II</i> Vervolg op Rechtbank Arnhem (militaire kamer), 19 maart 2001. Na wijziging tenlastelegging in hoger beroep: poging een mindere behulpzaam te zijn te ontkomen aan nasporing of aanhouding. Hof Ah 18.07.01.....	145
- <i>Dienstweigerig?</i> Toepassingsbereik van art. 139 WMSr. De rechtbank kwalificeert het bewezen-	

verklaarde als dienstweigering: niet slechts bewezen dat verdachte weigerde dienstbevelen op te volgen, maar ook dat hij - in woord en geschrift - te kennen gaf dienst te weigeren en dat hij de daad bij het woord voegde door zijn uitrusting in te leveren. De rechtbank beziet verdachtes gedragingen in het licht van de omstandigheden: ten gevolge van zijn gedrag moest hij gerepatrieerd worden. In die omstandigheid ligt zijn intentie tot dienstweigering besloten. Ah 03.12.01 (Naschrift M.M.D.).....	288
- <i>Herculesramp</i>	
Beklag over niet-vervolgving commandant vliegbasis Welschap. Niet aannemelijk dat minder slachtoffers waren gevallen als beklagde adequate maatregelen had genomen. Ook indien de gevolgen van de crash (mede) aan beklagdes nalaten te wijten zouden zijn, zou hij niet veroordeeld kunnen worden. Gemaakte fouten te herleiden tot gebrekkige organisatie. Overmacht. Hof Ah 08.10.99 (Naschrift M.M.D.).....	315
- <i>Herculesramp II</i>	
Vrijspraak commandant basisbrandweer vliegbasis Welschap. Niet aannemelijk is geworden dat bij het meest adequate optreden van verdachte en basisbrandweer het vliegtuig eerder betreden had kunnen worden: niet blijkt dat het tijdsverloop tussen het moment waarop het vuur onder controle was en het moment waarop de eerste slachtoffers het vliegtuig verlieten voor de slachtoffers tot fatale dan wel ernstiger verwondingen heeft geleid. Ah 01.03.01.....	321
- <i>Herculesramp III</i>	
Vrijspraak luchtverkeersleider vliegbasis Welschap. Niet aannemelijk is geworden dat als verdachte bij hem bekende informatie adequaat ha doorgegeven de regionale brandweer eerder ter plaatse had kunnen zijn, en de basisbrandweer niet zonder bijstand tot redding kon overgaan: niet blijkt dat het tijdsverloop tussen het moment waarop de eerste slachtoffers het vliegtuig verlieten voor de slachtoffers tot fatale dan wel ernstiger verwondingen heeft geleid. Ah 01.03.01 (Naschrift Mr. S. Horvat).....	325
- <i>Dronken soldaat</i>	
Soldaat slaapt roes uit tijdens 'move-beveiligingsopdracht': opzettelijke ongeschiktheid voor een bijzondere verplichting betreffende waakzaamheid of veiligheid. Ah 17.07.00 (Naschrift M.M.D.).....	349
- <i>Opzettelijke overtreding van dienstvoorschrift</i>	
Opzettelijke overtreding van dienstvoorschrift inz. MAG - gemeen gevaar voor personen en goederen. Ah 25.03.02 (Naschrift M.M.D.).....	384
Terugvordering van hetgeen onverschuldigd is betaald	
-: CRvB 20.12.01.....	234
Tijdelijke bevordering	
-; door Prof mr. G.L. Coolen.....	407
T.M.C. Asser Instituut	
- Colloquium Europees Recht.....	174
Tuchtrechtspraak	
- <i>Ontbreken datum van indiening; onbekendheid met beroepstermijn</i>	

a. Ontbreken datum van indiening op beklagschrift werkt niet ten nadele van gestrafte.	
b. Een beroep op onbekendheid met de beroepstermijn omdat de beklagmeerdere deze termijn niet zou hebben meegedeeld, gaat niet op nu deze termijn staat vermeld op (de achterzijde van) het formulier uitspraak op beklag. Ah 07.01.02 (Naschrift J.R.G.J.).....	332
- <i>Beklagschrift indienen bij commandant; vermelden datum van ontvangst</i>	
a. Een beklagschrift moet worden ingediend bij de commandant. Onder bijzondere omstandigheden wordt ook indiening bij een andere functionaris wel geaccepteerd.	
b. De commandant of degene die namens de commandant een beklagschrift (of een beroepschrift) ontvangt, dient daarop direct de datum van ontvangst te vermelden. Ontbreken van die datum werkt niet ten nadele van de indiener. Ah 21.01.02 (Naschrift J.R.G.J.).....	354
- <i>Termijnen; gedragscode; informatie KMar; maximale straf</i>	
a. Enkele bijzonderheden met betrekking tot de termijnen in het tuchtrecht.	
b. Handelen in strijd met de gedragscode voor de Koninklijke Landmacht is niet aan te merken als schending van een dienstvoorschrift.	
c. In een tuchtprocedure is het toegestaan gebruik te maken van (verklaringen in) stukken opgemaakt door de Koninklijke Marechaussee die aan de commandant zijn overgedragen.	
d. Oplegging van de maximale straf zonder motivering houdt (wederom) geen stand. Ah 21.01.02 (Naschrift J.R.G.J.).....	357
- <i>Bijna tien maanden is niet 'onverwijld'</i>	
Commandant dient ingediend beroepschrift en stukken van tuchtproces in eerste aanleg 'onverwijld' naar het gerecht te sturen. Tien maanden later is niet meer 'onverwijld'. Ah 21.01.02 (Naschrift J.R.G.J.).....	388

Wetgeving

Overzicht tot stand gekomen en aanhangige wetgeving; door Mr. J.B. Miete.....	31, 131, 255, 403
---	-------------------

WETTELIJKE BEPALINGEN

Algemeen militair ambtenarenreglement	art. 4.....	155
	art. 11.....	155
	art. 17a.....	23, 202
	art. 23.....	296
	art. 25.....	209, 212
	art. 38.....	155
	art. 39.....	158, 229
	art. 54.....	128
	art. 145.....	292
Algemene militaire pensioenwet	art. E8.....	147
	art. E11.....	56, 150
	art. Y11.....	366
Algemene wet bestuursrecht	art. 1:3.....	128

	art. 8:2.....	216
Besluit Herinneringsmedaille VN-vredesoperaties 1992	-	206
Besluit van 17 januari 1967, Stb. 1967.91	-	237
Burgerlijk Wetboek	art. 3:303.....	243
	art. 6:162.....	243
Pensioenwet voor de landmacht 1922	art. 2.....	366
Premieregeling beroepsmilitairen	-	229
Regeling betreffende de werk- en rusttijden voor militairen der zeemacht	art. 3.....	128
Regeling functietoewijzing en bevordering zeemacht	art. 29.....	337
Regeling inkomsten militairen	-	200
Regeling opleidingen militairen KL 1990	-	202
	bijlage 1	23
Tweede aanvullend protocol bij de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949	-	139
Uitkeringswet gewezen militairen	art. 1.....	362
	art. 5.....	334
Verdragen van Genève van 12 augustus 1949	art. 3.....	139
Verdrag inzake de niet-verspreiding van kernwapens	art. 2.....	243
	art. 3.....	243
Wegenverkeerswet 1994	art. 5.....	19
	art. 6.....	19
Wetboek van Militair Strafrecht	art. 107.....	349
	art. 167.....	19
	art. 139.....	288
	art. 148.....	143, 145
	art. 189.....	143, 145
Wetboek van Strafrecht	art. lid 2.....	45
	art. 9 lid 2 (oud).....	45
	art. 9 lid 2.....	45
	art. 14a lid 4 (oud).....	45
	art. 40.....	315
	art. 289.....	139
	art. 307.....	315, 321, 325
	art. 308.....	315, 321, 325
	art. 309.....	321, 325
Wetboek van Strafvordering	art. 72.....	139
	art. 96.....	349
Wet militair tuchtrecht	art. 53.....	357
	art. 76.....	357
	art. 80a.....	331
	art. 80b.....	331, 354
	art. 80c.....	331
	art. 80d.....	331
	art. 80g.....	357
	art. 80p.....	357
	art. 80q.....	357
	art. 81.....	331, 357

	art. 82.....	331, 357
	art. 83.....	331, 354
	art. 84.....	331
	art. 110.....	331
Wet oorlogsstrafrecht	art. 8.....	139

AUTEURS

Baarda, Th.A. van, Dr.

- Deportatie is verboden, evacuatie niet. Maar, wat is het verschil? (eerste deel)..... 61
- Deportatie is verboden, evacuatie niet. Maar, wat is het verschil? (tweede deel).... 89

Beld, T.M.D. van den, Mr.

- Rechtsbescherming (militaire) ambtenaren bij arbeidsongeval vertoont nog steeds lacunes..... 341

Coolen, G.L., Prof. mr.

- Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loep. Het ontslag van rechtswege..... 195
- Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loep. De tijdelijke aanstelling..... 225
- Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loep. De tijdelijke bevordering..... 272
- Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loep. De bevoegdheid tot het verlenen van ontslag..... 346
- Overzicht jurisprudentie Wetboek van Militair Strafrecht..... 276
- Het wetsvoorstel internationale misdrijven..... 373

Eiting, R.M., Mr.

- Deportatie en evacuatie. Enkele aantekeningen vanuit oorlogsrechtelijk perspectief..... 133
- Over "de Geneefse Conventie", "unlawful combatants" en de kenbaarheid van het oorlogsrecht..... 261

Elsen, J.A. van den, Mr.

- Kosovo. De terugkeer van troepen van de FRJ in Sector B van de "Ground Safety Zone" (GSZ) en het tijdelijke detentiekamp van Dubrava..... 177

Gill, T.D., Prof. dr.

- De gedetineerden in Guantánamo en het Internationale Humanitaire Recht..... 125

Herber, H., Mr.

- Nieuwe cursus treft doel. Verslag van de "LOAC Course for planners and executors of air and naval operations"..... 136

Horvat, S., Mr.

- De Herculesramp-processen, genese en verloop..... 301

Jofriet, J.R.G., Mr.

- De euro komt, ook in het tuchtrecht..... 16

Keijzer, N., Prof. mr.

- Implementatie van het Statuut van Rome..... 1

Klappe, Ben, Mr.

- Targeting en collateral damage, een Amerikaanse benadering..... 221

Talsma, H.J.J., Mr.

- Humanitair ovensinnaarsrecht'?! De status van gevangen genomen Al Qaeda-
strijders in het humanitair oorlogsrecht.....

120

ANNOTATOREN

- C. - Mr. Th. J. Clarenbeek
- G.L.C. - Prof. Mr. G.L. Coolen
- M.M.D. - Mr. drs. M.M. Dolman
- J.R.G.J. - Mr. J.R.G. Jofriet
- W.J.S. - Mr. W.J. Schmitz

Auteursaanwijzingen

Bijdragen voor het Militair Rechtelijk Tijdschrift worden aangeleverd op schrift alsmede zo mogelijk op diskette met gebruikmaking van het WP-programma of Microsoft Word. Auteurs worden verzocht om de volgende richtlijnen in acht te nemen:

Geén atbreekstreepjes gebruiken.

Geen tabs, inspringingen of verschillende lettertypes gebruiken.

Zo weinig mogelijk 'opmaken' van de tekst, doch zoveel mogelijk achter elkaar door typen.

Slechts bij het begin van een nieuwe alinea 'Enter' gebruiken.

REDACTIECOMMISSIE:

Voorzitter	Mr <i>A.J.T. Durenberg</i> , Generaal-majoor Klu b.d.
Secretaris/penningmeester	Mr <i>J.F. Stinissen</i> , Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst;
Leden:	
voor de Koninklijke landmacht:	Mr <i>A. C. Zuidema</i> , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke luchtmacht:	Mr <i>J.P. de Jong</i> , Hoofd Stafgroep Juridische Zaken HK Klu;
voor de Koninklijke marine:	Mr <i>WE. Louwerse</i> , Kapitein ter zee;
voor de Centrale Organisatie:	Mr <i>J.J. Buirma</i> , Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Mr <i>G.L. Coolen</i> ,	Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Prof. Dr. <i>TD. Gill</i>	Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht en bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Mr <i>N. Jörg</i> ,	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden;
Prof. Mr <i>Th. A. de Roos</i> .	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden;
Mr <i>W.J. Schmitz</i> ,	Hoofd Procesondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van het ABP;
Mr <i>G.F. Walgemoed</i> ,	Kolonel van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	NAPO 801-MS12, 3509 VP Utrecht

VASTE MEDEWERKERS:

- Mr *Th. J. Clarenbeek*, Oud-Coördinerend-vice-president van de Arrondissementsrechtbank te Utrecht, res. Kolonel van de Militair Juridische Dienst b.d.;
- Prof. Mr *N. Keijzer*, Raadsheer in buitengewone dienst van de Hoge Raad der Nederlanden en em. hoogleraar Internationaal Strafrecht aan de Universiteit van Tilburg.
- Prof. Dr *R.A. Lawson*, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.

WIJZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt in 10 afleveringen per jaar

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1-2002 E 35. Men abonneert zich voor tenminste één jaargang bij de Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, 's-Gravenhage, of bij zijn boekhandelaar. Losse afleveringen zijn verkrijgbaar tegen de prijs van E 3,93. Tevens zijn verzamelbanden te verkrijgen tegen de prijs van E 20,45. Nadere informatie omtrent bestellingen: Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, afdeling abonnementen, telefoon 070-3789887.

De schrijvers van bijdragen van meer dan 1 pagina ontvangen een honorarium van E 35 per pagina tot een maximum van E 230 per aflevering, benevens 5 present-exemplaren van de desbetreffende aflevering van het Tijdschrift. Het auteursrecht wordt met de publikatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Kennisgeving van adreswijziging (uitsluitend betalende abonnees) te richten tot Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, Postbus 20014, 2500 EA 's-Gravenhage. Telefoon (070) 3789887, fax (070) 3789783. Zij die het tijdschrift van rijkswege verstrekt krijgen dienen zich voor kennisgeving van adreswijziging te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren.

Dit tijdschrift, sedert mei 1903 verschenen onder de titel „Militaire Jurisprudentie”, wordt sedert juli 1905, met onderbreking van juli 1943 tot januari 1946, uitgegeven onder de titel „Militair Rechtelijk Tijdschrift”